

# LE ESTERNALIZZAZIONI DI IMPRESA TRA VECCHIA E NUOVA DISCIPLINA

Sommario: 1. Introduzione. • 2. Le esternalizzazioni di impresa: definizione e meccanismi applicativi. • 3. I più recenti orientamenti della giurisprudenza di merito. • 4. Il trasferimento d'azienda tra ordinamento interno e ordinamento comunitario. • 4.1. La giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea. • 4.2. Gli orientamenti della dottrina e della giurisprudenza interne. • 5. La direttiva 98/50 UE. 6. Il problema dell'obbligo di interpretazione conforme. • 7. Il decreto legislativo 18/2001.

## 1. Introduzione.

È osservazione ormai comune in dottrina che l'attuale diffusione dei fenomeni di esternalizzazione di impresa abbia aperto all'interprete nuovi scenari socio-economici, suggerendo nuovi spunti di riflessione circa la tenuta di taluni istituti giuridici di fronte alle conseguenti innovazioni manifestate dalla più moderna realtà dell'impresa.

Il particolare interesse suscitato dagli argomenti affrontati in alcune pronunce giuri-

sprudenziali sul tema (1), costituisce un chiaro segnale dell'importanza dell'argomento e dei suoi riflessi sul diritto del lavoro subordinato (2).

Invero, la più recente giurisprudenza di merito, riguardante strategie aziendali sempre più frequentemente orientate verso esternalizzazioni di rami o servizi aziendali, ha mostrato nuove attitudini dell'impresa ad adottare istituti giuridici, tra i quali il trasferimento d'azienda, con funzioni elusive delle garanzie dei lavoratori, suscitando nel-

---

(1) Si allude all'ormai noto "grappolo di sentenze" delle Preture di Genova, Milano e Ivrea, nonché dei Tribunali di Genova e Milano in grado di appello sul tema delle esternalizzazioni di impresa, pubblicate e commentate in numerose riviste di diritto del lavoro (si vedano citate, rispettivamente, in nota nn. 7, 16, 53).

(2) L'argomento è stato oggetto delle Giornate di studio A.i.d.l.a.s.s. tenutesi a Trento nel 1999 sul tema "Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo". I testi delle relative relazioni sono stati pubblicati in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1999, pp. 203 e ss.

l'interprete notevoli perplessità nell'intento di sconfessare un presunto uso distorto di tali strumenti, e di restituire ai lavoratori coinvolti le dovute tutele.

Oggi le problematiche giuridiche sollevate dalla dottrina e dalla giurisprudenza con riferimento alle esternalizzazioni di impresa dovranno inevitabilmente confrontarsi con le più recenti modifiche apportate all'art. 2112 C.C. dal decreto legislativo del 2 febbraio 2001 n. 18 che, in attuazione della direttiva comunitaria 98/50, ha interamente ridefinito le garanzie dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda.

## 2. Le esternalizzazioni di impresa: definizione e meccanismi applicativi.

Nonostante il termine esternalizzazione — unitamente ad altri, quali segmentazione dell'attività produttiva, terzizzazione, reingegnerizzazione — siano ormai frequenti nei più attuali studi sociologici ed economici, fornire una caratterizzazione giuridica degli stessi è tutt'altro che semplice.

“In un'accezione più immediata” — senz'altro bisognosa di ulteriori precisazioni —, e “nella sua caratterizzazione linguistica”, il termine esternalizzazione allude a “qualcosa che prima era dentro e ora si svolge fuori, a qualcosa che prima era svolto all'interno dell'impresa, e sotto il controllo dell'imprenditore, e ora si svolge all'esterno” e dunque “sotto il controllo di un soggetto terzo” (3).

Volendo restringere il campo di indagi-

ne, in un'accezione più ristretta, per esternalizzazione comunemente si intende quella scelta aziendale di scorporare una fase della produzione vera e propria, o una o più funzioni dell'impresa, anche direttamente connesse alla produzione, affidandone la realizzazione a terzi.

La rinuncia alla realizzazione diretta di una parte del ciclo produttivo non determina, tuttavia, la scomparsa dell'attività esternalizzata dal ciclo aziendale.

Ed infatti, a fronte di ogni dismissione della gestione diretta di tali funzioni, con il conseguente affidamento ad un terzo, fa sempre riscontro un contrario processo di cosiddetta *internalizzazione*, attraverso il quale i beni, i servizi e, in genere, le attività esternalizzate vengono riacquisiti dall'impresa originaria.

Le forme e gli strumenti della esternalizzazione propriamente detta nella prassi applicativa possono essere tra i più vari.

E pur tenendo conto delle infinite variabili che possono emergere dall'analisi di ogni singola fattispecie concreta, la dottrina ha evidenziato almeno due tipologie organizzative (4).

Secondo un primo modello l'impresa

---

della produzione o di una funzione aziendale ad un'impresa specializzata attraverso la stipula di un contratto di appalto o di somministrazione di semilavorati. L'espressione *outsourcing* deriva da *out* e da *source*, “fonte”, e sta ad indicare il modello organizzativo di impresa consistente nel ricorrere ad un'impresa esterna per lo svolgimento di una funzione aziendale, la cui natura può essere di vario genere. Così P. ICHINO, *Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1999, p. 203, ma cfr. anche M. PITTALIS, *Outsourcing*, in *Contratto e Impresa*, 2000, n. 2, p. 1006 e A. MUSSELLA, *Il contratto di outsourcing del sistema informativo*, in *Dir. informaz. e inf.*, 1998, p. 857.

(4) Per un'attenta ricostruzione della casistica emersa da esperienze concrete, accordi collettivi e controversie giurisprudenziali cfr. F. SCARPELLI, “*Esternalizzazioni*” e *diritto del lavoro: il lavoratore*

---

(3) R. ROMEL, *Cessione di ramo d'azienda e appalto*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1999, p. 329. È evidente che in tale primissima istanza il termine rischia di coincidere con quello — ormai frequente nel linguaggio tecnico della scienza dell'organizzazione aziendale — di *outsourcing*, coniato per indicare, più genericamente, l'affidamento di una fase

esternalizza un'attività precedentemente gestita al suo interno attraverso lo scorporo e la contestuale cessione di una determinata parte dell'organizzazione imprenditoriale ad altra impresa. Pertanto, l'intera operazione, globalmente considerata, contempla anche il trasferimento di un complesso strumentale organizzato ad impresa.

Al contrario, secondo altra strategia aziendale, l'esternalizzazione riguarda determinate funzioni o servizi aziendali che, scorporati dalla restante attività d'impresa, unitariamente considerati, proseguiranno con modalità sostanzialmente identiche presso una nuova e diversa organizzazione imprenditoriale, senza che a quest'ultima venga ceduto il relativo complesso strumentale organizzato ad impresa.

Sul punto, secondo un'impostazione che

---

non è una merce, in *Dir. rel. ind.*, 1999, n. 3, p. 353 il quale, nell'intento di operare una classificazione degli strumenti giuridici utilizzati dalle imprese per procedere ad operazioni di esternalizzazione, riferisce anche di una forma più semplice di esternalizzazione, in base alla quale l'impresa rinuncia a svolgere singoli compiti o funzioni originariamente svolti al suo interno, affidandone la gestione a soggetti già presenti sul mercato che, con proprie strutture e con propri mezzi, realizzeranno un risultato analogo o succedaneo di quello precedentemente svolto all'interno dell'impresa esternalizzante. Ciò che avviene, ad esempio, con l'affidamento del servizio paghe e contributi, del marketing, o della progettazione rispettivamente a studi di consulenza del lavoro, a studi di consulenza tecnica, ovvero ancora a singoli professionisti. In tale forma più semplice, rispetto alle altre tecniche che si esaminano nel prosieguo, l'esternalizzazione, non comporta significative modifiche sulle dimensioni dell'impresa esternalizzante e sul suo assetto organizzativo, tanto da indurre la giurisprudenza ad adottare soluzioni rispettose della scelta imprenditoriale, ritenendola insindacabile anche nel caso in cui l'operazione venga a tradursi in un licenziamento dei dipendenti addetti alla funzione dismessa. E configurando, pertanto, in siffatte ipotesi un giustificato motivo oggettivo di licenziamento.

pare doversi condividere, la dottrina ha proposto di distinguere tra esternalizzazione in senso proprio ed esternalizzazione in senso ampio o generico (5).

Con il primo termine si suole alludere alla vicenda che, complessivamente valutata, vede unitamente al trasferimento di attività e funzioni aziendali anche il trasferimento della titolarità dei mezzi necessari alla produzione, nonché la conclusione del contratto che consenta la disponibilità delle attività esternalizzate.

Con il termine di esternalizzazione in senso ampio, si allude invece a tutte le ipotesi per cui l'affidamento al terzo della funzione dismessa avvenga senza il trasferimento di mezzi e strutture connesse. In entrambi i casi, è stato evidenziato, a prescindere dal luogo in cui l'attività venga gestita, se all'interno o meno dei locali dell'impresa esternalizzante (6).

Così, rispondendo ad una precisa strate-

---

(5) R. ROMEL, *op. cit.*

(6) Se il criterio topografico non assume alcun rilievo con riferimento alla distinzione sopra evidenziata, altra parte della dottrina ne ha riscontrato un ruolo centrale per l'individuazione di altra modalità organizzativa aziendale. Ed infatti, secondo altre tipologie emerse nella prassi, l'assegnazione a fornitori terzi della gestione operativa di produzioni o servizi precedentemente eseguiti direttamente dall'azienda, non comporta l'estromissione di quel determinato spezzone della produzione dai locali dell'azienda, bensì la gestione ad opera di terzi, con piena assunzione di responsabilità, ma all'interno dell'organizzazione originaria. In tali ipotesi la dottrina preferisce fare riferimento a profili di "terziarizzazione interna" piuttosto che di esternalizzazione, proprio per "l'evidente assenza di ogni profilo di delocalizzazione". L'espressione è di R. DE LUCA TAMAJO, *I processi di terziarizzazione intra moenia ovvero la fabbrica "multisocietaria"*, in *Il diritto del mercato del lavoro (saggi)*, n. 1, 1999, p. 49 il quale, peraltro, relativamente alle più attuali realtà produttive, riferisce di una terziarizzazione di seconda generazione. Sul punto v. anche R. ROMEL, *op. cit.*

gia organizzativa, secondo moduli che presentano una progressiva rilevanza giuridica, l'impresa attraverso un'operazione di esternalizzazione rinuncia alla gestione interna di una funzione, di un servizio, di una parte del ciclo, o ancora ad una parte dell'impresa, senza tuttavia rinunciare all'esercizio di un forte controllo su di essi.

Pertanto, l'operazione globalmente considerata realizza, altresì, la creazione di forti vincoli contrattuali — dalla realizzazione di posizioni di controllo o di collegamento con un soggetto opportunamente creato *ad hoc*, alla conclusione di contratti di appalto di servizi o di subfornitura con imprese terze già operanti sul mercato — che assicurino il ritorno del prodotto o del servizio finale presso l'impresa originaria.

In tali ipotesi è molto frequente riscontrare l'uso dello strumento della cessione di ramo d'azienda o, altrettanto spesso, come si vedrà, la mera cessione di attività con passaggio dei soli dipendenti addetti al settore, attraverso la risoluzione e la contestuale riassunzione degli stessi presso altra struttura aziendale.

Si assiste, più segnatamente, allo scorporo di un'attività precedentemente gestita all'interno dell'impresa cedente e alla sua prosecuzione con modalità che attengono al ciclo produttivo, alle informazioni, all'archivio, ai rapporti con la clientela alle procedure e ai rapporti con i terzi, sostanzialmente identiche presso la nuova impresa, senza tuttavia contestuale transito presso quest'ultima del relativo complesso strumentale idoneo a costituire impresa.

Soprattutto imprese di notevoli dimensioni, attraverso il trasferimento di ramo d'azienda (secondo la procedura di cui all'art. 47 l. 428/1990) hanno proceduto a decentramento di servizi non rientranti nella specifica missione dell'impresa e costi-

tuenti invece il core business della società destinataria del trasferimento (7).

Proprio siffatte ipotesi, realizzando lo scorporo di una determinata attività e il successivo trasferimento ad altra azienda, senza tuttavia procedere alla contestuale cessione del relativo complesso aziendale, conducono al dibattuto tema della configurazione del ramo d'azienda, dell'incerta applicazione della disciplina del trasferimento d'azienda, del difficile coordinamento tra disciplina interna e disciplina comunitaria.

3. Si consideri, infatti, che almeno dal punto di vista delle imprese e sotto un profilo più strettamente lavoristico, l'applicazione della complessa disciplina del trasferimento d'azienda non è l'unica alternativa percorribile.

Vaie la pena di ricordare che l'adozione

---

(7) Per una completa esemplificazione delle tecniche di esternalizzazione appena descritte, cfr. F. SCARPELLI, *op. cit.*, anche con riferimento ai casi giurisprudenziali più noti, o a quelli più documentati: quali ad esempio quelle realizzate dalla ABB (relativamente a servizi relativi a lavori tipografici, economato, fotocopie, riproduzione di disegni e microfilmatura); dalla IBM (attraverso il trasferimento del ramo d'azienda relativo alla gestione immobiliare e ai servizi logistici di sede); dalla Italtel (per quanto attiene alla gestione dei servizi tecnici e generali -conduzione impianti centrali e tecnologici, manutenzione e pulizia di fabbricati, raccolta rifiuti ecc. —); dal Gruppo Ansaldo (con riferimento alla gestione dei servizi centrali e decentrati di elaborazione dati, alla gestione delle stazioni di *hard-ware* di lavoro, nonché delle telecomunicazioni e, successivamente alla gestione dei servizi di amministrazione del personale). Soprattutto l'operazione condotta dal Gruppo Ansaldo rappresenta l'esternalizzazione più documentata rispetto alle altre, avendo dato luogo ad un massiccio contenzioso giudiziario di cui si parlerà tra breve con riferimento alle sentenze Pret. Genova, 27 giugno 1998, Pret. Genova 12 maggio 1998, Pret. Milano 16 settembre 1998, Pret. Genova 22 ottobre 1998, tutte in *ADL*, 1998, rispettivamente pp. 982, 987, 995, 1006.

dello strumento traslativo, così come disciplinato dall'art. 2112 C.C. e dall'art. 47 l. 428/1990, comporta tutta una serie di oneri per l'impresa e contestuali diritti in capo ai lavoratori che spesso si traducono in un appesantimento non indifferente della procedura adottata. Inoltre, il coinvolgimento delle organizzazioni sindacali nel procedimento traslativo costituisce un prezzo che non sempre l'imprenditore è disposto a pagare.

D'altro **canto**, e per le medesime ragioni, queste ultime, unitamente ai singoli lavoratori coinvolti nelle operazioni in argomento, normalmente, manifestano uno spiccato e comprensibile interesse ad invocare la disciplina del trasferimento d'azienda.

Ed infatti, per lungo tempo, l'esperienza giurisprudenziale aveva registrato una certa ritrosia da parte delle imprese a procedere a ristrutturazioni aziendali attraverso la procedura ex art. 2112 C.C. Esse, perseguivano lo scopo connesso a consimili obiettivi attraverso il passaggio di alcuni dipendenti, mediante accordi individuali di cessione dei relativi contratti o, ancora, mediante la risoluzione del rapporto di lavoro relativo ai dipendenti interessati, e la contemporanea ricostituzione dello stesso in capo alla nuova impresa destinataria del servizio dismesso. Al contrario lavoratori e associazioni sindacali denunciavano con una certa costanza la violazione dell'art. 2112 C.C. e delle procedure ad esso connesse, dalle quali ricavano ampi margini di tutela.

Il più recente avvento delle **esternalizzazioni** ha, invece, mostrato un assetto di interessi nei confronti del trasferimento di ramo d'azienda, per certi versi invertito (8).

(8) Per un'ampia riflessione sul conflitto di interessi manifestatosi intorno ai nuovi fenomeni di esternalizzazioni di impresa cfr. P. LAMBERTUCCI, *Area contrattuale e autonomia collettiva*, in *Giorn.*

Con un inatteso capovolgimento di posizioni, infatti, a fronte di scelte imprenditoriali orientate a sostenere la sussistenza del trasferimento d'azienda — con tutti gli oneri ad esso connessi —, i lavoratori sottoposti al passaggio ad altra impresa hanno denunciato la cessione unilaterale dei rapporti di lavoro mediante un uso improprio dell'art. 2112 c.c.

In estrema sintesi le imprese, in attuazione di indirizzi orientati verso l'**esternalizzazione** di attività secondarie, hanno avviato procedure di trasferimento del ramo d'azienda "Servizi Generali" attinente ad un complesso di attività accessorie e di servizi nella maggior parte dei casi eterogenei tra loro. Organizzazioni sindacali e lavoratori hanno contestato la sussistenza dei presupposti di un autonomo ramo d'azienda, cedibile ai sensi dell'art. 2112 C.C., per la significativa carenza, trattandosi di servizi accessori basati essenzialmente sulla manodopera, di elementi strumentali transitati presso il cessionario. Rappresentando, altresì, vuoi l'uso illegittimo dell'art. 2112 c.c., vuoi la palese violazione del divieto in materia di appalto di mere prestazioni di lavoro di cui alla legge 1369 del 1960. Con conseguente illegittimità della cessione del contratto di lavoro, realizzatasi senza il consenso del dipenden-

*dir. lav. rel. ind.*, 1999, p. 281, soprattutto per quanto attiene alle specifiche finalità che possono indurre l'imprenditore a scegliere tra il **make** e il **buy** (tra realizzare con i propri mezzi 0, al contrario, acquisire da terzi il risultato precedentemente conseguito con i suoi strumenti produttivi), ed al contrapposto interesse manifestato dal sindacato e dai lavoratori ad opporsi alle dette operazioni di scomposizione del ciclo produttivo, nell'intento di contrastare ogni conseguente riduzione del potere di controllo sindacale, ed un sia pur generico abbassamento degli standard di trattamento, cfr. F. SCARPELLI, *op. cit.*, e *Trasferimento d'azienda ed esternalizzazioni*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1999, p. 491.

te ceduto, e connesso diritto di quest'ultimo **alla** reintegrazione nel posto di lavoro ex art. 18 legge 300 del 1970.

Sulla questione, lo si è accennato sopra, si segnalano alcune pronunce della giurisprudenza di merito che per soluzioni adottate e argomentazioni svolte, meritano alcuni approfondimenti.

Per quanto attiene all'aspetto relativo alla cessione del ramo d'azienda oggetto di esternalizzazione, la giurisprudenza in argomento ha apportato significativi contributi nell'annoso dibattito circa i requisiti minimi richiesti per l'identificazione stessa della nozione di ramo d'azienda, soffermandosi, altresì, sui criteri di interpretazione da adottare in siffatto tipo di indagine, nonché sulla rilevanza da accordare al dato materiale del trasferimento.

Con riferimento al primo punto, sui requisiti minimi richiesti per la sussistenza del ramo d'azienda, con una apprezzabile uniformità di argomentazioni, i giudici hanno preso le mosse da quell'orientamento della Suprema Corte, ormai pacifico, che riconosce l'applicabilità della disciplina ex art. 2112 C.C. e 47 l. 428/1990 in ipotesi di trasferimento di singole unità produttive, purché esse siano dotate di un minimo di organizzazione che ne garantisca l'attitudine all'esercizio dell'impresa (9).

Rispetto all'orientamento tradizionale, il

---

(9) Cfr. per tutte Cass. 20 novembre 1981, n. 6162, inedita a quanto consta. Nello stesso senso anche la dottrina che per prima si era occupata dell'argomento, affermando che per ramo d'azienda deve intendersi "un'organica unità funzionale" e cioè "una pluralità di beni organizzati e funzionalmente coordinati" (A. FONTANA, *La successione dell'imprenditore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1970, p. 87), la cui qualità oggettiva che lo distingue da un mero complesso di beni è proprio la sua unitaria destinazione allo svolgimento di un'autonoma attività economica organizzata volta alla creazione di un prodotto o alla fornitura di un servizio (G.

più recente filone interpretativo si caratterizza per una costante ed univoca tendenza alla svalutazione del dato patrimoniale della fattispecie traslativa soffermandosi con particolare attenzione sulla natura della porzione di attività di impresa trasferita ai sensi dell'art. 2112 C.C.

In particolare, sono stati riscontrati indici sintomatici della fattispecie ex art. 2112 C.C.: nella idoneità delle attività trasferite ad essere collocate sul mercato e ad essere esercitate da un imprenditore specializzato (l'attività principale del cessionario, nella specie, consisteva nell'esecuzione di servizi generali dello stesso tipo di quelli trasferiti); nella sussistenza, anche nella impresa cedente, di tali servizi svolti, anche prima della stipula del contratto di cessione, dagli stessi dipendenti successivamente trasferiti all'acquirente; nell'esistenza, in sintesi, di "un'attività economica ancora esistente ed anche organizzata presso l'alienante, che ha conservato la propria identità con il trasferimento (...), che viene attualmente esercitata dall'acquirente (...), anche tramite i beni trasferiti" (10). E ciò a prescindere dalla esiguità dei beni con l'attività stessa trasferiti.

L'elemento caratterizzante la cessione di ramo d'azienda, è stato piuttosto individuato nella preesistente organizzazione delle attività e dei beni ceduti "in modo idoneo ad un potenziale esercizio dell'impresa" (11), e ciò a prescindere dalla circostanza che i servizi esternalizzati, precedentemente svolti all'interno dell'azienda cedente, non fossero mai stati resi in favore di soggetti terzi,

---

FERRARI, *Azienda*, in *Enc. dir.*, IV, Milano 1959, p. 703).

(10) Pret. di Genova (sentenza del 27 giugno 19981, *cit.*

(11) Pret. di Genova (sentenza del 12 maggio 1998) *cit.*

nonché a prescindere dalla eterogeneità delle stesse attività cedute.

Secondo un primo orientamento, in alcuni casi, non è stato nemmeno richiesto che l'autonomia dell'attività oggetto di cessione fosse già manifesta nell'organizzazione dell'impresa cedente. Anzi, tale valutazione viene spostata cronologicamente in avanti, con riferimento alla potenziale espansione dell'attività dell'impresa cessionaria, nel presupposto che detta circostanza costituisca indice della potenziale capacità dei servizi trasferiti ad essere richiesti sul mercato. Sintomo, quest'ultimo, della persistente autonomia organizzativa dell'attività ceduta.

In altri casi, poi, un sufficiente grado di autonomia organizzativa è stato riconosciuto a tutta una serie di servizi ausiliari rispetto all'attività principale del cedente, nonostante i lavoratori ricorrenti avessero evidenziato che presso l'azienda cedente tali servizi non erano mai stati distinti dal complesso organizzativo aziendale, né erano mai stati organizzati come servizi a favore di terzi. Si è ritenuto, infatti, espressamente che nulla avrebbe impedito che l'impresa cedente "utilizzasse il personale addetto alla manutenzione anche in servizi a favore di terzi, ricavandone un utile" (12).

La cessione di ramo d'azienda è stata, pertanto, individuata con riferimento esclusivo al suo oggetto, consistente in un complesso di beni, compresa la forza lavoro, idonei a consentire un compiuto esercizio dell'attività relativa a servizi generali, stante la funzionale organizzazione degli stessi a tale scopo. La rilevante esiguità degli strumenti materiali trasferiti, nonché la scarsa correlazione funzionale tra i servizi trasferiti e beni ceduti, trattandosi di attività e servizi di cui la forza lavoro costituisce la compo-

nenne prevalente, non è stata considerata condizione ostativa all'applicabilità dell'art. 2112 C.C. (13).

A conseguenze parzialmente diverse, soprattutto nella soluzione adottata, e secondo un *iter* argomentativo che merita di essere approfondito, perviene l'altro orientamento giurisprudenziale (14).

Ribadendo che il trasferimento d'azienda per rilevare ai fini della disciplina lavoristica deve riguardare un complesso di beni che oggettivamente presenti una propria autonomia organizzativa ed economica finalizzata allo svolgimento di un'attività pro-

---

(13) Tale primo nucleo di sentenze esprime, altresì, l'orientamento maggioritario su un ulteriore aspetto del trasferimento, concernente i limiti che incontra l'autonomia contrattuale nel trasferimento d'azienda. Se cioè le parti con il contratto di cessione d'azienda possano dar vita ad una nuova e diversa attività imprenditoriale che precedentemente non era configurabile come tale, giacché presso l'impresa alienante il complesso di beni e di lavoratori trasferiti non era funzionalmente organizzato per la realizzazione di un'autonoma attività dell'impresa cedente. Sul punto le sentenze appena citate propongono evidentemente una soluzione affermativa: optano, infatti, per l'ammissibilità del trasferimento di un insieme di servizi ausiliari tra loro eterogenei che non costituivano un'unità produttiva autonoma, ma che al momento della cessione sono stati enucleati dal complesso organizzativo del cedente per essere destinati dal cessionario ad autonoma attività produttiva (servizi generali integrati). E ciò sul presupposto che l'autonomia funzionale del ramo trasferito possa essere anche soltanto potenziale presso il cedente, considerato che ciò che conta è che "le attività trasferite siano idonee ad essere utilmente collocate sul mercato come un bene unitario" e suscettibili di costituire oggetto di un'attività di impresa da parte del cessionario (Pret. Genova 27 giugno 1998). Così S. CIUCCIOVINO, *La nozione di azienda trasferita alla luce dei recenti sviluppi della giurisprudenza interna e della disciplina comunitaria*, in *ADL*, 1998, 3, p. 893 ove si sottolinea, sempre sullo stesso aspetto, l'orientamento contrario espresso dal Pretore di Genova nella sentenza del 22 ottobre 1998.

(14) Pret. di Genova del 22 ottobre 1998, cit.

---

(12) Pret. Milano (sentenza del 16 settembre 1998) cit.

duttiva, il Pretore adito ha richiesto che detta autonomia, quantomeno risulti dall'esistenza di uno specifico "centro direttivo dotato di una autonomia finanziaria", idoneo ad unificare sotto il profilo funzionale un complesso di elementi tra loro eterogenei.

Ritenuti gli elementi trasferiti non caratterizzati da un "preesistente specifico collegamento funzionale idoneo a renderli struttura organizzativa autonoma" — e, dunque, ramo d'azienda —, si è optato per la qualificazione di ristrutturazione aziendale, cioè mera cessione di contratti di lavoro, illegittima per difetto del consenso del lavoratore-contrante ceduto (15).

---

(15) Manifestando evidente dissenso per gli orientamenti precedenti, la sentenza in oggetto, ha posto un significativo argine all'autonomia contrattuale delle parti nell'attribuire la qualificazione giuridica di trasferimento d'azienda all'operazione realizzata. Questa infatti, ad avviso del giudice, va condotta sulla base del principio dell'effettività, ritenuto principio fondamentale nel diritto del lavoro subordinato, che impone che garanzie e tutele del lavoratore subordinato "siano ricollegate a fattispecie la cui qualifica discenda da elementi oggettivi, e non già dalla volontà delle parti del rapporto". Queste potrebbero qualificare la fattispecie concretamente posta in essere opportunamente, al fine di eludere le garanzie previste dalle norme inderogabili, sia che esse derivino dalla legge, sia dalla contrattazione collettiva. Non potrà, pertanto, farsi affidamento alla mera volontà del datore di lavoro che, in qualità di imprenditore, unifichi un complesso di beni e persone di per sé privo di una preesistente autonomia organizzativa all'interno dell'organizzazione aziendale cedente. Né può ammettersi, come rappresentato nella precedente decisione della medesima Pretura, una valutazione meramente potenziale di tale autonomia organizzativa, rimessa alla sola volontà dell'imprenditore, il quale, se avesse voluto, bene avrebbe potuto impiegare i servizi, precedentemente svolti all'interno dell'azienda e in favore della stessa, per l'esterno e in favore di soggetti terzi. Giacché, così procedendo, il cieco affidamento alla volontà dell'imprenditore esternalizzante comporterebbe una sicura

Se, infatti, perché possa parlarsi di azienda o ramo d'azienda suscettibile di trasferimento "deve aversi un insieme di elementi produttivi (pochi o tanti, a prevalenza personale o patrimoniale, di maggiore o minore valore) organizzati dall'imprenditore per l'esercizio di una attività" (...) che sia "sufficientemente strutturata ed autonoma", è evidente che detti requisiti debbano necessariamente preesistere al trasferimento stesso, non potendo rappresentarne né una conseguenza né un mero succedaneo (16).

Applicati tali principi al caso di specie la soluzione della controversia è apparsa univoca. In particolare, per ciò che attiene alla natura dei beni materiali ceduti è stato evidenziato come, anche a prescindere dalla loro esiguità rispetto alla quantità e qualità delle attività trasferite, degli stessi non si sia comunque dimostrata la "preesistente destinazione e la congruità funzionale rispetto all'attività ceduta" (17).

Considerata, tra l'altro, "l'assoluta eterogeneità delle attività svolte dai lavoratori

---

mortificazione del principio di effettività, e la protezione del lavoratore più debole sarebbe rimessa alla sola volontà dell'altra parte contrattuale dalla quale egli va invece difeso.

(16) Trib. Genova, 19 luglio 1999, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1999, p. 509. Anche in detta sentenza, in linea con l'orientamento precedente, si sottolinea che ciò che caratterizza il ramo d'azienda trasferenda è proprio la natura oggettiva del vincolo che lega tra loro le singole componenti della stessa. Non potranno a ciò sostituirsi né la volontà del datore di lavoro, che decida di destinare taluni beni ad uno scopo produttivo, né l'attribuzione di tale qualità da parte degli stipulanti il negozio di trasferimento. Si renderà al contrario necessario che "tali beni siano obiettivamente organizzati e coordinati per il perseguimento di tale scopo produttivo". E il detto legame obiettivo non potrà che preesistere al trasferimento stesso, a pena di consentire un uso strumentale dell'art. 2112 c.c., nonché la elusione di norme imperative di legge.

(17) Trib. Genova, 19 luglio 1999, *cit.*



trasferiti e la mancanza di un obiettivo legame e coordinamento delle stesse, anche quando contenutisticamente omogenee”, la fattispecie concreta è stata considerata alla stregua di una mera cessione di contratti di lavoro, pertanto inopponibile e inefficace nei confronti dei lavoratori per mancanza del consenso di questi ultimi, quali contraenti ceduti.

#### 4. // *trasferimento d'azienda tra ordinamento interno e ordinamento comunitario.*

I due orientamenti esaminati appaiono caratterizzati da una linea direttiva comune sulla quale occorre ulteriormente soffermarsi.

Invero, essi mostrano, con una singolare uniformità di vedute, come l'esiguità dei beni materiali trasferiti non appaia significativa per escludere la disciplina del trasferimento d'azienda invocato dalle parti **datatoriali**, trattandosi di attività economiche in cui appare predominante l'elemento personale.

Si consideri, infatti, che perfino le sentenze della Pretura e del Tribunale di Genova da ultimo riportate, hanno sì respinto le difese della impresa resistente, attraverso il disconoscimento della fattispecie traslativa. Ma ne hanno comunque fondato la motivazione sulla inesistenza di un preesistente specifico collegamento funzionale che fosse idoneo a conferire ai beni ed ai servizi ceduti una struttura organizzativa autonoma, e non sulla esiguità degli strumenti materiali ceduti.

Argomentando in tal senso, tale filone interpretativo apporta un significativo contributo nella annosa disputa dottrinale e giurisprudenziale, sia interna che comunitaria, sull'identificazione del ramo d'azienda in ipotesi di esternalizzazioni di impresa.

Per ripercorrere succintamente i passag-

gi più significativi della questione, occorre prendere le mosse dal perdurante divario tra l'ordinamento interno e quello comunitario circa l'individuazione del campo di applicazione delle rispettive discipline (art. 2112 C.C. e dir. 77/187 Cee).

Si è detto sopra che con riferimento all'art. 2112 del codice civile la giurisprudenza italiana, almeno fino alle più recenti posizioni di merito appena illustrate, era apparsa consolidata nel ritenere la sussistenza del trasferimento d'azienda e, dunque, della conseguente disciplina di tutela per i lavoratori, ogni qualvolta si realizzasse il trasferimento di “un complesso di beni autonomamente suscettibile di costituire idoneo e compiuto strumento di impresa” (18).

Ha cioè sempre attribuito un'importanza decisiva al trasferimento dei beni aziendali attraverso i quali si esercita l'attività di impresa ceduta, conseguentemente rifiutando che potesse configurarsi quale ramo d'azienda una semplice attività aziendale, trasferibile ex art. 2112 C.C., indipendentemente dalla cessione dell'apparato strumentale ad essa connesso.

Pertanto, la questione interpretativa, relativamente alle esternalizzazioni d'azienda, è sempre risultata difficoltosa, soprattutto ove si considerino le cosiddette **esternalizzazioni** di meri servizi, come nei casi giurisprudenziali poc'anzi esaminati, dove si riscontra una netta prevalenza di elementi personali più che patrimoniali. Giacché, coerentemente con l'orientamento giurisprudenziale appena richiamato, il mero subingresso di un'impresa nella gestione dei servizi precedentemente esternalizzati, senza che si verifichi anche la cessione di un

---

(18) Cfr per tutte Cass. 24 febbraio 1992, n. 2285, in *Riv. it. dir. km.*, 1993, II, p. 202; Cass. 14 luglio 1993, n. 7795, in *Mass. giur. lav.*, 1993, p. 58.

complesso di beni agli stessi strumentali, non può essere considerato trasferimento di ramo d'azienda.

#### 4.1 La giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea.

Di contro, per quanto attiene all'ordinamento comunitario, la direttiva del 1977 sui trasferimenti d'azienda ha introdotto per i lavoratori degli Stati membri dipendenti da impresa interessata da un'operazione di "cessione contrattuale" o "fusione" (art. 1), una disciplina di tutela, poi tradottasi, in Italia, nell'art. 47 della l. 428/1990 (19).

Tuttavia, da un lato il carattere tecnico dei termini utilizzati dal legislatore europeo, dall'altro la mancata adozione di una metodologia esplicativa degli stessi, hanno costituito lo spunto per una consistente elaborazione giurisprudenziale da parte della Corte di Giustizia Europea (20).

Quest'ultima, almeno per una prima fase (21), stante l'assenza nella stessa diretti-

va di una compiuta definizione della nozione di azienda, sembrò introdurre un concetto per certi versi più ampio di trasferimento d'azienda.

Partendo dal dato testuale di cui all'art. 1 della direttiva — che per definire l'ambito di applicazione della stessa, adotta una sintetica definizione dell'oggetto del trasferimento attraverso la locuzione "imprese, (...) stabilimenti o (...) parti di stabilimenti" — la Corte ha considerato come dato qualificante "l'identità funzionale dell'impresa", concepita più che altro come "entità economica" (22). E ciò al dichiarato scopo di "garantire la salvaguardia dei diritti dei lavoratori in caso di cambiamento dell'imprenditore, consentendo loro di rimanere alle dipendenze del nuovo datore di lavoro alle stesse condizioni pattuite con il cedente" (23).

Detto orientamento prende le mosse dalla sentenza Spijkers, nella quale viene anche affermato che il criterio decisivo per stabilire se il trasferimento rientri nel campo applicativo della direttiva è la "circostanza che l'entità economica in questione conservi la propria identità". Preciso che tale identità

---

(19) Detta disciplina, come è noto, consiste nell'adozione obbligatoria di una preventiva procedura di informazione e consultazione (art. 6); nel mantenimento dei diritti acquisiti presso il precedente datore di lavoro (artt. 3 e 5); nella protezione contro eventuale licenziamento che trovi l'esclusiva giustificazione nell'operazione di trasferimento (art. 4).

(20) C. GULOTTA, *Il trasferimento d'azienda nella recente giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Orient. giur. lav.*, 1998, III, p. 16 ove si precisa, altresì, la complessità di detta interpretazione a causa delle diversità linguistiche tra le numerose versioni della Direttiva, oltre che dalle differenti tradizioni legislative ed interpretative esistenti in materia negli Stati membri.

(21) Consolidatasi, a partire dalla sentenza 19 maggio 1992, (in causa C 29/91), Redomond Stichting, in *Racc.*, 1992, p. 3212, nelle sentenze 7 marzo 1996 (in cause C 171/94 e 172/94) Merckx e Neuhuys in *Mass. giur. lav.*, 1996, p. 362 con nota di I. INGLESE; ma vedi anche nello stesso senso la

---

sentenza 18 marzo 1986 (in causa C 24/85) Spijkers, in *Foro it.*, 1989, IV, 14.

(22) In tale originario indirizzo la Corte ha precisato la sussistenza di "una cessione contrattuale" in tutti quei casi di cambiamento, con riferimento ai rapporti contrattuali, della persona responsabile dell'impresa che assume le obbligazioni del datore di lavoro nei confronti dell'impresa stessa (sent. Stichting *cit.* in nota precedente), indicando appunto quale criterio decisivo la verifica se l'entità in questione conservi la propria identità economica e rinvenendo detto requisito nel "fatto che la sua gestione sia stata effettivamente proseguita o ripresa" (sent. Merckx *cit.* in nota precedente).

(23) Corte Giust., 15 giugno 1998, (in causa C 101/87), Bork International, con nota di M. DE LUCA, in *Foro it.*, 1991, IV, 287. Sullo scopo e sulle finalità della direttiva v. anche *infra*.

debba essere “ancora esistente”, la Corte ha anche sottolineato l’esigenza che i giudici nazionali conducano una valutazione complessiva delle circostanze di fatto che contraddistinguono il caso concreto. A titolo esemplificativo, già nella sentenza *Spijkers* — ma l’argomento è stato poi ripreso in numerose sentenze successive —, la Corte stessa fornisce una indicazione di quelle circostanze che possono assumere rilievo sintomatico del mantenimento di tale identità: “il tipo di impresa o di stabilimento (...) la cessione o meno degli elementi materiali, quali gli edifici ed i beni mobili, il valore degli elementi immateriali al momento della cessione, la riassunzione o meno della maggior parte del personale da parte del nuovo imprenditore, il trasferimento o meno della clientela, nonché il grado di analogia delle attività esercitate prima e dopo la cessione e la durata di un’eventuale sospensione di tali attività”.

Nella visione comunitaria, dunque, i beni patrimoniali non hanno mai assunto un ruolo determinante nell’identificazione dell’azienda trasferenda, costituendo piuttosto un mero indice sintomatico del mantenimento dell’identità “ancora esistente” dell’entità economica in questione: Quest’ultima, infatti, è stata individuata con riferimento esclusivo al suo perdurante valore economico, espressivo a sua volta della capacità di profitto dell’entità valutata, che ben potrebbe identificarsi anche con una mera attività dell’azienda, ovvero ancora, come si vedrà tra breve, con l’insieme delle energie lavorative di un gruppo di lavoratori a quella attività addetti.

Ne è conseguito che, a differenza delle posizioni consolidatesi sulla disciplina interna, il mero subingresso di un determinato soggetto nell’esercizio di un’attività economica (la stessa di quella precedente), esercitata in forma di impresa, e a prescindere

dal trasferimento di beni aziendali, costituisce di per sé trasferimento d’azienda.

Sotto questo profilo, vanno sicuramente ricordate quelle pronunce successive alla sentenza *Spijkers* — per citare le più note, sentenze *Schmidt* e, più oltre, *Merckx* e *Neuhuys* — ove si afferma ancor più chiaramente che l’assenza di elementi patrimoniali non consente di escludere la fattispecie concreta dal campo applicativo della direttiva (24).

Ma è con la sentenza *Suezen* (25) che si perviene ad una più puntuale precisazione dei criteri di identificazione già contenuti nelle precedenti decisioni, offrendo una

---

(24) Nella sentenza del 14 aprile 1994, (in causa 392/92), *Schmidt* in *ADL*, 1997, 4, p. 366 veniva affrontato il caso di un istituto di credito che aveva affidato ad altra impresa i lavori di pulizia di una propria filiale precedentemente svolti da un’unica dipendente che, a seguito della cessione, era stata licenziata. La Corte ha ritenuto applicabile la direttiva sostenendo che la similarità delle attività di pulizia espletate prima e dopo il trasferimento costituisce indice della circostanza che l’entità economica avesse mantenuto la propria identità. Analogamente — sentenze (*Merckx* e *Neuhuys*, cit.) — la Corte ha escluso che l’assenza di un trasferimento di elementi materiali o immateriali dell’impresa, nonché il mancato mantenimento della struttura e dell’organizzazione della stessa ed il cambiamento della denominazione, dei locali, delle attrezzature, si opponessero al mantenimento dell’identità dell’entità economica; ha ritenuto, invece, che si dovesse attribuire la dovuta rilevanza alla circostanza relativa alla “natura dell’attività svolta”, consistente nella specie nella concessione esclusiva della vendita di autoveicoli di una determinata marca in uno stesso territorio (si trattava di una società titolare della concessione della vendita di autoveicoli che aveva cessato l’attività e ad essa era subentrata una concessionaria indipendente con sede diversa dalla precedente, ma operante nella stessa zona territoriale).

(25) Corte Giust., 11 marzo 1997, (in causa C-13/95) *Suezen*, in *Orient. giur. lav.*, 1998, 111, p. 11, con nota di C. GULOTTA e in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, 11, p. 651, con nota di C. FALERI.

compiuta definizione della nozione di entità economica.

Infatti, se da un lato, come si è già accennato, la Corte ha precisato che per entità economica deve intendersi “un complesso organizzato di persone e di elementi che consentano l’esercizio di un’attività economica finalizzata al perseguimento di un determinato obiettivo” (26), essa ha altresì aggiunto che rientra nel campo applicativo della direttiva anche il caso di mero subingresso di altro imprenditore nell’esercizio di una stessa attività economica, senza alcuna cessione di elementi patrimoniali.

È stato cioè affermato che l’identità della attività ceduta possa emergere anche da altri elementi, quali “il personale che la compone, il suo inquadramento, l’organizzazione del suo lavoro, i metodi di gestione, e ancora all’occorrenza i mezzi di gestione a sua disposizione”. Ciò in particolare per quanto riguarda quei settori ove l’entità economica sia capace di operare “senza elementi patrimoniali (. . .) significativi”. Con ciò attribuendo al giudice nazionale il potere di valutare complessivamente le circostanze di fatto, del tipo di impresa o di stabilimento, stante la necessaria variabilità dell’importanza dei singoli criteri in funzione “dell’attività esercitata, o addirittura dei metodi di produzione di gestione utilizzati” nell’entità trasferita.

---

(26) Corte Giust., 11 marzo 1997 (in causa C-13/95) Suez, *ult* cit. La Corte ha tuttavia escluso la sussistenza di un trasferimento d’azienda ai sensi della direttiva, trattandosi in una fattispecie in cui un committente, che aveva affidato i lavori di pulizia dei propri locali ad un primo imprenditore, aveva poi risolto detto contratto, per stipularne un successivo con un secondo imprenditore. L’operazione, infatti, non era stata accompagnata né da una cessione di elementi patrimoniali significativi, né dall’assunzione da parte del nuovo appaltatore di un numero rilevante di personale già destinato dal predecessore allo svolgimento dell’attività ceduta.

Ne consegue che in settori nei quali l’attività si fonda essenzialmente sulla mano d’opera, l’entità economica ben potrà consistere in un gruppo di lavoratori che assolvano stabilmente un’attività comune e che detta entità conserverà la propria identità allorché l’imprenditore acquirente “riassuma anche una parte essenziale (...) del personale specificamente destinato dal predecessore a tali compiti”, acquisendo in tal modo “l’insieme organizzato di elementi che gli consentirà il proseguimento delle attività o di talune attività del cedente in modo stabile” (27).

Analoghi principi sono da ultimo stati espressi nelle più recenti sentenze, — già successive, comunque, alla emanazione della direttiva 98/50, di cui si parlerà tra breve —, nelle quali si afferma che, nei settori nei quali gli elementi patrimoniali “sono spesso

---

(27) Secondo parte della dottrina con la sentenza Suez la Corte di giustizia ha inteso adottare una soluzione compromissoria che ricomponga l’ormai chiaro divario di posizioni precedentemente manifestate: l’una a partire dalla sentenza Schmidt e ribadita in alcune pronunce successive, interpretate quale consacrazione di una linea interpretativa di “smaterializzazione” del concetto di impresa, al punto da individuare gli estremi del trasferimento in un mero trasferimento di attività, coinvolgente un solo lavoratore senza alcuna traslazione di beni sia materiali che immateriali, e dunque “nella sola perdita di una quota di mercato a favore di altro soggetto”; l’altra, facente capo alla Sentenza Spijkers nella quale, sebbene si pervenga al medesimo risultato interpretativo, lo si fa in termini senz’altro più sfumati richiedendo, non soltanto la prosecuzione della gestione della medesima attività, ma anche la valutazione di tutta una serie di ulteriori elementi che costituiscano indici del trasferimento di un’entità che conservi la propria identità (quali ad esempio la cessione o meno degli elementi materiali la riassunzione o meno della maggior parte del personale ecc.). In questo senso anche S. GIUBBONI, *L’outsourcing alla luce della Direttiva 98/50/CE*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1999, p. 423.

ridotti alla loro più semplice espressione e l'attività si fonda essenzialmente sulla mano d'opera", allora l'entità economica può essere costituita, in eventuale ipotesi di mancanza di altri fattori della produzione, "da un gruppo organizzato di dipendenti specificamente e stabilmente assegnati ad un compito comune" (28).

#### 4.2 *Gli orientamenti della dottrina e della giurisprudenza interne.*

È evidente, soprattutto con riferimento a quest'ultimo aspetto, il divario tra le due discipline.

D'altro canto le ragioni dell'orientamento giurisprudenziale interno sopra richiamato sono ormai note. Non può sottacersi, infatti, che anche nell'ordinamento italiano sussiste un problema di identificazione dell'azienda, stante la mancanza di uno specifico criterio "a misura del diritto del lavoro" (29).

Senza considerare il dato testuale dello stesso art. 2112 C.C. — che fa riferimento espressamente al concetto di azienda e non a quello di impresa, perfino nella sua nuova versione — risultano indicative le seguenti circostanze. Da un lato la nozione di azienda contenuta nell'art. 2555 C.C. (30) ha

sempre indotto la dottrina e la giurisprudenza italiane a dare centralità all'elemento oggettivo dell'azienda, inteso come complesso di beni destinati all'esercizio dell'impresa. Dall'altro la intramontabile separazione tra concetto di impresa e concetto di azienda, ha tradizionalmente costituito un insormontabile ostacolo al pacifico ingresso della nozione più ampia d'azienda ai fini dell'applicazione della disciplina di tutela dei lavoratori.

Non sono mancati del resto autori che si sono fermamente opposti all'applicazione della disciplina del trasferimento d'azienda, in ipotesi di mero subingresso di un soggetto in attività economica svolta sottoforma di impresa, rilevando il ruolo ostativo della stessa disposizione di cui all'art. 2082 C.C.

Secondo detta definizione normativa, infatti, una successione nell'attività di impresa, rilevante ai fini di cui all'art. 2112 C.C. è un "controsenso logico-giuridico", potendosi esercitare attività di impresa solo a titolo originario (31).

Sul punto non pare che la giurisprudenza italiana abbia apportato significativi contributi interpretativi nel tentativo di fornire una definizione della fattispecie esaustiva e, sulla base di analoghe considerazioni, su un caso simile a quello affrontato dalla giurisprudenza comunitaria appena citata, ha altresì escluso l'applicabilità dell'art. 2112 C.C. nell'ipotesi di subingresso di impresa

(28) Corte Giust., 10 dicembre 1998, (in cause riunite C-173/96; C-247/96) Sánchez Hidalgo e 10 dicembre 1998 (in cause riunite C-127/96; C-229/96; C 74/97) Hernández Vidal, in *Mass. giur. lav.*, 1999, p. 98.

(29) S. NAPPI, *Le vicende traslative dell'azienda nell'ambito dei fenomeni societari*, in questa *Rivista*, 1994, I, p. 257.

(30) Circa il ruolo centrale che l'art. 2555 C.C. svolge anche per la disciplina lavoristica del trasferimento d'azienda cfr. I. INGLESE, *Sulla necessità di una rigorosa definizione di trasferimento d'azienda*, in *Mass. giur. lav.*, 1996, p. 362; R. ROMEL, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento dell'azienda* in *Commentario al codice civile*, diretto da P. SCHLESINGER,

Milano, 1993, p. 4. Mentre, sulla tradizionale disputa dottrinale che vede parte degli autori sostenere che nella nozione di azienda ex art. 2555 C.C. rientrano i soli beni materiali in senso stretto (art. 810 C.C.), e altra parte che vi rientri anche la titolarità dei rapporti giuridici, v. G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. Diritto dell'impresa*, 3° ed., Torino, 2000.

(31) M. GRANDI, *Trasferimento d'azienda (dir. lav.)*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXXI, Roma, 1995, Aggiornamento, n. 3-4.

appaltatrice ad un'altra nella asserita cessione di un servizio di pulizia (32).

Pertanto, almeno per ciò che attiene al ruolo da attribuire al dato patrimoniale della nozione di azienda, almeno fino alle più recenti modifiche legislative, il divario tra i due ordinamenti permaneva.

##### 5. La direttiva 98/50 UE.

Ed è sulla scorta di tali considerazioni che il richiamato orientamento giurisprudenziale di merito è apparso profondamente innovativo, considerato anche che la dichiarata irrilevanza della esiguità dell'elemento patrimoniale circa la valutazione della complessiva vicenda traslativa appare senza dubbio in linea con l'interpretazione comunitaria dell'ultimo periodo, e più segnatamente con il rilevante contributo apportato dalla direttiva 98/50.

Quest'ultima, nel dichiarato intento di precisare la nozione di trasferimento d'azienda già contenuta nella direttiva 187/77 "alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia", ne sostituisce integralmente l'art. 1 primo comma che, lo si è visto sopra, si limitava a definire lo strumento giuridico attraverso il quale si realizza la fattispecie traslativa. In essa si afferma che è considerato trasferimento quello di "un'entità economica che conserva la propria identità, intesa come insieme di mezzi organizzati al fine di svolgere un'attività economica, sia essa essenziale che accessoria" e si aggiunge alla nozione di trasferimento "d'impresa, stabilimenti o parti di stabilimenti" anche l'ipotesi di "parti di impresa".

È proprio il riferimento ad una "entità economica" — piuttosto che al termine azienda — che costituisce un significativo

segnale delle intenzioni del legislatore comunitario, evidentemente orientato verso una definizione molto ampia dell'oggetto del trasferimento, che tenga conto del suo valore economico, piuttosto che dei singoli elementi costitutivi, materiali o immateriali che siano. Con conseguente considerazione per le prestazioni lavorative che spesso costituiscono elementi fondamentali, se non addirittura prevalenti, nella valutazione economica di una determinata attività.

Se, infatti, nella visione comunitaria l'identificazione dell'azienda oggetto di trasferimento è collegata all'apprezzamento del perdurante valore economico di mercato dell'entità trasferenda, e cioè della sua capacità di profitto, è evidente che quest'ultima, come si vedrà tra breve, bene può identificarsi anche con una attività dell'azienda o con l'insieme delle energie lavorative di un gruppo di lavoratori, e ciò a prescindere dalla sussistenza di beni patrimoniali coinvolti nel trasferimento medesimo (33).

L'approvazione della direttiva in esame,

---

(33) In particolare, per meglio intendere il vero significato dell'intervento normativo in questione occorre ricordare che tale versione definitiva appare ben diversa dalla proposta formulata dalla Commissione europea. In essa era stato contemplato il trasferimento di una "attività accompagnata dal trasferimento di un'entità economica che conserva la propria identità". La stessa distinzione tra "attività" ed "entità", nonché il riferimento al concetto di "accompagnamento", alludevano evidentemente non soltanto alla essenzialità di un contestuale trasferimento dell'attività e dell'entità insieme, ma anche ad un necessario collegamento strumentale della seconda rispetto alla prima. Così S. CIUCCIOVI, *La nozione di azienda trasferita alla luce dei recenti sviluppi della giurisprudenza interna e della disciplina comunitaria*, in *ADL*, 1998, 3, p. 893. Venuto meno nella versione definitiva il riferimento al concetto di "attività accompagnata", e sostituita l'intera formula iniziale con quella di "entità economica che conserva la propria identità", risulta chiara la volontà del legislatore comunitario di ritenere sufficiente al fine dell'applicazione della Di-

---

(32) Cass. 24 febbraio 1992 n. 2285, in *Riv. it. dir. lav.*, 1993, 11, p. 202 con nota di L. NOGLER.

per opinione comune (34), ha significato nelle intenzioni del legislatore comunitario, tra l'altro, la codificazione dell'orientamento interpretativo espresso dalla sentenza Suezien da ultimo citata (35). È evidente, infatti, come la nuova nozione legislativa di entità economica, intesa letteralmente quale "insieme di mezzi organizzati al fine di svolgere una attività economica, sia essa essenziale o accessoria", riproduca normativamente quel "processo di alleggerimento della nozione di trasferimento d'impresa", attraverso il quale si autorizza un'interpretazione dell'entità economica da trasferire, svincolandola dalla necessaria presenza di elementi materiali e strutturali (36).

Sul punto è stato correttamente sottolineato come la direttiva, richiedendo esplici-

---

rettiva il trasferimento di una semplice attività, purché valutabile economicamente, che mantenga la propria identità anche dopo il trasferimento stesso.

(34) U. CARABELLI, *Trasferimenti d'azienda: la nuova direttiva europea*, in *Lav. inf.*, 1998, 21, p. 5; CIUCCIOVINO, *La nozione di azienda trasferita alla luce dei recenti sviluppi della giurisprudenza interna e della disciplina comunitaria*, cit., p. 893, A. PIZZO-FERRATO, *L'impatto della direttiva 98/50/UE in materia di trasferimento d'azienda sul sistema normativo e giurisprudenziale italiano*, in *ILL e J*, 1999, 1, n. 1-2-3, F. SCARPELLI, "Esternalizzazioni" e diritto del lavoro: il lavoratore non è una merce, in *Dir. rel. ind.*, 1999, n. 3, p. 351, S. GIUBBONI, cit.

(35) Come precisato prima (cfr. nota n. 22), con Suezien la Corte di giustizia era ritornata ad affermare che il semplice dato della mera successione nell'esercizio di un'attività non costituisce di per sé trasferimento d'azienda e la ricerca del *quid pluris* deve essere condotta non alla stregua di criteri rigidi e invariabili astraendosi dal contesto economico in cui essa è posta in essere, ma attribuendo la dovuta importanza al genere di impresa di che trattasi e in funzione dei metodi di produzione o di gestione in essa utilizzati. In questo senso anche S. GIUBBONI, cit., p. 423.

(36) U. CARABELLI, *Alcune riflessioni sulla tutela dei lavoratori nei trasferimenti d'azienda: La dimensione individuale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, I, p. 41.

tamente l'esistenza di un insieme di mezzi organizzati, non si accontenti più della mera successione tra soggetti nell'esercizio di una attività.

Tuttavia, l'implicito riferimento all'esigenza di ulteriori elementi che dimostrino il mantenimento dell'identità dell'entità economica trasferita, se da un lato comporta una valutazione della natura dei mezzi di cui essa è composta, dall'altro, non prescrivendo che gli stessi debbano necessariamente tradursi in beni materiali o immateriali organizzati dall'imprenditore, lascia ampia libertà all'interprete di utilizzare un concetto neutro di mezzi, fino a potervi ricomprendere in determinati settori anche le sole risorse umane dell'impresa.

Ciò che accade, lo si è dimostrato, tutte le volte in cui l'attività economica ceduta sia basata essenzialmente sulla mano d'opera che con essa viene trasferita, allorquando cioè il complesso alienato sia composto essenzialmente da attività e servizi, con una evidente preponderanza di attività umane rispetto all'entità dei mezzi materiali che può essere esigua. In tali casi il trasferimento della funzione o del servizio non potrà, ovviamente, essere accompagnato dalla contestuale cessione di una quantità rilevante di beni patrimoniali, come in alcune delle fattispecie affrontate dalla giurisprudenza di merito sopra esaminata.

## 6. IL problema dell'obbligo di interpretazione conforme.

La recente approvazione della direttiva 98/50 UE, se ha rappresentato un significativo momento di svolta nell'interpretazione delle nuove realtà d'impresa a livello comunitario, ha peraltro attribuito maggiore attualità alle più tradizionali problematiche connesse ai rapporti tra diritto interno e diritto comunitario.

Invero, anche la giurisprudenza di merito richiamata si è mostrata particolarmente sensibile alle istanze di armonizzazione tra i due ordinamenti, con ciò introducendo un ulteriore spunto di riflessione su un tema che da tempo teneva impegnata la più attenta dottrina italiana.

Precisato, infatti, che nonostante l'ampio dibattito sul tema, ad oggi non è ancora possibile rintracciare un principio di efficacia diretta delle direttive comunitarie nei rapporti tra privati (37), l'esistenza di un "vincolo stringente" (38) per i giudici nazionali di "interpretare il proprio diritto nazionale alla luce della lettera e dello scopo della direttiva" (39), risulta ormai da tempo pacifica nella giurisprudenza comunitaria.

Sul punto, tuttavia, è stato correttamente osservato che la stessa elaborazione giurisprudenziale europea, in altre occasioni, ha comunque precisato che all'obbligo di interpretazione conforme i giudici nazionale devono attenersi "per quanto possibile" (40).

---

(37) Cfr., per tutti, M. ROCCELLA, *La Corte di giustizia e il diritto del lavoro*, Torino, 1997, e *Divieto di lavoro notturno femminile ed efficacia delle direttive comunitarie fine della storia?*, in *Riv. giur. lav.*, 1998, 3, p. 323.

(38) L'espressione è di M. ROCCELLA, *la Corte di giustizia e il diritto del lavoro*, cit. Oggi, come è noto, il principio dell'obbligo dell'interpretazione conforme rappresenta il secondo meccanismo in base al quale le direttive comunitarie non trasposte, o trasposte in maniera inadeguata, possono egualmente penetrare nell'ordinamento nazionale. Giacché ogni qualvolta in una controversia venga fatto riferimento ad una direttiva comunitaria, i giudici nazionali dovranno interpretare il diritto nazionale in maniera coerente con lo scopo della direttiva a prescindere dal rapporto cronologico tra le due normative.

(39) Corte Giust., 10 aprile 1984 (in causa 14/83), von Colson e Kamann, in *Racc.*, 1984, 1909.

(40) Corte Giust., 13 novembre 1990 (in causa 106/89), Marleasing SA, in *Racc.*, 1990, 4135. Sulla

Ed è proprio questo il nodo centrale della questione con riferimento alle esternalizzazioni di servizi. Se, infatti, l'obbligo di interpretazione conforme incontra il limite della inconciliabilità tra diritto interno e direttiva comunitaria, resta pur sempre la tradizionale fermezza della giurisprudenza nazionale a considerare condizione indefettibile, per aversi un trasferimento d'azienda, che "il complesso organizzato dei beni dell'impresa nella sua entità obiettiva, sia passato in tutto o in parte ad un diverso titolare" (41).

A tal proposito la dottrina italiana che si è occupata dell'argomento, pur registrando il divario esistente tra i due ordinamenti — soprattutto anteriormente agli sviluppi determinati dalla più recente giurisprudenza di merito — ha svolto alcune considerazioni che meritano di essere ricordate.

Secondo una prima linea di pensiero (42), occorre prendere le mosse dalle differenze di "fini e di *rationes*" che sottendono alle due normative interpretate, e dalle necessarie conseguenze che ciò comporta sul tipo di attività ermeneutica cui sono chiamati da un lato l'interprete interno e dall'altro quello comunitario.

---

portata dell'inciso "per quanto possibile" in tema di interpretazione conforme cfr. ancora M ROCCELLA, *opp. cit.*, il quale attribuisce ad una incompleta traduzione del testo della sentenza Marleasing la responsabilità di un'interpretazione diffusa nella dottrina italiana che autorizzerebbe il giudice nazionale ad operare un'*interpretatio abrogans* delle norme interne, laddove esse risultassero inconciliabili con il diritto comunitario. L'A. riferisce invece di una dottrina straniera ormai univoca nel riconoscere la caduta dell'obbligo di interpretazione conforme, in caso di irriducibile contrasto tra normativa interna e normativa comunitaria.

(41) Tra le tante, alcune delle quali già citate: Cass. 17 marzo 1993 n. 3148, in *Riv. it. dir. lav.*, 1994, II, p. 413; Cass. 29 novembre 1996 n. 10688, in *Riv. it. dir. lav.*, 1997, II, p. 572.

(42) F. SCARPELLI, *op. cit.*



Se infatti scopo precipuo della direttiva 77/187 (così come modificata anche dalla più recente direttiva 98/50) è quello di armonizzare con riferimento a certi standard di tutela le diverse discipline vigenti negli Stati membri e, in particolare, di sancire tutta una serie di diritti e garanzie (dall'occupazione al ruolo delle rappresentanze sindacali) per i lavoratori che siano sottoposti ad una vicenda traslativa, non altrettanto è a dirsi della normativa sui trasferimenti d'azienda in vigore nell'ordinamento italiano.

Contrariamente al diritto comunitario (43), il nucleo normativo a disposizione dell'interprete nazionale, se da un lato mira alla tutela dei lavoratori, soprattutto a seguito della riforma del 1990, ancora prima è stato ispirato dalla esigenza di definire i fenomeni circolatori delle aziende; ed è su tale disciplina — che fin d'ora potremmo definire commercialistica — che l'art. 47 della l. 428/90 ha innestato le modifiche apportate dalla direttiva comunitaria del 1977 (44).

Pertanto, l'ingresso della disciplina comunitaria nell'ordinamento interno, stante la discrepanza di ottiche nella quale le due normative si muovono, non potrà indurre ad una modificazione automatica del siste-

ma di norme che costituisce la base di riferimento per la qualificazione del fenomeno traslativo dei complessi aziendali anche nel diritto del lavoro.

Se, peraltro, fine ultimo della normativa comunitaria è quello di armonizzare i complessivi risultati di tutela", è a ciascun ordinamento interno che invece spetta di mantenere o modificare le nozioni tecnico-giuridiche cui i primi fanno riferimento (45).

Aderendo nella sostanza alle predette argomentazioni, ma mantenendo una posizione per così dire intermedia (46), è stato proposto di tenere sì presenti gli obiettivi specifici della direttiva (mantenimento dell'occupazione, dei diritti del lavoratore, tutela collettiva procedurale), evitando tuttavia una acritica e automatica trasposizione dei suoi contenuti, soprattutto con riferimento ad altri settori della disciplina interna non espressamente toccati dall'obiettivo di armonizzazione comunitaria.

Ed infatti, con specifico riferimento alle esternalizzazioni di impresa, altro orientamento dottrinale, ha tentato un percorso logico nuovo che, senza modificare la tradizionale nozione di azienda, la renda compatibile con gli esiti cui è pervenuta l'interpretazione comunitaria (47).

Prendendo le mosse da considerazioni più ampie, rilevato che scopo del diritto è quello di adeguarsi, regolandoli, ai nuovi contesti socio-economici, è facile accorgersi di come la realtà odierna dell'azienda sia diversa da quella esistente al momento dell'emanazione del codice del 1942.

Nell'intento di focalizzare il vero nucleo

---

(43) L'ordinamento comunitario, è stato più volte evidenziato (v. sopra), non ha mai dettato, almeno fino alla direttiva 98/50, una definizione univoca di impresa, azienda o ramo d'azienda, tanto da avere consentito, per opinione comune, ampia libertà nell'adozione di accezioni di trasferimento particolarmente ampie ed elastiche.

(44) Il problema della nozione di azienda e di ramo di azienda, dunque, secondo l'opinione prospettata, è un "tipico problema dogmatico interno", da risolvere con riferimento anche a nozioni tipiche del diritto commerciale, che risultano estranee alla disciplina investita dalla direttiva comunitaria, e di cui l'interprete non può non tenere conto. Cfr. F. SCARPELLI, *op. cit.*, p. 362.

---

(45) M. GRANDI, *Trasferimento d'azienda (dir. lav.)*, cit.

(46) F. SCARPELLI, *op. cit.*

(47) R. ROMEI, *op. cit.*

problematico della questione, è stato sottolineato che il dissidio tra le diverse impostazioni verte proprio sulla natura dei rapporti di lavoro. Se essi cioè possano essere considerati elementi costitutivi dell'azienda o meno.

Sono state proprio le più recenti tipologie organizzative aziendali, tra le quali anche le esternalizzazioni, che hanno mostrato la grande rilevanza assunta nel tempo e all'interno dell'azienda dalle conoscenze dei prestatori di lavoro (48). Se, alla stregua del vecchio assetto codicistico, era inconcepibile un trasferimento d'azienda in presenza di un passaggio di elementi personali (49), secondo detta impostazione, oggi le cose potrebbero essere valutate diversamente se solo si considerassero i rapporti di lavoro quali strumenti attraverso i quali l'imprenditore si procura beni e servizi (50).

Essi cioè, potrebbero essere assimilati ai

---

(48) Sulle profonde trasformazioni del sistema produttivo, sociale e dell'organizzazione del lavoro, con particolare riferimento ai nuovi modi di svolgimento del lavoro, ed al connesso scollamento tra le diverse realtà del lavoro e loro rappresentazione giuridica un fondamentale contributo è stato apportato dai diversi interventi al recente convegno dell'A.i.d.l.a.s.s. e in particolare dalle relazioni di G. FERRARCI, *Dal lavoro subordinato al lavoro autonomo*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1998, 3, p. 429 e di M. PEDRAZZOLI, *Dai lavori autonomi ai lavori subordinati*, *ibidem*, p. 510.

(49) L'impostazione tradizionale, lo si è evidenziato prima, è fortemente debitrice del collegamento esistente tra l'art. 2555 c.c. e l'art. 810 c.c., che si risolve nell'individuazione dell'azienda come un complesso di beni e cioè di "cose" dal cui novero vengono estromessi tutti i rapporti giuridici compresi quelli di lavoro.

(50) R. ROMEI, *op. cit.* L'autore parla di contratti aziendali cioè contratti attraverso i quali l'imprenditore si procura "il godimento di beni aziendali non suoi" e che come tali quindi si trasferiscono all'acquirente non tanto in base all'art. 2558 c.c. ma direttamente in base all'art. 2555 c.c.

cosiddetti contratti aziendali che, a norma dell'art. 2555 c.c., l'impresa utilizza al fine dell'attività produttiva, e cioè per acquisire quello specifico *know how* di cui è in possesso il prestatore di lavoro (51).

Ed infatti, la prospettiva tradizionale per la quale i rapporti di lavoro non costituiscono, ex art. 2555 c.c., elementi costitutivi dell'azienda appare ormai tendenzialmente inattuale.

Essa si basa su una rappresentazione del rapporto di lavoro quale mera erogazione di energie, e non anche come "insieme di competenze, conoscenze e relazioni con la clientela che fanno dell'attività lavorativa

---

(51) Certo quest'ulteriore passaggio logico incontrerebbe pur sempre l'ostacolo del citato collegamento tra l'art. 2555 e l'art. 810 c.c., e l'immaterialità dello *know how* risulta difficilmente compatibile con la tradizionale prospettiva nella quale è stato interpretato l'art. 2555 c.c. Ma è la stessa dottrina che sottolinea quanto sia sufficiente svolgere uno sguardo sommario ad altri istituti giuridici, diversi da quello previsto dall'art. 2555 c.c., per rendersi conto di come l'ordinamento giuridico conosca altre nozioni di azienda. Nozioni nelle quali un certo rilievo all'elemento immateriale è pur sempre riconosciuto rispetto alla impostazione tradizionale. Così, ad esempio, è indubbio che l'art. 2598 c.c. n. 3 in tema di concorrenza sleale, facendo riferimento a mezzi che siano idonei a "danneggiare l'altra azienda" non possa fare esclusivo riferimento alla nozione di azienda, tradizionalmente intesa, quale complesso di beni. Al contrario è opinione diffusa che in quel contesto il concetto di azienda sia adottato come sinonimo di attività di impresa, e quindi di attività economica. E ancora, più in generale, con riferimento all'art. 810 c.c., la prassi applicativa ha mostrato come la nozione di "bene" abbia perso nel tempo la sua tradizionale connessione alla materialità: basti pensare alle progressive tutele accordate dall'ordinamento giuridico a beni immateriali come il *software* o, ancora, alla possibilità di stipulare contratti di *merchandising* di marchio o di trasferimento di *know how*, che rappresentano per opinione ormai diffusa entità suscettibili di valutazione economica. Così R. ROMEI, *op. cit.*

un elemento della stessa organizzazione di impresa” (52).

L'adozione di una nozione più ampia di azienda nel senso appena illustrato, pertanto, appare non soltanto richiesta dalle riferite istanze di armonizzazione tra ordinamento interno e comunitario, ma appare altresì maggiormente rispondente alla più attuale realtà di impresa, così come modificata dai fenomeni di segmentazione della produzione, la cui rappresentazione — soprattutto nei più recenti studi socio-economici — mostra per un'unica attività economica una pluralità di operatori che cooperano con l'imprenditore attraverso una fitta rete di legami contrattuali che ne garantiscano l'integrazione.

L'opinione appena illustrata, in effetti, appare l'unica perfettamente in linea con l'orientamento comunitario, espresso da ultimo nella direttiva 98/50, per il quale l'entità economica suscettibile di trasferimento può essere composta tanto da un insieme di beni materiali, quanto da un insieme di lavoratori a quel ramo di impresa stabilmente impiegati, sia pure quando la cessione non sia accompagnata da un significativo e rilevante trasferimento di beni materiali.

La tesi, per quanto suggestiva, tralascia tuttavia di considerare gli importanti segnali manifestati dall'ultima prassi giurisprudenziale circa le più recenti istanze di tutela portate avanti dai lavoratori contro, ormai accertati, usi strumentali dell'art. 2112 C.C., elusivi di norme imperative di legge.

E se notevoli perplessità ha suscitato in dottrina e in giurisprudenza la tesi della necessità del consenso del lavoratore anche nell'ipotesi contemplata dall'art. 2112 C.C., in effetti il pericolo di una inaccettabile

mercificazione della persona del lavoratore ceduto resta (53).

### 7. *Il decreto legislativo n. 18/2001.*

Oggi, lo si accennava prima, il dibattito dottrinale e giurisprudenziale fin qui illustrato dovrà senz'altro confrontarsi con le più recenti modifiche apportate in tema di trasferimento d'azienda dal decreto legislativo 2 febbraio 2001 n. 18, attuativo della direttiva 98/50, che ha modificato in parte i termini della questione (54).

Per quel che attiene alle esternalizzazio-

---

(53) Ed allora forse potrebbe concordarsi con chi rintraccia nel riconoscimento di un diritto di opposizione del lavoratore l'unica alternativa percorribile al fine di un'utile semplificazione delle problematiche fin qui trattate. Invero, l'affermazione di tale diritto consentirebbe al giudice di “decidere la controversia senza doversi addentrare nella verifica della sussistenza o meno di un ramo d'azienda”, e renderebbe l'art. 2112 C.C. in linea, “anziché porsi in contrasto”, con gli artt. 1406 e 2558 C.C., che prevedono, l'uno la cessione del contratto solo in caso di consenso del contraente ceduto, e l'altro il subentro dell'acquirente nei contratti stipulati per l'esercizio dell'azienda con esclusione di quelli che abbiano natura personale. L'opinione è di F. SCARPELLI, “*Esternalizzazioni e diritto del lavoro: il lavoratore non è una merce*”, cit., p. 491 (con riferimento a Trib. Milano 30 maggio 1998, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1999, 507), e *Trasferimento d'azienda ed esternalizzazioni*, cit., p. 485. Ma v. anche Pret. Ivrea del 23 gennaio 1998, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1999, p. 154. Per un'ampia riflessione sulla configurabilità di un diritto di opposizione del lavoratore in ipotesi di trasferimento d'azienda, anche alla luce della nuova versione dell'art. 2112 C.C., cfr. M. MARINELLI, *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, Torino, 2001, p. 73.

(54) Il decreto legislativo, pubblicato nella G.U. del 21 febbraio 2001, è entrato in vigore il primo luglio del 2001. L'art. 1 rubricato per l'appunto “modifiche all'art. 2112 C.C.” ribadisce, con una limitata modifica terminologica relativa alle parti del contratto (cedente e cessionario in luogo di alienante ed acquirente), i principi atti-

---

(52) R. ROMELI, *op. cit.*

ni di impresa, colmando una lacuna normativa cui finora si era ovviato per via interpretativa, il nuovo testo dell'art. 2112 C.C. dispone a chiare lettere che le disposizioni in esso contenute si applicano altresì al "trasferimento di parte dell'azienda". Intesa quest'ultima quale "articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata ai sensi del presente comma, preesistente come tale al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità".

La disposizione in esame incide almeno

---

nenti al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda. Precisa che il cessionario è tenuto ad applicare i trattamenti economici e normativi previsti dai contratti collettivi nazionali, territoriali ed aziendali (il testo sostituito prevedeva con una formula meno puntuale "contratti collettivi anche aziendali"), ma limita l'effetto di sostituzione "esclusivamente" ai contratti collettivi del medesimo livello. Con specifico riferimento alla nozione di trasferimento d'azienda, oltre a quanto si preciserà infra, vanno poi segnalate in estrema sintesi le modifiche attinenti ai cosiddetti requisiti minimi richiesti per la sussistenza di un'attività economica organizzata: l'indifferenza per la presenza o meno di uno scopo di lucro; l'indifferenza per la tipologia negoziale prescelta per l'attuazione del trasferimento, nonché per il tipo di provvedimento sulla base del quale il trasferimento è operato. Il decreto innova in misura ancora più incisiva le disposizioni contenute nell'art. 47 della l. 29 dicembre 1990 n. 428. Si rimanda per un primo commento sulla nuova normativa a F. CIAMPI, *Sul trasferimento di un ramo d'impresa legislatore sulla scia della giurisprudenza*, in *Guida al dir.*, 2001, n. 9, p. 28, F. SCARPELLI, *Nuova disciplina del trasferimento d'azienda*, in *Dir. prat. lav.*, 2001, n. 12, p. 779, C. CESTEK, *Trasferimento d'azienda e rapporti di lavoro: la nuova disciplina*, in *Lav. giur.*, 2001, n. 6, p. 505, C. DE MARCHIS, *Aspetti vecchi e nuovi del trasferimento d'azienda alla luce del decreto legislativo 2 febbraio 2001, n. 18, in corso di pubblicazione*, in *Riv. giur. lav.*, N. DE MARINIS, *La nuova nozione di trasferimento d'azienda. Brevi note in margine al D.lgs. 2 febbraio 2001, n. 18, retro*, 1, p. 239.

su due degli aspetti problematici sollevati dalla giurisprudenza di merito sopra richiamata.

In particolare, ai fini della complessa questione attinente al rilievo da accordare al dato patrimoniale in ipotesi di **esternalizzazioni** attuate attraverso lo strumento del trasferimento di parti di impresa, se la nuova disposizione in tema di trasferimento di parte dell'azienda poco chiarisce in merito, può forse risultare utile il rinvio dalla stessa operato alla definizione di trasferimento (globale) d'azienda contenuto nelle disposizioni precedenti del medesimo comma.

Ed in effetti, il nuovo art. 2112 c.c. precisa che per trasferimento d'azienda "ai fini e per gli effetti di cui al presente articolo" si intende "qualsiasi operazione che comporti il mutamento nella titolarità di un'attività economica organizzata, con o senza scopo di lucro, al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi, preesistente al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità, a prescindere dalla tipologia negoziale o dal provvedimento sulla base dei quali il trasferimento è attuato, ivi compresi l'usufrutto o l'affitto d'azienda".

La norma omette di precisare esplicitamente quella nozione di azienda tanto attesa in ambito lavoristico (55). Tuttavia, gli elementi posti a disposizione dell'operatore potranno forse autorizzare in futuro interpretazioni più aderenti agli orientamenti comunitari così come consolidatisi a seguito della direttiva 98/50.

---

(55) Si ricorda che per un'opinione dottrinale l'intera problematica connessa al trasferimento d'azienda tra normativa interna e normativa comunitaria nasce proprio dalla mancanza di una nozione d'azienda "a misura del diritto del lavoro". Così S. NAPPI, *Le vicende traslative dell'azienda nell'ambito dei fenomeni societari*, cit., p. 257.

Invero, limitandosi la disposizione a definire la nozione di trasferimento d'azienda, nonostante il dato testuale riproponga ancora una volta il termine azienda, il riferimento ad una "qualsiasi operazione che determini il mutamento nella titolarità di un'attività economica organizzata" introduce un elemento ulteriore nell'indagine finora condotta.

L'articolata formulazione della frase crea, infatti, un collegamento nuovo e più esplicito tra la definizione di azienda ed il concetto di attività economica, ove nell'ambito di un'attività economica organizzata, secondo quanto sostenuto dalla più attuale dottrina lavoristica, ben potrebbero rientrare attività economiche nelle quali siano prevalenti elementi personali rispetto ad elementi patrimoniali.

Ciò emerge con maggiore chiarezza se solo si consideri che bene avrebbe potuto il legislatore riproporre, anche ai fini del trasferimento d'azienda, la nozione di cui all'art. 2555 C.C., con esplicito riferimento al complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa. Il che avrebbe comportato senz'altro un'interpretazione restrittiva della stessa, con pacifica esclusione di ogni operazione esternalizzante che non fosse accompagnata anche da una cessione di elementi patrimoniali.

Al contrario, l'aver inteso come connesso al trasferimento d'azienda il mutamento nella titolarità di un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi sembrerebbe riproporre quel medesimo "alleggerimento" del concetto di azienda, già operato in ambito comunitario con la direttiva 98/50, in favore di una nozione più elastica, che tenga conto del dato organizzativo e funzionale, piuttosto che dei singoli elementi costitutivi, materiali o immateriali che siano.

La nuova definizione di trasferimento d'azienda pare oggi evocare più che altro la nozione di impresa di cui all'art. 2082 C.C., con ciò autorizzando un'interpretazione dell'attività economica trasferenda che la svincoli dalla necessaria presenza di elementi materiali e strutturali. E l'esplicito riferimento al dato organizzativo ne costituisce un'implicita conferma.

Infatti, il decreto legislativo nel dare attuazione alla direttiva 98/50 ha intenzionalmente omesso qualsivoglia riferimento ai "mezzi organizzati al fine di svolgere un'attività economica" (56), e ciò potrebbe lasciare ampia libertà all'interprete nel ricomprendere nell'ambito del dato organizzativo anche le sole risorse umane che costituiscono un'attività di impresa.

Ciò che accade ogni qual volta l'attività economica ceduta sia costituita essenzialmente da attività e servizi ove l'effettiva preponderanza delle attività umane non consenta di realizzare quella contestuale cessione di una quantità rilevante di beni patrimoniali.

Il dettato legislativo, pertanto, così come finalmente formulato, se da un lato esorta il giudice a condurre un tipo di indagine che tenga nel debito conto l'intero complesso di circostanze di fatto che accompagnano l'operazione esternalizzante, dall'altro qualora l'organizzazione del ramo esternalizzato contempli un impiego prevalente di mano d'opera, lo autorizzerà ad applicare l'art. 2112 C.C. anche in caso di passaggio ad altra impresa di una parte rilevante di personale a quel ramo d'azienda addetto, a prescindere dalla ricorrenza di

---

(56) La Direttiva 98/50 come già ricordato precisa che per entità economica deve intendersi quale insieme di mezzi organizzati al fine di svolgere un'attività economica, sia essa essenziale o accessoria.

un significativo trasferimento di beni strumentali.

Ma non è tutto. Tornando al trasferimento parziale d'azienda, il decreto legislativo precisa ancora che per parte di azienda debba intendersi "un'articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata ai sensi del presente comma", introducendo quindi ulteriori requisiti rilevanti in tema di esternalizzazioni d'impresa.

Sotto altro profilo, infatti, la nuova versione dell'art. 2112 C.C. sembrerebbe avere accolto quell'orientamento minoritario cui sopra si accennava circa i requisiti minimi richiesti per la sussistenza di un'autonoma fattispecie di trasferimento parziale d'azienda (cfr. note 13 e 15).

Invero, nella maggior parte delle sentenze di merito ricordate era stato sostenuto che l'autonomia funzionale del ramo trasferito potesse essere anche solo potenziale presso il cedente, giacché ciò che conta è che "le attività trasferite siano idonee ad essere utilmente collocate sul mercato come un bene unitario", nonché suscettibili di costituire oggetto di una qualsivoglia attività di impresa da parte del cessionario (57).

Si è visto che detta impostazione si era posta in aperto contrasto con quell'orientamento espresso dal Pretore di Genova del 22 ottobre 1998 per il quale, al contrario, l'autonomia organizzativa di un complesso di beni trasferito ai sensi (della precedente versione) dell'art. 2112 C.C. deve risultare oggettivamente e, pertanto, preesistere già nella stessa organizzazione del cedente sotto forma di "centro direttivo dotato di autonomia finanziaria". Le stesse considerazioni erano state poi riprese dal Tribunale di Ge-

nova nella sentenza del 19 luglio 1999, il quale facendo leva proprio sul dato organizzativo, quale requisito necessario per la sussistenza stessa di un autonomo ramo d'azienda suscettibile di trasferimento, aveva ritenuto che "quella natura oggettiva del vincolo" che leghi tra loro un insieme di elementi produttivi deve necessariamente preesistere al trasferimento.

Oggi, secondo il dato testuale della norma, l'articolazione funzionalmente autonoma dell'attività economica trasferita deve essere preesistente come tale al trasferimento e, soprattutto, deve conservare nel trasferimento la propria identità.

Ciò comporterà che in nessun modo rientreranno nella fattispecie del trasferimento d'azienda ipotesi di esternalizzazione di servizi attuate attraverso strumenti traslativi che abbiano ad oggetto mere attività di servizi tra loro eterogenee che non godessero presso l'impresa del cedente di una loro autonomia organizzativa.

L'autonomia funzionale del ramo d'azienda trasferito, con l'entrata in vigore del nuovo testo, dovrà risultare oggettivamente, esistente già in una fase antecedente al trasferimento posto in essere anche presso l'impresa cedente. E sarà l'interpretazione giurisprudenziale successiva a chiarire entro quali limiti essa dovrà mantenere la propria identità a seguito del trasferimento e presso l'impresa del cessionario (58).

Sulla base di tali considerazioni si po-

---

(58) È stato correttamente osservato che attraverso tale previsione normativa il legislatore abbia inteso arginare quel fenomeno, ampiamente denunciato in ambito giurisprudenziale, del presunto uso distorto della fattispecie traslativa adottata dalle imprese per perseguire finalità espulsive della manodopera. La nuova disciplina impedirebbe, infatti, la configurazione *ad hoc* di un ramo d'impresa, preconstituita ai fini del trasferimento, sì da espellere contestualmente il personale addetto alle funzioni aziendali cedute. Non può ammettersi, in-

---

(57) Cfr. per tutte Pret. Genova del 27 giugno 1998, *cit.*

trebbe, pertanto, affermare in attesa dei contributi dottrinali e giurisprudenziali che seguiranno l'approvazione del testo in esame, che almeno sui punti più controversi

---

fatti, alla luce della nuova disciplina, il trasferimento di un'entità solo potenzialmente (o astrattamente) idonea all'esercizio dell'impresa.

I primi commenti del decreto legislativo 18/2001 hanno, tuttavia, avanzato concrete obiezioni circa la tenuta della nuova normativa quale "filtro della genuinità" dell'operazione traslativa posta in essere tra le parti. Ad una più attenta analisi delle possibili applicazioni pratiche, infatti, la nuova disciplina potrebbe determinare effetti altrettanto distorsivi e ben più difficilmente arginabili. Si pensi all'ipotesi di un trasferimento di dipendenti (con o anche senza la contestuale cessione del relativo complesso strumentale) addetti a tutta una serie di servizi accessori non suscettibili, tuttavia, di essere considerati autonomo ramo d'azienda, preesistente al trasferimento stesso. Questi ultimi, stante l'inapplicabilità della nuova versione dell'art. 2112 c.c. a causa della mancata preesistenza di una unitaria funzione aziendale oggetto del trasferimento, verrebbero privati di tutte le garanzie connesse a detta disciplina, pur ricorrendo tutti gli altri requisiti per la sua applicazione. In altri termini, ciò che sotto il vigore della legislazione precedente poteva essere considerato trasferimento d'azienda, con il conseguente riconoscimento per i lavoratori interessati dei diritti previsti, oggi a seguito di una verifica negativa del requisito della "preesistenza", rischia di collocarsi in un'area priva delle dovute tutele. Con la sola eccezione dell'automatica applicazione della disciplina di cui all'art. 1406 c.c. (necessità del

sollevati dalle esternalizzazioni d'impresa il più recente intervento normativo possa costituire un utile punto di partenza per completare l'armonizzazione tra l'ordinamento interno e quello comunitario sul controverso tema del trasferimento d'azienda. Nonché per dotare le esternalizzazioni d'impresa di una disciplina che tenga adeguatamente conto dei diversi interessi coinvolti, così come emersi dai più recenti casi giurisprudenziali esaminati, restituendo ai lavoratori in esse coinvolti le dovute tutele, senza pregiudicare le esigenze di funzionalità del sistema economico.

MARINA NICOLOSI

---

consenso del contraente ceduto) sulla cui funzione correttiva, in particolari ipotesi di trasferimento di un nucleo disaggregato di personale, sono sin d'ora avanzabili seri dubbi. Sul punto, pertanto, non rimane che concordare con chi già auspica un'interpretazione giurisprudenziale il più possibile elastica che non limiti la propria indagine in ordine alle modalità del trasferimento, ma si soffermi con attenzione anche sugli autori del negozio traslativo, valutandone genuinità delle intenzioni e conseguentemente legittimità dell'intera operazione globalmente considerata. In questo senso P. PASSALACQUA, *Successione nell'appalto, trasferimento d'azienda e definizione legale della fattispecie*, in *Mass. giur. lav.*, 2001, p. 496.