

Arianna Avondola

**La preesistenza nel trasferimento di ramo d'azienda:
l'impatto degli orientamenti dottrinali sulla giurisprudenza***

Sommario: **1.** Premessa. **2.** Evoluzione storico-normativa dell'art. 2112 c.c. **3.** Il “*de profundis*” della preesistenza. **4.** Gli interventi della giurisprudenza: dalle Direttive CE alla Cassazione italiana. **5.** Stato attuale della giurisprudenza.

I. Premessa

Il diritto del lavoro è da sempre una materia dai mutevoli aspetti e soprattutto in eterna evoluzione; e ciò in quanto, per sua natura, questa disciplina ha lo scopo (talora la sola velleità) di rispondere alle esigenze storiche, politiche, economiche e sociali della realtà che di volta in volta si configura nel preciso momento in cui il legislatore è chiamato a intervenire.

Se questo assunto risulta valido in termini generali, appare, in alcuni casi, condizione imprescindibile per una corretta interpretazione di alcuni istituti, che, per la loro centralità nel contesto dell'economia industriale, più di altri sono divenuti oggetto dell'intervento reiterato del legislatore.

È certamente ascrivibile a quest'ultima categoria la disciplina del trasferimento di ramo d'azienda, la cui contrastata vicenda normativa è stata autorevolmente descritta come un “cantiere aperto” “...dove tutti gli operatori, pur impegnati in una affannosa costruzione, non sembrano a conoscenza del progetto complessivo”¹.

* Il contributo è destinato agli *Scritti in onore di Raffaele De Luca Tamajo*.

¹ DE LUCA TAMAJO, *La disciplina del trasferimento di ramo di azienda dal codice civile al decreto legislativo n. 276 del 10 settembre 2003*, in DE LUCA TAMAJO, RUSCIANO, ZOPPOLI L. (a cura di), *Mercato del Lavoro. Riforma e vincoli di sistema. Dalla legge 14 febbraio 2003 n. 30 al decreto legislativo 10 settembre 2003 n. 276*, Editoriale Scientifica, 2004, p. 569.

L'evoluzione ultracinquantenaria di questo istituto è stata, infatti, diversamente interpretata in dottrina, a seconda del punto di vista da cui si intendeva procedere ad esaminare (*rectius*, a giustificare) la pluralità degli interventi normativi che si sono susseguiti nel tempo.

Pertanto, talvolta il trasferimento di ramo d'azienda ha rappresentato un esempio emblematico della varietà delle tecniche normative di cui può avvalersi il legislatore (nonché – conseguentemente – delle diverse linee di politica del diritto dal medesimo utilizzate)²; talaltra, l'istituto è stato analizzato sulla base delle tecniche di tutela che caratterizzano i fenomeni di esternalizzazione³; altri autori hanno, altresì, sottolineato il confronto tra contesto normativo e giurisprudenziale, che da sempre arricchisce la materia di spunti di ulteriore riflessione⁴; anche partendo da una prospettiva comunitaria⁵.

2. *Evoluzione storico-normativa dell'art. 2112 c.c.*

Com'è noto, l'art. 2112 c.c. disciplina la sorte dei rapporti di lavoro inerenti ad imprese o rami di impresa oggetto di trasferimento, prevedendo la prosecuzione di tali rapporti con il cessionario anche senza il consenso dei lavoratori ceduti⁶.

Posta in deroga alla disciplina generale sulla cessione dei contratti prevista ex art. 1406 e ss. c.c., l'originaria formula codicistica della norma appariva prevalentemente imperniata su una *ratio* di tutela imperativa del lavoratore, benchè in concorrenza con una altrettanto evidente attenzione rivolta all'interesse datoriale.

Il legislatore dell'epoca, infatti, pur nel vigore del principio di libertà di recesso dal rapporto di lavoro, ritenne indefettibile (o, meglio, inderogabile⁷)

² DE LUCA TAMAJO, *La disciplina ...*, cit., pp. 569 e 570.

³ PERULLI, *Tecniche di tutela nei fenomeni di esternalizzazione*, in *ADL*, Cedam, 2003, 2, pp. 473 e ss.

⁴ SALIMBENI, *Il trasferimento di ramo d'azienda torna a coincidere per la Cassazione con il trasferimento di "piccola azienda"*, in questa rivista, 2003, 1, pp. 204 e ss.

⁵ SPEZIALE, *Il trasferimento d'azienda tra disciplina nazionale e interpretazioni "vincolanti" della Corte di Giustizia Europea*, in *WP C. S.D.L.E. "Massimo D'Antona.IT"*, 2006.

⁶ DE LUCA TAMAJO, SALIMBENI, *Il trasferimento d'azienda*, in BROLLO (a cura di), *Il mercato del lavoro*, vol. VI, in CARINCI, PERSIANI (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, Cedam, 2012, p. 1455.

⁷ DE LUCA TAMAJO, *La disciplina ...*, cit., p. 570.

l'esigenza di garantire in modo coattivo la conservazione dei trattamenti pregressi, nonché il passaggio di tutti i lavoratori occupati al cessionario, in un regime di solidarietà tra cedente e cessionario rispetto alle posizioni creditorie dei dipendenti ceduti.

Proprio su una linea di tutela massima riservata al lavoratore, si pongono i primi interventi di modifica dell'art. 2112 c.c.; tant'è che, con la legge n. 480 del 1990, non solo, viene definitivamente chiarito che il trasferimento non può mai costituire giustificato motivo di licenziamento (ciò anche a seguito dell'entrata in vigore della legge 604/66), ma, sulla scia della prima Direttiva comunitaria in materia (dir. 77/187/CE del 14 febbraio 1977), viene, altresì, ulteriormente rafforzata la posizione creditoria dei lavoratori coinvolti nel trasferimento, sia radicando la presenza sindacale sulle vicende circolatorie dell'impresa o di suoi rami, sia garantendo la conservazione della disciplina economica e normativa applicata ai lavoratori prima del trasferimento così come fissata dai contratti collettivi e già osservata dall'alienate⁸.

Sta di fatto, però, che, nonostante l'evidente *favor* per il lavoratore a cui si ispira, l'intera disciplina si è sempre caratterizzata per una sorta di "insofferenza interpretativa", dovendo il legislatore confrontarsi con una difficilissima opera di equilibrismo giuridico, volto a conciliare gli opposti interessi coinvolti nel trasferimento: ponendosi, da una parte, la necessità di tutelare gli interessi del lavoratore, che improvvisamente (e senza poter essere interpellato) si trova alle dipendenze di un nuovo datore di lavoro, e, dall'altra, l'opportunità di garantire la libertà dell'imprenditore di trasferire il proprio complesso aziendale (purchè la dismissione non avvenga a mero scopo fraudolento).

Pertanto, anche i primi interventi effettuati sulla formula codicistica, benchè improntati principalmente a garantire il lavoratore, non hanno potuto ignorare le crescenti esigenze di flessibilità nella gestione dell'attività economica aziendale; richieste che da subito (sempre a norma dell'art. 47 l. n. 480/1990) si sono tradotte quanto meno nell'opportunità per il cedente di essere liberato dalle obbligazioni pregresse, consentendo al lavoratore il ricorso alle procedure conciliative di cui agli artt. 410 e 411 c.p.c.

⁸ Disciplina poi modificata dal d.lgs. 18/2001, che – come sottolinea DE LUCA TAMAJO, *op. ult. cit.*, p. 570 – “fa salva l'applicazione del contratto collettivo del cedente solo nell'ipotesi in cui difetti una disciplina collettiva operante per il cessionario (disciplina altrimenti prevalente e sostitutiva)”. V. anche DEL PUNTA, *Disciplina del licenziamento e modelli organizzativi delle imprese*, in *GDLRI*, 1998, *passim*.

Non è un mistero che, a poco a poco, proprio nel segno di una più aperta flessibilità organizzativa, l'evoluzione normativa dell'art. 2112 c.c. abbia subito un'impegnata riformista, determinando un'evidente "eterogenesi dei fini"⁹, che ha trasformato la normativa codicistica da sistema di tutela della continuità occupazionale in strumento volto anche, e soprattutto, ad agevolare i processi di esternalizzazione di segmenti aziendali¹⁰.

Vero è, come è stato precisato, che è errato "pensare che l'art. 2112 c.c. sia una norma dettata nell'esclusivo interesse dei lavoratori, chè, anzi, è vero piuttosto il contrario giacchè in origine essa tutela principalmente l'interesse economico del cedente e, soprattutto, del cessionario: sancendo che il contratto di lavoro si trasferisce indipendentemente dal consenso del terzo contraente, cioè del lavoratore ceduto, quel che si intende proteggere è soprattutto il valore di scambio dell'azienda (nell'interesse del cedente) e la piena funzionalità del complesso produttivo, anche sotto il profilo della professionalità dei lavoratori impiegati (nell'interesse del cessionario)". Mentre "il lavoratore resta tutelato nel suo interesse alla conservazione dell'impiego..."¹¹.

Sebbene, quindi, originariamente già forgiato anche sull'interesse datoriale alla libera circolazione dell'azienda¹², secondo tale orientamento dottrinario, a partire dal secondo millennio, sarebbe comunque lecito parlare di "uso capovolto dell'art. 2112 c.c.", dal momento che da una fase di più intensa tutela del lavoratore si passa storicamente ad una fase di maggiore attenzione al mutato interesse imprenditoriale sottostante alla norma, con l'evidente paradosso di invocare "la forma giuridica che tutela l'integrità del complesso aziendale per operare la sua smaterializzazione"¹³.

Infatti, proprio per assecondare le nuove richieste di flessibilità, il d. lgs. 2 febbraio 2001, n. 18, proseguendo l'adeguamento del diritto interno alla normativa comunitaria, già arricchitasi della Dir. 98/50/CE, ha dato una veste completamente rinnovata alla disciplina nazionale, innanzitutto modi-

⁹ MARESCA, *Le "novità" del legislatore nazionale in materia di trasferimento d'azienda*, in *ADL*, 2001, p. 588. Nonché v. PERULLI, *op. cit.*, p. 476; SANTORO PASSARELLI, *La disciplina del rapporto di lavoro nel trasferimento d'azienda: evoluzione e prospettive*, in *QDLRI*, 2004, pp. 20 e ss.

¹⁰ DE LUCA TAMAJO, SALIMBENI, *Il trasferimento d'azienda ...*, in BROLO (a cura di), *cit.*, p. 1459.

¹¹ PERULLI, *op. cit.*, p. 476.

¹² SALIMBENI, *op. cit.*, p. 209.

¹³ PERULLI, *op. cit.*, p. 477. V. anche SANTORO PASSARELLI, *Fattispecie e interessi tutelati nel trasferimento di azienda e di ramo d'azienda*, in *RIDL*, 2003, I, p. 202.

ficando la rubrica dell'art. 2112 c.c., che da "Trasferimento d'azienda" è stato trasformato in "Mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda"; dettato che avrebbe potuto fare ipotizzare un'accentuazione delle garanzie per i lavoratori, ma che, invece, ha di fatto spostato il baricentro delle tutele verso i contrapposti interessi datoriali.

Le principali novità della novella consistono, infatti, oltre che nell'individuazione di una più chiara e netta definizione del concetto di azienda, nell'esplicita previsione dell'applicazione della norma anche ai trasferimenti parziali dell'azienda stessa.

Tale ampliamento della portata applicativa della norma, non più incentrata esclusivamente sull'aspetto materiale dell'azienda, quanto piuttosto su quello organizzativo, ha in sostanza traghettato la disciplina del trasferimento d'azienda e di ramo d'azienda verso una definizione più "lavoristica" (e meno "commercialistica") della materia, consentendo una più agevole libertà di circolazione di attività economiche organizzate e del personale addetto, ed escludendo definitivamente la fattispecie in oggetto dall'ambito di applicazione dell'art. 1406 c.c. (che, invece, richiederebbe – come già chiarito – il consenso del contraente ceduto)¹⁴.

L'automatismo del passaggio dei lavoratori al cessionario ha, di contro, rappresentato una definitiva, dichiarata volontà legislativa di modificare il DNA della normativa originaria, piegando apertamente la stessa alle esigenze imprenditoriali, dal momento che, a seguito delle modifiche introdotte nel 2001, la norma è immediatamente apparsa più sintonica all'interesse del cedente a liberarsi agevolmente del fattore umano del segmento aziendale ceduto, senza faticose trattative e senza l'obbligo di affrontare i costi del licenziamento collettivo¹⁵.

¹⁴ Sul punto cfr. tra gli altri DE LUCA TAMAJO, SALIMBENI, *Il trasferimento d'azienda...*, in BROLLO (a cura di), *op. cit.*, p. 1457.

¹⁵ DE LUCA TAMAJO, *La disciplina del trasferimento...*, cit., p. 571; sul punto, SALIMBENI, *op. cit.*, pp. 209 e 210, chiarisce come: "... il passaggio automatico al cessionario dei lavoratori afferenti al ramo ceduto, da un lato, favorisce processi di smembramento aziendale molto utili all'imprenditore, non solo quando si tratta di genuine esternalizzazioni con passaggio a terzi di attività estranee al *core business* aziendale (e successiva riappropriazione dei risultati dell'attività ceduta attraverso contratti stipulati con il cessionario) ma anche quando, attraverso fittizie cessioni di rami aziendali, ci si libera di lavoratori eccedenti, dall'altro, non sempre costituisce per i lavoratori (e/o viene percepito come) una garanzia di stabilità del rapporto e della sua disciplina, soprattutto se il nuovo datore di lavoro è dotato di una struttura meno solida e affidabile di quella del cedente che continua ad operare".

Benchè fortemente connotata da un maggiore *favor* per il datore di lavoro, la riforma del 2001 ha però introdotto una specifica caratterizzazione tipologica dell'oggetto del trasferimento parziale¹⁶, individuato come "articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata (...) *preesistente* al trasferimento [stesso]...", connotazione, quest'ultima, che, secondo numerosi autori, ha rappresentato un vero e proprio presidio di garanzia della genuinità dei processi di decentramento, idoneo ad ostacolare operazioni fittizie, finalizzate a liberarsi di alcuni lavoratori attraverso la creazione *ad hoc* di rami d'azienda al medesimo addetti¹⁷.

Dopo solo due anni dal precedente intervento legislativo, l'art. 32 del D.lgs. 10 settembre 2003 n. 276 ha nuovamente ridisegnato la fattispecie della cessione del ramo d'azienda, puntando ad agevolare ulteriormente i processi di scomposizione e smaterializzazione delle imprese, favorendo i processi di *outsourcing* e le operazioni di cessione contrattuale.

In particolare, per ciò che ci riguarda, con una ridefinizione del ramo d'azienda, la riforma Biagi ha eliminato dalla formulazione normativa precedente ogni riferimento esplicito al requisito della "preesistenza" al trasferimento (oltre che alla conservazione dell'identità nell'operazione di cessione).

Un "alleggerimento"¹⁸ della fattispecie (da vincoli di destinazione originaria e successiva) che "ha allargato ulteriormente le maglie della disposizione normativa, rendendo l'art. 2112 c.c. capace di accogliere nel suo schema regolatorio anche operazioni di "assemblaggio" estemporaneo di attività e personale non sempre controllabili"¹⁹.

Una così netta scelta legislativa ha inevitabilmente determinato una vera e propria scissione in dottrina, tra quanti hanno attribuito all'eliminazione del connotato della preesistenza una pericolosa accelerazione verso processi di dissolvimento dei complessi aziendali e di rarefazione occupazionale²⁰, con un evidente *vulnus* alla tutela dei lavoratori²¹, e chi ha considerato la mo-

¹⁶ Cfr. ancora SALIMBENI, *op. cit.*, p. 210.

¹⁷ SCARPELLI, *Nuova disciplina del trasferimento di azienda*, in *DPL*, 2001, 12, p. 779; CESTER, *Trasferimento d'azienda e rapporti di lavoro: la nuova disciplina*, in *LG*, 2001, p. 505.

¹⁸ SALIMBENI, *op. cit.*, p. 211.

¹⁹ DE LUCA TAMAJO, SALIMBENI, *Il trasferimento d'azienda*, in *Commentario del codice civile*, in GABRIELLI (diretto da), *Dell'impresa e del lavoro*, CAGNASSO, VALLEBONA (a cura di), Utet, p. 590 ss.

²⁰ Cfr. sul punto tra gli altri CAMPANELLA, *Outsourcing e rapporti di lavoro. La dimensione giuslavoristica dei processi di esternalizzazione dell'impresa*, in CAMPANELLA, CALVARINO, *Processi, caratteristiche, sviluppi. Il caso TE.SS., Il sole 24 ore*, 2004, p. 115.

²¹ Cfr. *amplius* sul punto PERULLI, *op. cit.*, p. 476 e ss. Sul tema delle ripercussioni del tra-

difica della disciplina un opportuno superamento di un'inutile restrizione alla circolazione di attività produttive²², capace di garantire anche un decisivo supporto chiarificatore per gli interpreti.

3. *Il "de profundis" della preesistenza*

Come già chiarito, l'art. 32 del d.lgs. 276/2003, pur confermando il connotato dell'autonomia funzionale del ramo da cedere, ne postula, invece, la sussistenza esclusivamente "al momento del trasferimento", eliminando così il requisito della preesistenza.

Una impostazione, quella del legislatore del 2003, che ha dato vita a due opposti orientamenti dottrinari, diversificati sin dal fondamento interpretativo, che di volta in volta viene attribuito all'eliminazione del connotato della preesistenza.

Volendo semplificare al massimo l'evoluzione esegetica della normativa, è possibile distinguere tra quanti hanno optato per una interpretazione della nozione di ramo di azienda imperniata su una considerazione "retrospettiva" dell'oggetto del trasferimento, considerando la preesistenza del ramo l'unico requisito obiettivo per identificare la posizione dell'impresa oggetto di cessione (opinione questa, che peraltro – come si chiarirà in seguito – trova il proprio principale fondamento in una lettura più rigorosa delle direttive comunitarie – in particolare, dir. 98/50/CE e dir. 2001/23/CE –, in osservanza delle quali viene richiesta la conservazione dell'identità del ramo ceduto nel trasferimento); e chi, accanto a (o contro) tale impostazione, ha salutato l'intervento legislativo in un'ottica più ottimista, ritenendo che il nuovo comma 5 dell'art. 2112 c.c. imporrebbe di collocare l'oggetto del trasferimento in una dimensione "proiettiva", al punto da riconoscere piena prevalenza alla volontà delle parti, salvo il caso in cui l'acquirente sia soggetto sostanzialmente fittizio²³.

sferimento d'azienda sulla situazione giuridica dei lavoratori trasferiti si veda anche ROMEI, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento dell'azienda*, in SCHLESINGER (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, 1993, p. 66 ss.

²² DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, in DE LUCA TAMAJO (a cura di), *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, Esi, 2002, p. 9.

²³ TOSI, *La "preesistenza" del ramo d'azienda tra Corte di Giustizia U.E. e Corte di Cassazione: il re ora è nudo*, in *GI*, 2014, p. 1952.

Secondo tale ultimo orientamento dottrinario, “si tratterebbe di una scelta [quella dettata dalla legge Biagi, *nda*] condivisibile ed opportuna, dal momento che l’attributo della oggettiva preesistenza dell’autonomia funzionale rendeva il criterio selettivo impiegato dal legislatore di problematica applicazione e, tutto sommato presentava scarsa potenzialità garantistica”²⁴.

La valutazione di questi ultimi autori prende principalmente le mosse da un dato storico indiscutibile: la scelta del legislatore del 2003 è certamente il risultato dello scenario economico/organizzativo della realtà dell’epoca, che cominciava a fare i conti con una condizione di crescente crisi dell’impresa medio-grande, a fronte di un consolidamento dei processi di scomposizione dei contesti produttivi²⁵.

“Il riferimento è a quelle dinamiche di decentramento, caratterizzate dall’esistenza di una prima fase, di cosiddetta “esternalizzazione”, nella quale l’impresa cede ad un terzo un intero segmento aziendale (estraneo al proprio *core business*, ossia al proprio nucleo di competenze specifiche ed eccellenti) – costituito da impianti, macchinari, *know how* e personale addetto – e di un secondo momento, nel quale la medesima impresa, mediante un contratto di appalto o altro contratto commerciale, riacquisisce dal cessionario-appaltatore il bene, il semilavorato, o il servizio prodotti nel ramo ceduto, onde riaggregarli nel proprio complessivo processo produttivo”²⁶.

Proprio questa progressiva sostituzione della produzione interna con l’acquisto dall’esterno di beni o servizi realizzati da terzi ha rappresentato un fenomeno pressante che – secondo i richiamati autori – avrebbe indotto l’intervento legislativo del 2003.

In questo quadro storico, infatti, il trasferimento del ramo, “epurato” dalla penosa zavorra della preesistenza, avrebbe consentito una concreta (quanto ragionevole) agevolazione dei rapporti economici legati ai fenomeni di esternalizzazione, risollevando così le sorti di molte aziende in crisi ancorate ad una normativa troppo stringente.

La riforma Biagi, inoltre, postulando la sussistenza dell’autonomia funzionale del ramo d’azienda solo “al momento del trasferimento”, avrebbe inteso attribuire – secondo i sostenitori della novella – l’onere dell’identificazione della porzione da trasferire “contestualmente” solo al cedente e al

²⁴ DE LUCA TAMAJO, *La disciplina ...*, cit., p. 575.

²⁵ DE LUCA TAMAJO, *Commentario*, cit., p. 603.

²⁶ *Ibidem*.

cessionario²⁷, sciogliendo, in tal modo, anche numerosi problemi creatisi a livello interpretativo, a causa della difficoltosa identificazione del criterio selettivo dell'autonomia funzionale intrisa del pre-requisito della preesistenza.

Prima di tale intervento normativo, infatti, la disciplina del 2001 “aveva l'effetto di escludere dall'ambito applicativo dell'art. 2112 c.c. (“degradandole” a mere cessioni di singoli beni o contratti) le vicende che interessano segmenti del ciclo produttivo per i quali non è agevole scorgere una evidente e attuale autonomia funzionale presso il cedente; una impostazione questa che oltretutto finiva per accollare alla magistratura una delicata e controvertibile indagine su profili organizzativi a loro volta fluidi e di non facile identificazione o trasposizione in categorie giuridiche (“autonomia” *versus* “integrazione” funzionale)”²⁸.

Al di là di questo dato “pratico”, ad ulteriore supporto della opportunità dell'ultimo intervento legislativo, diversi autori hanno, infine, chiarito che “non sarà certo “l'autonomia funzionale preesistente” a garantire la realizzazione della tutela dei lavoratori ceduti”²⁹.

Nulla esclude, infatti, che un datore di lavoro possa mettere in atto una preventiva operazione di “delimitazione” del ramo da trasferire, facendo confluire – in maniera surrettizia – nel medesimo ramo tutto il personale esuberante e/o sgradito.

Una simile (deprecabile, seppure realistica) ipotesi, secondo tale opinione, non sarebbe pertanto scongiurata dal mero requisito della preesistenza, che, modificando soltanto il dato temporale dell'identificazione della porzione di azienda da trasferire, risulterebbe comunque inidoneo e insufficiente a proteggere i lavoratori da operazioni fraudolente di tal fatta.

Meglio, perciò, il superamento di un requisito di incerta applicazione e comunque non decisivo, puntando piuttosto ad individuare una clausola generale antifraudolenta (come quella contenuta nell'art. 1344 c.c.), più adatta a colpire qualsiasi utilizzo indiretto dell'ersternalizzazione finalizzata esclusivamente allo “smagrimento dell'organico”³⁰.

²⁷ *Idem*, p. 605, che precisa come “nella versione oggi in vigore, il 5° comma dell'art. 2112 c.c. attribuisce quindi rilievo prevalente alle opzioni organizzative di coloro che pongono in essere il trasferimento (cedente e cessionario) a discapito di posizioni di tipo ontologico che tanto hanno affannato gli interpreti”.

²⁸ DE LUCA TAMAJO, *La disciplina ...*, cit., p. 576.

²⁹ Tra tutti, cfr. DE LUCA TAMAJO, *Il trasferimento ...*, cit., p. 1475.

³⁰ *Idem*, p. 1476. In particolare sul punto DE LUCA TAMAJO, *La disciplina ...*, cit., p. 577,

Questo approccio, così favorevolmente deciso alla difesa della normativa del 2003, si è però trovato di fronte ad un muro difensivo, eretto da una parte della dottrina, ma soprattutto dalla giurisprudenza nazionale.

Benchè, infatti, la ragionevolezza di molte delle tesi descritte sia volta a spingere gli interpreti ad accogliere con minor timore le “genuine esigenze di dinamismo, flessibilità e specializzazione dei processi produttivi”, passando “da un approccio diffidente e repressivo nei confronti dei processi disgregativi dell’unità aziendale, ad una valorizzazione dell’ottica antifraudolenta”³¹, sta di fatto che numerosi autori hanno chiarito che una scelta interpretativa diversa da quella testè presentata non sia necessariamente “ascrivibile ad una ideologia giuslavoristica *retro*, prigioniera di una visione patologica del decentramento produttivo, che si oppone sistematicamente alle esigenze della flessibilità produttiva tipiche dell’attuale fase post-fordista...”³².

Si tratterebbe, piuttosto, di una scelta consapevole dettata tanto da esigenze di certezza del diritto, quanto di tutela del lavoratore.

La risposta di questa parte della dottrina è fortemente guidata dall’esigenza di individuare dei “criteri ermeneutici di governo della discrezionalità aziendale”³³; ritenendosi che per evitare un rischioso ed eccessivamente libero “decisionismo economico-gestionale” sarebbe necessario un “radicamento oggettivo della nozione di ramo d’azienda in funzione antifraudolenta”³⁴.

Ipotesi, che, al contrario, è stata travolta dalla riforma del 2003, che – secondo tale impostazione – ha annullato quel *discrimen* oggettivo (la preesistenza, appunto), che la legge del 2001 aveva posto come condizione di effettività dell’articolazione dell’impresa.

Volendo seguire tale opzione interpretativa, il legislatore del 2001, per-

chiarisce che: “In fondo, se un gruppo di lavoratori opera in un segmento aziendale oggetto di trasferimento a terzi non è significativa a fini garantistici la piena e preesistente autonomia funzionale del medesimo segmento o altri requisiti di tipo commercialistico, dal momento che autonoma o meno quella parte di azienda è comunque passata nella titolarità di altri, sottraendo agli addetti la stessa possibilità materiale di svolgimento della prestazione lavorativa. Rileva, invece, che la cessione non sia apparente o fittizia (e quindi che i poteri direttivi della manodopera occupata siano effettivamente nelle mani del cessionario) che essa sia dettata da esigenze industriali (intese in senso ampio) e non dal mero intento di ridurre senza costi l’organico e che nella traslazione forzata non vengano artatamente coinvolti lavoratori addetti (esclusivamente o prevalentemente) ad altri settori, magari mediante previ trasferimenti”.

³¹ DE LUCA TAMAJO, *La disciplina* ..., cit., p. 577.

³² PERULLI, *op. cit.*, p. 480.

³³ PERULLI, *op. cit.*, p. 479.

³⁴ *Ibidem*.

tanto, ponendo nel requisito dell'autonomia funzionale della porzione aziendale ceduta l'elemento della preesistenza come criterio di attinenza "*naturaliter*" a detta fattispecie³⁵, avrebbe inteso la preesistenza quale criterio "fisiologico", in grado di tutelare i lavoratori coinvolti nelle nuove forme di scomposizione e smaterializzazione dell'impresa, valorizzando e favorendo la conservazione dell'unità economica dell'azienda (elemento certo di garanzia contro azioni di frammentazione e disgregazione fraudolenta).

Ugualmente critici nei confronti dell'ultima riforma, altri autori hanno proposto interpretazioni finalizzate a ridurre il notevole spazio offerto dalla legge Biagi all'autonomia individuale dei protagonisti dell'operazione di trasferimento.

Secondo la nuova disciplina, infatti, cedente e cessionario possono individuare un segmento dell'impresa che, pur avendo le caratteristiche organizzative necessarie a produrre un bene o un servizio, sia del tutto nuovo e non abbia alcuna relazione con quanto esisteva in precedenza³⁶.

Contrari (o quanto meno perplessi di fronte) a tanta libertà, tali autori hanno ritenuto che gli stessi cedente e cessionario si potrebbero trovare dinanzi ad una più limitata capacità di azione se, per esempio, si attribuisse al termine "identificare" un'accezione non equiparabile al precedente "costituire" il ramo d'azienda; di guisa che il medesimo ramo debba (continuare ad) essere "qualcosa di già esistente"³⁷.

Un'interpretazione – quest'ultima – che annullerebbe, sulla base di una mera interpretazione letterale della nuova normativa, la forza espansiva della frammentazione aziendale determinata dall'eliminazione del requisito della preesistenza, fattore che così risulterebbe, invece, comunque "intrinseco alla nozione di articolazione funzionale autonoma"³⁸.

Linea comune a tutti i principali critici della riforma è certamente rappresentata dal confronto della legislazione nazionale con le direttive europee, con cui secondo numerosi autori la legge Biagi entrerebbe in rotta di collisione.

Le direttive CE, infatti, parlando di "conservazione dell'identità" del ramo nell'ambito del trasferimento, sembrerebbero presupporre logicamente

³⁵ Ancora PERULLI, *op. cit.*, p. 481.

³⁶ SPEZIALE, *op. cit.*, p. 27.

³⁷ BAVARO, *Il trasferimento di azienda e di ramo di azienda*, in CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti a tre anni dalla legge 30/2003*, Cacucci, 2006, *passim*.

³⁸ *Ibidem*, p. 250.

la preesistenza del ramo medesimo, “non potendosi conservare l’identità di ciò che non ha identità prima del trasferimento. Il concetto di conservazione dell’identità richiede invero che l’elemento da conservare esista già e non sia invece costituito *ad hoc* proprio in occasione del trasferimento”³⁹.

Pur non individuando espressamente il criterio della preesistenza, le sentenze della Corte Europea “lasciano chiaramente intendere che ciò che deve essere trasferito deve preesistere già da tempo, perché fanno riferimento ad un’attività che “prosegue” o “riprende”. Al contrario ciò che viene costituito *ad hoc* immediatamente prima dell’operazione economica è un’organizzazione che inizia *ex novo* la produzione di un bene o di un servizio e non “continua” quanto già realizzato in precedenza”⁴⁰.

Questo ineludibile conflitto con la fonte europea è ancora più evidente nel confronto con la giurisprudenza nazionale, che sembra da sempre restia ad aprirsi alla nuova normativa, rifiutandosi di abbandonare le direttive imposte a livello comunitario.

4. *Gli interventi della giurisprudenza: dalle Direttive CE alla Cassazione italiana*

Non è un mistero che la marcia riformatrice del legislatore italiano rispetto all’istituto del trasferimento d’azienda sia stato fortemente sollecitato a livello europeo da tre Direttive, che nel tempo hanno imposto un percorso (a tappe forzate) al fine di adeguare la nostra normativa ai nuovi orientamenti comunitari.

Già dopo il primo intervento della Direttiva 77/187/CE, ma soprattutto a seguito di quelle 98/50/CE e 2001/23/CE, la Corte di Giustizia europea ha immediatamente espresso l’esigenza – improrogabile in tutta Europa così come in Italia – di disciplinare il crescente (se non dilagante) fenomeno delle esternalizzazioni dei processi produttivi.

La finalità delle direttive, benchè emanate in tempi e momenti storici diversi, ha avuto – pur con le dovute differenziazioni – come minimo comun denominatore il chiaro intento di improntare l’intera disciplina del trasferi-

³⁹ PERULLI, *op. cit.*, p. 482, nonché PASSALACQUA, *Successione nell'appalto, trasferimento d'azienda e definizione legale della fattispecie*, in *MGL*, 2001, p. 501. ROMEI, *Azienda, impresa, trasferimento*, in *DLRI*, 2003, pp. 49 e ss.

⁴⁰ SPEZIALE, *op. cit.*, p. 28.

mento d'azienda al principio del *favor* per il lavoratore, allo scopo di garantire la protezione dei dipendenti trasferendi e la tutela dell'occupazione, con l'obiettivo di garantire la continuazione del rapporto presso il cessionario, tramite il mantenimento della stessa posizione contrattuale ed organizzativa delineatasi presso il precedente datore di lavoro.

Infatti, pur senza imporre vincoli stringenti, le direttive comunitarie hanno posto una serie di principi di carattere generale, che di fatto hanno finito per condizionare profondamente i processi interpretativi interni, influenzati non solo dall'autorevolezza del precedente europeo, ma dall'opportunità di utilizzare di volta in volta le pronunce comunitarie eventualmente anche quale elemento di integrazione del testo nazionale⁴¹.

Mentre con la prima direttiva la Corte europea ha puntato innanzitutto ad individuare i connotati dell'impresa idonei a garantire la prosecuzione delle tutele dei lavoratori, sottolineando la necessaria presenza di "elementi materiali, obiettivi e misurabili, quali mezzi organizzati dall'imprenditore per lo svolgimento di un'attività economica", ottenendo così un restringimento del campo di applicazione della disciplina in oggetto⁴²; con i successivi interventi, la medesima Corte ha mirato piuttosto "alla ricognizione della fattispecie concreta (entità economica) attraverso l'individuazione di una serie di indici presuntivi da valutarsi nel loro complesso e con riguardo al tipo di impresa"⁴³.

Tale più recente operazione di recupero del concetto di "entità economica organizzata" ha dato il via – secondo alcuni autori – ad una maggiore "duttilità e attenzione ai meccanismi reali dell'organizzazione produttiva"⁴⁴, pur continuandosi a valorizzare la finalità della direttiva volta a proteggere i lavoratori in occasione del cambio del titolare dell'impresa.

Pertanto, l'attenzione posta (a livello europeo) al punto di vista organizzativo dell'autonomia funzionale potrebbe in tal senso prestarsi a supportare un'interpretazione del concetto di "mantenimento dell'identità" dell'azienda in senso funzionale e relativo alla natura concreta dell'impresa o

⁴¹ *Ibidem*, pp. 5-6, in cui l'autore, sottolineando la consolidata prevalenza dell'ordinamento giuridico europeo su quello italiano, evidenzia tale "supremazia" affermando che: "Il "vincolo comunitario" per il legislatore italiano deve essere coordinato con la possibilità di modificare in *melius* la direttiva ... in tale ambito ... la valutazione della deroga migliorativa dovrebbe essere soltanto in relazione ai livelli di tutela previsti dalla direttiva ...".

⁴² SALIMBENI, *op. cit.*, p. 206.

⁴³ *Idem*, p. 207.

⁴⁴ *Ibidem*.

di parte di essa⁴⁵. Così “ad un’individuazione a monte dell’entità economica oggetto del trasferimento necessariamente calata nello specifico contesto produttivo di riferimento, corrisponde[rebbe], a valle, una ricognizione del mantenimento dell’identità che ben può prescindere dal perpetuarsi dell’organizzazione preesistente purchè vi sia continuazione di attività con utilizzazione, da parte del cessionario, dei fattori trasferiti, tra loro e nel nuovo contesto integrati”⁴⁶.

Le descritte sfumature più “pragmatiche” che alcuni autori hanno inteso cogliere nella giurisprudenza comunitaria non hanno trovato alcun riscontro nella giurisprudenza nazionale, la quale, al contrario, da sempre si è mostrata poco incline ad interpretazioni elastiche dell’art. 2112 c.c.; un rigore che, facendo perno su una lettura più garantista delle direttive europee, è rimasto inviolato anche all’indomani dell’entrata in vigore della legge Biagi.

Mentre, infatti, prima del 2003, l’orientamento restrittivo della giurisprudenza risultava confortato dalla normativa dell’epoca, che – ancor più a seguito dell’entrata in vigore della l. 18/2001 – assicurava il carattere necessario della preesistenza⁴⁷ a “presidio dell’autenticità del ramo al fine di evitare forme incontrollate di espulsione di frazioni non coordinate tra loro di semplici reparti o uffici, di articolazioni non autonome unificate dalla volontà del datore di lavoro...”⁴⁸; rispetto a una fattispecie di ramo d’azienda completamente novellata dalla riforma del 2003, inesorabilmente disancorata dai requisiti della preesistenza e della conservazione dell’identità, la nostra giurisprudenza è sempre risultata totalmente impermeabile⁴⁹.

⁴⁵ In particolare, v., tra le altre, Cass. 10 gennaio 2004 n. 206; Cass. 17 giugno 2005 n. 13168, in *JD*, che evidenziano l’elemento dell’organizzazione inteso come “legame funzionale”. Sul punto cfr. anche *infra* par. 5.

⁴⁶ Ancora SALIMBENI, *op. cit.*, p. 208, secondo cui: “Pertanto anche le ipotesi in cui l’organizzazione produttiva caratterizzante l’entità economica ceduta si dissolve nell’impresa del cessionario, purché resti in vita un nesso funzionale tra i fattori produttivi trasferiti, rientra a pieno titolo nell’ambito applicativo della direttiva comunitaria”.

⁴⁷ In particolare v. Cass. 4 dicembre 2012 n. 21710, in *ADL*, 2013, I, p. 210, con nota di NUZZO, che si attestava su una rigida interpretazione del requisito della preesistenza dell’autonomia funzionale del ramo.

⁴⁸ Tra tutte cfr. Cass. 30 dicembre 2003 n. 19842, in *JD*.

⁴⁹ Si ricorda in merito, che numerose pronunce hanno puntato ad assimilare il “ramo” ad una sorta di “piccola azienda”, in quanto tale idonea a funzionare in modo autonomo presso il cedente. Sul punto v. Cass. 1 febbraio 2008 n. 2489, in *MGC*, 2008, p. 149; Cass. 10 gennaio 2004 n. 2006, in *RIDL*, 2004, II, p. 653; Cass. 14 dicembre 2002 n. 17919, in *DPL*, 2003, p. 14; Cass. 25 ottobre 2002 n. 15105, in *MGL*, 2003, p. 13.

La preesistenza, infatti, non è mai stata messa da parte nelle pronunce successive alla legge Biagi, continuando ad essere invocata “quale indefettibile presupposto della conservazione dell'identità dell'entità economica, richiesta dalle Dir. 98/59/CE e 2001/23/CE...”⁵⁰.

Nonostante rari casi di pronunce che hanno tentato di discostarsi dall'orientamento consolidato⁵¹, il rigore della Cassazione è apparsa nel tempo costante, in quanto “...nonostante talune difformi opinioni basate sul dato letterale dell'assenza nelle Direttive comunitarie del concetto di preesistenza, l'entità economica trasferita deve in realtà ritenersi preesistente al trasferimento, non potendo conservarsi quel che non c'è... [il requisito del mantenimento della identità, infatti, *nda*] presuppone comunque una preesistente entità produttiva funzionalmente autonoma (potendosi conservare solo qualcosa che già esiste), e non anche una struttura creata *ad hoc* in occasione del trasferimento...”⁵².

5. *Stato attuale della giurisprudenza*

Più di recente la Corte di Cassazione, pur ponendosi sulla scia delle precedenti pronunce e confermando il costante richiamo al requisito della preesistenza, sembrerebbe aver fatto tesoro dei diversi orientamenti che si sono confrontati in dottrina, trovando quasi una “terza via interpretativa”, finalizzata principalmente a scongiurare forme incontrollate di espulsione di personale.

Il dato più ricorrente, infatti, resta il richiamo alla “preesistenza” del ramo di azienda, il quale, però, sembrerebbe letto non più come un prerequisito imprescindibile a garanzia della genuinità del trasferimento, quanto piuttosto come un elemento essenziale, che deve essere riscontrato a fronte del “...criterio selettivo della autonomia funzionale del ramo ceduto, letto conformemente alla disciplina dell'Unione... e la Corte di Giustizia, cui

⁵⁰ SALIMBENI, *op. cit.*, p. 217.

⁵¹ Cfr. tra tutte, Cass. 30 gennaio 2013 n. 2151, in *JD*, secondo cui: “... il baricentro della norma [art. 2112 c.c., *post* d.lgs. 276/2003] è ora costituito dall'identificazione di una parte dell'impresa ceduta al momento del trasferimento e solo indirettamente rileva il fatto che anche in precedenza sia sussistita tale organizzazione potenzialmente suscettibile di essere oggetto di un autonomo esercizio d'impresa...”.

⁵² Cass. 4 dicembre 2013 n. 21711, in *JD*.

compete il monopolio interpretativo del diritto comunitario vivente, ha ripetutamente individuato la nozione di entità economica come complesso organizzato di persone e di elementi che consenta l'esercizio di un'attività economica finalizzata al perseguimento di un determinato obiettivo e sia sufficientemente strutturata e autonoma"⁵³.

Infatti, secondo l'attuale Cassazione, il giudice, una volta riscontrata l'esistenza di un'attività imprenditoriale genuina del ramo d'azienda "prima" del trasferimento, "... in presenza di tale condizione", potrà considerare l'elemento dell'organizzazione quale "... requisito *indefettibile* della fattispecie legale tipica delineata dal diritto comunitario e dall'art. 2112 c.c...."⁵⁴.

In quest'ottica, la preesistenza sembra acquisire una valenza meno marcata rispetto ai precedenti giurisprudenziali, quasi declassata a mero connotato argomentativo, non più essenziale ai fini della corretta decisione del magistrato, ma richiamata solo in quanto criterio "... coerente con la disciplina in materia dell'Unione Europea"⁵⁵.

Pertanto, il giudicante – divenuto sostanzialmente orfano del criterio selettivo temporale – ha di fatto individuato nella nozione di "organizzazione" l'essenziale fondamento delle proprie motivazioni, purché tale organizzazione venga "... intesa come legame funzionale che rende le attività dei dipendenti appartenenti al gruppo interagenti tra di esse e capaci di tradursi in beni o servizi ben individuabili, configurandosi altrimenti la vicenda traslativa come cessione del contratto di lavoro, richiedente per il suo perfezionamento il consenso del contraente ceduto"⁵⁶.

Sembrebbe, dunque, che la Suprema Corte più di recente abbia consapevolmente posto l'accento maggiormente sull'autonomia funzionale dell'azienda, agevolando – per questa via – le istanze di quanti hanno ritenuto più opportuno attribuire agli interventi europei un'interpretazione più elastica, finalizzata sicuramente a evitare trasferimenti fraudolenti, ma anche a non impedire cessioni di parti di azienda, che, seppure create con una tempistica minima, trovano giustificazione nelle reali esigenze (di sopravvivenza) delle aziende stesse, in tal modo escludendo una netta identificazione del ramo aziendale con una "piccola azienda" preconstituita.

⁵³ Cass. 14 ottobre 2014 nn. 21503 e 22688, in *RIDL*, 2015, II, pp. 3 e ss.

⁵⁴ Cass. 27 maggio 2014 n. 11832, in *RIDL*, 2015, II, p. 97.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ V. ancora Cass. 27 maggio 2014 n. 11832, in *RIDL*, 2015, II, p. 97.

Se si volesse accogliere tale spiraglio interpretativo, per quanto angusto, si potrebbe ravvisare un nuovo intento della giurisprudenza nostrana, in accoglimento di un'interpretazione meno rigida delle Direttive europee, volto a cercare nuovi "indici" capaci di garantire quella "stabilità" dell'entità economica da trasferire, come richiesto a livello comunitario.

Il "mantenimento dell'identità" dell'azienda resta, infatti, connotato indispensabile quale criterio di garanzia della genuinità del passaggio di lavoratori dal cedente al cessionario, ma – contemporaneamente – potrebbe non identificarsi più in via esclusiva con la preesistenza del ramo.

Sta di fatto, però, che in mancanza di altri requisiti, altrettanto "rassicuranti", la Cassazione italiana non potrà che continuare a rifugiarsi nei vecchi schemi interpretativi, che si fondano sul dato testuale che "... il termine "conservi" [utilizzato dal legislatore europeo] implica che l'autonomia dell'entità ceduta deve preesistere al trasferimento"⁵⁷.

Ciò nonostante, a più di dieci anni dalla legge Biagi, sembrerebbe che i giudici italiani siano più consapevoli dell'inadeguatezza di interpretazioni troppo rigorose, che finiscono per ignorare la realtà quotidiana di un mondo moderno e globalizzato in cui il fenomeno dell'esternalizzazione è diventato strutturale (ed endemico), con l'ulteriore evidente rischio di non riuscire a tutelare più neanche i lavoratori, che invece si confrontano ordinariamente con rapporti di lavoro connotati da meccanismi di triangolazione sempre più comunemente utilizzati.

⁵⁷ Cass. 27 maggio 2014 n. 11832, in *RIDL*, 2015, II, p. 90, secondo cui "... al fine di una corretta applicazione dell'art. 2112 c.c., l'oggetto del trasferimento deve consistere in una preesistente entità economica che oggettivamente si presenti dotata di autonomia organizzativa ed economica funzionalizzata allo svolgimento di un'attività volta alla produzione di beni e servizi, non essendo sufficiente la sola volontà dell'imprenditore ad unificare un complesso di beni (di per sé privo di una preesistente autonomia organizzativa ed economica volta ad uno scopo unitario) al solo scopo di renderlo oggetto di un contratto di cessione di ramo di azienda".

Key words

Trasferimento di ramo d'azienda, preesistenza, giurisprudenza europea e italiana, confronto, organizzazione, prevalenza.

Transfer of a part of an undertaking, pre-existence, European and Italian case law, comparison, organization, prevalence.