Estratto da:

ADL

ARGOMENTI DI DIRITTO DEL LAVORO

diretti da Mattia Persiani

2/2003

Rappresentanza e rappresentatività nel pubblico impiego
Dall'economia del dolore all'economia dell'infelicità
Onere di contestazione nel processo del lavoro
Italian pension systems and social policies
Sulla riforma dell'orario di lavoro e dei riposi
Trasferimento d'azienda ed esternalizzazione
Responsabilità dirigenziale e norma giuridica
Regime giuridico della norma inderogabile nel diritto del lavoro
Tutela previdenziale dell'attività lavorativa sindacale

La recente giurisprudenza della Corte di Cassazione sul trasferimento di ramo d'azienda

CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI
2003

Adalberto Perulli
Prof. straord. dell'Università di Venezia

Tecniche di tutela nei fenomeni di esternalizzazione

Adalberto Perulli
Prof. straord. dell'Università di Venezia

TECNICHE DI TUTELA NEI FENOMENI DI ESTERNALIZZAZIONE (*)

Sommario: 1. Premessa. – 2. Il trasferimento d'azienda come forma giuridica dell'esternalizzazione: critica – 3. La *ratio* dell'art. 2112 Cod. Civ. ed il suo mutamento funzionale. – 4. Il controllo della fattispecie: il requisito dell'autonomia funzionale preesistente. – 5. Il consenso del lavoratore al trasferimento. – 6. La fase riacquisitiva tra interposizione vietata, interposizione lecita e *staff leasing*.

1. – Il tema delle «tecniche di tutela» consente di svolgere alcune considerazioni sulla congruenza tra la *forma giuridica* e la *realtà socio-economica* dei fenomeni di esternalizzazione dell'attività di impresa. Mi riferisco all'esternalizzazione in senso proprio o ristretto ([1]), che designa l'affidamento a terzi di un'attività precedentemente svolta mediante l'impiego di mezzi dei quali l'impresa aveva la diretta disponibilità, trasferendo all'esterno attività e funzioni aziendali, unitamente al complesso di beni e di persone che venivano impiegati per il loro svolgimento.

Come è noto, il fenomeno in esame si inserisce in un più ampio processo di scomposizione dell'impresa e di variabilità dei suoi tradizionali confini che rappresenta l'elemento sintomatico del passaggio dal *fordismo* – di cui è icona la fabbrica verticalmente integrata – al *post-fordismo* caratterizzato dalla impresa a rete. Nell'ultimo decennio si è assistito, invero, ad una profonda modificazione del modello di produzione. Il ciclo produttivo dell'impresa, inteso quale espressione indicativa dei passaggi necessari per il confezionamento di un prodotto o di un servizio finito sul mercato, tende a scomporsi in fasi diverse, svolte da soggetti differenti. Ovviamente non si tratta di un fenomeno del tutto nuovo: la letteratura giuslavoristica sul decentramento produttivo ne è la prova più evidente ([2]). Nondime-

(*) Il presente saggio riproduce, con l'aggiunta delle note essenziali, l'intervento al Convegno sul tema «*L'impresa fra esternalizzazione e processi di smaterializzazione: le ricadute sul rapporto di lavoro*» (Verona, 31 gennaio-1° febbraio 2003) ed è destinato agli *Scritti in memoria di Salvatore Hernandez*.

([1]) Cfr. R. Romei, *Cessione di ramo di azienda e appalto*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1999, pag. 329.

([2]) Cfr. i classici L. Mariucci, *Il lavoro decentrato*, Milano, 1979; O. Mazzotta, *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, Milano, 1979; P. Ichino, *Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1999, pag. 203 e segg.; di recente il tema è ripreso con dovizia di spunti e riflessioni da M. Marinelli, *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*

no, si tratta di una materia che assume valenze e significati sistemici assai diversi rispetto al passato. Se infatti il decentramento produttivo appariva legato alla *patologia* dei rapporti di produzione e veniva considerato con sfavore dall'ordinamento (non solo, si badi, il decentramento fittizio, finalizzato ad obiettivi di simulazione, frode od interposizione, ma anche quello « genuino », non rivolto ad eludere la disciplina giuslavoristica), oggi esso esprime piuttosto la *fisiologia* del sistema produttivo che impone l'adozione di schemi di scomposizione dell'impresa e valorizza la specializzazione flessibile della piccola impresa. I più recenti sviluppi del fenomeno suggeriscono di inquadrarlo nell'ambito di una crescente « complicazione » dei processi organizzativi e produttivi, e di considerarlo funzionale ai rapidi mutamenti della realtà economica. Il passaggio da una logica di filiera ad una di « catena di valore » ben spiega come il potenziale competitivo di ciascuna impresa dipenda dalla sua capacità di specializzarsi in una fase ben definita e di sfruttare in modo conveniente i servizi e le attività di altri soggetti imprenditoriali. L'insieme di relazioni garantite dallo sviluppo tecnologico consente, peraltro, di ridurre progressivamente la subalternità tra grandi e piccole imprese. Anche il diritto del lavoro tende quandi a rivedere i propri orientamenti, senza peraltro obliterare l'esigenza di predisporre forme di tutela dei lavoratori coinvolti nelle nuove forme di scomposizione e smaterializzazione dell'impresa.

Le vicende della esternalizzazione sono complesse, e richiamano l'immagine di un doppio canale, o di due movimenti: il primo, centrifugo-espulsivo di un segmento produttivo, che avviene dislocando fisicamente (o non fisicamente) ([3]) all'esterno l'attività e/o i beni materiali attraverso i quali si esercita l'attività d'impresa; il secondo, centripeto-riacquisitivo delle attività esternalizzate (cd. internalizzazione), attuato attraverso un rapporto negoziale, di natura commerciale (appalto, somministrazione, subfornitura), con un soggetto terzo.

Nel mio intervento mi soffermerò con maggiore ampiezza di riflessioni sul primo aspetto, dedicando al secondo solo qualche breve accenno.

2. – Per quanto concerne la fase espulsiva, la riorganizzazione può anzitutto comportare la *cessazione definitiva* di un ramo aziendale, con attivazione di processi di riduzione del personale mediante licenziamenti collettivi o individuali per giustificato motivo oggettivo ([4]). In tal caso la scelta imprenditoriale dismissiva non implica il trasferimento ad un sog-

([3]) È l'ipotesi studiata da R. De Luca Tamajo, *I processi di terziarizzazione* intra moenia *ovvero la fabbrica multisocietaria*, in *Dir. Merc. Lav.*, 1999, pag. 49 e segg.

([4]) Cfr. R. Del Punta, *Disciplina del licenziamento e modelli organizzativi delle imprese*, in

getto terzo né di materiali, né di lavoratori (non integra, insomma, un trasferimento di ramo d'azienda: vedi *infra*) bensì la diretta acquisizione di un bene o di un servizio finito da immettere nel proprio circuito produttivo. Non intendo occuparmi in questa sede di tale profilo. Mi limito ad osservare che, in linea di principio, consimili fattispecie di esternalizzazione integrano gli estremi della soppressione di posti o di riduzione di attività, anche se, a ben vedere, l'attività può risultare semplicemente allocata diversamente (per esempio dal punto di vista geografico, come accede, in particolare, nella prospettiva di delocalizzazione all'estero) ([5]). Dal punto di vista delle tutele, l'esternalizzazione consistente nella cessazione definitiva di un ramo aziendale comporta almeno quattro problemi giuridici. Il primo attiene alla riconducibilità delle scelte organizzative alle specifiche causali che disciplinano il licenziamento; il secondo riguarda la qualità e la pervasività del controllo giudiziario, di regola limitato alla verifica di effettività della scelta imprenditoriale e del nesso di causalità; il terzo aspetto concerne il controllo collettivo e la sua effettività; il quarto aspetto attiene alla gestione delle conseguenze sociali dei processi mediante misure di accompagnamento intese alla riqualificazione e conversione dei lavoratori interessati.

Se la fase espulsiva non comporta la dismissione del segmento produttivo, bensì il suo affidamento ad un terzo soggetto autonomo presente sul mercato (o di nuova costituzione), l'esternalizzazione richiama la tematica del trasferimento del ramo d'azienda, dalla quale discende l'applicazione di una serie di disposizioni relative alla successione nel contratto di lavoro ed al mantenimento dei diritti dei lavoratori (art. 2112 Cod. Civ.); tale fattispecie rappresenta invero lo strumento principe delle riorganizzazioni aziendali nell'attuale contesto economico-produttivo. È a questo punto dell'analisi che si impone la verifica di congruenza tra forma giuridica e realtà socio-economica di cui parlavo all'inzio. Tale verifica ruota attorno al seguente quesito: l'esternalizzazione costituisce *effettivamente* sotto il profilo normativo una « cessione di ramo d'azienda » o si tratta di un fenomeno diverso, che deve trovare nel sistema altre forme giuridiche di rappresentazione?

La domanda non è peregrina, perché non è affatto detto a priori che l'esternalizzazione, come fenomeno apprezzabile sotto il profilo socio-economico, trovi nel trasferimento d'azienda una sua *forma* comune ed esclusiva di razionalizzazione giuridica: da un lato vi sono infatti altri strumenti ed istituti che possono utilmente essere impiegati per dare cor-

([5]) Cfr. J. C. JAVILLIER, *Recenti orientamenti della Cassazione francese in tema di licenzia-*

po giuridico ai processi di smaterializzazione dell'impresa (le norme generali in materia di cessione del contratto, la disciplina sui licenziamenti individuali e collettivi, ecc.); d'altro lato, l'art. 2112 Cod. Civ. è una *norma speciale*, che deroga alla disciplina di diritto comune delle vicende circolatorie aventi ad oggetto singoli beni aziendali, o complessi di beni non finalizzati allo svolgimento di attività di impresa – governate, come tali, dall'art. 1406 Cod. Civ. – e ciò nell'interesse precipuo di favorire la *conservazione dell'unità economica* e del valore di avviamento dell'azienda, non già – come accade nelle esternalizzazioni – la sua frammentazione e disaggregazione.

3. – Non v'è dubbio che il trasferimento d'azienda, specie dopo la espressa individuazione normativa della cessione del ramo (articolazione funzionalmente autonoma) come oggetto di cessione ad opera del d. lgs. n. 18 del 2001, fornisca una forma giuridica a *certe* operazioni di esternalizzazione. E non vi è dubbio che detto utilizzo si sia dimostrato funzionale ad assecondare i fenomeni di scomposizione e di riunione dell'impresa secondo le specifiche esigenze ed i programmi economici dell'imprenditore. A questo proposito è abbastanza comune il rilievo che negli ultimi anni, caratterizzati da un profondo mutamento della strategia e della struttura dell'impresa, si stia assistendo ad un utilizzo – per così dire – capovolto della norma, ossia ad un'eterogenesi dei fini dell'art. 2112 Cod. Civ., il quale, recando in sé una diversa *ratio*, viene strumentalmente piegato per fornire appunto forma giuridica alle pratiche aziendali di esternalizzazione.

Su questo rilievo preliminare bisogna intendersi. Se si vuol dire genericamente che una norma pensata per la tutela dei lavoratori viene impiegata nell'interesse dell'impresa, probabilmente il giudizio è errato già sul piano dell'analisi storico-giuridica. Sarebbe sbagliato pensare che l'art. 2112 Cod. Civ. sia una norma dettata nell'esclusivo interesse dei lavoratori, ché, anzi, è vero piuttosto il contrario giacché 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 intede 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) ([6]). Quanto al lavoratore, questi è

([6]) Cfr. M. GRANDI, *Le modificazioni del rapporto di lavoro*, Milano, 1972, pag. 254, per il quale l'inalterabilità del rapporto esprime un'esigenza tutta funzionale all'impresa; diversa la

sì tutelato nel suo interesse alla conservazione dell'impiego, ma di riflesso, e comunque – vigente il regime di libera recedibilità – secondo le convenienze e la volontà del cedente. Solo una sopravalutazione della funzione garantistica che la norma è andata oggettivamente assumendo può giustificare il rilievo circa l'uso capovolto del disposto nell'ambito delle prassi di esternalizzazione produttiva.

In realtà, credo che l'assunto vada rovesciato e impostato, piuttosto, in termini di valutazione dello specifico interesse imprenditoriale sotteso alla norma. Se di un uso capovolto dell'art. 2112 Cod. Civ. è lecito parlare (e non v'è dubbio che sia così) esso riguarda in realtà il mutamento dell'interesse imprenditoriale sottostante alla norma e che trova nella norma, più o meno propriamente, una forma giuridica di rappresentazione e tutela. A ben vedere, infatti, nei processi di esternalizzazione cambia l'interesse dell'impresa che è assunto a base dall'art. 2112 Cod. Civ.: non più quello relativo alla conservazione del valore di scambio ed al mantenimento del complesso trasferito, bensì un interesse per certi versi opposto, alla disaggregazione verticale dell'impresa realizzata attraverso programmi di *reengineering* che hanno l'obiettivo di «far dimagrire» l'azienda concentrandosi sul *core business* (anche se ormai le pratiche di esternalizzazione tendono ad abbracciare lo stesso zoccolo duro del *core business*). Si potrebbe dire: il «rasoio di Occam» applicato alla moderna strategia organizzativa e produttiva dell'impresa.

Il paradosso non è dato, quindi, dall'utilizzo di una norma apprestata per fornire garanzie e tutele ai lavoratori ai fini aziendali, quanto dal fatto che viene invocata la forma giuridica che tutela l'*integrità* del complesso aziendale per operare la sua *smaterializzazione*. Ed è chiaro che nella prospettiva dell'esternalizzazione la sintesi di interessi operata dalla norma sul trasferimento d'azienda tende a perdersi, nel senso che l'interesse dell'impresa non incontra più (o tende a non incontrare più) l'interesse dei lavoratori coinvolti nei processi di esternalizzazione. Mentre l'interesse dell'impresa suggerisce di usare la forma giuridica del trasferimento d'azienda per garantire il passaggio dei lavoratori alle dipendenze di altro datore di lavoro a prescindere dal loro consenso, e quindi in deroga alla regola generale posta dall'art. 1406 Cod. Civ., l'interesse del lavoratore consiste, all'opposto, nel rimanere alle dipendenze del cedente. Poiché quest'ultimo interesse non pare affatto contemplato dalla norma, può dirsi che l'art. 2112 Cod. Civ., nella sua dimensione applicativa ai fenomeni di esternalizzazione, non opera un bilanciamento *oggettivo* di interessi –

Commentario diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 1993, che ravvisa nella continuità del rapporto l'oggetto primario della garanzia, mentre la conservazione del complesso aziendale

come accade nel caso di passaggio dell'*intera* azienda –, ma appare una *norma sbilanciata* a favore dell'interesse dell'impresa.

4. – Allora dobbiamo porci la domanda: le pratiche aziendali in esame e gli interessi che le muovano trovano una congruente razionalizzazione nell'art. 2112 Cod. Civ.? Per le ragioni appena evocate si sarebbe tentati di fornire una risposta negativa. Ed infatti è questa l'autorevole risposta che al quesito fornisce Giuseppe Santoro Passarelli, il quale afferma che « non sembra corretto applicare l'art. 2112 Cod. Civ. nella sua nuova formulazione a operazioni di esternalizzazione di taluni segmenti del processo produttivo dell'impresa » (7). Si può essere o meno d'accordo con questo giudizio, ma bisogna riconoscere che esso si basa sull'esatta percezione di una non perfetta coincidenza tra forma giuridica e realtà economica delle esternalizzazioni. È possibile fornire una risposta più moderata e articolata, che è, a ben vedere, quella offerta dal legislatore che ha novellato l'art. 2112 Cod. Civ.: invero, il nostro legislatore ha in sostanza ha accolto l'esigenza di fornire tutela giuridica all'esternalizzazione mediante lo strumento della cessione del ramo d'azienda (consacrando peraltro l'orientamento maggioritario della nostra giurisprudenza), ma non incondizionatamente: anzi, l'opzione definitoria del ramo d'azienda di cui al nuovo art. 2112 Cod. Civ. trova la propria motivazione nella necessità di porre un argine alla riconducibilità di simili ipotesi nell'alveo della norma sul trasferimento per evitare che di esso sia fatto un uso distorto, in particolare a fini espulsivi del personale (8). Come dire: la *ratio* dell'art. 2112 Cod. Civ. sussiste anche qualora ciò che viene ceduto è una parte dell'azienda originaria, ma una parte idonea ad essere a sua volta azienda: per usare le parole della Corte di Cassazione deve trattarsi di « una sorta di piccola azienda in grado di funzionare in modo autonomo » e non, al contrario, « il prodotto dello smembramento di frazioni non autosufficienti e non coordinate tra loro » (9).

A fronte di un utilizzo crescente della forma giuridica « trasferimento d'azienda » come abito normativo dell'esternalizzazione – come è noto incoraggiata in un primo tempo da un'estensione quasi incontrollabile della nozione di trasferimento da parte della giurisprudenza della Corte

(7) Cfr. G. Santoro Passarelli, *La nozione di azienda trasferita tra disciplina comunitaria e nuova normativa nazionale*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2001, pag. 575 e segg.

(8) M. L. Vallauri, *Studio sull'oggetto del trasferimento ai fini dell'applicazione del nuovo art. 2112 c.c.*, in *Lav. Dir.*, 2002, pag. 634 e seg.

(9) Cass., Sez. Lav., 23 ottobre 2002, n. 14961; Cass. 25 ottobre 2002, n. 15105; Cass.,

di Giustizia ([10]) – la principale tecnica di tutela è rappresentata dal *controllo della fattispecie*, dei suoi confini, delle sue condizioni di operatività. Il trasferimento d'azienda produce effetti che incidono sulla posizione di terzi e tali effetti, dal punto di vista dell'interesse dei lavoratori, possono, e di fatto spesso sono, peggiorativi anziché di tutela: non solo nei casi patologici, in cui l'esternalizzazione è sinonimo di mera riduzione del personale elusiva della normativa in materia di licenziamenti individuali o collettivi, ma anche nelle ipotesi fisiologiche di esternalizzazione (in termini di contratto collettivo applicabile, di minori garanzie sul piano della tutela occupazionale, sulla affidabilità del nuovo datore di lavoro, ecc.): al punto da potersi ritenere addirittura preferibile, per il lavoratore, che l'esternalizzazione si vesta della forma giuridica apparentemente più grave del licenziamento (individuale o collettivo) piuttosto che apparire *sub specie* di trasferimento presso un cessionario che dispone di minori o più deboli strumenti di gestione delle eccedenze: si pensi, per esempio, ad un lavoratore che presso il cedente avrebbe potuto usufruire di un esodo incentivato e che invece si trova, senza reali garanzie di stabilità, alle dipendenze di un cessionario ove non sussiste una simile opportunità. In tal caso il cedente che volesse ridurre il proprio organico dovrebbe necessariamente muoversi nel rispetto della disciplina in materia di licenziamenti individuali o collettivi, giustificando i singoli recessi, adempiendo l'obbligo del cosiddetto *repèchage*, ovvero rispettando i criteri di scelta stabili in sede sindacale o quelli posti dalla legge.

In cosa consiste questo controllo della fattispecie? Evidentemente nel radicamento oggettivo della nozione di ramo d'azienda in funzione antifraudolenta ed antielusiva, mediante l'individuazione di criteri ermeneutici di governo della discrezionalità aziendale, non già nell'esplicarsi del legittimo e libero decisionismo economico-gestionale bensì ai fini di un controllo tipologico circa la forma giuridica prescelta dagli operatori economici: una sorta di «indisponibilità del tipo» che non consente di far dipendere l'applicazione di una norma inderogabile dalla determinazione pattizia al momento o in vista del trasferimento ([11]). Criteri di governo della discrezionalità centrati sulla *effettività* dell'articolazione di impresa, e non sulla astratta idoneità di un nucleo di beni o rapporti ceduti ad essere organizzati per l'esercizio di un'impresa; criteri, insomma, in grado

([10]) La quale ha finito per sovrapporre al concetto di entità economica quello di attività economica e la nozione di trasferimento di azienda a quello di appalto: così R. Romei, *Cessione di ramo di azienda ecc.*, op. cit., pag. 338 e seg. Sull'evoluzione della giurisprudenza comunitaria cfr. tra i tanti S. Giubboni, *L'outsourcing alla luce della direttiva 98/50/CE*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1999, pag. 423 e segg.

di conservare un qualche *discrimen* oggettivo tra la fattispecie « cessione di ramo d'azienda » e « cessione di singoli beni » od altra fattispecie astrattamente idonea a fornire *forma giuridica* ai fenomeni di esternalizzazione.

È questa una scelta interpretativa ascrivibile ad una ideologia giuslavoristica *retrò*, prigioniera di una visione patologica del decentramento produttivo, che si oppone sistematicamente alle esigenze della flessibilità produttiva tipiche dell'attuale fase post-fordista? O si tratta invece, più semplicemente, di una scelta dettata, oltre che dal buon senso, da esigenze di certezza del diritto prima ancora che di tutela del lavoratore?

Io credo che sia quest'ultima la risposta più corretta. Non a caso quell'esigenza di controllo della fattispecie la ritroviamo pari pari nel diritto commerciale, a fronte di una propensione dei soggetti economici ad etichettare come trasferimento d'azienda ciò che tale – secondo i parametri giuscommercialistici – in realtà non è ([12]): ad esempio per eludere i limiti posti al trasferimento della ditta (art. 2565 Cod. Civ.) e in passato al trasferimento del marchio (art. 2573 Cod. Civ.), o per evitare l'applicazione di normative più restrittive e « rigide », quali, ad esempio, il divieto di clausola compromissoria nei contratti di affitto di locali commerciali. Di talché la giurisprudenza nega la qualificazione di cessione di ramo d'azienda a taluni scorpori per mancanza o inconsistenza dei collegamenti funzionali fra i beni coinvolti quali elementi sufficienti ad esercitare un'attività d'impresa.

Non a caso, poi, quell'esigenza di controllo della fattispecie si ritrova nei principali ordinamenti giuridici europei comparabili che hanno fatto i conti con i processi di esternalizzazione: per esempio in Francia, ove condizione di applicabilità dell'art. L 122-12 è la presenza di un'« entità economica autonoma » (entità economica caratterizzata da un insieme organizzati di persone e di elementi permettenti l'esercizio di un'attività economica avente un obiettivo proprio), caratterizzata dall'esercizio di un'attività che persegue un obiettivo proprio (ancorché accessorio a quello principale) e da un dato organizzativo, *id est* da un'insieme organizzato di persone e di elementi materiali o immateriali che consentono l'esercizio di un'entità economica ([13]). Le precauzioni adottate dalla giurisprudenza francese sono emblematiche nel caso *Terrier Vittel France*, laddove la *Cour de cassation* ha negato di attribuire la forma giuridica del trasferimento ad esternalizzazioni sprovviste dei suddetti

([12]) Cfr. G. F. Campobasso, *Diritto commerciale*, 1, *Diritto dell'impresa*, Torino, 2003, pag. 144.

([13]) Cfr. J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, *Droit du travail* Paris, 20. ed., pag. 367 e

requisiti ([14]). Consimili esigenze di controllo della fattispecie sono presenti in Germania, ove la giurisprudenza richiede, ai fini dell'applicazione della normativa sul trasferimento d'azienda, l'*identità* preesistente dell'organizzazione economica trasferenda, sia essa costituita da persone, o da beni materiali o immateriali ([15]); ed in Spagna, ove il legislatore richiede in caso di trasferimento parziale dell'impresa l'esistenza – come *minimo* – di un'unità produttiva autonoma, cioè, nell'interpretazione giurisprudenziale di quel Paese, un'entità dotata di sufficiente autonomia organizzativa e di capacità di sfruttamento differenziato in quanto idonea a costituire da sola una entità socio-economica di produzione. Al contrario, il trasferimento di elementi isolati ed insufficienti al fine di continuare l'attività imprenditoriale non comporta l'applicazione dell'art. 44 *ET*, esulando dette fattispecie dall'ambito del trasferimento d'impresa ([16]).

Ovviamente, a questa esigenza di controllo della fattispecie è poi collegato il (diverso) controllo sulla scelta discrezionale dei lavoratori afferenti al ramo, al fine di scongiurare l'arbitraria individuazione di lavoratori indesiderati perché meno produttivi, o attivi sindacalmente, o invalidi, cassaintegrati ecc.; controllo da condursi secondo i criteri giurisprudenziali di prevalenza delle mansioni svolte ([17]) e/o della funzionalità dell'attività lavorativa svolta dal prestatore di lavoro rispetto al ramo d'azienda ceduto ([18]).

È noto che questi criteri di controllo della fattispecie sono stati individuati dal legislatore del 2001 nel requisito dell'*autonomia funzionale* della porzione aziendale ceduta, cui attiene anche – a mio avviso *naturaliter* – il dato della *preesistenza* di detta autonomia funzionale.

Ma adesso, dopo una prima prospettazione – contenuta nel d.d.l. n. 848 – di eliminazione del requisito dell'autonomia funzionale, il governo è delegato a modificare l'art. 2112 Cod. Civ. mediante « previsione del requisito dell'autonomia funzionale del ramo di azienda *nel momento* del suo trasferimento » (d.d.l. 848-B). È questo il nodo interpretativo più delicato, dal quale dipenderà il grado di densità o al contrario di evapora-

([14]) Cour de Cassation 18 juillet 2000, in *Droit Social*, 2000, pag. 850, e *ivi*, pag. 845 e segg., il commento di G. Couturier, *L'article 4 L. 122-12 du Code du travail et les pratiques d' « externalisation »*

([15]) Cfr. E. Kocher, U. Zakert, *Betriebsüberlang: Die Deutsche Erfahrung*, in *La transmisión de empresas en Europa*, Bari, 1999, pag. 98.

([16]) Cfr. F. Valdés Dal-Ré, *La transmisión de impresa y las relaciones laborales*, Ministero de trabajo y asuntos sociales, Madrid, 2001, pag. 47 e segg.

([17]) Corte App. Milano 4 giugno 2002, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2002, pag. 650

zione della forma giuridica di cui all'art. 2112 Cod. Civ. nella parte relativa alla definizione di ramo e quindi la sua maggiore o minore versatilità nel fornire veste giuridica alle pratiche di esternalizzazione.

Si tratta evidentemente di una formula di compromesso, probabilmente foriera di gravi incertezze interpretative.

a) Prima incertezza. Si può immaginare che la norma intenda esprimere la non necessarietà dell'autonomia funzionale preesistente, essendo sufficiente che detta autonomia venga in essere *al momento* del trasferimento stesso. Vi è da domandarsi se questa prospettiva ermeneutica sia o no coerente con il diritto comunitario in conformità del quale, giova ricordarlo, il giudice deve interpretare il proprio diritto nazionale. A me pare di poter fornire una risposta negativa, visto che la direttiva n. 98/50/CE, parlando di « conservazione dell'identità » del ramo nell'ambito del trasferimento (rilevabile *ex post* attraverso la constatazione della prosecuzione o ripresa dell'attività produttiva di beni o servizi), sembra presuppone logicamente la preesistenza, 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 ([19]).

La soppressione del requisito in esame sembra porsi in contrasto anche con quanto statuito dalla Corte di Giustizia, la quale, come è noto, richiede che oggetto del trasferimento sia un'« entità economica organizzata in modo stabile, la cui attività non si limiti all'esecuzione di un'opera determinata » e sia « finalizzata al perseguimento di un determinato obiettivo » ([20]): elementi che depongono entrambi nel senso della preesistenza. E che dire poi di quei requisiti tipologici individuati dalla medesima Corte di Giustizia al fine di stabilire se la fattispecie ricade nell'ambito della direttiva (ripetutamente reiterati a partire dalla sentenza *Spijkers*) tra i quali il « grado di analogia delle attività esercitate prima e dopo la cessione » ([21])? Evidentemente l'attività *esercitata* non può che essere preesistente.

Ma non basta. Infatti, a proposito del criterio ritenuto dalla Corte

([19]) In tal senso M. MARINELLI, *Decentramento produttivo ecc.*, op. cit., pag. 71, per il quale « una disposizione interna che non avesse previsto la preesistenza dell'organizzazione rispetto alla vicenda traslativa si sarebbe dunque posta in contrasto con la disciplina comunitaria »; *contra* P. PASSALACQUA, *Successione nell'appalto, trasferimento d'azienda e definzione legale della fattispecie*, in *Mass. Giur. Lav*, 2001, pag. 501.

([20]) Cfr. la sentenza 24 gennaio 2002, in causa C-51/00, *Temco*, in *Foro It.*, 2002, IV, col. 142, punto 23.

« decisivo » per stabilire se si configuri un trasferimento ai sensi della direttiva, relativo alla circostanza della conservazione dell'identità, si parla della gestione (di un'entità) che sia stata *proseguita* o *ripresa* dal nuovo titolare, con le stesse attività economiche o con attività analoghe ([22]).

La disposizione interna, nell'interpretazione in esame, può quindi entrare in rotta di collisione con la disciplina comunitaria. Ma detta interpretazione, a ben vedere, non si giustifica neppure sul piano sistematico, creandosi una discrasia tra mantenimento del requisito della preesistenza nell'ipotesi di trasferimento dell'intera azienda e sua eliminazione nel caso di trasferimento di ramo, ciò che contraddice il generale principio giurisprudenziale relativo all'assimilazione tra azienda e parte dell'azienda in quanto differenziate solo sotto il profilo quantitativo ([23]).

Si tratterà di vedere, quindi, come la giurisprudenza italiana interpreterà il nuovo dato normativo, se cioè tenderà comunque a mantenere fermo il criterio dell'autonomia sostanziandolo, o se detto criterio contribuirà alla definitiva smaterializzazione del ramo d'azienda.

b) Seconda incertezza. Ammessa la prima interpretazione, che dire allora del requisito dell'autonomia, il quale, sia pure dimidiato dal concetto di preesistenza, permane intatto nella struttura della norma? In particolare, ci si deve domandare se l'eliminazione del requisito della preesistenza legittimi *tout court* una lettura dell'autonomia in senso puramente « potenziale » – se cioè sia sufficiente la sussistenza dell'autonomia funzionale anche solo allo stato potenziale presso il cedente, come mera attitudine o potenzialità oggettiva delle attività trasferite ad essere utilmente collocate sul mercato ([24]) – o se viceversa l'autonomia, pur assunta al momento del trasferimento, debba essere comunque compiuta ed attuale ([25]). Mi pare probabile che, imboccata questa via, la tendenza interpretativa si orienti nel primo senso: mancando una pregressa operatività dell'articolazione aziendale oggetto di cessione, è difficile immaginare trattarsi di « impresa in atto » – per usare l'efficace formula di Giuseppe Santoro Passarelli ([26]) – quanto, piuttosto, di una autonomia soltanto virtuale, ovvero una mera idoneità o attitudine delle attività cedute all'esercizio di un'impresa, suscettibile di trovare concreta esplicazione presso il cessionario. Ciò che lascia evidentemente impregiudicate tutte le contraddizioni sopra segnalate.

([22]) Così la sentenza 11 marzo 1997, in causa C-13/95, *Süzen*, in *Racc.*, 1997, pag. I-1259, punto 9; ma già in termini la sentenza *Spijkers*, cit., punto 11.

([23]) Cass. 23 ottobre 2002, n. 14961.

([24]) In tal senso S. Ciucciovino, *Trasferimento di ramo di azienda ed esternalizzazione*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2000, pag. 893.

([25]) Cfr. P. Passalacqua, *« Patto per l'Italia »: sviluppi e prospettive in tema di trasferimento d'azienda*, in *Dir. Lav.*, 2002, pag. 220.

c) Terza incertezza. Si può infine immaginare – con un'interpretazione più innocua – che il requisito dell'autonomia funzionale nel momento del trasferimento significhi semplicemente che detta autonomia fa salva ogni successiva disaggregazione della parte di impresa trasferita presso il cessionario. In sostanza il disposto potrebbe essere interpretato nel senso che la conservazione dell'autonomia esaurisce i suoi effetti nel momento del trasferimento, in funzione puramente confermativa di una lettura già fatta propria dalla Relazione al d. lgs. n. 18 del 2001 e avanzata pure in dottrina ([27]). Del resto, che l'autonomia *ex post* non rappresenti un requisito necessario è confermato espressamente dalla direttiva laddove, all'art. 6.1 prevede che « qualora l'impresa, lo stabilimento o la parte di un'impresa o di uno stabilimento non conservi la propria autonomia » sia comunque garantita una adeguata rappresentanza dei lavoratori trasferiti per il periodo necessario a provvedere ad una nuova costituzione o designazione della rappresentanza medesima.

5. – Di fronte a queste incertezze, ed a questa probabile caduta di attenzione circa il necessario controllo della fattispecie, dovrebbe assumere un rilievo particolare la valorizzazione della *soggettività* e dell'autonomia privata individuale del lavoratore. Come è noto, il filone culturale cui appellarsi è quello inaugurato da una autorevole dottrina tedesca, che ha parlato – in generale – di una « riscoperta dell'individuo » rispetto all'effetto inderogabile della norma legale (oltreché delle tendenze colonizzanti dell'autonomia collettiva). Generalmente questo argomento è assai coltivato dalle correnti modernizzatici del diritto del lavoro nell'attuale scenario di flessibilizzazione delle discipline protettive; tuttavia, quando esso viene rivolto a tutela dell'interesse del lavoratore e non delle libertà imprenditoriali, curiosamente l'argomento della soggettività viene svalutato, ed anzi si riafferma decisamente la necessaria vincolatività della norma inderogabile.

Mi riferisco, come è evidente, al tema relativo ad un diritto di opposizione del lavoratore alla vicenda del trasferimento, diritto qualificato addirittura come « fondamentale » dalla Corte di Lussemburgo: un percorso, questo, ritenuto non percorribile sia da parte della dottrina prevalente ([28]) sia dalla giurisprudenza in quanto il nostro legislatore, nonostante

([27]) Cfr. R. De Luca Tamajo, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, in R. De Luca Tamajo (a cura di), *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, Napoli, 2002, pag. 32 e segg.; M. Marazza, *Impresa e organizzazione nella nuova nozione di azienda trasferita*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2001, pag. 612, A. Maresca, *Le « novità » del legislatore nazionale in materia di trasferimento d'azienda*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2001, pag. 596.

([28]) Cfr. già R. Pessi, *Il trasferimento di lavoro ecc.*, op. cit., pag. 105, per il quale un diritto

le ripetute aperture provenienti dalla Corte di Giustizia ([29]), non ha inteso avvalersi della possibilità – lasciata aperta dalla direttiva – di prevedere che, in caso di dissenso del lavoratore al trasferimento, il rapporto di lavoro prosegua con il cedente. Ciò che invece ha fatto, ad esempio, il legislatore tedesco, introducendo – anche sulla scorta di una giurisprudenza consolidata in tal senso ([30]) – un nuovo comma 6 al § 613 del BGB ove si sancisce espressamente il diritto del lavoratore ad opporsi al trasferimento entro un mese dall' informativa (di cui il datore di lavoro è onerato) circa il trasferimento stesso. *Widerspruchsrecht*, ossia diritto di opposizione, che, secondo la giurisprudenza di qual Paese, si traduce nella garanzia di rimanere presso il cedente e di essere licenziabile solo in presenza di una giustificazione diversa dal trasferimento.

Ora, è chiaro che sotto questo profilo la norma italiana non richiede il consenso del lavoratore, e quindi non si occupa del rifiuto del lavoratore ad essere vincolato presso un soggetto diverso dall'originario datore di lavoro (da cui la critica del lavoratore-merce) ([31]): invero, nella logica dell'art. 2112 Cod. Civ. questo eventuale interesse risulta assorbito dall'interesse alla continuazione del rapporto (unitamente a quello imprenditoriale di cui si è già detto) ([32]). Ma, a ben vedere, ciò avviene sulla base di un duplice presupposto:

1) che la vicenda circolatoria interessi, almeno secondo *l'id quod ple-*

---

tore un diritto ad essere trasferito da una unità produttiva (quella oggetto di trasferimento) ad un'altra, « diritto che come è noto non trova cittadinanza nel nostro ordinamento ».

([29]) Secondo la Corte di Giustizia, « l'art. 3, n. 1 della direttiva 77/187 CE dev'essere interpretato nel senso che non si oppone a che il contratto o rapporto di lavoro di un lavoratore alle dipendenze del cedente alla data del trasferimento dell'impresa...continui con il cedente, allorché detto lavoratore si oppone al trasferimento al cessionario del suo contratto o del suo rapporto di lavoro »; tuttavia la situazione del lavoratore che si opponga al passaggio « dipende dalla normativa di ogni Stato membro: o il contratto può essere considerato risolto, nell'impresa cedente, su domanda del datore di lavoro o su domanda del dipendente, o il contratto può continuare con tale impresa »: così la sentenza 16 dicembre 1992, in cause C-132/91 e C-138/91, *Katsikas*, in *Racc.* 1992, pag. I-6577; si tratta di una formula ricorrente, che ritroviamo, ad esempio, anche nelle sentenze 7 marzo 1996, in cause riunite C-171/94 e C-172/94, *Merckx*, in Racc. 1996, pag. I-1253, punto 34 e segg., 12 novembre 1998, in causa C-399/96, *Europièces*, punto 39 e segg, nonché.da ultimo, nella sentenza 24 gennaio 2002, cit., punto 35 e 36.

([30]) Vedila ricostruita, in senso critico, da U. Runggaldier, *Trasferimento d'azienda e consenso del lavoratore alla cessione del contratto*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1999, pag. 523 e segg.

([31]) Cfr. F. Scarpelli, *«Esternalizzazioni e diritto del lavoro: il lavoratore non è una merce*, in *Dir. Rel. Ind.*, 1999, pag. 351 e segg., ma già (con riferimento alla giurisprudenza della Corte di Giustizia) Lord Wedderburn of Charlton, *Il diritto del lavoro inglese davanti alla Corte di Giustizia. Un frammento*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1994, pag. 697.

([32]) Il punto è ben chiarito da M. Magnani, *Trasferimento d'azienda ed esternalizzazioni*

rumque accidit, l'intero complesso aziendale e che quindi non vi siano, di fatto, per il lavoratore, reali alternative al trasferimento.

2) che il proseguimento dell'attività sia garantita come fisiologica nell'ambito di un semplice modificazione soggettiva con subentro di un imprenditore che autonomamente si presenta e agisce sul mercato.

Orbene, entrambi questi presupposti cadono, o possono facilmente cadere, quando si tratta del trasferimento di un ramo aziendale.

Sicuramente cade il presupposto *sub* 1), perché sussiste la possibilità di far proseguire il rapporto presso il cedente; cade o può cadere il presupposto *sub* 2), perché il ramo viene rilevato da un soggetto legato all'impresa cedente da un contratto di committenza o di appalto governato da quest'ultima e la cui posizione spesso confina con quella fino ad oggi illecita di un intermediario di manodopera ([33]).

A fronte di situazioni così diverse verrebbe naturale trattare in modo differenziato il profilo dell'inderogabilità dell'effetto traslativo disposto dalla norma. Ciononostante, come si visto, il legislatore italiano non ha inteso raccogliere l'invito (direi meglio: l'autorizzazione) più volte provenuta dalla Corte di Giustizia di fornire al lavoratore una facoltà di opposizione che si sostanzi anche nel diritto di rimanere presso il cedente. Si è limitato, il nostro legislatore, a prevedere le dimissioni (con gli effetti di cui all'art. 2119 Cod. Civ.) del lavoratore le cui condizioni di lavoro subiscano una sostanziale modifica nei tre mesi successivi.

Ciò detto, non mi pare del tutto infondato il tentativo di valorizzare in via interpretativa la rilevanza del consenso del lavoratore. Anzitutto non è decisivo, come invece generalmente si argomenta ([34]), che il legislatore abbia previsto le dimissioni in caso di sostanziale modifica:

1) in primo luogo perché dette dimissioni riguardano il momento *successivo* al passaggio *ope legis* dal cedente al cessionario – peraltro in difformità con quanto prevede la direttiva che sancisce la facoltà di dimissioni (*rectius* la risoluzione del contratto) in capo al datore di lavoro–, mentre qui si tratta di un diritto di opposizione da esercitarsi *prima* del trasferimento: da questo punto di vista quindi la questione della rilevanza del dissenso nella fase precedente al trasferimento rimane impregiudicata ([35]);

([33]) Coglie perspicuamente questo profilo C. CESTER, *Le novità in tema di trasferimento di ramo d'azienda*, in F. CARINCI, M. MISCIONE (a cura di), *Il diritto del lavoro dal «Libro Bianco» al d.d.l. delega 2002*, Milano, 2002, pag. 26 e segg.

([34]) Cfr. ad esempio C. CESTER, *Trasferimento d'azienda e rapporti di lavoro: la nuova disciplina*, in *Lav. Giur.*, 2001, pag. 512, ove si afferma che la scelta operata dal legislatore di prevedere solo una facoltà di dimissioni consente di sostenere non praticabile l'opzione interpretativa in esame.

([35]) Cfr. F. SCARPELLI, *Nuova disciplina del trasferimento d'azienda*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2001,

2) in secondo luogo perché la facoltà di dimissioni prevista dal legislatore nazionale si pone in applicazione dell'art. 4, par. 2, della direttiva, mentre il diritto di opposizione, nell'esperienza giurisprudenziale della Corte di Giustizia, riguarda l'interpretazione dell'art. 3.1 della direttiva, ed attiene alla possibilità di derogare al principio della automaticità del trasferimento senza consenso del lavoratore, ponendosi, quindi, su un piano di operatività non solo logicamente ma anche normativamente diverso ([36]).

Si può dire, quindi, che la questione rimane nel suo complesso aperta: il legislatore italiano non ha infatti optato per nessuna delle due alternative poste dalla Corte di Giustizia, secondo la quale spetta agli Stati membri determinare la disciplina da applicare al contratto o al rapporto con il cedente, se esso debba risolversi con imputazione al cedente o se possa continuare con il cedente medesimo. Ora nel silenzio del legislatore è forse possibile, come dicevo, immaginare una deroga all'irrilevanza del consenso limitatamente alla fattispecie della cessione di ramo d'azienda, deroga che pur in mancanza di argomenti di tipo letterale trova fondamento nella volontà di adeguare la *ratio* complessiva del disposto, limitando l'ambito di applicazione ai soli casi in cui il trasferimento produca effetti positivi sul rapporto di lavoro o rappresenti comunque una *extrema ratio* rispetto al licenziamento per cessazione di attività da parte del cedente ([37]). Ne deriverebbe una lettura della norma su due piani: laddove il trasferimento riguardi l'intera azienda il trasferimento del contratto di lavoro rimane un effetto insopprimibile del negozio di disposizione sull'azienda, mentre qualora il trasferimento riguardi il ramo la regola può essere derogata in senso favorevole ai lavoratori.

Ovviamente si tratta di un'arma a doppio taglio: il lavoratore rimane presso il cedente, ma perde il lavoro per licenziamento dovuto a riorganizzazione che comporta la soppressione di posti. Rimane inoltre aperta la questione del rapporto tra garantismo individuale e dinamiche collettive ([38]).

Su queste incerte basi si colloca il discorso sulle tecniche di tutela: basi talmente incerte da rilanciare una prospettiva di controllo giudiziario della genuinità dell'operazione ai sensi dell'art. 1344 Cod. Civ. in materia di contratto in frode alla legge, di cui si trovano significativi esempi

([36]) Cfr. C. DE MARCHIS, *Aspetti vecchi e nuovi del trasferimento d'azienda alla luce del decreto legislativo 2 febbraio 2001, n. 18,* in *Riv. Giur. Lav.*, 2001, pag. 133

([37]) M. L. VALLAURI, *Studio sull'oggetto del trasferimento ecc.*, op. cit., pag. 639.

([38]) Il punto mi è stato amichevolmente obiettato con la consueta intelligenza da L. De Angelis, al quale ho promesso un approfondimento della questione. Rimango per il mo-

nella giurisprudenza di merito proprio in tema di trasferimento di (ramo) d'azienda ([39]); ovviamente, con tutte le difficoltà che riguardano *in subiecta materia* l'onere della prova della *fraus legis*. Sotto questo particolare profilo, peraltro, non necessariamente viene in gioco l'autonomia del ramo aziendale, che nelle ipotesi vagliate dalla giurisprudenza sussiste quasi sempre. A venire in rilievo è piuttosto l'utilizzo della forma giuridica della cessione per aggirare le disposizioni in materia di licenziamenti: a conferma della necessità di verificare, anche alla stregua del criterio di cui all'art. 1344 Cod. Civ., la congruenza tra forma giuridica e realtà economica e sociale.

6. – Non v'è dubbio che tale fase dei processi di esternalizzazione, che sino ad oggi lambisce il confine dell'intermediazione vietata e dello pseudoappalto (basti pensare, in caso di affitto di ramo d'azienda, al meccanismo presuntivo di cui all'art. 1, terzo comma, legge n. 1369 del 1960, sull'impiego da parte dell'appaltatore di capitali, macchine e attrezzature fornite dall'appaltante) ed è quindi costretta entro le maglie rigorose della disciplina posta dalla legge n. 1369 del 1960, appare destinata a godere di una notevole fluidificazione e legittimazione grazie alla prospettata estensione dell'area dell'interposizione lecita mediante la previsione di somministrazione autorizzata, anche a tempo indeterminato (*staff leasing*) e alla ridefinizione dei *casi* di interposizione illecita. Non più, quindi, sulla base di un divieto generale ed assoluto ma solo qualora manchi una ragione tecnica, organizzativa, produttiva, ovvero si verifichi o possa verificarsi la lesione di diritti inderogabili di legge o di contratto collettivo del prestatore di lavoro; una prospettiva, questa, che si pone sulla falsariga della vecchia tesi dottrinale volta ad interpretare il divieto di cui all'art. 1 come divieto alla sola interposizione fraudolenta ([40]), ma la supera giacché esprime chiaramente l'idea – in sé radicalmente eversiva del sistema attuale – che la somministrazione di manodopera svolga una funzione economica apprezzabile, non socialmente pericolosa e quindi meritevole di tutela da parte del sistema giuridico del lavoro.

Devo dire, comunque, che sul punto delle tecniche il legislatore delegato è stato talmente ambiguo ed impreciso che appare impossibile fornire prospettazioni chiare e certe; nondimeno appare difficile non pensare che a questa fluidificazione e legittimazione non corrisponda una sensi-

([39]) Cfr. Corte App. Napoli 23 marzo 2001, in *Lav. Giur.*, 2001, pag. 948 e segg., con nota di R. Venditti; Trib. Nocera Inferiore 29 maggio 2001, *ivi*, pag. 1166 e segg., con nota di E. Menegatti; Trib. Padova 25 maggio 2002, in corso di pubblicazione su *Lav. Giur.*, con nota di E. Barraco.

bile riduzione delle tutele, direi anzi una vera e propria caduta del tradizionale garantismo per quei lavoratori « somministrabili » ai quali si prospetta davvero un impressionante « ritorno al passato ».

A questa valutazione generale non si sottrae di certo (anzi ne costituisce una vistosa conferma) la previsione, contenuta anch'essa nel d.d.l. delega (nella versione emendata dal cd. « Patto per l'Italia »), relativamente ad un « regime particolare » di solidarietà tra appaltante e appaltatore, *nei limiti* di cui all'art. 1676 del Codice civile, per le ipotesi in cui il contratto di appalto sia connesso ad una cessione di ramo di azienda.

In questa ipotesi, che una chiara dottrina ha proposto di qualificare nei termini di un « contratto di esternalizzazione » ([41]), si realizza – direi *in senso tecnico* – una fattispecie di collegamento negoziale tale per cui il cessionario diventa appaltatore: appaltatore, si deve immaginare, in senso tipico e lecito e non in senso illecito. Questa tutela concerne il periodo post-cessione e riguarda la responsabilità del cedente per i crediti maturati presso il cessionario, in sostituzione dell'attuale disposizione di cui all'art. 3 della legge n. 1369 del 1960 che in caso di appalto interno prevede, come è noto, una responsabilità solidale dell'appaltante per la corresponsione ai dipendenti dell'appaltatore di un trattamento economico e normativo non inferiore a quello spettante ai dipendenti del primo. Ma in cosa consiste questo « regime particolare »?

Letto nel sistema complessivo di riforma della legge n. 1369 del 1960 delineato dal d.d.l. delega, il nuovo regime di responsabilità solidale è l'unico invocabile in materia di appalto (infatti il legislatore limita la garanzia di un regime di solidarietà al solo caso della somministrazione), ed è certamente *deteriore* rispetto al sistema attuale non solo perché presenta una dimensione applicativa più ristretta – essendo attuabile solo per quei lavoratori *ex* dipendenti dell'appaltante–, ma anche perché detta responsabilità – essendo prevista nei limiti dell'art. 1676 Cod. Civ. – *da una parte* potrà essere fatta valere fino a concorrenza del debito dell'appaltante verso l'appaltatore nel momento in cui la domanda dei lavoratori viene proposta, *d'altra parte* opererà nei limiti di quanto loro dovuto dall'appaltatore, secondo la disciplina collettiva da questi applicabile. Viene quindi risolta in radice l'antinomia che, in queste ipotesi di appalto collegato alla cessione di ramo d'azienda, poteva rilevarsi tra la previsione dell'art. 3 della legge n. 1369 del 1960, che assicura un trattamento non inferiore a quello praticato dal committente, vale a dire secondo quella diversa di-

([41]) R. De Luca Tamajo, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, in R. De Luca Tamajo (a cura di), *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vin-*

sciplina collettiva, ed il terzo comma dell'art. 2112 Cod. Civ., che sostanzialmente impone, invece il rispetto del solo trattamento collettivo operante presso il cessionario-appaltatore ([42]), ma al prezzo, anche in tal caso, di un drastico ritorno al passato, al nucleo primordiale della disciplina garantistica in favore dei lavoratori dell'appaltatore, rappresentata, appunto dalla norma di cui all'art. 1676 Cod. Civ.

Inoltre, per chiudere il cerchio di una tutela minore, il d.d.l. delega prevede l'identificazione di un corpo normativo inderogabile minimo comune per gli appalti e la fornitura, ma senza agganciarlo a quello praticato ai lavoratori del committente (senza insomma prevedere alcuna responsabilità solidale); nulla a che vedere con l'attuale art. 3, ove si prevede che ai dipendenti dell'appaltatore non possa essere applicato un trattamento inferiore a quello di cui godono i dipendenti dell'appaltante; e così, anche per questa via, potendosi immaginare, un sensibile abbassamento della soglia di tutela minima ([43]).

([42]) R. De Luca Tamajo, op. ult. cit., pag. 17.

([43]) Cfr. M.T. Caringi, *L'interposizione e il lavoro interinale*, in F. Caringi, M. Miscione