

Ulteriori approfondimenti della CGUE in tema di trasferimento di azienda: le sentenze Plesser e Correira Moreira della Corte di giustizia dell'Unione europea  
di Sergio Galleano<sup>1</sup>

## 1. Premesse

Le due sentenze in commento consentono di verificare la compatibilità della disciplina nazionale del trasferimento di azienda con riferimento alla disciplina eurounitaria di cui alla Direttiva UE n. 23 del 2001 che ha sostituito quella della precedente Direttiva n. 77 del 1977.

Le due sentenze riguardano due specifici e diversi settori. Il primo è quello, ben noto per la rilevanza sociale e le ripercussioni economiche ed occupazionali, del trasferimento delle aziende in crisi.

Il secondo riguarda il trasferimento di aziende *in house* alle dipendenze dell'ente dalle quali dipendono a seguito della internalizzazione del relativo servizio svolto.

Entrambe vengono esaminate per i possibili problemi di criticità nel coordinamento della normativa nazionale con la disciplina dell'Unione come interpretata dalle sentenze Plesser<sup>2</sup> e Correira Moreira<sup>3</sup>.

## 2. Il trasferimento di aziende in crisi

Alquanto travagliata è la vicenda del trasferimento di azienda delle imprese in crisi, la cui disciplina nazionale italiana è stata ripetutamente oggetto di esame da parte del Corte di Lussemburgo<sup>4</sup>.

---

1 Avvocato del foro di Milano.

2 Christa Plesser c/ Prefaco NV e Belgische Staat, 3° sezione, sentenza del 16 maggio 2019 in causa C-509/17, EU:C2019:424.

3 Cátia Correira Moreira c/ Municipio di Portimao, 8° sezione, sentenza del 13 giugno 2019 in causa C-317/18, EU:C:2019:499.

4 Per una disamina generale sulla questione si vedano G. Gaudio, *Trasferimento di azienda e crisi di impresa: una eterogenesi dei fini da parte del legislatore italiano?*, in *Argomenti Dir. Lav.*, 2018, 1, 201; G.P. Parravicini, *Trasferimento di azienda ed esternalizzazioni* in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè 2017, par. 12, pagg. 992 e segg.; R. Cosio, *Il trasferimento della impresa in crisi: nell'art. 19 quater del d.l. n. 135 del 2009 conv. in l. n. 166/2009*, in *Lav. Giur.*, 2010, 11S, pt. 1, pag. 76; M. Marazza, *La circolazione del patrimonio aziendale e gli effetti sui contratti di lavoro*, in M. Marazza e D. Garofalo, *Insolvenza del datore di lavoro e tutela del lavoratore*, Torino, 2015, pag. 43 e segg.; L. Corazza, *L'equivoco delle esternalizzazioni italiane smascherate dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2014, 3, II, pag. 685. Più in particolare, per quanto riguarda una puntuale ricostruzione delle evoluzioni della giurisprudenza della Corte di giustizia UE, si vedano le conclusioni dell'avvocato generale Paolo Mengozzi del 29.03.17

La disciplina europea risale alla Direttiva n. 187 del 1977 che stabiliva le prime linee guida in tema di trasferimento di azienda e che aveva quale scopo quello di proteggere i lavoratori assicurando il mantenimento dei loro diritti in caso di trasferimento di imprese.

Veniva in rilevanza, in particolare, l'esigenza di "garantire la conservazione 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. Le norme vigenti in caso di trasferimento di impresa o di stabilimento a un diverso imprenditore hanno quindi lo scopo di salvaguardare, nell'interesse dei dipendenti, i rapporti di lavoro esistenti che fanno parte dell'unità produttiva trasferita"<sup>5</sup> ed il mantenimento delle condizioni di lavoro esistenti presso il cedente.

La Direttiva, nella sua originaria formulazione, non prevedeva l'eventualità di procedure che gestissero la crisi delle aziende e soprattutto l'ipotesi, spesso ricorrente nelle vicende imprenditoriali, soprattutto a partire dalla prima crisi economica post bellica degli anni '70, che il trasferimento di azienda fosse connesso ad una gestione della crisi dell'impresa, con conseguenti possibili riflessi sull'occupazione e sulle condizioni di lavoro dei dipendenti, ove finalizzata alla continuazione dell'attività aziendale.

Queste situazioni di fatto poi, molto spesso, in considerazione della rilevanza sociale dell'impresa nel sistema occidentale, erano in coincidenza con procedure giudiziali concorsuali, finalizzate alla liquidazione dell'azienda ma, non di rado, al proseguimento dell'attività attraverso la cessione ad altro imprenditore.

Il problema, come sempre accade, si è presto riversato in sede giudiziale, coinvolgendo anche l'esame della congruità, sotto tal profilo, della Direttiva 187/1977.

---

nella causa *Federatie Nederlandse (...) c/ Smallsteps BV*, C-126/16, EU:C:2017:241 relativa alla compatibilità con la Direttiva della procedura cd. "pre-pack" prevista nei paesi bassi e, sostanzialmente, non dissimile dall'amministrazione straordinaria prevista nel nostro ordinamento.

<sup>5</sup> Così il punto 9 della sentenza *CGUE D'Urso* (v. infra).

La Corte di Giustizia UE si è occupata per la prima volta della questione negli anni '80 con la sentenza Abels<sup>6</sup> che riguardava, appunto, la fattispecie di un'azienda in crisi coinvolta in una procedura concorsuale finalizzata (anche) alla continuazione dell'attività produttiva. La Corte interpreta la Direttiva 187/1977, affermando che questa poteva essere derogata solo nell'ambito di una procedura fallimentare finalizzata unicamente alla liquidazione dei beni.

Tanto, si legge nella sentenza, in quanto *"15. Il diritto fallimentare è caratterizzato da procedimenti speciali che hanno ad oggetto il contemperamento dei vari interessi, in particolare di quelli delle diverse categorie di creditori, il che implica in tutti gli Stati membri l'esistenza di norme specifiche il cui effetto può essere una deroga, quantomeno parziale, ad altre disposizioni, di carattere generale, fra le quali le disposizioni del diritto previdenziale. 16 La specificità del diritto fallimentare, che sussiste in tutti gli ordinamenti giuridici degli Stati membri, è poi confermata nel diritto comunitario. L'art. 1, n. 2, lett. d), della direttiva del Consiglio 17 febbraio 1975, n. 75/129, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in fatto di licenziamenti collettivi (GU L 48, pag. 29) che è stata emanata, al pari della direttiva n. 77/187, onde perseguire gli scopi dell'art. 117 del trattato, esclude espressamente dall'applicazione di questo atto i lavoratori colpiti dalla cessazione d'attività dell'azienda « allorché risulti da una decisione giudiziaria»".*

Ciò considerato, la Corte riteneva che la Direttiva dovesse applicarsi qualora il trasferimento di azienda fosse operato nell'ambito di una procedura concorsuale non liquidatoria ma che risultasse finalizzata alla continuazione dell'attività del cedente come quella prevista nel caso in esame che riguardava una procedura finalizzata al superamento delle difficoltà finanziarie dell'azienda onde evitare la liquidazione stessa attraverso la sospensione dei pagamenti.

La Corte, infatti, conclude affermando che la *"(...) Direttiva si applica cionondimeno al trasferimento di un'impresa, di uno stabilimento o di una parte di stabilimento ad un altro imprenditore avvenuto nell'ambito di un procedimento come quello della «surséance van betaling» (sospensione dei pagamenti)",* vigente nel diritto danese.

---

<sup>6</sup> H.B.M. Abels c/ Direzione della Bedrijfsvereniging (...), 07.05.85 in causa C-185/83.

Con le successive pronunce D'Urso<sup>7</sup> e Spano<sup>8</sup> tali principi sono stati ribaditi dalla Corte di Giustizia UE.

La causa D'Urso, in particolare, riguardava la procedura del decreto legge italiano del 30 gennaio 1979, n. 26, (cd. Legge Prodi), relativo alle misure d'urgenza per l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi (GURI del 6.2.1979, n. 36), convertito, con alcune modifiche, nella legge 3 aprile 1979, n. 95 (GURI del 4.4.1979, n. 94).

Nella relativa sentenza, la Corte osserva (punto 33) "(...) *che la relazione allegata al decreto legge n. 26/1979 dichiara che la funzione del procedimento è quella di salvare le parti sostanzialmente sane dell'impresa, che l'impresa in amministrazione straordinaria può ottenere crediti di cui lo Stato garantisce il rimborso e che sono destinati alla riattivazione e al completamento di impianti, di mobili e attrezzature industriali, e infine che, nel procedimento di amministrazione straordinaria, la tutela degli interessi dei creditori è meno incisiva che in altre procedure liquidatorie e che, in particolare, è negata ai creditori ogni interferenza sulle decisioni relative alla continuazione dell'esercizio dell'impresa.*

Ne conclude quindi che, conformemente ai principi stabiliti nella sentenza Abels, la Direttiva 187 del 1977 si applicava al caso trattato.

Nello stesso modo si pronuncia la Corte nella sentenza Spano, che riguarda un trasferimento di azienda di uno stabilimento pugliese tra due società della Fiat, con parziale passaggio del personale addetto.

La procedura prevista dalla normativa italiana esaminata, del resto, era chiaramente finalizzata a disciplinare il passaggio della struttura aziendale ad un nuovo imprenditore senza prevedere che quest'ultimo fosse costretto ad assumere il personale ritenuto eccedente che restava alle dipendenze della struttura del cedente destinata all'estinzione: evidente come si trattasse di un escamotage finalizzato ad evitare di procedere ai licenziamenti collettivi ed alla conseguente applicazione dei criteri di scelta dei lavoratori eccedenti.

---

<sup>7</sup> Giuseppe d'Urso e altri c/ Ercole Marelli in amministrazione straordinaria, 25.07.91 in causa C-362/89.

<sup>8</sup> Luigi Spano e a. c/ Fiat Geotech SpA (...), 07.12.95 in causa C-472/93. Analoghi principi sono poi stati applicati nella pronuncia Jules Dethier Equipement SA del 12.03.98 in causa C-319/94, EU:C:1998:99.

Non è un caso, infatti, che nelle sentenze si legge (ad esempio sentenza Spano, punto 35), a fronte del rilievo secondo cui l'acquirente potrebbe essere dissuaso dall'acquisto dall'acquistare l'impresa dalla prospettiva di dover mantenere in servizio il personale eccedente dell'impresa trasferita, che "[c]onfutando tale argomento la Corte ha ricordato che, se, in forza dell'art. 4, n. 1, la direttiva vieta che il trasferimento costituisca di per sé un motivo di licenziamento per il cedente o per il cessionario, essa «non pregiudica i licenziamenti che possono aver luogo per motivi economici, tecnici e di organizzazione che comportano variazioni sul piano dell'occupazione». La Corte ha aggiunto che la direttiva non si oppone nemmeno a che, qualora una disciplina nazionale implichi a favore del cedente disposizioni che gli consentono di alleviare o di sopprimere gli oneri connessi all'occupazione dei lavoratori in soprannumero, per evitare nella misura del possibile licenziamenti, dette disposizioni si applichino, dopo il trasferimento, a vantaggio del cessionario".

A seguito di tali decisioni della Corte, il legislatore europeo interveniva integrando la Direttiva 187/1997 con l'art. 4 bis, introdotto dalla Direttiva n. 50 del 1998, poi recepito dall'art. 5 della Direttiva 23 del 2001, tutt'ora vigente.

Secondo la modifica operata, gli articoli 3 (mantenimento dei diritti dei lavoratori) e 4 (divieto di licenziamento in connessione con il trasferimento), possono essere disapplicati, salvo diversa disposizione degli stati membri, nelle ipotesi in cui il cedente sia oggetto di una procedura concorsuale finalizzata alla liquidazione dei beni aziendali.

Inoltre, nell'ipotesi in cui il cedente sia soggetto ad una procedura concorsuale, indipendentemente dal fatto che la procedura sia finalizzata alla liquidazione dei beni aziendali (e dunque che sia prevista o si renda opportuna la continuazione dell'attività imprenditoriale) ed a condizione che detta procedura si svolga sotto il controllo di organo giurisdizionale o amministrativo, possono operarsi deroghe al solo art. 3, par. 1, compatibilmente con i limiti previsti alle protezioni disposte in caso di insolvenza del datore di lavoro o con l'accordo delle organizzazioni sindacali, al fine di garantire la sopravvivenza del complesso aziendale. Quest'ultima ipotesi è applicabile anche laddove ricorra una situazione di grave crisi economica dell'azienda ceduta che si stata certificata da un'autorità pubblica sottoposta al controllo giudiziale.

Questo complesso processo di adeguamento della Direttiva sui trasferimenti di azienda e di tutela dei diritti dei lavoratori<sup>9</sup> e qui sinteticamente riassunto, evidenzia i punti di criticità della disciplina comunitaria con quella nazionale italiana.

Ricordiamo infatti che deroghe all'applicazione dell'art. 2112 del codice civile, che disponeva il pieno mantenimento di tutti i diritti del lavoratore in caso di trasferimento di azienda, erano state introdotte dall'art. 47 della L. n. 428 del 1990, dove si leggeva:

*"5. Qualora il trasferimento riguardi aziende o unità produttive delle quali il CIPI abbia accertato lo stato di crisi aziendale a norma dell'articolo 2, quinto comma, lettera c), della legge 12 agosto 1977, n. 675 , o imprese nei confronti delle quali vi sia stata dichiarazione di fallimento, omologazione di concordato preventivo consistente nella cessione dei beni, emanazione del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa ovvero di sottoposizione all'amministrazione straordinaria, nel caso in cui la continuazione dell'attività non sia stata disposta o sia cessata e nel corso della consultazione di cui ai precedenti commi sia stato raggiunto un accordo circa il mantenimento anche parziale dell'occupazione, ai lavoratori il cui rapporto di lavoro continua con l'acquirente non trova applicazione l'articolo 2112 del codice civile, salvo che dall'accordo risultino condizioni di miglior favore. Il predetto accordo può altresì prevedere che il trasferimento non riguardi il personale eccedentario e che quest'ultimo continui a rimanere, in tutto o in parte, alle dipendenze dell'alienante".*

*6. I lavoratori che non passano alle dipendenze dell'acquirente, dell'affittuario o del subentrante hanno diritto di precedenza nelle assunzioni che questi ultimi effettuino entro un anno dalla data del trasferimento, ovvero entro il periodo maggiore stabilito dagli accordi collettivi. Nei confronti dei lavoratori predetti, che vengano assunti dall'acquirente, dall'affittuario o dal subentrante in un momento successivo al trasferimento d'azienda, non trova applicazione l'articolo 2112 del codice civile.*

---

<sup>9</sup> Si veda, per una più completa analisi della vicenda, G. Gaudio, *Trasferimento di azienda e crisi di impresa: una eterogenesi dei fini da parte del legislatore italiano?*, cit., punto 2. L'Autore, peraltro, correttamente richiama le incisive conclusioni sul punto dell'Avvocato generale Van Gerven depositate nella causa D'Urso, cit.

Tale norma, che si poneva in palese contrasto con la giurisprudenza citata, è stata poi oggetto di un intervento da parte della Corte di giustizia dell'UE a seguito di un'apertura di infrazione da parte della Commissione che ha portato alla sentenza dell'11 giugno 2009<sup>10</sup> e che ha concluso come *"mantenendo in vigore le disposizioni di cui all'art. 47, commi 5 e 6, della legge 29 dicembre 1990, n. 428, in caso di «crisi aziendale» a norma dell'art. 2, quinto comma, lett. c), della legge 12 agosto 1977, n. 675, in modo tale che i diritti riconosciuti ai lavoratori dall'art. 3, nn. 1, 3 e 4, nonché dall'art. 4 della direttiva del Consiglio 12 marzo 2001, 2001/23/CE, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti, non sono garantiti nel caso di trasferimento di un'azienda il cui stato di crisi sia stato accertato, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza di tale direttiva"*.

A seguito di tale pronuncia il legislatore italiano ha parzialmente modificato, con diversi successivi interventi, la norma che oggi risulta nei termini che seguono:

*"4-bis. Nel caso in cui sia stato raggiunto un accordo circa il mantenimento, anche parziale, dell'occupazione, l'articolo 2112 del codice civile trova applicazione nei termini e con le limitazioni previste dall'accordo medesimo qualora il trasferimento riguardi aziende:*

*a) delle quali sia stato accertato lo stato di crisi aziendale, ai sensi dell'articolo 2, quinto comma, lettera c), della L. 12 agosto 1977, n. 675;*

*b) per le quali sia stata disposta l'amministrazione straordinaria, ai sensi del [D.Lgs. 8 luglio 1999, n. 270](#), in caso di continuazione o di mancata cessazione dell'attività. (5)*

*b-bis) per le quali vi sia stata la dichiarazione di apertura della procedura di concordato preventivo; (7)*

*b-ter) per le quali vi sia stata l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti. (7)*

---

<sup>10</sup> Commissione c/ Italia dell'11.06.09, EU:C:2009:363, su cui vedi: e C. Cester, *Due recenti pronunzie della Corte di Giustizia europea in tema di trasferimento d'azienda. Sulla nozione di ramo d'azienda ai fini dell'applicazione della direttiva e sull'inadempimento alla stessa da parte dello Stato italiano nelle ipotesi di deroga per crisi aziendale*, in Riv. It. Dir. Lav., 2010, 1, pag. 236; P. Lambertucci, *Trasferimento di azienda e problemi occupazionali*, in Dir. Rel. Ind., 2010, 2, pag. 403; M.L. Serrano, *Il trasferimento dell'azienda in crisi tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale: ultimo atto?*, in Riv. Giur. Lav., 2010, 3, pag. 330 e

*5. Qualora il trasferimento riguardi imprese nei confronti delle quali vi sia stata dichiarazione di fallimento, omologazione di concordato preventivo consistente nella cessione dei beni, emanazione del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa ovvero di sottoposizione all'amministrazione straordinaria, nel caso in cui la continuazione dell'attività non sia stata disposta o sia cessata e nel corso della consultazione di cui ai precedenti commi sia stato raggiunto un accordo circa il mantenimento anche parziale dell'occupazione, ai lavoratori il cui rapporto di lavoro continua con l'acquirente non trova applicazione [l' articolo 2112 del codice civile](#), salvo che dall'accordo risultino condizioni di miglior favore. Il predetto accordo può altresì prevedere che il trasferimento non riguardi il personale eccedentario e che quest'ultimo continui a rimanere, in tutto o in parte, alle dipendenze dell'alienante.*

I due commi dell'art. 47 prevedono fattispecie e conseguenze differenti: il comma 4 bis, per le aziende in stato di crisi e le altre situazioni indicate, nel caso in cui sia stato raggiunto un accordo circa il mantenimento, anche parziale, dell'occupazione, stabilisce che l'articolo 2112 del codice civile trova applicazione nei termini e con le limitazioni previste dall'accordo medesimo, non ne esclude cioè la applicazione ma si limita ad ammettere che le parti possano stabilire condizioni peggiorative nella disciplina dei rapporti che in ogni caso devono transitare in capo al cessionario.

Il comma 5 invece prevede espressamente che l'accordo possa stabilire che il trasferimento non riguardi il personale eccedentario e che quest'ultimo continui a rimanere, in tutto o in parte, alle dipendenze dell'alienante.

Anche in tale ultima versione la norma presenta comunque problemi di compatibilità con la Direttiva n. 23 del 2001, come dimostra la vicenda Alitalia – Ethiad.

Nel maggio del 2014, le due note operatrici del settore aereo, concludevano un accordo quadro finalizzato all'entrata di Ethiad in Alitalia.

Tale accordo prevedeva, come condizione per la riuscita dell'operazione, la costituzione di una nuova società, la Alitalia – Società Area Italiana S.p.A. (Alitalia SAI). In ragione di ciò, la vecchia Alitalia (Alitalia CAI) si obbligava a trasferire l'intero complesso aziendale riguardante il trasporto aereo ad Alitalia SAI, ma solo dopo aver licenziato un certo numero di lavoratori considerati in esubero.

Così, Alitalia CAI, che versava in uno stato di «crisi aziendale» che permetteva di accedere alla disciplina derogatoria di cui all'art. 47, comma 4-bis, l. n. 428 del 1990, attivava una procedura di licenziamento collettivo volto al licenziamento dei soli dipendenti considerati in esubero.

Successivamente, Alitalia CAI avviava la procedura di informazione e consultazione sindacale di cui all'art. 47 l. n. 428 del 1990, comunicando alle OO. SS. l'intenzione di procedere alla cessione alla neo costituita Alitalia SAI dell'intero complesso aziendale riguardante il trasporto aereo. Esperita tale procedura obbligatoria e raggiunto un accordo con i sindacati per il mantenimento parziale dei livelli occupazionali, il trasferimento d'azienda aveva quindi luogo.

La questione, ad iniziativa dei lavoratori esclusi dal passaggio e destinati a rimanere in parcheggio in Cigs presso l'ormai guscio vuoto di Alitalia CAI, veniva portata avanti ai Tribunali italiani.

Dapprima alcune sentenze si pronunciavano in modo favorevole all'operazione<sup>11</sup> ma, successivamente, quasi tutti i giudici incaricati di analoghe controversie<sup>12</sup> ne rilevavano l'incompatibilità con la Direttiva 23 del 2001, con la conseguente dichiarazione di continuità dei rapporti con il cessionario.

Ne consegue che, nel caso Alitalia, ma anche in altre vicende circolatorie<sup>13</sup>, l'esigenza degli imprenditori di procedere alla cessione dell'azienda mondata dal personale eccedente trova un ostacolo di non poco conto nella rigidità della disciplina europea che consente, semmai, unicamente la deroga ai principi della conservazione dei trattamenti precedenti.

---

11 V. Trib. Roma, ord., 27 maggio 2015, in *Il Giuslavorista*, 11 settembre 2015. La ricorrente chiedeva al Tribunale di Roma di essere reintegrata in Alitalia SAI, quale cessionaria dei beni e di tutto il personale di Alitalia CAI. Nel respingere il ricorso della dipendente dichiarando il difetto di legittimazione passiva in giudizio di Alitalia SAI, l'ordinanza del Tribunale di Roma argomentava nel senso che l'accordo sindacale poteva legittimamente limitare l'applicazione dell'art. 2112 Cod. Civ. L'ordinanza, peraltro, si limitava a riportare il testo dell'art. 47, comma 4-bis, l. n. 428 del 1990 e ad accertare che lo stato di «crisi aziendale» di Alitalia CAI fosse stato dichiarato dagli organi competenti e che fosse stato concluso un accordo avente ad oggetto il mantenimento anche parziale dell'occupazione.

12 La necessità di un'interpretazione della disposizione italiana conforme al diritto europeo, è evidenziata innanzi tutto da Trib. Milano 15 ottobre 2015, disponibile su *Wikilabour*. Nello stesso senso si sono poi pronunciati anche Trib. Roma, ord., 15 gennaio 2016, in *Il Giuslavorista*, 13 Maggio 2016, con nota di G. Belligoli, *Deroga al divieto dei licenziamenti nei trasferimenti d'azienda: ambito di operatività* e Trib. Milano 6 giugno 2016, in *Pluris*, che contiene una motivazione particolarmente accurata. Tale soluzione era comunque stata già anticipata da Trib. Busto Arsizio 17 dicembre 2014, disponibile su *Wikilabour*. Le sentenze romane sono state confermate da C.A. Roma: v. sentenza 3134/2018 che cita numerosi precedenti. La vicenda è oggetto di un procedimento pendente in Corte di cassazione.

13 V. Trib. Roma 6 maggio 2016, in *De Jure*, che riguarda ad un trasferimento d'azienda avvenuto nell'ambito di una procedura di amministrazione straordinaria che prevedeva la continuazione o la mancata cessazione dell'attività, ovvero esattamente al situazione scrutinata dalla Corte di Giustizia UE nella sentenza D'Urso, cit.

La recente giurisprudenza della Corte di giustizia UE conferma tali valutazioni.

La prima delle sentenze qui in commento, la Plesser, è indicativa in tal senso.

La causa tratta del caso di una dipendente della società Echo la quale aveva avviato la richiesta di un procedimento di riorganizzazione giudiziale, previsto dall'art. 22 della legge belga del 31 gennaio 1999 (WCO) e finalizzato alla continuità delle imprese. Tale norma dispone che sino a che il Tribunale non abbia provveduto sull'istanza di riorganizzazione questa non potrà essere dichiarata fallita né sottoposta a liquidazione dei beni.

La normativa nazionale prevede che, nel corso di detta procedura, può essere autorizzato un trasferimento dell'azienda ad altro imprenditore che dovrà essere operato da un commissario giudiziale appositamente nominato, cui spetta la scelta dei possibili acquirenti e dei lavoratori da trasferire unitamente all'azienda, con l'accortezza che non avvengano discriminazioni. La discriminazione, prevede la norma nazionale, si dà per scontata nell'ipotesi di variazione, a valle dell'operazione, della percentuale di delegati sindacali: ne deriva che in tutti gli altri casi l'onere della prova spetta al lavoratore.

La signora Plesser aveva lavorato presso la Echo dal 1992 al 2013. Nell'aprile 2012 il Tribunale del commercio di Hasselt ha avviato un programma di riorganizzazione giudiziale sospendendo i pagamenti. Nel febbraio 2013 il Tribunale, su domanda della Echo, ha autorizzato i commissari giudiziali al trasferimento dell'azienda in favore della società Prefaco che si era offerta di riassumere 164 lavoratori, ossia circa due terzi dell'organico aziendale.

Nell'aprile successivo il trasferimento veniva concluso, allegando nel relativo accordo i nominativi dei lavoratori da assumere.

Tra questi non figurava la signora Plesser che, licenziata nel frattempo dalla Echo, ha quindi promosso azione giudiziale avanti alla Corte del lavoro di Anversa chiedendo che venisse dichiarata la prosecuzione del suo rapporto di lavoro con la Prefaco e chiamando in causa anche lo Stato belga.

Il suo ricorso è stato respinto con condanna alle spese. La lavoratrice ha impugnato la sentenza ed il giudice di appello ha proposto alla Corte la seguente domanda di pronuncia pregiudiziale: *“Se il diritto di scelta del cessionario, previsto all’articolo 61, paragrafo 4 (...) della [WCO], nella misura in cui detta “riorganizzazione giudiziale mediante cessione soggetta a controllo giudiziario” sia utilizzata al fine di conservare in tutto o in parte l’impresa cedente o le sue attività, sia compatibile con la direttiva [2001/23], segnatamente con i suoi articoli 3 e 5”.*

La Corte innanzi tutto procede alla riformulazione della questione pregiudiziale della domanda del giudice rimettente<sup>14</sup>. Si legge infatti nella sentenza:

*“33 Nel caso di specie, con la sua questione pregiudiziale, il giudice del rinvio chiede alla Corte di pronunciarsi sulla questione se la norma della legislazione nazionale invocata sia conforme agli articoli 3 e 5 della direttiva 2001/23.*

*34 Ebbene, da un lato, così formulata, tale questione porterebbe la Corte a pronunciarsi, nell’ambito di un procedimento instaurato ai sensi dell’articolo 267 TFUE, sulla compatibilità di una normativa di diritto interno con il diritto dell’Unione, il che non le compete (v., in tal senso, sentenza del 19 marzo 2015, OTP Bank, C-672/13, EU:C:2015:185, punto 29).*

*35 Dall’altro, anche se la suddetta questione non si riferisce espressamente all’articolo 4 della direttiva 2001/23, quest’ultimo, in quanto riguarda la protezione dei lavoratori contro qualsiasi licenziamento deciso dal cedente o dal cessionario sulla base del trasferimento, risulta pertinente ai fini della risposta da fornire al giudice del rinvio.*

---

<sup>14</sup> Diversamente dalla posizione da sempre adottata dalla nostra Corte costituzionale che si ritiene vincolata ai parametri costituzionali sollevati dal giudice remittente. Si legge infatti nella sentenza 251/2017: *“3.- Deve essere, in primo luogo, rilevata l’inammissibilità delle deduzioni svolte dalle parti costituite, ricorrenti nel giudizio a quo, volte ad estendere il thema decidendum – quale definito nell’ordinanza di rimessione – anche alla violazione dei parametri di cui agli artt. 34, terzo comma, 35, primo comma, 11 e 117, primo comma, Cost. Rispetto a tali profili di illegittimità, che il giudice a quo non ha fatto propri, va richiamata la costante giurisprudenza di questa Corte, secondo la quale l’oggetto del giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale è limitato alle disposizioni e ai parametri indicati nelle ordinanze di rimessione. Pertanto, non possono essere presi in considerazione ulteriori questioni o profili di costituzionalità dedotti dalle parti, sia eccepiti, ma non fatti propri dal giudice a quo, sia volti ad ampliare o modificare successivamente il contenuto delle stesse ordinanze (ex plurimis, sentenze n. 35 e n. 29 del 2017; n. 214 e n. 96 del 2016; n. 231, n. 83, n. 56, n. 37 e n. 34 del 2015)”. Come si vede quindi, condivisibilmente da parte di chi scrive, l’approccio della Corte di Lussemburgo è più pratico e finalizzato ad andare alla soluzione concreta della questione che gli viene posta, correggendo anche d’ufficio il quesito posto dal giudice rimettente.*

*36 In tali circostanze, conviene riformulare la questione sollevata nel senso che con essa si chiede, in sostanza, se la direttiva 2001/23, segnatamente i suoi articoli da 3 a 5, debba essere interpretata nel senso che osta ad una legislazione nazionale, come quella di cui al procedimento principale, la quale, in caso di trasferimento di un'impresa intervenuto nell'ambito di una procedura di riorganizzazione giudiziale mediante trasferimento soggetto a controllo giudiziario, applicata al fine di conservare in tutto o in parte l'impresa cedente o le sue attività, preveda, per il cessionario, il diritto di scegliere i lavoratori che intende riassumere”.*

Ciò chiarito, la Corte affronta il merito e osserva che l'art. 5, par. 1 della Direttiva 23 del 2001 dichiara l'inapplicabilità degli artt. 3 (mantenimento dei diritti del lavoratore) e 4 (il trasferimento non può essere motivo di licenziamento) in caso di sottoposizione dell'azienda ad una procedura concorsuale (punto 37) e che tale previsione va interpretata in modo restrittivo (punto 38).

Peraltro la procedura concorsuale deve presentare tre caratteristiche, ovvero (1) che si tratti di un fallimento o di insolvenza, (2) che tale procedura sia finalizzata alla cessione dei beni e (3) che si svolga sotto il controllo di una autorità pubblica (punto 40).

Nel passare ad esaminare la specifica procedura regolata dal diritto belga, la Corte osserva che la “riorganizzazione giudiziale” mira al proseguimento dell'attività dell'impresa e l'operato del commissario giudiziale non sarebbe assimilabile a quello di un curatore in una procedura fallimentare e, dunque, non soddisferebbe i requisiti previsti dalla giurisprudenza della Corte stessa (punto 44) e quindi rimarrebbero applicabili gli articoli 3 e 4 della Direttiva (punto 41).

La Corte conclude quindi che : *“La direttiva 2001/23/CE del Consiglio, del 12 marzo 2001, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti, e segnatamente gli articoli da 3 a 5, deve essere interpretata nel senso che osta ad una legislazione nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, la quale, in caso di trasferimento di un'impresa intervenuto nell'ambito di una procedura di riorganizzazione giudiziale mediante trasferimento soggetto a controllo giudiziario, applicata al fine di conservare in tutto o in parte l'impresa cedente o le sue attività, prevede, per il cessionario, il diritto di scegliere i lavoratori che intende riassumere.*

La Corte peraltro, nella sentenza rileva che: 28 *Dal momento che la questione sollevata dal giudice del rinvio verte sull'interpretazione della direttiva 2001/23, è opportuno rilevare che, certamente, trattandosi di una controversia tra privati, la Corte ha costantemente dichiarato che una direttiva non può, di per sé, creare obblighi a carico di un privato e non può, quindi, essere fatta valere in quanto tale nei suoi confronti. Tuttavia, la Corte ha parimenti dichiarato a più riprese che l'obbligo degli Stati membri, derivante da una direttiva, di conseguire il risultato previsto da quest'ultima così come il loro dovere di adottare tutti i provvedimenti generali o particolari atti a garantire l'adempimento di tale obbligo si impongono a tutte le autorità degli Stati membri, comprese, nell'ambito delle loro competenze, quelle giurisdizionali (sentenza del 19 aprile 2016, DI, C-441/14, EU:C:2016:278, punto 30 e giurisprudenza ivi citata).*

E, più in particolare osserva che: 29 *Ne consegue che, nell'applicare il diritto interno, i giudici nazionali chiamati a interpretarlo sono tenuti a prendere in considerazione l'insieme delle norme di tale diritto e ad applicare i criteri ermeneutici riconosciuti dallo stesso al fine di interpretarlo, per quanto più possibile, alla luce della lettera e dello scopo della direttiva di cui trattasi, onde conseguire il risultato fissato da quest'ultima e conformarsi così all'articolo 288, terzo comma, TFUE (sentenza del 19 aprile 2016, DI, C-441/14, EU:C:2016:278, punto 31 e giurisprudenza ivi citata).*

Infine precisa: 60 *È opportuno, tuttavia, ricordare che, come è già stato sottolineato ai punti 28 e 29 della presente sentenza, un giudice nazionale, investito di una controversia tra privati, che si trovi nell'impossibilità di procedere ad un'interpretazione delle disposizioni del suo diritto nazionale in maniera conforme a una direttiva non trasposta o trasposta erroneamente, non è tenuto, sulla sola base del diritto dell'Unione, a disapplicare tali disposizioni nazionali contrarie alle disposizioni della direttiva. La parte lesa dalla non conformità del diritto nazionale a detta direttiva potrebbe in ogni caso invocare la giurisprudenza scaturita dalla sentenza del 19 novembre 1991, Francovich e a. (C-6/90 e C-9/90, EU:C:1991:428), per ottenere eventualmente, da parte dello Stato membro, il risarcimento del danno subito (v. in tal senso, la sentenza del 7 agosto 2018, Smith, C-122/17, EU:C:2018:631, punti 49 e 56).*

Come si vede, quindi, la Corte è netta: una procedura come quella belga, sostanzialmente analoga a quella italiana dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi la quale, pur finalizzata principalmente alla prosecuzione dell'attività aziendale, dispone la disapplicazione dell'art. 2112 del codice civile, pare inevitabilmente contrastare con la Direttiva.

E tanto è plasticamente evidente dal fatto che la direttiva, come si legge nella sentenza Plessner, al punto 52, ha quale ha come *"(...) scopo (...) quello di garantire, per quanto possibile, la continuazione dei contratti o dei rapporti di lavoro, senza modifiche, con il cessionario, per impedire che i lavoratori interessati si trovino in una situazione meno favorevole per il solo fatto del trasferimento (v. in tal senso l'ordinanza del 15 settembre 2010, Briot, C-386/09, EU:C:2010:526, punto 26 e giurisprudenza citata), mentre nell'amministrazione straordinaria disciplinata dal diritto italiano "[a]ppare evidente come la priorità di tutela dal piano del singolo lavoratore (cui risponde l'esclusiva applicazione dell'art. 2112 c.c.) si sia spostata al piano dell'interesse collettivo al perseguimento dell'agevolazione della circolazione dell'azienda quale strumento di salvaguardia della massima occupazione, in una condizione di obiettiva crisi imprenditoriale, anche al prezzo del sacrificio di alcuni diritti garantiti dall'art. 2112 c.c., pur sempre in un ambito tutelato di consultazione sindacale (così Cass., sez. lav. 04-11-2014, n. 23473).*

Come si vede si tratta di due finalità completamente diverse tra loro, certamente non inconciliabili ma che comportano soluzioni ben diverse nell'approccio ai problemi sociali che sono sottesi al fenomeno delle vicende circolatorie delle imprese.

Pare chiaro il livello di criticità della normativa nazionale in tema di trasferimento d'azienda con quella comunitaria.

### **3. Il trasferimento di aziende in house ai comuni**

La Corte si è anche occupata, con la sentenza Correia Moreira, dell'ipotesi in cui un comune portoghese decide di internalizzare l'attività di una società partecipata.

La signora Correia Moreira veniva assunta nel 2005 dalla Expo Arade, Animação e Gestão do Parque de Feiras e Exposições de Portimão EM un "contratto di formazione sul luogo di lavoro". Nel gennaio 2006 tale contratto veniva sostituito con un rapporto di lavoro subordinato a termine sino al 31.12.2006 per svolgere le funzioni di tecnico delle risorse umane, rapporto che, successivamente, proseguiva come rapporto di collaborazione sino al 30 giugno 2010. Tale contratto proseguiva poi sino al 1° luglio 2013, data nella quale veniva poi risolto dalle parti.

Sempre in pari data, la lavoratrice ha poi siglato un rapporto di collaborazione con la Portimão Urbis un nuovo contratto di collaborazione per l'esercizio delle medesime funzioni. Le parti hanno risolto tale contratto il 1° luglio 2013 e, contemporaneamente ne hanno stipulato un altro con funzioni di gestore dell'unità di gestione amministrativa e di risorse umane, ma con una riduzione della propria retribuzione lorda.

Di seguito, come si legge nella sentenza:

*24 Il 15 ottobre 2014, il comune di Portimão ha approvato lo scioglimento e la liquidazione della Portimão Urbis nell'ambito di un piano che prevedeva l'internalizzazione di una parte delle attività di tale impresa nel comune e l'esternalizzazione delle altre attività a un'altra azienda municipale, ossia l'Empresa Municipal de Águas e Resíduos de Portimão EM SA (in prosieguo: la «Emarp»).*

*25 Il comune di Portimão e la Emarp hanno mantenuto in vigore tutti i diritti connessi con i contratti di lavoro conclusi dalla Portimão Urbis.*

*26 La sig.ra Correia Moreira appariva nell'elenco dei lavoratori «internalizzati» del comune di Portimão che hanno concluso un accordo di cessione con quest'ultimo per ragioni di interesse pubblico ed è stata assegnata a servizi amministrativi e di gestione delle risorse umane. Nel periodo compreso tra il 1° gennaio 2015 e il 20 aprile 2017, la stessa ha esercitato funzioni in qualità di tecnica superiore nel settore dell'attività funzionale delle risorse umane all'interno del comune di Portimão.*

*27 Nel luglio 2015, i lavoratori rientranti nel piano di internalizzazione, tra i quali figurava la sig.ra Correia Moreira, sono stati informati dal comune di Portimão che la loro candidatura al concorso previsto avrebbe comportato, qualora fossero risultati vincitori, l'assunzione degli stessi nel primo grado della funzione pubblica, con vincolo di permanenza nello stesso grado per almeno dieci anni. I lavoratori «esternalizzati» verso l'Emarp non sono stati sottoposti a una simile procedura di concorso.*

*28 È stato indetto un concorso al quale la sig.ra Correia Moreira ha presentato la propria candidatura. In esito a tale concorso, e sebbene si fosse classificata al primo posto nell'elenco, la stessa è stata informata che la sua retribuzione sarebbe stata inferiore rispetto a quella che percepiva dalla Portimão Urbis, circostanza che la sig.ra Correia Moreira non ha accettato.*

Il 26 aprile 2017 la Portimão Urbis ha licenziato la lavoratrice adducendo la cessazione dell'attività, poi formalizzata nel registro delle imprese l'anno successivo.

La signora Correiro Moreira si è così rivolta al Tribunale di Faro chiedendo venisse accertato il suo trasferimento alle dipendenze del Comune di Portimão a decorrere dal 1° gennaio 2015 in ragione del trasferimento del settore al quale era addetta al Comune, con riconoscimento integrale delle differenze retributive maturate.

Il Comune si opponeva alle domande adducendo che (1) non si sarebbe verificato alcun trasferimento di stabilimento poiché l'azienda municipale è stata sciolta in forza di una legge, e che il Comune si è limitato a riassumere le competenze di cui era originariamente investito, che (2) la sig.ra Correia Moreira esercitava funzioni in regime di collaborazione e che, quindi, non aveva qualità di lavoratore all'interno della Portimão Urbis e che (3) il comune di Portimão non aveva fatto altro che osservare il regime normativo derivante dall'articolo 62 della legge n. 50/2012, del 31 agosto 2012, nella versione applicabile al procedimento principale, secondo il quale tutti i funzionari dei comuni sono assunti secondo modalità specifiche e sono soggetti al principio di uguaglianza per quanto riguarda l'accesso alla funzione pubblica sancito dall'articolo 47, paragrafo 2, della Costituzione.

Il Tribunale di Faro formulava quindi alla Corte i seguenti quesiti pregiudiziali:

*«1) Se, intendendosi come "lavoratore" qualunque persona che, nello Stato membro interessato, sia tutelata, in quanto lavoratore, dal diritto nazionale del lavoro, la persona che ha un contratto di collaborazione [«commissão de serviço»] con il cedente possa considerarsi un lavoratore ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, lettera d), della direttiva 2001/23/CE del Consiglio, del 12 marzo 2001, e beneficiare della tutela offerta dalla normativa in oggetto.*

*2) Se la normativa dell'Unione, segnatamente la menzionata direttiva 2001/23(...), in combinato disposto con l'articolo 4, paragrafo 2, del Trattato sull'Unione europea, osti a una normativa nazionale che, anche nel caso di un trasferimento cui si applichi detta direttiva, preveda necessariamente la partecipazione dei lavoratori a concorso pubblico e la formazione di un nuovo rapporto contrattuale con il cessionario per il fatto che questi è un comune».*

Il primo quesito viene risolto dalla Corte secondo la sua giurisprudenza, rilevando che *“risulta evidente che una persona come la ricorrente nel procedimento principale può essere considerata come «lavoratore», ai sensi dell’articolo 2, paragrafo 1, lettera d), della direttiva 2001/23, e il suo contratto di collaborazione può essere considerato un contratto di lavoro ai sensi dell’articolo 2, paragrafo 2, primo comma, di tale direttiva”*, ma che spetta comunque al giudice della causa principale verificare secondo il diritto nazionale verificare la natura di contratto di lavoro dell’interessata.

Più interessante è la risposta al secondo quesito.

La Corte precisa innanzi tutto che la natura pubblica del cessionario non rileva ai fini della disapplicazione della Direttiva (punto 53), a condizione che *“oggetto del trasferimento riguardi un ente che eserciti un’attività economica con o senza scopo di lucro”*, escludendosi invece l’ipotesi ove *“le attività che si ricollegano all’esercizio delle prerogative dei pubblici poteri (sentenza del 20 luglio 2017, Piscarreta Ricardo, C-416/16, EU:C:2017:574, punti 33 e 34 nonché giurisprudenza ivi citata”* (punto 54).

Rilevato quindi che le attività oggetto del trasferimento non sembrano essere riconducibili a tale ultima ipotesi (punto 55), la Corte ne deduce che la modifica peggiorativa delle condizioni di lavoro in conseguenza dell’assunzione a seguito di concorso contrasta con l’art. 3, par. 1, della Direttiva.

La Corte inoltre, esaminando il riferimento fatto dal giudice rimettente all’art. 4, par. 2 TUE, il quale prevede che l’Unione rispetti, in particolare, l’identità nazionale insita nella struttura fondamentale, politica e costituzionale, degli Stati membri (punto 61), osserva come tale disposizione non può essere interpretata nel senso che questa consente di privare un lavoratore dei diritti riconosciutigli in un settore, come quello dei trasferimenti di azienda, che gli stessi Stati hanno trasferito le loro competenze all’Unione (punto 62).

Ne consegue, secondo la Corte che al quesito va fornita questa risposta: *“la direttiva 2001/23, in combinato disposto con l’articolo 4, paragrafo 2, TUE, deve essere interpretata nel senso che essa osta a una normativa nazionale la quale preveda che, in caso di trasferimento ai sensi di tale direttiva, e per il fatto che il cessionario è un comune, i lavoratori interessati debbano, da un lato, partecipare ad una procedura di concorso pubblico e, dall’altro, costituire un nuovo rapporto contrattuale con il cessionario”* (punto 63 e dispositivo).

La decisione della Corte di giustizia UE importa evidenti criticità con la disciplina nazionale in tema di internalizzazioni dei servizi forniti dalle società partecipate agli Enti pubblici che ne detengono il controllo.

Innanzitutto va rilevato come, secondo la Corte, i processi di internalizzazione operati da una pubblica amministrazione con riferimento ad attività precedentemente affidate ad una società partecipata rientrano a pieno titolo nell'ambito di applicabilità della Direttiva 23 del 2001.

Ciò chiarito, sorgono invece problemi in ordine al destino dei dipendenti con riferimento all'applicazione degli artt. 3 e 4 della Direttiva.

Va premesso che, secondo la legislazione nazionale attualmente vigente e, segnatamente, l'art. 18, comma 1 del D.L. 112 del 2008, ripreso dall'art. 19 del nuovo Testo unico delle società partecipate<sup>15</sup>, l'assunzione dei dipendenti dalle società partecipate avrebbe dovuto avvenire *"nel rispetto dei principi, anche di derivazione europea, di trasparenza, pubblicità e imparzialità e dei principi di cui all'articolo 35, comma 3, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165"*, pena la nullità assoluta del rapporto<sup>16</sup>.

In altri termini è necessario un concorso, laddove invece la Corte di cassazione a sezioni unite del 2015<sup>17</sup> ha stabilito che l'obbligo del concorso era limitato alla presenza di una specifica legislazione o alle previsioni statutarie della partecipata.

---

15 V. d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175.

16 Sula nuova disciplina del rapporto di lavoro delle società partecipate v. M. Altimari, *Diritto del lavoro e autonomia collettiva dalla municipalizzazione al d.lgs. 175/2016*,; M.D. Ferrara, *Corporate governance e trattamento economico nelle società a controllo pubblico tra vincoli pubblicistici e razionalità del sistema*; M.G. Greco, *Il reclutamento del personale nelle società di partecipazione pubblica*, tutti su *Variazioni di diritto del lavoro*, Fascicolo 1/2019

17 Cfr. Cass. SS.UU. 4865/2015 sulla vicenda siciliana dell'Ente fiera Mediterraneo.

Anzi, nel 2017, sempre le Sezioni unite dopo avere premesso che "*Thema decidendum è se la natura di società in house di una società per azioni com'è la Sogesid (circostanza incontestata ed anche accertata dai Giudici amministrativi) comporti l'obbligo di seguire per le assunzioni il regime del pubblico concorso con conseguente giurisdizione del Giudice amministrativo in ordine a fattispecie come quelle in esame*" conclude affermando che: "*Sarebbe illogico postulare che la scelta di quel paradigma privatistico per la realizzazione delle finalità perseguite dalla pubblica amministrazione sia giuridicamente priva di conseguenze, ed è viceversa del tutto naturale che quella scelta, ove non vi siano specifiche di posizioni in contrario o ragioni ostative di sistema, comporti l'applicazione del regime giuridico proprio dello strumento societario adoperato*<sup>18</sup>".

Va però detto che la sezione lavoro della Corte di cassazione, con la nota sentenza Cass. 19-03-2018, n. 6818<sup>19</sup>, la quale, senza fare distinzioni tra i rapporti di lavoro costituiti prima o dopo il d.lgs. 175/2016 ha invece affermato che "*2.4. Va, quindi, esclusa la portata innovativa del D.Lgs. n. 175 del 2016, art. 19, comma 4, che, nel prevedere espressamente la nullità dei contratti stipulati in violazione delle procedure di reclutamento, ha solo reso esplicita una conseguenza già desumibile dai principi sopra richiamati in tema di nullità virtuali*"<sup>20</sup>.

Ne consegue che l'internalizzazione delle attività svolte da società partecipate non dovrebbe creare problemi per quanto attiene i dipendenti assunti dal cessionario dopo il 2016<sup>21</sup>, ma diventerebbe impossibile effettuarlo per quelli assunti in precedenza, laddove questi non abbiano superato una procedura selettiva ai sensi dell'art. 35 del d.lgs. 165/2001 prima dell'assunzione.

---

18 Così Cass. SS.UU. 27 marzo 2017 n. 7759 che rinvia a Cass. SS.UU. 1 dicembre 2016 n. 24591.

19 Commentata criticamente da F. Chietera su Lav. Giur. 7/2018, pag. 694.

20 Con l'effetto, come giustamente sottolinea F. Chietera su Lav. Giur. 7/2018, cit., che viene bypassato l'art. 374 cpc che impone un nuovo passaggio alle Sezioni unite quanto la sezione semplice ritenga di discostarsi da quanto da queste stabilito in precedenza.

21 O, addirittura dopo il 2008, secondo il principio stabilito da Cass. 6818/2018 che fa risalire il divieto di assunzione "libera" al D.L. 112/2008.

E ciò era la normalità prima che la legislazione che si è descritta imponesse l'assunzione solo a seguito di procedura concorsuale.

Ed infatti la questione si è posta all'attenzione dei giudici nazionali.

Ne è un esempio la vicenda dei dipendenti della Direzione Generale - Ispettorato Vigilanza Concessioni Autostradali (IVCA) dell'Anas la quale, in forza del decreto legge del 6 luglio 2011 n. 98, recante "Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria" e convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 11, all'art. 36 recante "disposizioni in materia di riordino dell'ANAS S.p.a.", è stata soppressa per legge e le sue funzioni sono state trasferite al MIT dal 1°10.12 (art. 11, comma 5, d.l. 216/11 conv. in l. 14/12)<sup>22</sup>.

Con il DM 1°10.12 il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti ha istituito al suo interno la Struttura di Vigilanza sulle concessionarie autostradali, alla quale sono state affidate le funzioni che avrebbero dovuto essere svolte dall'Agenzia per le infrastrutture stradali ed autostradali (ovvero quelle di concedente della rete autostradale e di vigilanza sulle concessionarie).

Presso tale struttura è stato trasferito il personale ANAS in servizio presso l'Ufficio IVCA alla data del 31 maggio 2012.

Ma il personale Anas non era stato assunto con alcuna procedura selettiva e dunque non si comprende come sia potuto passare alle dipendenze del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti per continuare a svolgere la medesima attività quale pubblico dipendente.

Tanto venne rilevato d'ufficio nel corso di due giudizi dal TAR Lazio in data 18 marzo 2014 e dalla Corte di appello di Roma in data 18 febbraio 2015, i quali sollevarono la questione della legittimità costituzionale di tale passaggio che necessitava del superamento di un concorso e che, per quanto si è sinora detto, costituisce un vero e proprio trasferimento di azienda sottoposto alla disciplina della Direttiva 23 del 2001.

La Consulta, con l'ordinanza n. 209 del 7 ottobre 2015 disattendeva le questioni proposte dichiarandole inammissibili in ragione del fatto che i giudici rimettenti non avevano chiarito se i lavoratori fossero stati o meno assunti presso Anas con concorso o procedure selettive.

---

<sup>22</sup> Il trasferimento è stato obbligato, poiché la predetta Struttura di vigilanza dell'Anas, sostanzialmente, controllava l'operato dell'Anas stessa, con evidenti problemi di incompatibilità.

Analoga sorte toccava ad altra ordinanza, sempre della Corte di appello di Roma in data 27 marzo 2015 la quale, pur avendo chiarito che i dipendenti non erano stati assunti con procedura concorsuale, censurava con l'inammissibilità il fatto che il rimettente non aveva verificato la natura pubblica o meno dell'Anas (Corte costituzionale, ordinanza n. 55 dell'11 febbraio 2017).

Non è difficile comprendere come queste due ordinanze siano state in realtà un escamotage per non affrontare il problema, tanto che, poi, nessun altro giudice ha sollevato la questione degli ex dipendenti Anas avanti al giudice delle leggi.

Meglio così, probabilmente, perché si è evitato il conflitto con la Direttiva 23 del 2001. Almeno per ora.

Sergio Galleano

Roma, 12 luglio 2019