

Edoardo Ales

Le condizioni di lavoro nel trasferimento d'azienda: mantenimento o mutamento?*

Sommario: **1.** Premessa. **2.** La disciplina del trasferimento d'azienda e il suo "nucleo precettivo". **3.** Il contratto collettivo quale fonte di produzione e regolazione di diritti dei lavoratori trasferiti: profili problematici. **4.** Rappresentanza dei lavoratori e trasferimento d'azienda quale spunto per una riflessione complessiva sulla rappresentanza.

1. *Premessa*

Una recente pronuncia della Corte di giustizia UE¹ fornisce lo spunto per affrontare alcune delle molte questioni aperte in materia di diritti dei lavoratori nel trasferimento d'azienda, tema, questo, spesso trattato, da par suo, da Raffaele De Luca Tamajo². Consente anche, in sede di conclusione, una riflessione di carattere generale sulla condizione giuridica della rappresentanza dei lavoratori in azienda nel nostro ordinamento, con riferimento al diritto dell'Unione.

2. *La disciplina del trasferimento d'azienda nel il suo "nucleo precettivo"*

La direttiva 77/187 sul trasferimento d'azienda (d'ora in avanti anche la Direttiva), è stata oggetto, nel corso degli anni, di notevoli modifiche che ne

* Il saggio è destinato agli Studi in Onore di Raffaele De Luca Tamajo. Desidero ringraziare sentitamente il Dott. Antonio Riccio e la Dott.ssa Alessia Giurini per il prezioso supporto nella ricerca bibliografica. La responsabilità nella selezione dei testi rimane, ovviamente, mia.

¹ C. Giust. 11 settembre 2014, C-328/13, *Österreichischer Gewerkschaftsbund*.

² V., da ultimo, DE LUCA TAMAJO, SALIMBENI, *Il trasferimento d'azienda*, in BROLLO (a cura di), *Il mercato del lavoro*, in PERSIANI, CARINCI E (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, vol. VI, Cedam, 2012, p. 1453 ss.

hanno, tuttavia, lasciato per larga parte immutato³ il “nucleo precettivo”⁴. Come noto, questo riguarda il mantenimento dei diritti dei lavoratori trasferiti ed è ora contenuto nel Capo II della direttiva 2001/23, che comprende gli articoli 3, 4, 5 e 6.

Come altrettanto noto, il legislatore italiano, dopo essere stato condannato per non corretta trasposizione della Direttiva⁵, ha provveduto mediante l’art. 47 della l. n. 428 del 1990, che ha novellato l’art. 2112 cod. civ. e introdotto, *ex novo*, ma non senza qualche sbavatura⁶, la procedura di informazione e consultazione a carico del cessionario e del cedente, non trasponendo, invece, l’art. 5 (ora art. 6) della Direttiva – che si occupa della sorte della rappresentanza dei lavoratori trasferiti presso il cessionario –, probabilmente ritenuto, a ragione, auto-esecutivo.

Limitando, per ora, l’analisi al “nucleo precettivo” riguardante il mantenimento dei diritti non sindacali, efficacemente sintetizzato da Raffaele De Luca Tamajo “nella conservazione del posto di lavoro e nel mantenimento della posizione giuridica maturata nel trasferimento”⁷, alla sostanziale assenza di modifiche legislative, ha fatto da contraltare un’importante giurisprudenza della Corte di giustizia, la quale è stata chiamata a risolvere alcune questioni di non poco momento, riferite agli articoli 3, 4 e 8 della Direttiva; disposizioni, queste, solo in apparenza piane.

Ciò può dirsi, senza dubbio, dell’art. 3, norma cardine del “nucleo precettivo”, il quale presenta un approccio alla vicenda del mantenimento dei diritti, al tempo stesso, statico (par. 1) e dinamico (par. 3), quali sono, necessariamente, le diverse prospettive adottate dai due paragrafi: del singolo rapporto di lavoro, fotografato al momento del trasferimento, nel caso dell’uno;

³ Per quanto riguarda il mantenimento dei diritti dei lavoratori, la direttiva 98/50, che ha modificato la direttiva 77/187, è intervenuta con riferimento alle imprese “oggetto di una procedura fallimentare o di una procedura di insolvenza analoga aperta in vista della liquidazione dei beni del cedente stesso e che si svolgono sotto il controllo di un’autorità pubblica competente (che può essere il curatore fallimentare autorizzato da un’autorità pubblica competente)”: sul tema, che non sarà oggetto di trattazione in questo saggio, v. ALLAMPRESE, *Contratto collettivo ex art. 47 legge n. 428/1990 nel trasferimento d’azienda in crisi*, in *RGL*, 2014, I, p. 837 ss. e VALLAURI, *Lavoratori e trasferimento di ramo nell’impresa in crisi*, in AIMO, IZZI (a cura di), *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, Utet, 2014, p. 342 ss.

⁴ DE LUCA TAMAJO, SALIMBENI, *op. cit.*, p. 1454.

⁵ C. Giust. 10 luglio 1986, C-235/84, *Commissione contro Repubblica Italiana*.

⁶ PASSALACQUA, *Trasferimento d’azienda e ruolo del sindacato*, in *DL*, 2000, I, p. 531 ss.

⁷ DE LUCA TAMAJO, SALIMBENI, *op. cit.*, p. 1455.

della sua eventuale regolamentazione collettiva, successiva al trasferimento, nel caso dell'altro.

Le incertezze interpretative relative ad entrambi i paragrafi, hanno sollecitato i giudici nazionali a formulare un numero cospicuo di questioni pregiudiziali alla Corte di Giustizia, la quale ha avuto, così, occasione di definire il nucleo essenziale del diritto dell'Unione in materia, con riferimento sia all'aspetto statico che dinamico.

Procedendo in ordine logico, la Corte si è anzitutto preoccupata di ribadire gli scopi della direttiva ovvero “garantire, *nei limiti del possibile*⁸, la continuazione del rapporto di lavoro, senza modifiche, con il cessionario, in particolare obbligando questo ad osservare le condizioni di lavoro stipulate da un contratto collettivo (art. 3, n. 2) e tutelando i lavoratori contro licenziamenti motivati solo col trasferimento (art. 4, n. 1)”⁹.

Specificherà, di lì a poco, la Corte, con riferimento alla nozione di lavoratore, che “la direttiva 77/187 mira solo all’armonizzazione parziale della materia, estendendo essenzialmente la tutela garantita ai lavoratori in modo autonomo dal diritto dei vari Stati membri anche all’ipotesi del trasferimento dell’impresa. Il suo scopo è quindi quello di garantire, *nei limiti del possibile*, la continuazione del contratto o un rapporto di lavoro senza modifiche, con il cessionario, onde impedire che i lavoratori coinvolti nel trasferimento dell’impresa vengano collocati in una posizione meno favorevole per il solo fatto del trasferimento. Essa non mira tuttavia ad instaurare un livello di tutela uniforme nell’intera Comunità secondo criteri comuni”¹⁰.

Già queste affermazioni evidenziano due aspetti interessanti: il “possibile” quale limite alla “continuazione del rapporto di lavoro, senza modifiche, con il cessionario” e “l’armonizzazione parziale della materia”, come obiettivo della direttiva.

Il limite del possibile, pare debba riferirsi sia alla continuazione del rapporto *tout court* che alla continuazione dello stesso senza modifiche, dato il riferimento esplicito che la Corte opera all’art. 4 par. 1 (licenziamento a causa del trasferimento) e all’art. 3, par. 2, (contratto collettivo, quale fonte di determinazione e regolazione delle condizioni di lavoro). Entrambi i riferimenti verranno articolati e, almeno in parte, chiariti dalla giurisprudenza successiva sulla quale, pure, ci soffermeremo.

⁸ Corsivi sempre aggiunti.

⁹ C. Giust. 7 febbraio 1985, C-19/83, *Wendelboe*, punto 15.

¹⁰ C. Giust. 11 luglio 1985, C-105/84, *Danmols Inventar*, punto 26.

La puntualizzazione circa l'armonizzazione parziale, poi, non è pleonastica, essendo stata la Direttiva adottata sulla base giuridica dell'allora art. 100 Tratt. Ce ovvero nella prospettiva del riavvicinamento delle legislazioni e non della realizzazione di prescrizioni minime (che caratterizzerà, invece, l'art. 118a Tratt. Ce, introdotto dall'Atto Unico Europeo nel 1986).

Armonizzazione parziale significa, anzitutto, lasciare agli Stati membri un margine di manovra nella prospettiva del non-regresso, così come enunciata dall'art. 8 della direttiva¹¹ sulla scorta di quanto previsto dall'art. 117 Tratt. Ce, ben prima che quella prospettiva venisse fatta propria, *per tabulas*, dal già citato art. 118a Tratt. Ce¹².

Ma significa anche evitare, il più possibile, di comunitarizzare istituti giuridici 'di contorno' rispetto al "nucleo precettivo" della direttiva, del quale vengono, così, definiti i confini. Anche per i confini, vale l'avvertenza di cui sopra circa la necessità di articolazione e chiarimento del concetto.

Di aiuto, da quest'ultimo punto di vista, la sentenza *Tellerup*¹³ (meglio nota come *Daddy's Dance Hall*), nella quale la Corte afferma che la tutela garantita dalla Direttiva, consistente nella salvaguardia dei diritti conferiti dal contratto o dal rapporto di lavoro ai lavoratori coinvolti nel trasferimento d'azienda, "ha carattere inderogabile ed è pertanto sottratta alla disponibilità delle parti del contratto di lavoro (...)". "Le norme della direttiva, ed in particolare quelle relative alla protezione dei lavoratori contro il licenziamento a causa del trasferimento, vanno ritenute imperative, nel senso che non è consentito derogarvi in senso sfavorevole ai lavoratori"¹⁴.

Tuttavia, combinando questa affermazione con il principio di armonizzazione parziale, la Corte deriva che "ove il diritto nazionale consenta, al di fuori dell'ipotesi di un trasferimento di impresa, di modificare il rapporto di lavoro in senso sfavorevole per i lavoratori, in particolare per quanto riguarda la loro tutela contro il licenziamento, una modifica di questo tipo non è esclusa per via del semplice fatto che nel frattempo l'impresa sia stata trasferita

¹¹ "La presente direttiva non pregiudica la facoltà degli Stati membri di applicare o di introdurre disposizioni legislative, regolamentari o amministrative più favorevoli ai lavoratori".

¹² Ciò a conferma dell'esistenza, già nell'art. 117 Tratt. Ce, di un principio di non regresso: ALES, 'Non regresso' senza dumping sociale ovvero del 'progresso' nella modernizzazione (del modello sociale europeo), in questa rivista, 2007, p. I.

¹³ C. Giust. 10 febbraio 1988, C-324/86, *Tellerup (Daddy's Dance Hall)*, punti 12-18.

¹⁴ Sul rapporto tra inderogabilità e *favor*, v. NOVELLA, VALLAURI, *Il nuovo art. 2112 c.c. e i vincoli del diritto europeo*, in *DLRI*, 2005, p. 177 ss.

e di conseguenza l'accordo sia stato concluso con il nuovo imprenditore". Secondo la Corte, infatti, "dato che il cessionario è surrogato al cedente a norma dell'art. 3, n. 1 della direttiva, nei diritti e negli obblighi risultanti dal rapporto di lavoro, questo può essere modificato nei confronti del cessionario negli stessi limiti in cui la modifica sarebbe stata possibile nei confronti del cedente; [anche se] ben inteso, in nessun caso il trasferimento dell'impresa può costituire di per sé il motivo di tale modifica" (punto 17).

Si tratta di un primo esempio dell'equilibrismo al quale la Corte è costretta pur di tenere insieme la prospettiva statica di tutela della condizioni di lavoro, così come fotografate al momento del trasferimento e l'eventuale, ma forse anche inevitabile, loro sviluppo dinamico nello svolgimento del rapporto successivo al trasferimento stesso presso il cessionario. Seppur non esplicitato, sembra già profilarsi, nei primi interventi della Corte, quel principio di bilanciamento tra tutela, statica, delle condizioni di lavoro e libertà, dinamica, del cessionario di rimodellare la regolamentazione dell'attività lavorativa all'esito del trasferimento; principio che emergerà con prepotenza nella giurisprudenza del nuovo secolo¹⁵.

Gli equilibrismi, infatti, proseguono, per esempio con riferimento al diritto di opposizione del lavoratore al trasferimento, diritto che, alla luce dell'affermazione circa l'imperatività delle disposizioni della Direttiva, sembra essere messo in questione. Nella sentenza *Katzikas*, la Corte chiarisce il dubbio, attraverso l'affermazione, abbastanza ovvia, che l'obbligo di accettare il trasferimento "comprometterebbe i diritti fondamentali del lavoratore, il quale dev'essere libero di scegliere il suo datore di lavoro e non può essere obbligato a lavorare per un datore di lavoro che non ha liberamente scelto"¹⁶.

Ne deriva, tuttavia, che, "qualora il lavoratore decida liberamente [?!] di non proseguire il contratto o il rapporto di lavoro col cessionario, la direttiva non obbliga gli Stati membri a stabilire che il contratto o il rapporto di lavoro continua col cedente. In tal caso spetta agli Stati membri stabilire la disciplina riservata al contratto o al rapporto di lavoro" (punto 35).

Se, dunque, gli Stati membri non prevedono la continuazione del rapporto alle dipendenze del cedente, in caso di rifiuto del lavoratore di continuare a prestare la propria attività lavorativa in favore del cessionario, il

¹⁵ V. *infra* par. 2.

¹⁶ C. Giust. 16 dicembre 1992, C-132/91, C-138/91 e C-139/91, *Katzikas, Skreb e Schroll*, punto 32.

cedente sarà libero di licenziare il lavoratore dissenziente, incorrendo nelle conseguenze che il singolo ordinamento nazionale prevede per il motivo illecito, la determinazione delle quali esula, tuttavia, dal diritto dell'Unione. Questo, infatti, si limita ad affermare che “[i]l trasferimento di un'impresa, di uno stabilimento o di una parte di impresa o di stabilimento non è di per sé motivo di licenziamento da parte del cedente o del cessionario” (art. 4, par. 1).

Peraltro, il rifiuto ‘secco’ del lavoratore di seguire le sorti dell'impresa, costituisce solo uno dei punti critici che derivano dalla dinamizzazione della prospettiva statica del mantenimento dei diritti nel trasferimento.

In *Delahaye*¹⁷, infatti, la Corte ha ritenuto che la Direttiva “dev'essere interpretata nel senso che essa non osta, in via di principio, a che, in caso di trasferimento d'impresa da una persona giuridica di diritto privato allo Stato, questo, in quanto nuovo datore di lavoro, proceda ad una riduzione dell'importo della retribuzione dei lavoratori interessati allo scopo di conformarsi alle vigenti norme nazionali relative ai pubblici dipendenti. Tuttavia, le autorità competenti incaricate di applicare e di interpretare dette norme sono tenute a farlo in tutta la misura possibile alla luce dello scopo di detta direttiva, tenendo conto segnatamente dell'anzianità del lavoratore se le norme nazionali che disciplinano la situazione dei dipendenti dello Stato prendono in considerazione l'anzianità del dipendente statale per il calcolo della sua retribuzione”.

Nell'ipotesi nella quale questo calcolo si risolva, però, “in una riduzione sostanziale della retribuzione dell'interessato, tale riduzione costituisce una sostanziale modifica delle condizioni di lavoro a scapito dei lavoratori interessati dal trasferimento, di modo che la rescissione del loro contratto di lavoro per questo motivo dev'essere considerata come dovuta alla responsabilità del datore di lavoro, conformemente all'art. 4, n. 2, della direttiva (...)”.

Dunque, per il diritto dell'Unione, l'unica conseguenza dell'imposizione di condizioni di lavoro peggiori di quelle godute prima del trasferimento, che determini il lavoratore alla risoluzione del rapporto di lavoro, sembrerebbe consistere nell'imputazione di quest'ultima alla responsabilità del datore di lavoro.

Peraltro, la Corte preciserà, poi, che l'art. 4, par. 2, della Direttiva dev'essere interpretato nel senso che, nell'ipotesi di una risoluzione del contratto

¹⁷ C. Giust. 11 novembre 2004, C-425/02, *Delahaye*, punto 35.

di lavoro o del rapporto di lavoro dettata dalla ricorrenza delle condizioni di applicazione di detta disposizione e indipendente da qualsivoglia inadempimento del cessionario agli obblighi derivanti dalla direttiva medesima, *gli Stati membri non sono tenuti a garantire al lavoratore un diritto ad un indennizzo economico a carico del detto cessionario in condizioni identiche al diritto di cui un lavoratore può avvalersi allorché il datore di lavoro pone illegittimamente fine al suo contratto di lavoro o al suo rapporto di lavoro.*

“L’organo giurisdizionale nazionale è ciononostante tenuto, nell’ambito delle sue competenze, a garantire che, quanto meno, il cessionario sopporti, in siffatta ipotesi, le conseguenze che il diritto nazionale applicabile fa discendere dalla risoluzione del contratto di lavoro o del rapporto di lavoro imputabile al datore di lavoro, quali il versamento della retribuzione e le altre prestazioni relative, in forza di tale diritto, al periodo di preavviso che detto datore di lavoro deve osservare”¹⁸.

Concludendo sul punto: se, dunque, da un lato, la Direttiva afferma con forza il diritto al mantenimento delle condizioni di lavoro godute al momento del trasferimento, dall’altro, non garantisce adeguatamente l’applicazione di questo principio nella fase dinamica traslativa, affidando al legislatore nazionale la scelta, solo eventuale, di uno strumento di tutela maggiormente pregnante rispetto alle dimissioni per giusta causa del lavoratore, le quali, evidentemente, non possono essere considerate istituto idoneo a garantire la realizzazione degli obiettivi della Direttiva stessa¹⁹.

Tuttavia, la mancata adozione di un approccio creativo, quale quello che ha caratterizzato²⁰ e tuttora caratterizza²¹, la giurisprudenza della Corte con riferimento alla nozione di trasferimento e, quindi, all’ambito oggettivo e soggettivo di applicazione della Direttiva, non deve essere scambiata per l’assenza di una strategia in materia di mantenimento delle condizioni di lavoro. Piuttosto, si tratta di una strategia, meno eclatante, talvolta ‘slalomistica’, fatta

¹⁸ C. Giust. 27 novembre 2008, C-396/07, *Juuri*, punto 35.

¹⁹ BALLESTRERO, *Il trattamento economico e normativo dei lavoratori nella nuova disciplina del trasferimento d’azienda*, in *LD*, 2003, p. 201 ss.

²⁰ DE LUCA TAMAJO, SALIMBENI, *op. cit.*, p. 1459 ss. e anche NOVELLA, *Il trasferimento di ramo d’azienda: la fattispecie*, in *AIMO, IZZI* (a cura di), *op. cit.*, p. 237 ss.

²¹ V., ad esempio, l’interessante C. Giust. 20 gennaio 2011, C- 463/09, *CLECE*, secondo la quale la “direttiva non si applica ad una situazione in cui un comune, che affidava la pulizia dei propri locali a un’impresa privata, decida di porre termine al contratto che lo vincolava a quest’ultima e di espletare esso stesso l’attività di pulizia di detti locali, assumendo a tal fine nuovo personale” (punto 43).

di interventi puntuali che, agendo sulla definizione di mantenimento, pongono limiti, più o meno netti, a sviluppi, ad avviso della Corte, inaccettabili, di un testo legislativo, come detto, ambivalente.

Ad esempio, in *Collino e Chiappero*, la Corte già aveva individuato limiti pregnanti alla discrezionalità del cessionario, affermando che “per il calcolo dei diritti di natura pecuniaria collegati presso il cessionario all’anzianità dei lavoratori, quali un trattamento di fine rapporto o aumenti di stipendio, il cessionario è tenuto a prendere in considerazione tutti gli anni effettuati dal personale trasferito tanto alle sue dipendenze quanto a quelle del cedente, nella misura in cui tale obbligo risultava dal rapporto di lavoro che vincolava tale personale al cedente e conformemente alle modalità pattuite nell’ambito di detto rapporto”²².

Salvo, poi, consentire al cessionario di modificare i termini del rapporto di lavoro “ove il diritto nazionale consenta siffatta modifica al di fuori dell’ipotesi di un trasferimento d’impresa”, confermando così l’approccio della “armonizzazione parziale” che esclude gli elementi di ‘contorno’; con l’effetto di creare una sorta di zona decomunitarizzata, la quale, in presenza di normative nazionali non in linea con l’obiettivo protettivo della Direttiva, rischia di erodere, dall’esterno, il nucleo essenziale della stessa e di pregiudicare la capacità di quest’ultima di raggiungere i propri obiettivi e di veder ridotta, surrettiziamente ma con l’avallo della Corte di giustizia, la propria capacità protettiva oltre il nucleo essenziale.

Il medesimo effetto si produce nella sentenza *Martin*²³, nella quale la Corte, dopo aver confermato che la tutela garantita dalla direttiva è di ordine pubblico, che “le norme della direttiva vanno ritenute imperative, nel senso che non è consentito derogarvi in senso sfavorevole ai lavoratori” (punto 39), da ciò discendendo “che i lavoratori interessati non hanno la facoltà di rinunciare ai diritti loro attribuiti dalla direttiva e che, pur con il loro consenso, non è ammessa una restrizione dei loro diritti” (punto 40), sempre in nome del principio di armonizzazione parziale (punto 41), limita l’invocabilità dei vantaggi della Direttiva al solo fine di “garantire che il lavoratore interessato sia tutelato, nei suoi rapporti con il cessionario, nello stesso modo in cui era protetto nei rapporti con il cedente, secondo le norme del diritto interno dello Stato membro interessato” (punto 41).

²² C. Giust. 14 settembre 2000, C-343/98, *Collino e Chiappero*, punto 53.

²³ C. Giust. 6 novembre 2003, C-4/01, *Martin*.

Di modo che, “ove il diritto nazionale consenta, al di fuori dell’ipotesi di un trasferimento d’impresa, di modificare il rapporto di lavoro in senso sfavorevole ai lavoratori, una modifica di questo tipo non è esclusa per il semplice fatto che nel frattempo l’impresa è stata trasferita e, di conseguenza, l’accordo è stato concluso con il nuovo imprenditore” (punto 42).

Infatti, surrogandosi il cessionario al cedente nei diritti e negli obblighi risultanti dal rapporto di lavoro, quest’ultimo può essere modificato nei confronti del cessionario negli stessi limiti in cui la modifica sarebbe stata possibile nei confronti del cedente, fermo restando che, in nessun caso, il trasferimento dell’impresa può costituire di per sé il motivo di tale modifica (punto 42).

In *Martin*, la modifica peggiorativa (dell’età di prepensionamento) deriva proprio dal trasferimento ovvero dalla necessità del cessionario di perequare i trattamenti tra lavoratori in ingresso e lavoratori già assunti. Essa dovrebbe, quindi, risultare vietata. Tuttavia, se alcuni lavoratori in ingresso accettano un pensionamento anticipato a condizioni diverse da quelle previste dalle disposizioni di un contratto collettivo che davano origine al trattamento più favorevole, ma questo contratto al momento dell’accettazione, ai sensi del diritto nazionale, non è più produttivo di effetti giuridici nei loro confronti, quei dipendenti perdono il diritto di avvalersi di quelle disposizioni (punto 47).

Quest’ultimo riferimento consente di aprire il discorso, cruciale, sul contratto collettivo quale fonte di produzione e regolazione dei diritti dei lavoratori a trasferimento d’azienda avvenuto.

3. *Il contratto collettivo quale fonte di produzione e regolazione di diritti dei lavoratori trasferiti: profili problematici*

L’entrata in gioco del contratto collettivo quale fonte di produzione e regolazione di diritti dei lavoratori trasferiti, evidenzia e fa esplodere la contraddizione, insita nella formulazione dell’art. 3, tra tutela statica dei diritti (“i diritti e gli obblighi che risultano per il cedente da un contratto di lavoro o da un rapporto di lavoro esistente alla data del trasferimento sono, in conseguenza di tale trasferimento, trasferiti al cessionario”) e sorte dei diritti di fonte collettiva, all’esito del trasferimento (“dopo il trasferimento, il cessionario mantiene le condizioni di lavoro convenute mediante contratto col-

lettivo 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"). Ciò, soprattutto, alla luce del rifiuto della teoria dell'incorporazione delle condizioni di lavoro previste dal contratto collettivo nel singolo contratto individuale.

Anzi, proprio alla luce di detto rifiuto, il contratto e la contrattazione collettiva dalla quale esso è scaturito e potrà nuovamente scaturire, sono gli unici strumenti che, con la loro eventuale, perdurante efficacia oltre il trasferimento, consentono di mantenere in vita, dunque in una prospettiva dinamica, le condizioni esistenti al momento del trasferimento stesso. Tuttavia, come evidenziato dalla Corte già in *Martin*, e come vedremo più precisamente di qui a poco, il rifiuto della teoria dell'incorporazione non determina, nella giurisprudenza comunitaria, l'adozione di quella del rinvio dinamico *tout court*, la quale troverebbe il limite nella condizione, internamente contraddittoria, che *l'efficacia del contratto collettivo applicato al momento del trasferimento perduri nei confronti di entrambe le parti del rapporto, nonostante questo sia stato oggetto di novazione (surrogazione, nelle parole della Corte) soggettiva*. Anticipando una delle conclusioni alle quali si giungerà, si potrebbe parlare di 'rinvio dinamico statico' al contratto collettivo e non alla contrattazione collettiva²⁴.

Questa e altre conclusioni, vanno però argomentate: lo si farà utilizzando, ancora una volta, la giurisprudenza della Corte, anche al fine di evidenziare i problemi concreti che la contraddizione insita nell'art. 3 ha generato.

In questa prospettiva si può affermare che tre siano le questioni aperte: (i) quella dei limiti al rinvio dinamico; (ii) quella della sostituzione automatica delle condizioni di lavoro in presenza di un contratto collettivo applicato dal cessionario, diverso da quello del cedente; (iii) quella dell'ultrattività del contratto collettivo disdetto.

(i) La questione del rinvio dinamico è assurda agli onori della cronaca con la recente sentenza *Alemo-Herron*²⁵, ma, come visto, aleggiava già dalla sentenza *Martin* e, soprattutto, era stata affrontata, *funditus*, dalla Corte, nella sentenza *Werhof*²⁶. Tuttavia, essendo quest'ultima relativa a un caso tedesco,

²⁴ O, per usare le parole di LIEBMAN, *Cessione d'azienda e rapporto di lavoro*, in *Studi in onore di Renato Scognamiglio*, vol. II, IPZS, 1997, p. 429, di "mero 'rinvio materiale' ad un particolare assetto negoziale".

²⁵ C. Giust. 18 luglio 2013, C-426/11, *Alemo-Herron*.

²⁶ C. Giust. 9 marzo 2006, C-499/04, *Werhof*.

pur avendo essa prodotto un seguito giurisprudenziale non indifferente in quell'ordinamento²⁷, non ha suscitato il clamore e l'interesse di *Alemo-Herron*, amplificato dal vantaggio competitivo costituito dall'essere questo un caso inglese e di beneficiare, dunque, di commenti nella lingua e nella letteratura imperante a livello internazionale²⁸, molto più facilmente attingibili e fruibili.

Già in *Werhof*²⁹, comunque, la Corte afferma i seguenti principi cardine della propria 'dottrina' sugli effetti del contratto e della contrattazione collettiva nel trasferimento d'azienda:

a) le condizioni di lavoro previste dal contratto collettivo applicato al momento del trasferimento sono salvaguardate solo fino alla data della sua risoluzione o della sua scadenza, ovvero fino all'entrata in vigore o all'applicazione di un altro contratto collettivo;

b) dal tenore letterale della Direttiva non risulta affatto che il legislatore comunitario abbia inteso vincolare il cessionario a contratti collettivi diversi da quello in vigore al momento del trasferimento e, di conseguenza, imporre di modificare ulteriormente le condizioni di lavoro con l'applicazione di un nuovo contratto collettivo stipulato dopo il trasferimento, limitandosi la finalità della Direttiva a salvaguardare i diritti e gli obblighi dei lavoratori vigenti al momento del trasferimento;

c) la Direttiva non ha, dunque, inteso proteggere quelle che la Corte chiama "mere aspettative" e quindi "ipotetici benefici derivanti dalle evoluzioni future dei contratti collettivi" o, per meglio dire, della contrattazione collettiva alla quale si riferisce il contratto collettivo applicato al momento del trasferimento³⁰;

²⁷ BAG 23 settembre 2009, 4 AZR 331/08; BAG 24 febbraio 2010, 4 AZR 691/08; BAG 19 ottobre 2011, 4 AZR 811/09.

²⁸ PRASSL, *Freedom of Contract as a General Principle of EU Law? Transfers of Undertakings and the Protection of Employer Rights in EU Labour Law*, in *ILJ*, 2013, p. 434 ss., ZAHN, *The Court of Justice of the European Union and Transfers of Undertakings. Implications for Collective Labour Rights*, in *ELLJ*, 2015, p. 72 ss. Questo non vuol dire, ovviamente che il caso britannico non presenti profili di grande interesse, da collocare sempre, tuttavia, nella prospettiva dell'eccezionalismo di quel sistema di relazioni di lavoro. Sulla vicenda più recente, solo in parte seguito di *Alemo-Herron*, v. McMULLEN, *TUPE: Ringing the (Wrong) Changes. The Collective Redundancies and Transfer of Undertakings (Protection of Employment) (Amendment) Regulations 2014*, in *ILJ*, 2014, p. 149 ss.

²⁹ Punti 29-35.

³⁰ Sul punto, per tutti, GRANDI, *Diritti e aspettative nel trasferimento d'azienda*, in *Studi in onore di Renato Scognamiglio*, cit., p. 349 ss., in part. p. 356 ss.

d) d'altro canto, gli Stati membri possono limitare il periodo di salvaguardia delle condizioni di lavoro derivanti dal contratto collettivo, a condizione che tale periodo non sia inferiore a un anno, limitazione, questa, che, agli occhi della Corte, risulta sussidiaria, in quanto applicabile nel caso in cui non si verifichi, entro il termine di un anno a partire dal trasferimento, nessuna delle situazioni sopra menzionate;

e) *“inoltre, se, conformemente alla finalità della direttiva, occorre tutelare i diritti dei lavoratori interessati dal trasferimento, non possono essere ignorati quelli del cessionario, che dev'essere in grado di procedere agli adeguamenti ed ai cambiamenti necessari alla continuazione della sua attività”*;

f) infatti, se si procedesse ad un'interpretazione 'dinamica' della clausola contrattuale di rinvio, ciò comporterebbe che i contratti collettivi futuri sarebbero applicabili al cessionario che non è parte del contratto collettivo, rimettendo così in discussione il suo diritto fondamentale di non associarsi;

g) al contrario, sempre secondo la Corte, l'interpretazione 'statica' della clausola di rinvio ovvero di rinvio al contratto collettivo vigente, consente di evitare che il cessionario dell'azienda sia vincolato alle future evoluzioni della contrattazione collettiva della quale non è parte e, sulla quale, in molti casi, non è in grado di incidere;

h) in questo modo la Corte, a nostro avviso correttamente, fa salva la libertà negativa di associazione del cessionario, la quale, nel caso di rinvio 'dinamico' alla contrattazione collettiva, risulterebbe irrimediabilmente pregiudicata, imponendo, peraltro, al cessionario di instaurare un contenzioso con il lavoratore ceduto in caso di modifica delle condizioni di lavoro, nelle quali sembra doveroso includere la clausola di rinvio; modifica che, peraltro, risulterebbe preclusa dall'art. 3, par. 1.

Si tratta, dunque, di una interpretazione resa necessaria dal fine di garantire la coerenza interna delle disposizioni contenute nell'art. 3, destinate, altrimenti, a confliggere irrimediabilmente.

In questo quadro va inserita l'affermazione della Corte, che tanto scandalo ha suscitato in dottrina³¹, secondo la quale *“se, conformemente alla finalità della direttiva, occorre tutelare i diritti dei lavoratori interessati dal trasferimento, non possono essere ignorati quelli del cessionario, che dev'essere in grado di procedere agli adeguamenti ed ai cambiamenti necessari alla*

³¹ PRASSL, *op. cit.*, e anche COUNTOURIS, NJOYA, 2011/23/EC *Transfer of Undertaking*, in SCHLACHTER (ed.), *EU Labour Law. A Commentary*, Kluwer Law International, 2015, p. 421 ss.

continuazione della sua attività". Non si tratta, come pure affermato³², dell'illegittima introduzione di una ulteriore finalità della Direttiva, non prevista dal legislatore comunitario; si tratta, piuttosto, di un tentativo di farla funzionare.

Peraltro, con questa affermazione la Corte ha soltanto esplicitato un concetto, come visto già presente nella sua giurisprudenza più risalente³³, ovvero del "possibile" quale limite alla "continuazione del rapporto di lavoro, senza modifiche, con il cessionario".

Alemo-Herron aggiunge poco alla 'dottrina' *Werhof*, limitandosi a sistematizzarla quanto a riferimenti di contesto. Di qui le affermazioni secondo le quali:

"(...) l'articolo 3 della direttiva 2001/23, in combinato disposto con l'articolo 8 della medesima direttiva, non può essere interpretato nel senso che autorizza gli Stati membri ad adottare le misure che, pur essendo più favorevoli ai lavoratori, possono pregiudicare la sostanza stessa del diritto del cessionario alla libertà d'impresa³⁴" (punto 36), e

"(...) l'articolo 3 della direttiva 2001/23 deve essere interpretato nel senso che osta a che uno Stato membro preveda, nel caso di un trasferimento d'impresa, che le clausole di rinvio dinamico ai contratti collettivi negoziati e adottati dopo la data del trasferimento siano opponibili al cessionario, qualora quest'ultimo non abbia la possibilità di partecipare al processo di negoziazione di siffatti contratti collettivi conclusi dopo il trasferimento" (punto 37).

Con quest'ultima affermazione, mi pare, anzi, di poter dire, che la Corte abbia operato una notevole concessione nei confronti dell'autonomia collettiva, consentendo al legislatore nazionale di prevedere il rinvio dinamico alla contrattazione collettiva qualora il cessionario sia anche solo potenzialmente in grado di incidere sui suoi contenuti.

Né il richiamo all'art. 8 della Direttiva nel caso di specie, mi pare possa

³² PRASSL, *op. cit.*

³³ *Wendelboe*, punto 15 e *Danmols Inventar*, punto 26.

³⁴ Nella prospettazione proposta nel testo, anche il riferimento alla libertà di impresa per giustificare il bilanciamento tra diritti dei lavoratori e esigenze del cessionario, mi pare non debba essere assolutizzato ma inquadrato nell'uso strumentale che la Corte fa delle disposizioni della Carta di Nizza, piegate alle esigenze del caso concreto. Sul punto, v. le equilibrate considerazioni di PALLINI, *Le clausole di rinvio al contratto collettivo tra libertà d'impresa e libertà sindacale negativa*, in *RGL*, 2014, II, p. 23 ss.

giustificare una preoccupazione generalizzata circa la configurazione dei contenuti della stessa come massimi e non minimi di tutela³⁵, dato che la Corte ha, anche di recente, continuato ad ammettere la compatibilità con il diritto dell'Unione di normative nazionali di maggior favore rispetto alla Direttiva³⁶.

Dunque, per concludere sul punto, *Werhof* e *Alemo-Herron* confermano l'impressione già tratta da *Martin* di un 'rinvio dinamico statico' al contratto collettivo quale unico strumento in grado di dotare di senso l'art. 3, non volendo né potendo (data la specificazione del par. 2) accedere alla teoria dell'incorporazione. Il rinvio è *dinamico* in quanto riferito al contratto collettivo e alla sua capacità di tener conto, meglio di quanto possa fare qualsiasi contratto individuale, delle vicende che caratterizzano lo svolgimento del singolo rapporto; *statico*, in quanto non apre all'applicazione della contrattazione collettiva successiva al trasferimento, a meno che il cessionario non vi possa partecipare.

ii) Alcune delle problematiche connesse al 'rinvio dinamico statico' echeggiano anche nella seconda questione, quella relativa alla sostituzione automatica del contratto collettivo del cedente con quello applicato dal cessionario. Già all'indomani del primo recepimento tardivo della Direttiva nell'ordinamento italiano, operato dall'art. 47 della legge n. 428 del 1990, la dottrina³⁷ aveva evidenziato un'ulteriore contraddizione interna all'art. 3,

³⁵ PRASSL, *op. cit.*, e anche COUNTOURIS, NJOYA, *op. cit.* Interessanti riflessioni sull'art. 8 della Direttiva in SPEZIALE, *Il trasferimento d'azienda tra disciplina nazionale ed interpretazioni "vincolanti" della Corte di Giustizia Europea*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 46/2006, p. 6 ss.

³⁶ C. Giust. 6 marzo 2014, C-458/12, *Amatori*, nella quale, tuttavia, la Corte, stravolgendo il senso della domanda posta dal giudice di rinvio, relativa al diritto di opposizione del lavoratore al trasferimento, sancisce la legittimità di una normativa nazionale la quale consenta (a) la successione del cessionario al cedente nei rapporti di lavoro nell'ipotesi in cui la parte di impresa in questione non costituisca un'entità economica funzionalmente autonoma preesistente al suo trasferimento e (b) la successione del cessionario al cedente nei rapporti di lavoro nell'ipotesi in cui, dopo il trasferimento della parte di impresa considerata, tale cedente eserciti un intenso potere di supremazia nei confronti del cessionario. Il tutto con l'effetto, gradito alla difesa di parte datoriale, di far coincidere l'applicabilità della normativa sul trasferimento d'azienda con la non opponibilità di un rifiuto al trasferimento ad altra impresa del gruppo. Sul punto COZZAZZA, *L'equivoco delle esternalizzazioni italiane smascherate dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea*, in RIDL, 2014, II, p. 684, non condivisibilmente molto indulgente con la Corte; e PALLINI, *La rilevanza del consenso del lavoratore nelle operazioni di esternalizzazione*, in RGL, 2014, II, p. 427, condivisibilmente più cauto.

³⁷ Romei, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento d'azienda. Art. 2112 cod. civ.*, in SCHLESINGER (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, Giuffrè, 1993, p. 199 ss.

consistente nel fatto che l'obiettivo del par. 1 rischiava di non essere realizzato proprio in forza di quanto disposto dal par. 2. Quella dottrina ha proposto l'utilizzo del contratto d'ingresso quale soluzione alla contraddizione. La proposta, alla luce del diritto dell'Unione, non mi pare risolutiva del problema posto dalle modifiche *in peius* eventualmente previste (anche) dal contratto di ingresso, rispetto all'istanza di mantenimento delle condizioni di lavoro godute al momento del trasferimento.

Invero, in questo caso mi pare ci si trovi davvero di fronte ad una aporia, aggravata, se si vuole, dalla rifiuto della teoria del rinvio dinamico alla contrattazione collettiva e dall'adozione della teoria del 'rinvio dinamico statico' al contratto collettivo. E, proprio in quanto aporia, essa è risolvibile soltanto attraverso la prevalenza di una esigenza sull'altra: o il mantenimento (anche attraverso il singolo contratto collettivo) o il mutamento (non necessariamente nella logica del mantenimento) per il tramite dell'autonomia collettiva.

Aporia alla quale la Corte non ha, chiaramente, potuto opporre un approccio sistematico, risultando costretta a limitarsi a valutare i casi concreti che via via le sono stati sottoposti, definendo limiti invalicabili alla modificazione *in peius* derivanti dalla sostituzione automatica di contratti collettivi, evidentemente data per scontata alla luce dell'art. 3, par. 2, della Direttiva.

In questa prospettiva l'esempio più eclatante, anche perché riguardante direttamente l'ordinamento italiano, è senz'altro costituito dalla sentenza *Scattolon*³⁸, nella quale la Corte ha affermato che “[i]l ricorso alla facoltà consistente nel sostituire, con effetto immediato, le condizioni di cui godevano i lavoratori trasferiti in base al contratto collettivo vigente presso il cedente con quelle previste dal contratto collettivo vigente presso il cessionario non può (...) avere lo scopo, o l'effetto, di imporre a detti lavoratori condizioni globalmente meno favorevoli di quelle applicabili prima del trasferimento. Se così non fosse, la realizzazione dello scopo perseguito dalla direttiva 77/187 potrebbe essere agevolmente rimessa in discussione in qualsiasi settore disciplinato in forza di contratti collettivi, il che pregiudicherebbe l'efficacia pratica di detta direttiva” (punto 76).

La Corte, dunque, sembra propendere per una soluzione dell'aporia nella quale prevalga il principio del mantenimento su quello del mutamento (anche attraverso l'autonomia collettiva), con affidamento al giudice nazio-

³⁸ C. Giust. 6 settembre 2011, C-108/2010, *Scattolon*.

nale del compito di valutare la portata globalmente peggiorativa del nuovo trattamento collettivo. Con ciò negando l'assolutezza del principio di sostituzione automatica e confermando la portata non decisiva della soluzione, invero soprattutto procedurale, del contratto d'ingresso.

(iii) La soluzione proposta dalla Corte all'ultima questione problematica aperta, quella dell'ultrattività del contratto collettivo disdettato, risente fortemente delle posizioni assunte dalla stessa rispetto alle due questioni sinora analizzate.

Anzi, mi pare di poter dire che nella sentenza *Österreichischer Gewerkschaftsbund* la Corte chiuda il cerchio affermando, non senza una punta di fastidio, che l'art. 3 par. 3 della Direttiva “non è inteso a mantenere l'applicazione di un contratto collettivo in quanto tale ma delle «condizioni di lavoro» convenute dal contratto medesimo”³⁹. Confermando, così, al di là di ogni dubbio, la tesi del ‘rinvio dinamico statico’ e la prevalenza del mantenimento dei diritti del singolo lavoratore sulle ragioni dell'autonomia collettiva e sulle molteplici problematiche ad essa collegate (vedi ultrattività del contratto collettivo in caso di disdetta per quel che concerne la sentenza in discorso), ma aprendo anche nuovi scenari comunitari per il giudice nazionale nella prospettiva del mantenimento delle condizioni di lavoro in caso di modifica unilaterale, in assenza di contratto collettivo applicato dal cessionario, alla quale il lavoratore trasferito potrebbe ora più facilmente opporsi in giudizio anche senza dover giungere alle dimissioni.

4. *Rappresentanza dei lavoratori e trasferimento d'azienda quale spunto per una riflessione complessiva sulla rappresentanza*

L'art. 6, par. 1, della Direttiva disciplina, in maniera puntuale e articolata, la sorte della rappresentanza dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda. Al di là della sua finalità specifica, esso è stato di recente utilizzato dalla Corte di giustizia per ribadire il principio cardine secondo il quale la Direttiva “è destinata ad applicarsi a qualsiasi trasferimento che soddisfi le condizioni enunciate all'articolo 1, par. 1, della direttiva medesima, indipendentemente dal fatto che l'entità economica trasferita conservi o meno la propria autonomia nella struttura del cessionario”⁴⁰. L'art. 6, infatti, disciplina e salva-

³⁹ *Österreichischer Gewerkschaftsbund* (C-328/13) punto 23.

⁴⁰ C. Giust. 12 febbraio 2009, C-466/07, *Klarenberg*, punto 50.

guarda la rappresentanza dei lavoratori anche nei casi in cui l'entità economica trasferita non mantenga la propria autonomia⁴¹.

Il riferimento alle condizioni di cui all'art. 1 par. 1, richiama anche un altro principio, da tempo affermato dalla Corte⁴², e, di recente, affinato nella sentenza *Albron*⁴³, secondo il quale, "il trasferimento di un'impresa, ai sensi della direttiva 2001/23, presuppone segnatamente il cambiamento della persona fisica o giuridica che è responsabile dell'attività economica dell'entità trasferita e che, a tale titolo, instaura, in qualità di datore di lavoro dei lavoratori di detta entità, rapporti di lavoro con i medesimi (...)".

Il combinato disposto dei due principi, rende ininfluyente, ai fini dell'applicazione della Direttiva, sia la tipologia del negozio traslativo⁴⁴ sia il mantenimento dell'autonomia dell'entità economica traslata, con la conseguenza che affermazioni del tipo 'questo non è un trasferimento d'azienda' dovrebbero valere quanto il magrittiano "*ceci n'est pas une pipe*" ovvero soltanto per i loro autori, che di quella realtà alternativa sono convinti⁴⁵. Infatti, laddove vi sia un mutamento del datore di lavoro effettivo, quale che sia il titolo del mutamento, la vicenda sarà comunque qualificata dalla Corte come suscettibile di applicazione della Direttiva.

Come noto, invece, nel caso FIAT, pur non avendo sottoscritto l'accordo 'magrittiano', FIOM non ha ritenuto di dover far valere la normativa nazionale e comunitaria sul trasferimento d'azienda, optando per un procedimento *ex art. 28 St. lav.* e per una richiesta di rinvio alla Corte costituzionale al fine di valutare la perdurante legittimità dell'art. 19 St. lav. Richiesta che, fatta propria dai giudici di merito, ha prodotto la ben nota sentenza 'politica' n. 231 del 2013⁴⁶.

⁴¹ "Qualora l'impresa, lo stabilimento o la parte di un'impresa o di uno stabilimento non conservi la propria autonomia, gli Stati membri adotteranno i provvedimenti necessari per garantire che i lavoratori trasferiti, che erano rappresentati prima del trasferimento, continuino ad essere adeguatamente rappresentati per il periodo necessario a provvedere ad una nuova costituzione o designazione della rappresentanza dei lavoratori, conformemente alla legislazione o alla prassi nazionale."

⁴² C. Giust. 17 dicembre 1987, C-287/86, *Ny Molle Kro*, punto 12.

⁴³ C. Giust. 21 ottobre 2010, C-242/09, *Albron*, punto 28, commentata da GUNDT, in *MJECL*, 2011, p. 366.

⁴⁴ Di recente C. Giust. 9 settembre 2015, C-160/14, *João Filipe Ferreira da Silva e Brito*.

⁴⁵ Sul punto, per tutti, TINTI, *Fuga dalle regole: la disciplina dei trasferimenti d'impresa alla prova nel caso Fiat*, in *LD*, 2011, p. 391 ss., la quale, non a caso, parla di "autocertificazioni".

⁴⁶ Sulla quale, per tutti, DE LUCA TAMAJO, *La sentenza n. 231/2013 della Corte costituzionale sullo sfondo della crisi del sistema sindacale anomico*, in *RGL*, 2014, I, p. 45.

Il richiamo, in giudizio, alla disciplina del trasferimento d'azienda e la richiesta di un rinvio alla Corte di giustizia⁴⁷ avrebbero potuto determinare una pronuncia di quest'ultima nei termini di *Scattolon*, con effetti di gran lunga più dirompenti per l'azienda di quelli ottenuti *ex art. 28 St. lav. Ma*, soprattutto, avrebbero potuto portare a una dichiarazione di incompatibilità della regolamentazione della rappresentanza dei lavoratori in azienda nell'ordinamento italiano rispetto al diritto dell'Unione, e, dunque, a una soluzione giuridica e non politica della vicenda FIOM - art. 19 St. lav.

Quest'ultima affermazione merita, ovviamente, un approfondimento.

L'art. 19 St. lav., anche all'esito dell'interpretazione estensiva offertane dalla Corte costituzionale (partecipazione alle trattative, senza sottoscrizione del contratto collettivo che eventualmente ne scaturisca), condiziona la legittimazione alla costituzione di una RSA alla partecipazione dell'organizzazione sindacale, che a detta legittimazione aspiri, alla negoziazione collettiva. In assenza di obblighi a negoziare che prescindano dall'esercizio dei diritti di informazione e consultazione⁴⁸, peraltro a sua volta condizionato, in azienda, dall'esistenza di una rappresentanza sindacale, ciò comporta che la presenza di una RSA dipende dall'azione/inazione del datore di lavoro, il quale, non applicando alcun contratto collettivo e rifiutandosi di aprire qualsiasi negoziazione, può impedire il ricorrere dei requisiti richiesti dall'art. 19 St. lav. Si tratta, dunque, di una disposizione che, ancora, condiziona la rappresentanza dei lavoratori in azienda al 'riconoscimento' da parte del datore.

Ciò pone l'ordinamento italiano in una condizione analoga a quella nella quale si trovava l'ordinamento britannico al momento della condanna da parte della Corte di giustizia per non corretta trasposizione della direttiva 77/187⁴⁹. Secondo la Corte, infatti, “[o]mettendo di prescrivere la designazione dei rappresentanti dei lavoratori nel caso in cui la designazione stessa non ottenga il consenso del datore di lavoro (...), il Regno Unito è venuto meno agli obblighi ad esso incombenti a norma della direttiva (...)” (punto 60).

⁴⁷ Eventualità ampiamente evocata e invocata da una parte non minoritaria della dottrina: sul punto v. l'articolata ricostruzione di RATTI, *Le garanzie per i lavoratori nelle vicende traslative dell'impresa*, in AIMO, IZZI (a cura di), *op. cit.*, p. 293 ss.

⁴⁸ Sul punto v., da ultimo, GUARRIELLO, *La partecipazione negoziale nel quadro europeo e comparato*, in *RGL*, 2014, I, p. 25.

⁴⁹ C. Giust. 8 giugno 1994, C-382/92, *Commissione contro Regno Unito*.

Anche laddove non si ritenga di voler accedere alla prospettazione secondo la quale, al fine di garantire l'informazione e la consultazione, il diritto dell'Unione imporrebbe al datore di lavoro l'obbligo di prevedere una rappresentanza dei lavoratori in azienda⁵⁰, mi pare che l'indicazione della Corte sia chiaramente nel senso di affermare il diritto dei lavoratori a costituire una rappresentanza in azienda (ovvero, per dirla con l'art. 27 della Carta di Nizza, al livello appropriato)⁵¹, senza essere condizionati dal riconoscimento, dall'assenso o dall'azione/inazione del datore di lavoro: cosa che in Italia non avviene.

Questa affermazione trova conferma in tutte le disposizioni che, nel tempo, hanno dato attuazione agli obblighi comunitari di informazione e consultazione⁵², le quali, sia pure con diverse formulazioni, presuppongono, comunque, l'accettazione, da parte datoriale, della dimensione collettiva/sindacale in azienda.

Né, proprio nell'ottica del livello appropriato al quale l'informazione deve essere garantita, mi pare che il coinvolgimento del sindacato (esterno), comparativamente o maggiormente più rappresentativo, possa costituire un succedaneo accettabile alla rappresentanza aziendale, soprattutto in presenza di luoghi di lavoro 'de-sindacalizzati'. Se a ciò si aggiunge il limite dimensionale, comparativamente piuttosto elevato⁵³, dei 15 dipendenti, che condiziona l'applicazione della disciplina legale o contrattuale, il quadro, per la maggioranza dei lavoratori italiani, risulta particolarmente fosco.

Mi pare chiaro che, al di là delle confuse indicazioni della Corte costituzionale nella sentenza 231/2013 e dei maldestri tentativi del legislatore recente⁵⁴, cresca l'urgenza di un intervento legislativo che riconosca, almeno,

⁵⁰ ALES, *Informazione e consultazione nell'impresa: diritto dei lavoratori o obbligo del datore? Un'analisi comparata*, in RIDL, 2009, I, p. 221.

⁵¹ ALES, 2002/14/EC: *Framework Information and Consultation*, in SCHLACHTER (ed.), *EU Labour Law. A Commentary*, Kluwer Law International, 2015, p. 517 ss., ma anche DORSSEMONT, *The right to information and consultation in Article 27 of the Charter of Fundamental rights of the European Union. Less than a Right and Less than a Principle, just an Ordinary Provision Lacking Direct Effect?*, in MJECL, 2014, p. 705 ss.

⁵² Art. 4, l. n. 223 del 1991; art. 47, co. 1, l. n. 428 del 1990; art. 2 co. 1, lett. d), d.lgs. n. 25 del 2007.

⁵³ ALES, *Informazione e consultazione nell'impresa*, cit.

⁵⁴ ALES, *Quale futuro per il modello partecipativo in Italia?*, in ZOPPOLI L., ZOPPOLI A., DELFINO (a cura di), *Una nuova Costituzione per il sistema di relazioni sindacali*, Editoriale Scientifica, 2014, p. 37. Per perspicue osservazioni sul punto v. GUARRIELLO, *op. cit.* v., poi, l'interessante, comprensiva Proposta di legge del Gruppo di *Diritti Lavori Mercati*, *ibidem*, 2014.

il diritto dei lavoratori, se non, l'obbligo del datore di lavoro, di costituire rappresentanze aziendali, anche non sindacali, attraverso il metodo elettivo, capaci di garantire, attraverso l'informazione e la consultazione, il coinvolgimento dei lavoratori e di costituire, su queste basi, la loro eventuale legittimazione negoziale, non necessariamente contrattuale collettiva, a livello aziendale, anche in parallelo rispetto ai schemi rigidi di decentramento controllato prodotti dalla contrattazione collettiva nazionale⁵⁵.

⁵⁵ In termini simili anche ALAIMO, *Rappresentanze aziendali, diritti di coinvolgimento e negoziazione collettiva nelle imprese "globali"*, in *RGL*, 2014, I, p. 53.

Abstract

Il saggio analizza la disciplina del trasferimento d'azienda nel suo "nucleo pre-cettivo" ovvero il mantenimento delle condizioni di lavoro nel trasferimento d'azienda, concentrandosi sul contratto collettivo quale fonte di produzione e regolazione di diritti dei lavoratori trasferiti e sulla sua problematica tenuta che rischia di favorire il mutamento delle predette condizioni piuttosto che il loro mantenimento. Il saggio, poi, prende spunto dalle disposizioni in materia di rappresentanza dei lavoratori nella direttiva sul trasferimento d'azienda per offrire una riflessione complessiva sulla rappresentanza.

The essay aims at analysing the rules governing the transfer of undertaking focusing on their "hard core" i.e. the safeguard of working condition after the transfer, with particular reference to collective agreements to be regarded as main sources of production and of regulation of the rights of the workers involved within the transfer and to their capacity to fulfil that task. Furthermore, the essay, starting from the rules governing workers representation within the Transfer of undertaking directive, provide an overall reflection on the subject of workers representation.

Key words

Trasferimento d'azienda, mantenimento delle condizioni di lavoro, contrattazione e contratto collettivo, rappresentanza dei lavoratori.

Transfer of undertaking, safeguard of working conditions, collective bargaining and agreement, workers representation.

