

Dipartimento di Giurisprudenza

Cattedra di Diritto del Lavoro

**LA SORTE DEI RAPPORTI DI LAVORO A
SEGUITO DI FALLIMENTO**

Prof. Raffaele Fabozzi

RELATORE

Prof. Roberto Pessi

CORRELATORE

Laura Ricotta- matr. 140493

CANDIDATA

Anno Accademico 2019/2020

INDICE

INTRODUZIONE

CAPITOLO I

I rapporti di lavoro all'apertura della crisi: le fonti della disciplina giuslavorista

- 1.1 Il rapporto tra diritto del lavoro e diritto fallimentare
- 1.2 L'occupazione come valore costituzionalmente protetto (art. 4 Cost.)
- 1.3 Evoluzione normativa dal Regio Decreto 16 Marzo 1942 al nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (D.lgs. n. 14 del 12 gennaio 2019)
- 1.4 Definizione della crisi di impresa e di "stato di insolvenza"
- 1.5 La sorte dei rapporti di lavoro alla dichiarazione di fallimento: art.72 R.D. 1942 e art.189 D.L 14/2019
 - 1.5.1 Risoluzione ope legis e recesso del curatore prima del subentro

CAPITOLO II

La prosecuzione dei rapporti di lavoro nella liquidazione giudiziale

- 2.1 Il nuovo esercizio provvisorio come regolato dall'art.211 D.lgs. 14/2019
- 2.2 Il trasferimento d'azienda
 - La disciplina del codice civile: l'art.2112 e l'impatto del diritto comunitario
 - 2.2.1 Il trasferimento di ramo di azienda
 - La nozione elaborata prima del D.lgs. 18/2001
 - 2.2.2 la nozione di ramo d'azienda introdotta dal legislatore del 2001:
l'autonomia funzionale e l'irrilevanza degli elementi materiali
 - 2.3 L'affitto di azienda
 - 2.3.1 Il riferimento alla tutela occupazionale come criterio per la selezione del contraente e la sua portata esegetica
 - 2.3.2 L'affitto di azienda ed esercizio del potere di prelazione
 - 2.3.3 L'interesse dei lavoratori
 - 2.3.4 La sorte dei rapporti di lavoro in caso di retrocessione dell'azienda
- 2.4 La tutela dei diritti dei lavoratori nella circolazione dell'impresa
 - La responsabilità solidale di cedente e cessionario

- 2.4.1 Il diritto dei lavoratori di rassegnare le dimissioni con gli effetti dell'art.2119 c.c.
- 2.4.2 I diritti derivanti dalla legge, dal contratto individuale, dagli usi aziendali e dal contratto collettivo
- 2.5 Gli obblighi procedurali di cui all'art. 47 L. n. 428/1990
 - 2.5.1 Il criterio dimensionale per l'applicazione della disciplina
 - 2.5.2 Il termine entro cui va adempiuto l'obbligo
 - 2.5.3 I contenuti dell'informativa
 - 2.5.4 L'esame congiunto
 - 2.5.5 la condotta antisindacale ex. art. 28 in ipotesi di inadempimento degli obblighi di informazione e consultazione sindacale
- 2.6 la disciplina del trasferimento d'azienda in crisi
La disciplina prevista dall'originario art.47 della legge 428/1990 e le ipotesi derogatorie introdotte dalla direttiva 98/50/CE
 - 2.6.1 Il regime delle deroghe nel diritto interno e la sentenza di condanna della Corte di Giustizia
 - 2.6.2 L'art. 19 quater della L. 20 novembre 2009, n. 166 e le residue questioni interpretative

CAPITOLO III

I crediti di lavoro nel fallimento

- 3.1 L'accertamento del credito: il procedimento e il privilegio ex Art. 2751-bis c.c.
- 3.2 L'accesso al Fondo di garanzia dell'Inps
- 3.3 L'azione di surroga

CAPITOLO IV

Gli ammortizzatori sociali

- 4.1 Quadro generale
- 4.2 La crisi aziendale e la CIGS
 - 4.2.1 CIGS per le aziende in crisi e l'abrogazione dell'art.3 l. n. 223/1991
- 4.3 Il ruolo delle OO.SS nella gestione delle crisi aziendali

CAPITOLO V

1. Conseguenze della pandemia da COVID-19 in vista dell'entrata in vigore del nuovo Codice della Crisi e dell'Insolvenza

CONCLUSIONI

INTRODUZIONE

L'art. 1 della nostra Carta Costituzionale sancisce quello che deve essere il fondamento della Repubblica italiana: il lavoro; *“L'Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro”*.

Il lavoro deve essere considerato un diritto-dovere del cittadino, un diritto a cui lo Stato deve tendere in quanto strumento di realizzazione della persona, e un dovere morale a cui ogni individuo deve adempiere, per il proprio benessere e per il progresso della società. È l'art. 4 della Costituzione a individuare questo diritto-dovere dell'individuo, ai sensi del quale: *“La Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto. Ogni cittadino ha il dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale e spirituale della società.”* Dunque, lo Stato deve impegnarsi a realizzare la piena occupazione e tutelare il lavoratore nella conservazione del proprio posto di lavoro rimuovendo tutti quegli ostacoli che possono impedire all'individuo di partecipare al progresso della società; ma allo stesso tempo si impegna a garantire al singolo individuo un diritto di libertà nella scelta e nello svolgimento della propria attività lavorativa. Ed è proprio in un contesto di crisi come il nostro, dove spesso si sente parlare di eccedenza di forza lavoro e derivante riduzione del personale, che si manifesta la necessità di non minimizzare la problematica dell'occupazione e della tutela del lavoro. La disciplina della crisi d'impresa, avvicina la materia del diritto del lavoro con quella del diritto fallimentare, le quali delineano due microcosmi in persistente disaccordo tra di loro, ma che possono essere accomunati dallo stesso principio di uguaglianza. Al diritto del lavoro è attribuita una funzione di garanzia dell'uguaglianza di trattamento dei lavoratori, invece alla disciplina fallimentare è riconosciuta una funzione di garanzia dell'uguaglianza di trattamento tra i creditori, i quali in base al principio della *par condicio creditorum*, hanno diritto ad essere soddisfatti nella stessa percentuale in base al valore del loro credito. Nelle procedure concorsuali, infatti, c'è l'esigenza di disciplinare la concorrenza tra più diritti su un oggetto ristretto e incapiente, che non obbligatoriamente riuscirà a soddisfare in modo uguale l'intera massa dei creditori. Nel caso concreto, perciò, non tutti i creditori sono uguali, ma ci sono delle diseguaglianze tra essi che hanno reso necessaria la predisposizione di una gerarchia di privilegi, identificati con riguardo

alla natura del singolo credito interessato, che giunge così ad una autonegazione stessa del principio della *par condicio creditorum*. L'esigenza di porre rimedio a situazioni di crisi economica dell'impresa, rileva in maggior misura la necessità di garantire ai lavoratori una protezione sociale, specialmente quando lo stato di insolvenza è così da condurre alla liquidazione del patrimonio aziendale, in quanto i lavoratori rappresentano quei soggetti sui quali – prima di ogni altro- si dispiegano gli effetti pregiudizievoli conseguenti a uno stato di dissesto di un'impresa. La legge fallimentare nasce in un momento storico in cui il solo interesse collettivo tutelato era quello di condannare l'imprenditore, che con la sua *mala gestio* aveva provocato la crisi dell'impresa. La materia fallimentare si dedicava alla soddisfazione dei creditori nel rispetto del principio cardine della *par condicio creditorum*, ma non trapelava nessun interessamento alla conservazione dell'impresa e alla tutela del singolo lavoratore alla conservazione del rapporto, e questo veniva provato dal ruolo meramente residuale che rivestiva all'epoca l'esercizio provvisorio, il quale veniva concesso unicamente nel caso in cui la cessazione dell'attività avesse causato un danno grave ed irreparabile ai creditori. L'attitudine era quella di sbarazzare il mercato dalle piccole imprese non concorrenziali, non badando delle conseguenze che tale circostanza avrebbe potuto implicare sul piano occupazionale, nei confronti dei lavoratori, quali unici soggetti interessati alla conservazione del complesso produttivo come garanzia alla prosecuzione del rapporto di lavoro. È la grande crisi economico-produttiva degli anni '70 che rese indispensabile l'adozione di interventi legislativi di riforma finalizzati al riconoscimento e mantenimento della condizione di occupato del lavoratore anche in situazioni di ristrutturazione, riconversione e crisi che l'impresa si trova ad affrontare, privilegiando il trasferimento di forza lavoro da un'impresa in crisi a una in espansione. Con riguardo alle grandi imprese, l'instabilità acquista maggiore spessore e si inizia a promuovere così la tendenza di privilegiare il risanamento dell'impresa rispetto a operazioni di liquidazione. Emerge sempre di più l'esigenza di slegare le sorti dell'imprenditore da quelle dell'azienda, che può sopravvivere alla crisi e trovare un nuovo conduttore: la regola dovrebbe essere quella di mettere in salvo l'intero complesso aziendale per quanto ragionevole, mantenendo insieme, allo stesso tempo, le sue componenti; del resto, la consapevolezza che la vendita dell'intero complesso aziendale possa condurre a una maggiore contentezza dei creditori concorsuali è stato anche sancito a livello legislativo dall'art. 105, comma 1, della legge

fallimentare, ai sensi del quale “ *la liquidazione dei singoli beni(...) è disposta quando risulta prevedibile che la vendita dell'intero complesso aziendale, di suoi rami, di beni o rapporti giuridici individuabili in blocco non consenta una maggiore soddisfazione dei creditori*”.

Il bisogno, sempre più impellente, di una tutela occupazionale ha portato il diritto fallimentare a osservare i lavoratori non più come banali creditori ma come portatori di un interesse giuridicamente tutelato, l'interesse a non perdere il posto di lavoro, e, quando ciò non sia possibile, la possibilità di poter ricorrere a forme di sostegno predisposte dallo Stato attraverso gli ammortizzatori sociali. Si è fatta strada allora la problematica del contemperamento dei vari interessi che la crisi vede partecipare: la soddisfazione dei creditori e la tutela occupazionale. Ed obiettivo di tale elaborato è proprio quello di analizzare la cornice edittale di riferimento, in cui suddetti argomenti emergono, si diffondono e si risolvono. Quanto sopra citato nelle righe che precedono sarà suddiviso in un iter articolato in quattro capitoli.

Il primo capitolo sarà dedicato a quell'affinità tra il diritto del lavoro e il diritto fallimentare sopra descritto, al fine di cogliere la sorte dei rapporti di lavoro al momento di apertura della crisi e- in particolar modo – comprendere la sorte dei rapporti di lavoro pendenti alla data del fallimento. Questo è solo uno dei quesiti indagati, alla luce anche di quanto sancito espressamente dalla nostra Carta Costituzionale, a tutela della forza lavoro e tenendo conto dell'evoluzione storica di cui la disciplina è stata oggetto. Anticipando la lettura della materia, il punto di partenza sarà per l'appunto la Costituzione, con specifico riferimento all'art.41 Cost., attraverso cui si è evidenziata la necessità di mettere in atto la sintesi di tali valori: la libertà di iniziativa economica, il dovere di solidarietà che è posto a fondamento dell'occupazione e la soddisfazione dei creditori. Continuando, verranno esaminate le metodologie adottate dal legislatore domestico al fine di mantenere un equilibrio tra i diversi interessi in gioco. Nei paragrafi successivi, invece, si tenterà di ricostruire il contesto di diritto positivo nel quale opera, naturalmente tenendo sempre a mente il quadro costituzionale tracciato precedentemente. Quanto al secondo capitolo, esso sarà contraddistinto da un taglio maggiormente tecnico, finalizzato ad analizzare l'iter di prosecuzione dei rapporti di lavoro durante l'attuazione di procedure concorsuali, con particolare riferimento ai casi di esercizio provvisorio nel fallimento e trasferimento d'azienda, o di un suo ramo. Con riguardo a tale ultimo aspetto

saranno adeguatamente esaminati gli effetti del trasferimento d'azienda sul rapporto di lavoro: la tutela dei diritti dei lavoratori nella circolazione dell'impresa soggetta a procedura concorsuale e l'affitto d'azienda pendente nel fallimento del concedente.

Il terzo capitolo sarà poi dedicato alla comprensione delle questioni connesse ai crediti di lavoro nel fallimento. In primis per quel che attiene al procedimento di accertamento di tali crediti, il privilegio ex art. 2751-bis c.c. e la – decisamente rilevante- possibilità di rivalersi sul Fondo di garanzia dell'INPS qualora l'ex datore di lavoro lasci gli ex lavoratori scontenti.

Il quarto, nonché ultimo, capitolo sarà, infine, basato sul fondamentale, nonché odierno, discorso degli ammortizzatori sociali. Un tema considerato alla luce dell'impianto normativo di riferimento. In tale scenario verrà data la precedenza all'approfondimento del sussidio economico fornito per il tramite della Cassa Integrazione Guadagni Straordinaria, anche a fronte delle ultime novità introdotto dal legislatore, con particolare attenzione all'istituto della CIGS concorsuale.

CAPITOLO I:
***I RAPPORTI DI LAVORO ALL'APERTURA DELLA CRISI: LE
FONTI DELLA DISCIPLINA GIUSLAVORISTA.***

1.1 Il rapporto tra diritto del lavoro e diritto fallimentare

Il dibattito tra giuslavoristi e fallimentaristi è sempre stato acceso. Nella nostra analisi bisogna da subito individuare le ragioni alla base di questa non facile sintonia tra le due materie. Diritto del lavoro e diritto fallimentare sono disciplinati da principi che, al fine di conseguire lo scopo della disciplina particolare, derogano alle norme fondamentali del diritto privato per risolvere problemi già in astratto collidenti tra di loro¹. Il diritto del lavoro si basa su un particolare *favor* nei confronti dei diritti del lavoratore dipendente che gode di un grado di tutela particolarmente incisivo; mentre per il diritto fallimentare il principio su cui è ispirato l'intero sistema è quello della *par condicio creditorum*. Tali osservazioni assumono rilievo sotto due differenti profili. Nella pratica numerosi sono i casi in cui le norme dell'uno e dell'altro ordinamento presentano elementi di prevedibile conflitto; bisognerà allora individuare la norma da applicare al caso concreto, facendo di conseguenza prevalere un ordinamento a discapito dell'altro. Da ciò discende una grande probabilità che i due sistemi entrino in conflitto. Sotto il secondo profilo, possiamo individuare il caso opposto in cui vi sono fattispecie non espressamente esaminate dalla normativa, che debbano dunque essere risolte con il criterio dell'*analogia*, previsto dall'art. 12 delle preleggi. Pertanto, il successivo art.14 non permette l'applicazione analogica delle "*norme che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi*". L'esclusione di tale criterio è dettata dall'inopportunità di ampliare il campo di applicazione di norme che devono essere considerate *lex specialis*, privilegiando, di fronte ai casi non espressamente previsti dalla legge, la disciplina generale e non quella eccezionale. Di qui la necessità di compiere una valutazione caso per caso nel momento

¹ A-M PERRINO, *La gestione dei rapporti di lavoro nella liquidazione fallimentare*, Roma, 2011

in cui ci si trovi a dover coordinare tra loro norme di due ordinamenti appartenenti entrambi a una normativa eccezionale. Uno dei motivi di tale non sempre facile integrazione è dovuto al fatto che i sistemi costituiscono entrambi ordinamenti “speciali”, o meglio “eccezionali”, come indicato dall’art.14 delle preleggi². Bisogna inoltre aggiungere che i due ordinamenti si sono poco coordinati nella regolazione della crisi di impresa, questo perché ciascuna delle due branche ha concentrato l’attenzione su interessi differenti: quelli dei creditori e quelli dei singoli lavoratori, senza che nessuno dei due ambiti disciplinari si sia posto fino in fondo il problema di come affrontare la loro convivenza.³ Tali problematiche risultano ancora più accentuate allorché un’impresa si trovi a dover affrontare un momento di crisi, momento che richiede sicuramente un approccio multidisciplinare. Proprio relativamente al connubio esistente fra “Rapporti di lavoro e crisi d’impresa”, in una relazione tenuta nel 2004, si affermava: “(...) non si deve commettere l’errore di considerare il tema che siamo qui convenuti a discutere come uno dei temi del diritto della crisi d’impresa. Il tema è assolutamente centrale nel diritto fallimentare di oggi. È forse il tema centrale. Ed è un tema assai trascurato, anzi quasi del tutto ignorato, dalla letteratura corrente (...). La ragione credo si debba individuare nel fatto che si tratta di materia collocata nella terra di nessuno, che sta tra due discipline dotate di forte individualità e autonomia, e quindi pure di forte separatezza, anche dal punto di vista accademico e culturale: il diritto del lavoro e quello fallimentare”⁴. Ed anche nel caso in cui emergano spazi di “dialogo”, risulta doveroso tener presente come la *ratio legis* del diritto fallimentare, resti quella di soddisfare le ragioni del credito e la visione dell’impresa quale “luogo di accumulazione del capitale” piuttosto che “luogo di occupazione dei lavoratori”⁵, con conseguente minorazione delle tutele per questi ultimi previste. Come già puntualmente esposto, i due rami del diritto si trovano a confliggere perché entrambi sono regolati da ordinamenti speciali sottesi a diverse ispirazioni (*par condicio creditorum*, da una parte, e *favor* per il lavoratore, dall’altra), perseguendo nel

² A. CORRADO – D. CORRADO, *I rapporti di lavoro nel fallimento*, Giappichelli, Torino, 2007, pp.1-2

³ M. L. VALLAURI, *La tutela dell’occupazione nel nuovo Codice della crisi e dell’insolvenza dell’impresa*, in *Lavoro e diritto*, Fascicolo 2, 2020, pp.311-312

⁴ F. D’ALESSANDRO, *Rapporti di lavoro e crisi d’impresa*, in *Diritto Fallimentare*, p. 1209, 200

⁵ VALLAURI M. L., *op. cit.*, p. 10.

comune interesse dell'impresa esigenze in realtà contrapposte: per il diritto fallimentare ciò che rileva è soluzione della crisi, preferibilmente rapida ed economicamente ottimale, mentre nel caso del diritto del lavoro si mira alla tutela occupazionale.⁶ A rallentare il dialogo tra le due discipline hanno sicuramente contribuito la mancanza di una normativa generale specifica e la scarsità di una giurisprudenza concorde avente a oggetto controversie relative ai rapporti di lavoro nel contesto di procedure concorsuali⁷. A fronte di tali contrasti e delle inevitabili interferenze, purtroppo il nostro legislatore, fino ad oggi, non ha predisposto un sistema di norme all'altezza. Le poche norme esistenti sono dedicate a quei fenomeni – sui quali ci focalizzeremo nel prosieguo - come il trasferimento dell'azienda (artt. 104 bis e 105 l. fall., *in primis*), il licenziamento collettivo e la tutela dei lavoratori subordinati in caso d'insolvenza del datore di lavoro anche dopo la cessazione del loro rapporto contrattuale, che rientrano nell'ambito di disciplina dell'Unione Europea, da valutarsi come il terreno su cui l'apparente impermeabilità del diritto fallimentare e l'inderogabilità delle norme del diritto del lavoro vengono inevitabilmente a scontrarsi.

1.2L'occupazione come valore costituzionalmente protetto

Quasi sicuramente il quesito di fondo è capire se la disciplina, a partire dalla nozione di crisi d'impresa, si faccia o meno carico dei diversi interessi sanciti e protetti dalla nostra Carta Costituzionale. In una condizione di crisi, impresa e lavoratori si confrontano come due differenti, ma complementari precarietà.

Da una parte, quella dell'impresa, che da un momento di crisi ha necessità di ripristinare una certa funzionalità in vista di una ricollocazione competitiva sul mercato, mediante un'adeguata ristrutturazione economica ed organizzativa, il più delle volte comportante operazioni di riduzione del personale. Dall'altra, la situazione precaria dei lavoratori, meritevole di particolare tutela, non soltanto di natura economica.⁸ Forse, quando una

⁶ In tal senso si rimanda alla relazione ministeriale allegata al disegno di legge delega presentato alla Camera dei deputati e pubblicata in Atti della Camera, XVII legislatura, p. 11.

⁷ M. L. VALLAURI, *La tutela dell'occupazione nel nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza dell'impresa*, in *Lavoro e diritto*, Fascicolo 2, 2020, p. 312

⁸ Per una documentata riflessione sulla connotazione di precarietà non soltanto della natura del singolo contratto di lavoro atipico (nell'ormai imperante flessibilizzazione dell'occupazione e, con essa, della prestazione lavorativa), ma anche della condizione sociale e umana del lavoratore: GALLINO L., *Il lavoro non è una merce*, Laterza, 2007, p. 76 ss.

materia si trovi ad essere crocevia di più discipline, può risultare importante concentrare la riflessione giustappunto intorno ai valori espressi nella Costituzione.

Come già più volte sottolineato ci troviamo davanti a un sistema normativo estremamente complesso. Ciò discende, ancor prima dalla circostanza di essere retta da due ordinamenti di settore ognuno con rilevanti caratteristiche di specialità, il che rende estremamente complesso in determinati casi l'individuazione della norma applicabile al singolo caso concreto, anche in gran parte dalla circostanza relativa alla specialità del diritto del lavoro. Tale specialità deve essere considerata sotto due differenti aspetti. Riguardo il primo aspetto il fenomeno lavoro assume un'importanza fondamentale all'interno dello Stato repubblicano, anche e soprattutto a livello sociale. Ciò è riscontrabile all'interno della stessa struttura della costituzione la quale, nella primissima parte relativa ai principi fondamentali, ripone una particolare attenzione al rapporto esistente tra la disciplina del lavoro e il fenomeno sociale: i noti artt.1 e 4. L'art.1 della Costituzione recita infatti che «*L'Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro*»⁹ ; allo stesso modo l'art.4, al pari di altri articoli, sottolinea l'importanza del lavoro. Il diritto al lavoro è qui inteso come principio e non come norma giuridica: lo Stato ha il dovere di sviluppare le condizioni idonee a che ciascuno possa lavorare. Il diritto morale del singolo ad avere un lavoro va di pari passo con il dovere di contribuire *al progresso materiale o spirituale della società*. Se gli artt. sopra citati si limitano ad enunciare il fenomeno lavoro sul piano sociale, due articoli inseriti nel titolo III della Costituzione, parte che disciplina in generale i rapporti economici e contiene le disposizioni fondamentali in materia di rapporti di lavoro, ne riempiono il contenuto. Si fa riferimento in particolare all'art. 36, concernente il diritto ad una retribuzione «*proporzionata alla quantità e qualità*» del lavoro prestato¹⁰, e all'art 39, il quale stabilisce che «*l'organizzazione sindacale è libera*». Norme che esprimono la struttura dell'intera disciplina, sia in quanto portatrici di precetti direttamente vincolanti, sia come criterio interpretativo stabilmente vigente all'attenzione dell'interprete. Tornando all'art.4, esso assume fondamentale rilievo in periodi

⁹ Per completezza espositiva si riporta di seguito l'intero testo dell'art. 1 della Costituzione «*L'Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro. La sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione*».

¹⁰ In proposito, si segnala: PROTO PISANI A., *Note sulla tutela del lavoro e della persona nella Costituzione*, in *Foro it.*, 2018, V, p. 157, di breve ma intensa sottolineatura della progressiva erosione, dagli anni novanta, delle prerogative del lavoro in vista della valorizzazione della persona e dello sviluppo della sua personalità.

socioeconomici proprio come quello che stiamo vivendo, vale a dire un periodo di retrocessione economica, di disoccupazione e di difficoltà delle imprese, problematiche che evidenziano la necessità di garantire ai lavoratori una tutela sociale a fronte dell'insolvenza dei datori di lavoro.

Ebbene, a fronte della manifestazione di tale insolvenza, la disciplina del fallimento deve necessariamente confrontarsi con quella del lavoro. Quel lavoro la cui seconda fonte costituzionale decisamente rilevante è disciplinata dall'articolo 41¹¹, il quale sancisce quanto segue: *“L'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali”*.

Tale articolo contiene tre importanti prescrizioni¹²:

La prima consiste nel principio della libertà dell'iniziativa economica privata, la seconda disciplina invece le limitazioni a cui tale iniziativa è assoggettata, l'esercizio del potere imprenditoriale trova, infatti, la sua limitazione nel rispetto di quella utilità sociale stabilita dallo stesso articolo 41 Cost. che raffigura la linea di confine per un'attività economica privata legittima. Infine, la terza, disciplina le modalità di intervento pubblico necessario affinché l'attività possa essere coordinata e indirizzata. In breve, nella nostra Carta Costituzionale il fenomeno lavoro assume un ruolo talmente incisivo da rendere necessario l'intervento della legge affinché il diritto al lavoro non venga pregiudicato dall'esercizio imprenditoriale ed in ragione dell'esistenza di un rapporto di subordinazione.

In definitiva, ciò vuol dire che parte contrattualmente debole sono gli individui, i quali devono trovare giusta protezione da parte dell'ordinamento¹³. Il nodo della tematica può essere raccontato in modo esplicito riportando una frase dell'autore Temistocle Martines,

¹¹ Cfr. GALGANO F., *Art. 41*, in BRANCA G. (a cura di) *Commentario alla Costituzione. Rapporti economici*, II, Zanichelli/Il Foro Italiano, 1987, p. 13.

¹² Spunti in CINTIOLI F., *L'art. 41 della Costituzione tra il paradosso della libertà di concorrenza e il “diritto della crisi”*, in *Dir. e società*, 2009, p. 373 (e ivi, p. 375, nota 3 per un'ampia retrospettiva bibliografica sull'art. 41, co. 1, Cost.).

¹³ Cfr. CAZZETTA G., *Scienza giuridica e trasformazioni sociali. Diritto del lavoro in Italia tra Otto e Novecento*, Giuffrè, 2007. Questo Autore è stato analizzato anche per identificare l'iter evolutivo legislativo posto alla base della nostra Costituzione.

secondo il quale “*l'imprenditore privato, in altri termini, deve assicurare ai lavoratori subordinati condizioni di dignità, di sicurezza e di libertà*”¹⁴.

Il secondo aspetto che concorre a integrare il sistema delle fonti in materia di diritto del lavoro riguarda le modalità di manifestazione del fenomeno e dell'insieme dei rapporti in cui esso si realizza. Un complesso insieme di rapporti che unisce insieme una moltitudine di soggetti organizzati dall'ordinamento giuridico secondo stadi successivi. L'obiettivo perseguito è quello di ricercare un giusto equilibrio tra la capacità di azione dei singoli e quella dei corpi intermedi, tra cui si citano i sindacati. È per questo motivo che appaiono di fondamentale importanza tutti quegli strumenti normativi inerenti all'organizzazione sindacale sia dei lavoratori che degli imprenditori, quali i contratti collettivi nazionali e gli usi o consuetudini locali e/o aziendali, come manifestazione di quel potere di autodeterminazione di comunità parziali che il nostro ordinamento risalta per mezzo del principio di sussidiarietà¹⁵.

1.3 Evoluzione normativa dal Regio Decreto 16 Marzo 1942 al nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (D.lgs. n. 14 del 12 gennaio 2019)

Per procedere all'analisi occorre immediatamente andare a delineare l'analisi del percorso storico-evolutivo, ovvero quale sia stato ed è tutt'oggi il comportamento del legislatore nel conciliare gli interessi, contrapposti, delle due branche del diritto. Ciò è fondamentale al fine di comprendere la sorte dei rapporti di lavoro a seguito di una procedura concorsuale.

Si tratta di un'evoluzione che è racchiusa in pochi decenni e vede il proprio contenuto nelle norme del V libro del codice civile e della legge fallimentare, le quali – dagli anni 60' - hanno iniziato ad essere influenzate ed ampliate da quella rapida trasformazione di contenuti che ha visto partecipare il filone giuslavoristico.

Alla base della disciplina concorsuale italiana si trova la Legge Fallimentare del 1942 (R.D.267/1942), introdotta in Italia in un periodo storico rilevante, pieno regime

¹⁴ RICCI P., *L'articolo 41 della Costituzione Italiana e la responsabilità sociale d'impresa*, in *Rivista Italiana di Ragioneria e di Economia Aziendale - R.I.R.E.A.*, Vol. 3/4, 2010.

¹⁵ A. CORRADO – D. CORRADO, *I rapporti di lavoro nel fallimento*, Giappichelli, Torino, 2007, p.4

fascista, in cui la crisi non era concepita come qualcosa di potenzialmente possibile. Ciò ha portato a vedere l'impianto della disciplina concorsuale come prettamente inflittivo e liquidatorio: un'impresa malfunzionante andava chiusa. Tali circostanze trovavano fondamento nel pensiero legislativo dell'epoca, perché la creazione di strumenti giuridici volti alla risoluzione di disfunzioni aziendali servivano unicamente a liquidare velocemente (senza i lunghi tempi del processo ordinario¹⁶) il patrimonio aziendale, soddisfacendo con il ricavato i creditori, in base al noto principio della *par condicio creditorum*. Accanto a ciò, vi era poi la funzione afflittiva, che andava a punire l'impresa, e soprattutto l'imprenditore¹⁷, che si era resa colpevole di trovarsi in una situazione di grave squilibrio economico-patrimoniale, a prescindere da quali fossero i motivi alla base del malfunzionamento aziendale. Oltre a tali considerazioni, si faceva anche un altro tipo di riflessione, ossia che il dissesto di un'impresa, se non prontamente risolto, poteva propagarsi alle altre imprese che con esse si rapportavano, mettendole a loro volta in crisi e, quindi, giungere da ultimo a compromettere l'efficienza stessa dell'intero sistema produttivo nazionale¹⁸. Ecco spiegate le ragioni per cui, da un lato, nella Legge Fallimentare esistevano solo strumenti preordinati "*all'interruzione o comunque ad una significativa delimitazione dell'attività dell'impresa dissestata e al rapido inizio e conclusione dell'attività di liquidazione del suo patrimonio*"¹⁹, senza alcun riguardo per l'impresa, come centro di interessi, in cui nella maggior parte dei casi bisognava liberarsi; dall'altro, l'intera gestione delle procedure concorsuali era, nei fatti, affidata sempre all'autorità giudiziaria, investita di poteri molto invasivi. Inoltre, questa ricostruzione consente di comprendere come mai il legislatore avesse deciso di omettere consapevolmente di introdurre specifici strumenti che fossero in grado di prevenire o, quantomeno, anticipare la scoperta tempestiva di eventuali crisi di impresa (cd." strumenti di allerta"). Invero, le poche verifiche preventive rinvenibili nella Legge Fallimentare del 1942 erano essenzialmente concentrate sui momenti in cui l'autorità giudiziaria

¹⁶ Per meglio tutelare i creditori, si cercava di evitare ritardi propri nel dover procurarsi un titolo esecutivo e il conseguente rischio che al momento dell'esecuzione il debitore non avesse più beni da sottoporre a esproprio. In tal senso, si rinvia a F. FERRARA, *Il fallimento*, Milano, 1974, pagg. 27 e ss.

¹⁷ Al riguardo, si pensi a titolo esemplificativo, come in caso di fallimento all'imprenditore si imponesse l'obbligo di residenza, l'iscrizione nel Pubblico registro dei falliti e la perdita dell'elettorato attivo e passivo.

¹⁸ F. VASSALLI, *op.cit.*, pag.4

¹⁹ F. VASSALLI, *op. cit.* pag. 11 e ss.

era chiamata a valutare la meritevolezza dell'impresa. In tale ottica si comprende, quindi, come la legge fallimentare del 1942, avendo come unico scopo quello di disciplinare l'insolvenza delle imprese, ha trascurato la sorte dei rapporti di lavoro pendenti al momento dell'apertura della procedura concorsuale, in relazione alla quale disciplinava unicamente i profili patrimoniali²⁰.

Dopo qualche anno numerose critiche iniziarono a minare le fondamenta sulle quali la stessa legge era stata edificata. Tali critiche si intensificarono a seguito della grave crisi che colpì l'Italia negli anni '70'. Un'importante critica poneva l'attenzione sul fatto che un *“moderno ordinamento...non potesse (come invece era previsto nella legge fallimentare) fronteggiare e tentare di risolvere i fenomeni della crisi di impresa semplicemente preoccupandosi di espellere dal mercato l'imprenditore che ne era a capo e di regolare esecutivamente tutti i suoi rapporti pregressi”*²¹, ma dovesse invece cercare, laddove possibile, di salvaguardare l'impresa stessa, quale centro di interessi, sulla scia di quella tutela disciplinata dall'art 41 della Costituzione.

Quindi, la grande crisi economica-produttiva degli anni '70 contribuì ad accelerare il processo di obsolescenza della Legge Fallimentare e rese necessaria l'adozione di provvedimenti legislativi volti al riconoscimento e mantenimento della condizione di occupato del lavoratore anche in situazioni di ristrutturazione, riconversione e crisi che l'impresa si trovava a fronteggiare, favorendo il trasferimento di forza lavoro da un'impresa in crisi a una in espansione²². A partire dal 1976 il legislatore inaugura un filone normativo caratterizzato dalla volontà di porre rimedio a situazioni di crisi economica dell'impresa, soprattutto per quello che riguarda il suo risvolto occupazionale. La legge n. 164 del 1975 ha portato a individuare nell'istituto giuridico della cassa integrazione guadagni straordinaria (CIGS) lo strumento idoneo per evitare il licenziamento del lavoratore dall'impresa in crisi e a ricollocarlo in un'altra impresa dello stesso settore attraverso un sistema di mobilità successivamente previsto dalla legge n. 675 del 1977²³. La legge n. 675/1977 ha fortemente innovato e modificato i criteri che

²⁰ CAIAFA A., ROMEO S., Il fallimento e le altre procedure concorsuali, Cedam,2014, Sezione XIII (Rapporto di lavoro e fallimento).

²¹ F. VASSALLI, Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali, Torino,2013, Vol.1,p.15

²² A. CORRADO, D. CORRADO, I rapporti di lavoro nel fallimento, Torino, 2007

²³L'emanazione di questa ambiziosa disciplina (legge n. 675 del 1977) si propone di aiutare il ri-avviamento del lavoratore occupato nell'impresa in crisi attraverso un meccanismo di mobilità interaziendale che

ispiravano la legge n. 164/1975 in quanto il trattamento integrativo è diventato lo strumento per consentire di differire la cessazione del rapporto di lavoro, e non più lo strumento per facilitare la riorganizzazione, ristrutturazione o riconversione dell'impresa in crisi. Tramite la L.675/1977 si è ottenuto il riconoscimento dell'interesse al mantenimento della condizione di occupato e, al possesso di valide opportunità (“chances”) nel mercato del lavoro.

In tale legge, si fa riferimento più in generale alla condizione personale di occupato nel mercato del lavoro, al fine di semplificare il passaggio da un'impresa all'altra, o anche soltanto attraverso strumenti che facilitano la possibilità di detto passaggio²⁴. Sicuramente una novità, in quanto prima d'ora non si era mai disciplinato in modo esaustivo il tema. Non vi erano infatti disposizioni dedicate ai licenziamenti collettivi, integrazioni salariali finalizzate ad una “mobilità” interaziendale, od ancora strumenti normativi specifici mirati al ricollocamento. La L.675/1977 ha quindi sancito un sistema organico fondato sulla mobilità da una realtà lavorativa ad un'altra. Parliamo, del resto, di un'epoca che aveva superato quella idea tale per cui al fallimento dovesse necessariamente seguire il licenziamento del lavoratore con un datore esonerato da qualsiasi responsabilità.

La CIGS giocava sicuramente un ruolo fondamentale che, differentemente dalla CIG ordinaria, veniva qualificata non come una semplice misura previdenziale bensì quale strumento di politica economica avendo quale obiettivo principale, nell'ambito delle procedure concorsuali, quello di introdurre nel sistema fallimentare un interesse non più solo dei creditori ma anche del lavoratore alla prosecuzione del rapporto di lavoro. Gli organi della procedura, attraverso questo istituto, dispongono così di maggior tempo per valutare la possibilità di salvataggio del complesso aziendale, per esempio attraverso la cessione di un solo ramo d'azienda con il risultante salvataggio dei posti di lavoro.

Tale intervento di politica occupazionale stabilito al fine ultimo di ridurre il ricorso ai licenziamenti collettivi attraverso un sistema di trasferimento dei lavoratori delle imprese in crisi o in ristrutturazione ad altre dello stesso settore²⁵ ha segnato l'inizio di quel nuovo

prevede la possibilità per i lavoratori di reperire un nuovo posto di lavoro nello stesso settore industriale. L. MARIUCCI, *Le fonti del diritto del lavoro*, Torino, 1988

²⁴ ALLEVA G., *La sorte del rapporto di lavoro nelle procedure concorsuali*.

²⁵ Si ricorda al proposito l' art 25 della L.675/1977 che vietava al datore di lavoro di effettuare licenziamenti per tutto il periodo di durata del decreto di crisi occupazionale, in quanto esso attivava il meccanismo di mobilità come sopra menzionato, vincolando le aziende non in crisi di quel settore ad assumere i lavoratori sospesi con godimento di CIGS ed iscritti nelle liste di mobilità. SGUBIN C., *Crisi industriali complesse e accordi di programma*, Giappichelli, 2013, p.61 ss.

periodo della legislazione italiana, nel momento in cui risultava inevitabile l'apertura di una procedura concorsuale e liquidatoria, impedendo così quei procedimenti di mobilità interaziendale in vista di una possibile ripresa dell'attività produttiva dell'impresa di appartenenza²⁶.

Diverse valutazioni sul punto produssero un ulteriore intervento normativo che condusse alla modifica del settimo comma dell'art. 25 della L. 675 del 1977 attraverso l'art. 2 della legge n. 301 del 1979 che sanciva, nel caso di fallimento, l'inefficacia di eventuali licenziamenti e il perseguimento dei rapporti di lavoro “*ai soli fini dell'intervento della cassa integrazione per crisi aziendale*”. Questo trattamento era consentito per un periodo massimo di 24 mesi come è stato stabilito dall'art. 25, comma 7, legge n. 675/1977 in seguito alla modifica apportata dalla legge n. 301 del 1979. Ad ogni modo, l'obiettivo che si voleva raggiungere attraverso il preventivo ricorso alla CIGS, se possibile, rispetto ai licenziamenti, non riuscì ad imporsi quale regola generale e cogente. Tale mancata attuazione è conseguenza del fatto che per l'imprenditore accedere a tale strumento significava palesare il proprio stato di insolvenza, poiché la sua richiesta di accedere alla CIGS doveva essere pubblicata in Gazzetta Ufficiale e tale operazione metteva a conoscenza creditori, fornitori, banche e così via, dell'esistenza di una crisi che avrebbe preferito nascondere fin quando possibile. Bisogna ricordare che alla base di questo periodo legislativo vi era un'impostazione, differente, sintetizzabile nel concetto che nel corso di una crisi aziendale l'avvio di una procedura concorsuale o la dichiarazione di fallimento, costituisse un'opportunità positiva per la salvaguardia del lavoratore e di conseguenza dell'occupazione e non una circostanza negativa. Si tratta della stessa idea che era stata posta alla base del superamento della tradizionale distinzione tra procedure concorsuali conservative, da una parte, e liquidatorie, dall'altra, anche se per portare a termine tale trasformazione si sarebbe dovuta attendere la nuova disciplina organica, prevista dalla L. 223/1991. Con tale legge il legislatore introdusse una disciplina organica della mobilità interaziendale dei lavoratori, dei licenziamenti collettivi e dell'eccedenza di personale. Con riguardo all'eccedenza di personale si potenzia, la partecipazione sindacale ai processi di mobilità, da una parte, e vengono erogati anche degli incentivi economici per i datori di lavoro che assumessero i lavoratori collocati nelle liste di

²⁶ A. CAIAFA, I rapporti di lavoro nella crisi d'impresa, 2004,

mobilità, dall'altra²⁷. Appare del tutto evidente, quindi, che vi è una forte esigenza di riforma che inizia ad essere avvertita con potenza sempre maggiore alla luce del mercato globale, risultando necessario ai fini del mercato stesso e, come fattore di concorrenza sul piano internazionale²⁸. Il periodo 2005-2007 è stagione di grandi riforme. Lo scopo della riforma 2005-2007 riguardava la volontà di recuperare l'impresa che si trovava in crisi, con dei principi ispiratori nuovi rispetto ai precedenti del passato ed ha risposto ad un'esigenza di omogeneità anche con riguardo alle normative vigenti negli altri Paesi dell'Unione Europea²⁹. Principale obiettivo è stato quello di fornire continuità all'attività d'impresa, mettendo in evidenza l'autonomia negoziale e gli accordi tra privati sul presupposto che gli attori della crisi sono i migliori arbitri e tutori dei loro interessi³⁰. L'impresa inizia ad essere considerata come un fenomeno sociale in cui confluiscono gli interessi della collettività³¹ e non più come un bene dell'imprenditore. Nella relazione illustrativa³² al D.L. n. 35/2005 viene affermato che le procedure concorsuali non devono intendersi «*in termini meramente liquidatori o sanzionatori, ma piuttosto come destinate ad un risultato di conservazione dei mezzi organizzativi dell'impresa, assicurando la sopravvivenza, ove possibile di questa e, negli altri casi, procurando alla collettività, in primo luogo agli stessi creditori, una più consistente garanzia patrimoniale attraverso il risanamento e il trasferimento a terzi delle strutture aziendali*»: si tratta di una rivoluzione che pone l'oggetto-impresa al centro della disciplina del nuovo diritto della crisi d'impresa, viene tutelato il valore dell'impresa ed il fallimento viene relegato ad un ruolo di secondo ordine³³.

Il legislatore nella sua opera di riforma è intervenuto in modo invasivo sul concordato preventivo³⁴, dando meno importanza al controllo giurisdizionale valorizzando di conseguenza il ruolo dei creditori: è chiaro dunque l'intento del legislatore di realizzare

²⁷ P. LAMBERTUCCI, *Diritto del Lavoro*, Giuffrè, 2010, p.559

²⁸ A. NIGRO, D. VATTERMOLI, *Diritto Della crisi delle Imprese: Le Procedure Concorsuali*, il Mulino Bologna, 2009, pp. 30 ss.

²⁹ I.L. NOCERA, *Autonomia privata e insolvenza*, in *Rivista il Diritto Fallimentare e delle Società Commerciali*, N.3-4, Maggio-Agosto 2014, p.416

³⁰ G. MINUTOLI, *L'Autonomia privata nella crisi d'impresa tra giustizia contrattuale e controllo di merito (o di meritevolezza)*, in *Fall.*, 9, 2008, pp. 1047 ss.

³¹ L. GUGLIELMUCCI, *La riforma in via d'urgenza della legge fallimentare*, Torino, 2005

³² Consultabile al sito: http://www.ilsole24ore.com/SoleOnLine4/Speciali/2006/guida_professionisti/22giugno2006/Relazione_DLGS_5_2006.pdf?cmd%3Dart

³³ I. L. NOCERA, *Autonomia privata e insolvenza*, cit., p. 417

³⁴ Il concordato può avere una finalità liquidatoria e conservativa, ma nonostante gli obiettivi della riforma del 2005 l'istituto in questione ha mantenuta finalità essenzialmente liquidatoria, costituendo un'alternativa alla procedura fallimentare

un apparecchio volto alla riallocazione dei complessi aziendali in *financial distress* sul mercato, in una visione fortemente liberista e degiurisdizionalizzata³⁵.

Vengono eliminati i requisiti di meritevolezza per l'accesso alla procedura e le percentuali minime di soddisfacimento dei creditori ed entra a far parte della normativa fallimentare il concetto di "stato di crisi" quale presupposto oggettivo del concordato preventivo.

L'esito che si è raggiunto a seguito di tale rivoluzione è stato una sorta di declino normativo del concetto di insolvenza legata al patrimonio inteso staticamente; infatti il concetto di "crisi", che diventa il nuovo presupposto del concordato preventivo e che racchiude in sé anche quello di insolvenza, si presenta come un concetto aperto capace di comprendere in modo dinamico la tendenza della situazione economica dell'impresa, consentendo di avvertire in anticipo la manovra di salvataggio prima di arrivare a uno stato di irreversibilità³⁶.

Si viene a delineare, così facendo, una disciplina per la composizione negoziale della crisi d'impresa caratterizzato da un progressivo diminuirsi della componente procedurale e del ruolo giocato dall'autorità giudiziaria con il conseguente dilatamento dell'autonomia privata³⁷.

Altri interventi normativi riguardano la previsione dell'esercizio provvisorio e dell'affitto di azienda.

La riforma, nonostante le molteplici critiche che le sono state mosse³⁸, ha il merito di aver realizzato un cambiamento all'interno della Legge Fallimentare all'insegna della salvaguardia della continuità aziendale.

Da tale cornice emerge quale dato fondamentale che, la procedura concorsuale e fallimentare, all'inizio esclusivamente liquidatoria, ha invece nel tempo modificato la sua natura, arrivando così a passare in primo piano, tanto da diventare connotato tipico, la finalità conservativa. Del resto, permangono ancora oggi dei dubbi riguardo la prosecuzione automatica e la continuità dei contratti di lavoro subordinato. Il mantenimento dei livelli occupazionali rimarrà un problema da risolvere anche nel

³⁵ D. GALLETTI, *La ripartizione del rischio di insolvenza*. Il diritto fallimentare tra diritto ed economia, il Mulino, Bologna, 2006, p. 30.

³⁶ G. PRESTI, *Rigore è quando arbitro fischia?* In *Fall.*, 1, 2009, p. 25

³⁷ I. L. NOCERA, *Autonomia privata e insolvenza*, cit., p. 423

³⁸ G. LO CASCIO, *Lineamenti generali della riforma societaria e fallimentare: luci ed ombre*, in *Fallimento*, 9, 2009, p. 1013

ventennio successivo e nelle altre riforme del diritto fallimentare attuate e in procinto di esserlo fino ad oggi.

Da ultimo, il D.lgs. n. 14 del 12 gennaio 2019, emanato in attuazione della L. 155 del 19 ottobre 2017, introduce nell'Ordinamento il nuovo Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza che, in considerazione della modifica apportata all'art. 389 dello stesso dall'art. 5 del recentissimo D.L. 23 dell'8 aprile 2020 ("Decreto Liquidità"), entrerà in vigore il 1° settembre 2021 e sostituirà integralmente – per il futuro– la vigente Legge Fallimentare (Regio Decreto 267/42). Tale proroga dell'entrata in vigore del nuovo Codice è dovuta all'emergenza sanitaria e di conseguenza economica che sta affrontando il nostro paese a seguito della pandemia da Covid-19. Tale proroga si è resa necessaria e "obbligata" per consentire a tutti i soggetti coinvolti di continuare ad operare secondo una disciplina consolidata e permettere al sistema economico di superare la fase più acuta dell'emergenza economica. Del resto, è evidente che in un clima di incertezza e di una crisi economica derivante da causa di forza maggiore, di entità rilevante e diverse a seconda della durata dell'emergenza e dell'impatto sui vari settori produttivi, non potrebbero avere un reale significato gli indicatori della crisi ipotizzati; anzi, la loro "efficacia" probabilmente pregiudicherebbe la *ratio* della riforma, vale a dire quella di intercettare tempestivamente lo stato di crisi, tramite un sistema di segnalazione tempestiva, e di intervenire tempestivamente sulla stessa, favorendo invece l'apertura di una procedura liquidatoria. Nello specifico, merita menzione l'art 2 del citato codice da cui si evince che il concetto di "crisi" è strettamente legato a quello di "insolvenza", differenziandosi esclusivamente per il dato temporale. Ed infatti, per "stato di crisi" deve intendersi non una situazione attuale di difficoltà del soggetto interessato ma una situazione in cui, avendo una panoramica prospettica della situazione economico-finanziaria, possa manifestarsi successivamente uno stato di crisi e una futura insolvenza³⁹. Possiamo dunque vedere come il nuovo codice conferisce all'impianto della legge fallimentare una visione dinamica e prospettica, differentemente dalla visione statica della L. del 42, della situazione economico-finanziaria dell'imprenditore con il

³⁹ Si riporta di seguito l'art.2 lett.a: «*crisi*»: *lo stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l'insolvenza del debitore, e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate;*

fine di individuare tempestivamente l'eventuale situazione di crisi e permettere un intervento risolutivo attraverso, in particolare, l'introduzione delle c.d. procedure di allerta, fulcro fondamentale dell'intera riforma. Tutti gli esperti del settore ritengono che solo individuando e fronteggiando precocemente i sintomi di un'eventuale crisi si può sperare di conseguire il risanamento e, quindi, di salvaguardare al tempo stesso la continuità dell'impresa e della tutela occupazionale. Il Codice della crisi e dell'insolvenza - per quanto ci interessa- si caratterizza per una maggiore considerazione delle ricadute delle procedure concorsuali sui rapporti di lavoro⁴⁰. Infatti, all'interno della disciplina degli effetti della liquidazione giudiziale sui rapporti giuridici pendenti sono posti tre articoli (artt.189,190 e 191 C.C.I.I.) che affrontano l'incidenza della liquidazione giudiziale e del trasferimento d'azienda sui rapporti di lavoro. La materia dei rapporti pendenti a seguito di crisi d'impresa risulterà dunque regolata a partire dal 1 settembre 2021 dal Nuovo Codice della Crisi e dell'Insolvenza. Nei successivi capitoli si esamineranno nello specifico tutte le modifiche apportate dal nuovo codice con riferimento ai diversi aspetti dei rapporti di lavoro a seguito di crisi d'impresa.

1.4 Definizione della crisi di impresa e di “stato di insolvenza” - presupposti soggettivi e presupposti oggettivi

Prima di procedere nell'analisi, merita particolare attenzione comprendere la differenza su due concetti discussi da dottrina e giurisprudenza: quello della nozione di stato di crisi e della nozione di stato di insolvenza. Vi è, infatti, la necessità di enunciare una esatta spiegazione della nozione giuridica di crisi, distinguendola da quella d'insolvenza, dove la prima rappresenta un pericolo di una futura insolvenza, mentre l'enunciazione della seconda è stata valutata come nozione sufficientemente verificata da molti anni di esperienza giurisdizionale, senza necessità di modificarla. Questa prima considerazione è un caposaldo sia della dottrina che della giurisprudenza che identificano la crisi come

⁴⁰ M.L. VALLAURI, *La tutela dell'occupazione nel nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza dell'impresa* Lavoro e diritto Fascicolo 2, primavera 2020

una situazione strutturale di temporaneità, anteriore all'insorgere dell'insolvenza⁴¹. Andando a ritroso di trent'anni, nel 1984 la Commissione Pajardi⁴², definì la crisi come un fenomeno situato a monte dell'insolvenza che si rivelava con l'inadeguatezza dei ricavi di gestione per coprire i relativi costi. La limitazione era dovuta dalla mancanza di una definizione positiva e formale della crisi⁴³, concetto rimasto in bilico tra la nozione d'insolvenza, menzionata dall'art. 5 l.fall. e la difficoltà ad adempiere di cui all'art. 187 l.fall. Al contrario, nel 2005, l'intervento del D.L. 273/2005 accostò lo stato di crisi allo stato d'insolvenza, secondo cui "per stato di crisi s'intende anche lo stato d'insolvenza"⁴⁴. Nel tentativo di circoscrivere le due fattispecie in questione; secondo un'accreditata tesi⁴⁵, la definizione di crisi, anche se nozione giuridicamente indefinita, va distinta da quella d'insolvenza. Gli studi di economia aziendale individuano una definizione di crisi e ricollegano la vastità del fenomeno a diverse situazioni tra loro diversificate a seconda delle cause che la generano. A fondamento di ciò, merita ricordare una sentenza del tribunale di Forlì⁴⁶ che equiparò la nozione di crisi a quella di insolvenza, ma attribuendone una connotazione sicuramente più ampia, considerando anche delle fattispecie di natura finanziaria verificabili in un momento precedente all'insolvenza. Il tribunale di Ancona⁴⁷, considerò il concetto d'insolvenza all'interno dello stato di crisi, definendo quest'ultimo come una situazione di grave insolvenza identificabile in tutte quelle situazioni in cui l'imprenditore non è in grado di far fronte alle obbligazioni assunte con i normali mezzi di pagamento. Ai sensi dell'art.5 l.fall., lo stato di insolvenza si ha quando il "debitore non è in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni" e secondo una pronuncia della Cassazione⁴⁸ si indentifica con uno stato d'impotenza funzionale non transitoria a soddisfare le obbligazioni assunte nell'esercizio dell'impresa. Si delinea una situazione patologica e irreversibile che coinvolge l'intero patrimonio

⁴¹ BUFFELLI G., (2016), Riforma della crisi di impresa: riflessi aziendalistici e fiscali della delega, Norme & Tributi, ottobre 2016, p. 110.

⁴² 1 PAJARDI P., PALUCHOWSKI A., Manuale di diritto fallimentare, Milano, 2008, 815.

⁴³ SCHIAVON G., La nuova disciplina del concordato preventivo in seguito al decreto legge n. 35 del 2005, Milano, 2005, pp. 819 ss.

⁴⁴ SANZO S., VITIELLO M., Il nuovo concordato preventivo, Milano, 2008. In giurisprudenza, cfr. Trib. Milano, 8 maggio 2011; Trib. Reggio Calabria, 24 gennaio 2012.

⁴⁵ BOZZA G., Le condizioni soggettive ed oggettive del nuovo concordato, in Fall., 2005.

⁴⁶ Trib. Forlì, 22 ottobre 2014, in www.ilcaso.it.

⁴⁷ Trib. Ancona, 31 dicembre 2007, in www.ilcaso.it.

⁴⁸ Cass., 28 marzo 2008, n. 1760, in www.ilcaso.it. La sentenza precisò che lo stato di impotenza funzionale non transitoria va individuato attraverso dei comportamenti d'incapacità di produrre beni con margine di redditività o all'impossibilità di ricorso al credito senza causare effetti depauperanti al patrimonio.

dell'imprenditore tale da non consentirgli più di soddisfare le proprie obbligazioni. La domanda che dobbiamo porci ora è capire come tale situazione si manifesta. Il comma 2 stabilisce che l'insolvenza si manifesta di regola con l'inadempimento di una o più obbligazioni o attraverso altri fatti esteriori. È evidente perciò che una cosa è lo stato di insolvenza, altra è l'inadempimento. Infatti, uno dei più vistosi inconvenienti era quello di confondere l'inadempimento con la vera e propria insolvenza. Possiamo dunque definire la prima come una situazione del patrimonio del debitore; la seconda un fatto che rileva esclusivamente come uno dei possibili indici dello stato di insolvenza. Da un punto di vista temporale l'insolvenza può essere distinta tra difficoltà momentanea e difficoltà non transitoria, dove la prima si verifica nel momento in cui l'imprenditore in difficoltà riesce comunque a procurarsi le risorse necessarie in un determinato lasso temporale, in tal caso non è ravvisabile lo stato di insolvenza, che invece consiste in una situazione di impotenza patrimoniale non transitoria, per cui l'imprenditore non è in grado di far fronte regolarmente ai propri impegni economici in un lasso di tempo ragionevole⁴⁹. Lo stato di insolvenza va inteso, dunque, come "condizione" di insolvenza, come incapacità non solo passata ma anche e soprattutto futura di pagare i propri debiti. Essa afferisce tipicamente alla persona dell'imprenditore ed è sganciata dall'analisi di meri dati contabili o di bilancio se singolarmente intesi: lo stato di insolvenza potrebbe benissimo non sussistere pure in presenza di una evidente crisi di liquidità qualora la figura centrale dell'imprenditore avesse, per esempio, ancora sufficiente credito presso le banche e fosse quindi in grado di ottenere in qualunque momento il denaro necessario per pagare i propri debiti. Più volte ci si è domandati se lo squilibrio patrimoniale, situazione in cui si palesa un'eccedenza delle passività rispetto alle attività, determinasse automaticamente lo stato di insolvenza e di contro se viene escluso automaticamente in assenza di tale squilibrio. Sul punto si è espressa la giurisprudenza con diverse sentenze, a titolo esemplificativo si riporta la sentenza della Corte d'Appello di Brescia⁵⁰, la quale ha precisato che *"L'accertamento dell'insolvenza non si identifica in modo necessario ed automatico con il mero dato contabile fornito dal raffronto tra l'attivo ed il passivo patrimoniale dell'impresa, infatti, anche in presenza di un eventuale sbilancio negativo è possibile che l'imprenditore continui a godere di credito e sia di fatto in condizione di soddisfare"*

⁴⁹ GUGLIELMUCCI L., Lezioni di diritto fallimentare, Torino, 2004.

⁵⁰ Corte d'App. Brescia, 9 luglio 2010, in www.ilcaso.it

regolarmente e con mezzi normali le proprie obbligazioni e per contro, ove l'eccedenza di attivo dipenda dal valore di beni patrimoniali non agevolmente liquidabili, il presupposto dell'insolvenza ben possa ugualmente essere riscontrato". Inoltre, si ritiene che l'accertamento dello stato di insolvenza comporta un giudizio prognostico sull'attività del debitore⁵¹. Occorre menzionare una sentenza della Cassazione⁵² di particolare rilievo ai fini della presente analisi, nella quale il ricorrente fece domanda alla Corte se costituisse prova dell'insolvenza esclusivamente un solo inadempimento di un unico debito, ai sensi dell'art. 5 l.fall. In risposta al quesito di cui sopra, la Cassazione si espresse mediante un ragionamento chiaro e condivisibile, infatti, prese come presupposto le diciture espresse nell'art. 5 l.fall., nel punto in cui sancisce che lo stato d'insolvenza si traduce in "*inadempimenti od altri fatti esteriori*", idonei a dimostrare che "*il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni*". Il secondo oggetto della riflessione si basava sullo studio dell'indagine della sussistenza del presupposto oggettivo, il quale richiese al giudice un giudizio volto ad accertare la regolare disponibilità economica del debitore riguardo l'attività economica dell'impresa nel suo complesso⁵³. Da qui l'esigenza, come ribadito in un'altra pronuncia della Cassazione⁵⁴, che sia il giudice ad accertare uno ad uno la validità degli adempimenti, conferendo un'importanza meramente indiziaria ad ogni inadempimento rispetto alla situazione economica complessiva dell'impresa. Quindi in seguito a quanto esposto, la Corte ha implicitamente affermato che anche a seguito dell'inadempimento di un singolo debito possa essere dichiarato lo stato d'insolvenza del debitore, qualora questo si configuri come il riflesso di un'inadeguatezza strutturale e non sporadica dell'incapacità economica in cui l'imprenditore si sia venuto a trovare⁵⁵. In conclusione, una recente sentenza della Corte d'Appello⁵⁶ ha dichiarato che bisogna riferirsi alla situazione

⁵¹ TERRANOVA G., *Insolvenza stato di crisi sovra indebitamento*, Torino, 2013, pp.53 ss.

⁵² Cass., 15-1 2015, n. 576, in *Fall.*, 2015, 5, p. 531 ss.

⁵³ TERRANOVA G., *Insolvenza stato di crisi sovra indebitamento*, Torino, 2013, p. 59. Nell'accertamento dello stato d'insolvenza risulta determinante la verifica dell'adempimento delle obbligazioni dell'imprenditore, ma anche che tale adempimento l'abbia fatto con regolarità.

⁵⁴ Cass., 8 agosto 2013, n. 19027, in *Fall.*, 2015, 5, p. 532.

⁵⁵ ALBANESE L., (nt. 29), p. 535; CAIAFA A., ROMEO S., *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, vol. III, Milano, 2014, 7. Sul punto ci sono state molte sentenze, tutte nella stessa direzione, riconoscendo che l'insolvenza si può riscontrare anche con un solo inadempimento, a condizione che esso costituisca manifestazione esteriore idoneo a mostrare in modo non equivoco l'esistenza del dissesto patrimoniale e la difficoltà del debitore a fronteggiare le proprie obbligazioni con mezzi normali. Cass., 7 aprile 2015, n. 6914; App. Torino, 15 giugno 2010, in *www.ilcaso.it*.

⁵⁶ App. L'Aquila, 12 aprile 2017, in *www.ilcaso.it*.

finanziaria ed economica alla data di pubblicazione della sentenza dichiarativa di fallimento per accertare l'esistenza dello stato d'insolvenza e che non ha importanza il dato che l'attivo patrimoniale del debitore sia superiore al passivo patrimoniale, essendo per contro determinante che il debitore non sia in grado di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni con mezzi normali, fosse anche l'inadempimento connesso ad un solo debito. Ferma restando quindi la differenza tra stato d'insolvenza e il verificarsi di inadempimenti, in base alla vigente disciplina per aprire il fallimento devono sussistere entrambe le circostanze.

Non appare condivisibile⁵⁷, sempre riferendosi al concetto di crisi e d'insolvenza, la norma enunciata al punto d) dell'art. 2 del disegno di legge delega, dove si afferma il desiderio di impiegare un unico schema processuale per l'accertamento dello stato di crisi o dell'insolvenza del debitore, in quanto fattispecie diverse tra loro che incanalano provvedimenti all'interno dello stesso modello processuale che potrebbero comportare anomalie nella pratica. Quest'ultima impostazione normativa è condivisibile⁵⁸ solamente con riguardo alla volontà della Commissione di realizzare una semplificazione processuale, ma ovviamente permangono molti dubbi.

1.5 La sorte dei rapporti di lavoro alla dichiarazione di fallimento: art 72 R.D. 1942 e art. 189 D.l 14/2019

Abbiamo già avuto modo di vedere come il diritto del lavoro e il diritto fallimentare il più delle volte si scontrano. La materia oggetto della trattazione presenta tuttora importanti questioni su cui dottrina e giurisprudenza ancora non sono pervenute a soluzioni concordi. Nello specifico, una di esse è quella della sorte dei contratti di lavoro dipendente in corso alla data di dichiarazione di fallimento. Infatti, a seguito di sentenza dichiarativa di fallimento, le disposizioni vigenti in materia di tutela del rapporto di lavoro si scontrano, inevitabilmente, con la disciplina prevista in materia concorsuale: la prima rivolta alla

⁵⁷ G. LO CASCIO, *Le procedure di crisi delle imprese: una riforma internazionale ed interna senza fine*, in *Fall.*, 2017, 5, p. 503; DE SANTIS F., *Il processo uniforme per l'accesso alle procedure concorsuali*, in *Fall.*, 2016, 10, p. 1045.

⁵⁸ G. LO CASCIO, *Legge fallimentare vigente e prospettive future*, in *Fall.*, 2016, 4, p. 385.

tutela del lavoratore quale parte debole del contratto, la seconda tesa a tutelare gli interessi dei creditori e la massa fallimentare.

L'incertezza delle norme è dovuta al fatto che nessuna delle due branche del diritto, tanto nell'ambito del diritto del lavoro, quanto in quello del diritto fallimentare, affronta l'argomento. La complessità di "impiantare"⁵⁹ la macchina lavoristica all'interno dell'impianto delle procedure concorsuali, ha fatto emergere l'esigenza di un intervento legislativo con il fine di cercare un'intesa tra le due materie. Tale coordinamento si è dimostrato irrinunciabile su due fronti: sia, in negativo, per adeguare le tutele del lavoro affinché non siano di intralcio al conseguimento degli obiettivi della procedura fallimentare, sia, in positivo, per permettere che gli stessi strumenti del diritto del lavoro portino a termine quegli stessi obiettivi senza umiliazione della dignità, libertà e sicurezza dei lavoratori. L'analisi di tali problematiche e la ricerca di questo equilibrio è stata affidata al Governo dalla L. Delega n.155/17 che, all'art.2, menziona tra i principi generali quello di «*armonizzare le procedure di gestione della crisi e dell'insolvenza del datore di lavoro con le forme di tutela dell'occupazione e del reddito dei lavoratori che trovano fondamento nella Carta Sociale Europea..., nella direttiva 2008/94/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2008, nonché nella direttiva 2001/23/CE del Consiglio del 12 marzo 2001, come interpretata dalla Corte di giustizia dell'Unione europea*» . possiamo, dunque, vedere come con riferimento al diritto del lavoro, le parole d'ordine della legge delega, riprese dai lavori della Commissione Rordorf, sono "armonizzazione" e "coordinamento". L'armonizzazione doveva riguardare il rapporto tra le procedure di gestione della crisi e dell'insolvenza del datore di lavoro e le «*forme di tutela dell'occupazione e del reddito dei lavoratori*», disciplinate dalle fonti eurounitarie. Il coordinamento, a sua volta, doveva riguardare il rapporto tra «*la disciplina degli effetti della procedura sui rapporti di lavoro subordinato*» e la legislazione in materia di licenziamento, forme assicurative ed integrazione salariale, trattamento di fine rapporto e modalità di insinuazione al passivo (art.7, comma 7, della legge delega)⁶⁰. Tra gli aspetti caratterizzanti la riforma, dunque, una posizione rilevante

⁵⁹ Lambertucci, op cit, p.150

⁶⁰ Si riporta di seguito il testo integrale dell'art.7, comma 7, della legge delega: «*la disciplina degli effetti della procedura sui rapporti di lavoro subordinato è coordinata con la legislazione vigente in materia di diritto del lavoro, per quanto concerne il licenziamento, le forme assicurative e di integrazione salariale, il trattamento di fine rapporto e le modalità di insinuazione al passivo*».

era attribuita alla previsione di una specifica disciplina di raccordo con il diritto del lavoro, che era assolutamente assente nel Regio Decreto del 1942. La ratio di tale assenza era sicuramente da ricercare nel fatto che le eventuali sollecitazioni volte ad introdurre norme speciali a vantaggio del lavoratore erano in disaccordo con i principi del diritto fallimentare, ovvero la salvaguardia del capitale e l'attenzione al credito. A ragione di ciò, è a maggior ragione indubitabile che la situazione che ha visto partecipare il diritto del lavoro, dal 1942 ad oggi, rendeva indispensabile un intervento normativo che creasse dei canali di comunicazione tra quella e questa materia.

Tali problematiche si facevano ancora più accentuate quando l'impresa entra in crisi e sia assoggettata a una procedura concorsuale⁶¹. Ove ciò accada, infatti, il provvedimento di accesso alla procedura, qualunque essa sia, produce automaticamente effetti di notevole gravità sulla persona, sui beni e sull'intera attività d'impresa debitrice, ivi compresi i contratti in corso di esecuzione, attraverso i quali tale attività si svolge; così dando luogo al problema del trattamento dei "contratti pendenti" nella procedura così iniziata. Come noto, la liquidazione fallimentare ha per oggetto l'intero patrimonio del debitore, del quale fanno parte anche i rapporti giuridici sorti prima del fallimento ed ancora ineseguiti, o non compiutamente eseguiti, al momento della dichiarazione di fallimento. Ciò in quanto la funzione liquidatoria della procedura deve realizzarsi non soltanto attraverso la conversione in denaro dei diritti e dei beni del debitore, ma anche mediante la definizione dei rapporti giuridici patrimoniali derivanti da contratti da lui stipulati e tuttora pendenti al momento dell'avvio della procedura. Uno dei maggiori problemi interpretativi, nel vigore della legislazione previgente, era la questione degli effetti che la dichiarazione di fallimento determinava sui contratti di lavoro pendenti. Nel sistema previgente la disciplina era contenuta nella sezione IV della legge fallimentare⁶². Più specificatamente, all'art 72, r.d. n. 267/1942, rubricato "*rapporti pendenti*", il legislatore aveva sancito la sospensione dei rapporti pendenti, fino a quando il curatore dichiarava di subentrare nel contratto in luogo del fallito, ovvero di sciogliersi dal medesimo. La disposizione sopra citata dettava la regola generale della sospensione, in attesa della decisione del curatore e con l'autorizzazione del comitato dei creditori, applicabile ai

⁶¹ DIMUNDO A., *Struttura e funzione dei contratti pendenti nelle procedure concorsuali*, in *Il Fallimento*, n. 10/2018, p. 1085.

⁶² R.D 16 marzo 1942, n° 267 e successive modifiche.

rapporti pendenti a prestazioni corrispettive non eseguiti, o non compiutamente eseguiti da entrambe le parti, alla data della dichiarazione di fallimento di uno dei contraenti.

Nessun cenno, invece, vi era sugli effetti della dichiarazione di fallimento ai rapporti di lavoro pendenti, con la conseguenza che, nel silenzio del legislatore, nel corso degli anni, era nato un vivace dibattito giurisprudenziale e dottrinale in materia, che ha portato all'emergere di numerose opinioni, che possono sostanzialmente raggrupparsi in due principali filoni di teorie sulle problematiche connesse. La prima teoria aveva trovato i suoi capisaldi nell'applicazione dei principi posti dall'art. 2119, comma 2, c.c., mentre la seconda si riferiva a talune disposizioni della legge fallimentare, di cui si faceva interpretazione analogica. Più specificatamente ci si riferisce all'applicabilità della regola generale di cui all'art 72 l.fall. previgente anche ai rapporti di lavoro pendenti. In tale caso, l'orientamento giurisprudenziale di legittimità più recente aveva risaltato come l'istituto della sospensione trovasse spazio anche riguardo ai contratti di lavoro. Più in particolare la Suprema Corte di Cassazione, anticipando le linee del nuovo codice della crisi, con una recente sentenza, aveva stabilito che: *“In caso di fallimento del datore di lavoro, salvo che sia autorizzato l'esercizio provvisorio, il rapporto di lavoro entra in una fase di sospensione, sicché il lavoratore non ha diritto di insinuarsi al passivo per le retribuzioni spettanti nel periodo compreso tra l'apertura del fallimento e la data in cui il curatore abbia effettuato la dichiarazione ex art. 72, comma 2, l.fall., in quanto il diritto alla retribuzione non sorge in ragione dell'esistenza e del protrarsi del rapporto di lavoro ma presuppone, in conseguenza della natura sinallagmatica del contratto, la corrispettività delle prestazioni”*⁶³.

Di diverso orientamento era, invece, la dottrina giuslavorista⁶⁴ secondo la quale il previgente art.72 l.fall. non poteva trovare applicazione in materia di contratti di lavoro, stante l'art 2119, che disciplina in via generale il recesso per giusta causa dal contratto di lavoro subordinato, e dispone al secondo comma che: *«non costituisce giusta causa di risoluzione del contratto il fallimento dell'imprenditore o la liquidazione coatta amministrativa dell'azienda»*, la cui finalità è quella di voler ribadire che in caso di

⁶³ Cass. civ. Sez. I Ord., 30/05/2018, n. 13693. In tal senso si v. L. MENGHINI, *I contratti di lavoro*, in L. GUGLIELMUCCI (a cura di), *I contratti in corso di esecuzione nelle procedure concorsuali*, Padova, 2006, pag. 521 e segg.; N. DE MARINIS, *Fallimento dell'impresa e rapporti di lavoro subordinato*, in F. DI MARZIO (a cura di), *Contratti in esecuzione e fallimento*, Milano, 2007, pag. 329 e ss.

⁶⁴ M. COMPORTELLI, *Gli effetti del fallimento sui contratti di lavoro*, Milano, 1961

licenziamento sarà comunque dovuto il preavviso o l'indennità sostitutiva di esso⁶⁵, con la conseguenza che i lavoratori, anche nel caso in cui non fossero stati utilizzati ma rimasti di fatto a disposizione degli organi del fallimento, maturavano il diritto alla retribuzione quale credito prededucibile. La ratio di tale disposizione si basa sulla considerazione dell'unitarietà aziendale e della sua sopravvivenza alla dichiarazione di fallimento, alla quale non consegue la cessazione dell'impresa, la quale passa soltanto da una gestione per fini di produzione, suscettibile peraltro di essere continuata o ripresa, a una gestione per fini di liquidazione⁶⁶. Pertanto, come statuito da una recente pronuncia della Corte di Cassazione, la dichiarazione di fallimento non influisce sui rapporti di lavoro pendenti alla data della stessa e non può costituire giusta causa di risoluzione del contratto. Si determina, dunque, come conseguenza immediata, la sospensione dei rapporti di lavoro, che cadono in uno stato di quiescenza, in attesa che il curatore decida di proseguire nel rapporto medesimo o di sciogliersi da esso⁶⁷.

Orbene, l'entrata in vigore del d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, recante il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155, pone fine alla lacuna normativa, avendo il legislatore cristallizzato nell'art. 189 del richiamato decreto l'orientamento delineato dalla Suprema Corte di Cassazione.

Nello specifico, il legislatore, all'art. 189 del richiamato decreto, pur ricalcando la struttura di fondo dell'art. 72 della previgente normativa, ha introdotto una disciplina a sé stante circa i rapporti di lavoro pendenti alla data di avvio della procedura concorsuale, prevedendo che: *“l'apertura della liquidazione giudiziale nei confronti del datore di lavoro non costituisce motivo di licenziamento. I rapporti di lavoro subordinato in atto alla data della sentenza dichiarativa restano sospesi fino a quando il curatore, con l'autorizzazione del giudice delegato, sentito il comitato dei creditori, comunica ai lavoratori di subentrarvi, assumendo i relativi obblighi, ovvero il recesso”*. E l'applicazione obbligatoria della sospensione dei rapporti di lavoro di cui all'art.189 del richiamato decreto, nell'arco temporale che va dalla data di avvio della procedura fino alla scelta del curatore di subentrare in essi o scioglierli, fa venire meno sia l'obbligo retributivo a carico della curatela, sia il credito contributivo a favore dell'Inps nei

⁶⁵ B. MEOLI- S. SICA, *Effetto sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Gli organi, gli effetti, la disciplina penalistica, Trattato di Diritto fallimentare*, vol.II, p.489

⁶⁶ Cass. Civ. Sez.I, 28/10/2019, n.27440. In tal senso si v. rivista di *Guida al diritto* 2020, 7, 77

⁶⁷ Cass. Civ. Sez. lav., 11/01/2018, n.522.in tal senso si v. M. CORRADO, nota di, in *Diritto e giustizia*, 2018

confronti dei lavoratori: ed il tutto in ossequio alla natura sinallagmatica del contratto di lavoro, la quale fa venire meno in assenza della prestazione il diritto alla retribuzione ed ogni altro diritto connesso e consequenziale ad essa ed, inoltre, per evitare che nascano nuovi crediti prededucibili a carico della massa fallimentare.

Ma la portata dell'art. 189 in vigore assume notevole importanza ove si consideri peraltro che al punto 3 introduce anche un limite alla eventuale inerzia del curatore che non opera una scelta in tempi ragionevoli. Ed infatti, si legge al punto 3 della richiamata disposizione che *“in ogni caso, salvo quanto disposto dal comma 4, decorso il termine di quattro mesi dalla data di apertura della liquidazione giudiziale senza che il curatore abbia comunicato il subentro, i rapporti di lavoro subordinato che non siano già cessati si intendono risolti di diritto con decorrenza dalla data di apertura della liquidazione giudiziale, salvo quanto previsto dai commi 4 e 6”*.

La risoluzione automatica dei rapporti di lavoro, nel caso di inerzia del curatore di cui alla richiamata disposizione, fa venire meno la necessità per il lavoratore di mettere in mora il curatore – circostanza questa prevista dal previgente art. 72 l.f e dall'attuale art. 172 del richiamato decreto - per l'assegnazione di un termine entro il quale lo stesso avrebbe dovuto determinarsi e, decorso il quale il contratto si intendeva sciolto: inerzia che in taluni casi poteva anche dar luogo ad una responsabilità risarcitoria in capo al curatore. La legge, nel disciplinare l'eventuale inerzia del curatore, oltre a prevedere che, decorsi quattro mesi dall'apertura della liquidazione giudiziale senza che il curatore abbia comunicato il subentro i rapporti di lavoro si intendono risolti di diritto, aggiunge una clausola di salvezza: *«salvo che il curatore non intenda procedere a licenziamenti collettivi⁶⁸ ovvero che esistano sussistenti possibilità di ripresa o di trasferimento d'azienda»*. In questi casi il curatore o il direttore dell'Ispettorato territoriale del lavoro del luogo ove è stata aperta la procedura di liquidazione, possono chiedere la proroga del termine di quattro mesi (art.189, comma 4) e l'assegnazione di un nuovo termine non superiore a 8 mesi. Ugualmente, decorso il tempo della proroga si ripresenta l'alternativa tra il subentro del curatore o la risoluzione *ope legis* . Pertanto, lo stato di attesa termina nel momento in cui, il rapporto riprende sotto la gestione del curatore, il quale comunica ai lavoratori interessati il subentro e assume i relativi obblighi che vi derivano (art.189, comma 1 e 2), ovvero perché si scioglie, e ciò accade sia nell'ipotesi in cui il curatore non

⁶⁸ Su questo aspetto si tornerà *infra*

subentra e recede, sia nell'ipotesi in cui resta inerte e decorre un determinato lasso di tempo (quattro mesi prorogabili di ulteriori otto mesi) , instaurandosi in tal caso una risoluzione *ope legis* dei rapporti di lavoro sospesi.

Relativamente sempre agli effetti della procedura d'insolvenza sul contratto di lavoro, risulta necessario fare un breve cenno anche alla normativa comunitaria, nello specifico nella gestione delle procedure d'insolvenza transfrontaliere secondo il regolamento UE n.848/2015. Il Reg. UE 2015/848 abrogherà e sostituirà definitivamente il Reg. CE 1346/2000 a partire dal 26 giugno 2017, introducendo rilevanti novità e chiarimenti circa la determinazione del giudice competente a trattare la procedura di insolvenza e, di conseguenza alla determinazione della legge nazionale applicabile alla procedura stessa. Da un punto di vista strettamente definitorio, si configura insolvenza transazionale quando un debitore, con il proprio patrimonio, entra in contatto con diversi ordinamenti e, aperta una procedura concorsuale a suo carico, possono essergli ricondotti beni patrimoniali e rapporti giuridici localizzati nei diversi ordinamenti con cui è entrato in contatto.

Inoltre, il Regolamento incide sul diritto nazionale, sostituendolo con una diversa e più ampia disciplina, valida in tutto il territorio dell'Unione europea, con la conseguenza che una qualunque normativa interna sull'insolvenza transfrontaliera troverà applicazione solamente laddove sia esclusa l'operatività delle disposizioni europee (salvo non prevalgano ulteriori obblighi internazionali in materia).

Si prenda in considerazione come punto di partenza il Reg.848/2015, il quale nell'art.13 par.1 stabilisce che “*Gli effetti della procedura sul contratto e sul rapporto di lavoro sono disciplinati esclusivamente dalla legge dello Stato membro applicabile al contratto di lavoro*”. Si tratta di una norma volta a disciplinare un'ulteriore deroga alla regola generale, prevista all'art 7⁶⁹, secondo la quale gli effetti sul contratto e sul rapporto di lavoro sono disciplinati dalla legge che regola la sostanza del contratto e non dalla *lex fori concursus*⁷⁰.

⁶⁹ Art.7: “*Salvo disposizione contraria del presente regolamento, si applica alla procedura di insolvenza e ai suoi effetti la legge dello Stato membro nel cui territorio è aperta la procedura (lo «Stato di apertura*”.

⁷⁰La *lex fori concursus* disciplina, contrariamente all'art.7, il grado del credito del lavoratore successivamente allo scioglimento del rapporto di lavoro.

Alla luce di ciò si ritiene che la legge dello Stato membro applicabile al rapporto di lavoro sarà determinata sulla base delle norme di diritto internazionale privato dello Stato membro nel quale è stata aperta la procedura.

Qualora risulti dunque che alle dipendenze dell'impresa fallita vi siano lavoratori il cui contratto era regolato da una legge diversa da quella italiana, ma comunque emanata da uno Stato facente parte dell'Unione Europea, gli effetti della procedura sul rapporto di lavoro e, dunque, anche la possibilità per il curatore di recedere dal contratto o di mantenerlo o di modificarlo, saranno disciplinati non dall'art.72 l.fall., ma dalla diversa legge di detto Stato membro. Tale deroga alla disposizione generale relativa all'applicazione della *lex fori concursus* sorge dalla necessità di tutelare i lavoratori, parte debole del contratto.

1.5.1 Risoluzione ope legis e recesso del curatore prima del subentro

Continuando la nostra analisi riguardo alla sorte dei rapporti di lavoro pendenti al momento della dichiarazione di fallimento, partendo dall'art.189, comma 1, D.lgs. 14/2019, il quale enuncia il principio secondo cui «l'apertura della liquidazione giudiziale nei confronti del datore di lavoro non costituisce motivo di licenziamento», il legislatore ha voluto disciplinare due ipotesi in cui il curatore «*procede senza indugio al recesso*» dai rapporti di lavoro subordinato: «*qualora non sia possibile la continuazione o il trasferimento dell'azienda o di un suo ramo o comunque sussistano manifeste ragioni economiche inerenti l'assetto dell'organizzazione del lavoro*»⁷¹. Innanzitutto, il recesso scaturisce dalla cessazione dell'attività di impresa, in quanto non può essere disposta la continuazione dell'attività aziendale. In questo caso, il recesso trova la sua ragione nell'impossibilità sopravvenuta di prestare il lavoro essendo venuta meno la stessa attività d'impresa, e non nell'apertura della liquidazione giudiziale. al contrario, nel caso che l'attività continua, il recesso deve aver luogo «*senza indugio*» in presenza di manifeste ragioni economiche riguardanti l'apparato dell'organizzazione del lavoro. Qui il recesso, a differenza del precedente caso, sarebbe connesso all'esistenza di una circostanza che ricorda quella del giustificato motivo oggettivo, così che appare del tutto inevitabile chiedersi se

⁷¹ Art. 189, comma 3, D.lgs 14/2019

riguardi una ipotesi autonoma di recesso ovvero se debbano applicarsi le garanzie sostanziali e procedurali di cui alla l. n. 604/66. Da qui scaturiscono diversi problemi interpretativi. In primis occorre ricordare che, il curatore nella fase antecedente al subentro è terzo rispetto al rapporto di lavoro e non esercita i poteri propri del datore di lavoro. Nonostante ciò, la legge gli attribuisce un eccezionale potere di sciogliere quel determinato rapporto⁷². In aggiunta, l'avviso oggetto di recesso va comunicato unicamente al lavoratore, mentre non è prescritto nulla con riferimento al datore di lavoro, a cui il curatore ancora non si è sostituito. Tali circostanze, (di «procedere senza indugio» e la comunicazione solo al lavoratore), portano a ritenere il potere del curatore come una «*sorta di surroga legale*»⁷³ per l'esigenza di conservare la massa fallimentare e di non lasciare improduttivamente sospesi rapporti di lavoro, il legislatore attribuisce al curatore un potere/dovere di sostituirsi al datore e di esercitare lui stesso un incarico, il quale scaturisce da un contratto di cui egli non fa parte. Il problema oggetto di discussione è comprendere se questa terzietà possa portare a escludere che riguardi un licenziamento ovvero se debbano applicarsi le disposizioni poste dalla l.n. 604/66 al recesso che il curatore dispone quando, per la irrecuperabile situazione economica, ritenga di non subentrare nei contratti di lavoro e di non assumere gli obblighi scaturenti da questi. Una recente sentenza della Cassazione ha stabilito che, in assenza di una specifica disposizione normativa, «*il curatore che intenda sciogliersi dal rapporto di lavoro dovrà farlo nel rispetto delle norme limitativa dei licenziamenti individuali e collettivi e, in caso di accertata illegittimità del licenziamento, il lavoratore può impugnarlo con gli ordinari rimedi previsti dall'ordinamento*»⁷⁴.

⁷² È certo che il soggetto a cui è attribuito il potere di licenziamento è la parte del rapporto di lavoro: v. con rif. al recesso ad nutum, SIMI, L'estinzione del rapporto di lavoro, Milano, 1948, p.25

⁷³ V. NUZZO, La disciplina dei contratti pendenti di lavoro nella liquidazione giudiziale, in *Le nuove leggi civili commentate*, n. 6/2019, p.1470.

⁷⁴ Cfr. Cass. 28 marzo 2018, n.7308, cit

CAPITOLO II
LA PROSECUZIONE DEI RAPPORTI DI LAVORO NELLA
LIQUIDAZIONE GIUDIZIALE

2.1 Il nuovo esercizio provvisorio come regolato dall'art.211 d.lgs 14/2011

Occorre ora menzionare i cambiamenti che si sono verificati a seguito della legge delega 155/2017. Abbiamo già avuto modo di notare come la disciplina del Regio Decreto del 1942 conferiva al fallimento una funzione principalmente afflittiva e sanzionatoria, attraverso una concezione “pubblicistica” delle procedure. Tale funzione pubblicistica veniva realizzata attraverso l'estromissione e la conseguente eliminazione dal tessuto economico e sociale dell'impresa, incapace di soddisfare le pretese creditorie. Le finalità della legge fallimentare erano, dunque, meramente liquidatorie, dove non era concepito un eventuale ritorno alla prosecuzione dell'attività con conseguente tutela dei livelli occupazionali. A seguito del mutato contesto, abbiamo avuto modo di vedere che, oggi, l'obiettivo primario è salvare le imprese o, quantomeno, liquidarle senza che ne venga disperso il loro valore d'avviamento. Per fare ciò è necessario che si intervenga tempestivamente. In tale cornice, si inserisce il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, ampio di nuovi contenuti⁷⁵. In primis, occorre evidenziare che la sostituzione del termine “fallimento” con la locuzione “liquidazione giudiziale” elimina in via definitiva qualsiasi collegamento all'anacronistico modo di vedere il debitore insolvente; non più un soggetto da eliminare, da accantonare perché pregiudizievole per l'intera economia, ma bensì un soggetto da reintegrare nel tessuto sociale. La *ratio* sottesa alla riforma tradotta nel Codice della crisi e dell'insolvenza conduce nella direzione di privilegiare le soluzioni conservative dell'impresa, con ciò che ne consegue in termini di tensione verso la salvaguardia dei livelli occupazionali. Così, nella legge delega troviamo confermato il principio secondo cui l'istituto in esame perde quella centralità caratterizzante all'interno della vecchia legge fallimentare, trasformandosi in uno

⁷⁵ Cfr. G. BONFANTE commento a D.lgs 12 gennaio 2019 n.14 (Codice della crisi e dell'Insolvenza); il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza, in *Giurisprudenza Italiana*, 2019, fasc. 8-9, pp. 1943-1948;

strumento marginale, quale *extrema ratio*, dovendo tale procedura essere esperita solo quando «*non sia proposta un'idonea soluzione alternativa*», capace di garantire «*il superamento della crisi assicurando la continuità aziendale*» (art. 2 co. 1 lett. g)⁷⁶. Frutto dei lavori della Commissione Rordorf⁷⁷, il nuovo Codice sembra rispondere ai tre macro-obiettivi indicati nella legge delega n.155/2017, realizzando così l'ammodernamento del diritto delle procedure concorsuali, garantendo un sistema chiaro ed organico, colmando le lacune, già studiate nel precedente capitolo, presenti nel nostro ordinamento, arrivando alla conclusione di un necessario passaggio da una fase di gestione della crisi e dell'insolvenza, ad una fase di prevenzione. Con la Riforma Rordorf, il legislatore mira a restituire al fallimento una dimensione più fisiologica, anche dal punto di vista della percezione estetica: la crisi deve essere interpretata e riconosciuta come una semplice eventualità nella quale un imprenditore può incorrere nel corso del ciclo di vita dell'impresa. Inoltre, tali nuove indicazioni introdotte dal codice, mostrano un particolare interesse per la materia a noi interessata. L'art.2, comma I, lett. p) dispone che le procedure di gestione della crisi e dell'insolvenza del datore di lavoro debbano essere armonizzate con le forme di tutela dell'occupazione e del reddito dei lavoratori che trovano fondamento nel diritto europeo e, in particolar modo, nella Carta sociale europea del 1996, nella direttiva 2008/94/CE sull'insolvenza dei datori di lavoro e nella direttiva 2001/23/CE in materia di tutela dei lavoratori coinvolti in un trasferimento d'impresa. L'art. 7 comma. 7 dispone, poi, che nella riformulazione della disciplina della procedura di liquidazione «la disciplina degli effetti della procedura sui rapporti di lavoro subordinato è coordinata con la legislazione vigente in materia di diritto del lavoro per quanto concerne il licenziamento, le forme assicurative e di integrazione salariale, il trattamento di fine rapporto e le modalità di insinuazione del passivo». In questo modo sembrerebbe che i diritti dei lavoratori sarebbero, perciò, stati inclusi nel novero degli interessi da considerare e tutelare nell'ambito della gestione della crisi. Questo cambiamento di approccio rispetto alla normativa preesistente non può essere sottovalutato nell'analisi dei profili che qui interessano: la tutela dell'occupazione non è

⁷⁶ M. L. VALLAURI, *La tutela dell'occupazione nel nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza dell'impresa*, in *Lavoro e diritto*, Fascicolo 2, 2020, p. 315

⁷⁷ Con il con il Decreto Ministeriale 28 gennaio 2015 venne istituita la Commissione di Riforma presieduta dal Presidente Renato Rordorf con il compito fondamentale di introdurre strumenti volti a far emergere in via preventiva lo stato di crisi dell'impresa attraverso una riforma della disciplina concorsuale non più episodica e stratificata, bensì organica e sistematica.

più un valore estraneo al diritto fallimentare e, anzi, va bilanciato con le esigenze creditorie. Proprio in questo bilanciamento la rilevanza del momento liquidatorio o di conservazione aziendale all'interno delle procedure concorsuali non è di poco conto ed anzi condiziona, dal punto di vista giuslavoristico, l'equilibrio possibile. E peraltro è la continuità occupazionale, ancor più che quella dei crediti di lavoro, ad essere considerata irrinunciabile: la deroga ad alcuni diritti non comprende il passaggio necessario di tutti i lavoratori al cessionario se non quando l'impresa è condannata alla liquidazione. Ciò significa, argomentando a contrario, che quanto più nell'ambito delle procedure di crisi e di insolvenza si marginalizza il momento liquidatorio tanto più le esigenze occupazionali devono trovare accoglimento e garanzia, potendosi rinunciare ad alcuni diritti ma non al valore occupazione. Come abbiamo poc'anzi affermato, il fallimento, oggi liquidazione giudiziale, non è più la regola generale alla conseguenza di una crisi d'impresa, ma la legge fallimentare riformata tende sempre di più verso soluzioni alternative volte a consentire la prosecuzione dell'attività d'impresa e assicurare il mantenimento dei complessi produttivi⁷⁸. Un esempio di tale impianto è rappresentato dalle modifiche che hanno riguardato la procedura fallimentare, in particolar modo con riguardo alla disciplina prevista per l'esercizio provvisorio e l'affitto d'azienda (artt.104 e 104-bis, l.fall., oggi art.211 D.lgs.14/2019). Entrambi gli istituti hanno in comune il medesimo obiettivo: la preservazione dell'integrità e funzionalità dei complessi produttivi in vista della loro cessione a terzi, per prevenire il rischio di dissoluzione definitiva di valori, soprattutto immateriali, di consentire la riallocazione di risorse potenzialmente produttrici di ricchezza e la conservazione dei livelli occupazionali⁷⁹. L'esercizio provvisorio, nel R.D. n. 267/1942 era disciplinato dall'art.104. Secondo tale norma, il tribunale, con la dichiarazione di fallimento, poteva disporre la continuazione temporanea dell'attività economica del debitore ove dalla sua improvvisa interruzione potesse derivare un danno grave ed irreparabile. Si trattava di un istituto disciplinato alla stregua di una misura-tampone volta a favorire la liquidazione dei beni aziendali piuttosto che dell'azienda, era in linea con una visione statica come mero strumento in funzione della tutela di interessi privatistici di cui è portatore il ceto creditorio⁸⁰. La nuova disciplina, che l'art.211 D.lgs.

⁷⁸ F. BARACHINI, *La nuova disciplina dell'esercizio provvisorio: continuità dell'impresa in crisi nel (e fuori dal) fallimento*, in *Società, Banche e Crisi d'Impresa*, UTET GIURIDICA, 2014, III, p. 2863

⁷⁹ A. NIGRO, D. VATTERMOLI, *Diritto Della Crisi Delle Imprese: Le Procedure Concorsuali*, cit., p. 232

⁸⁰ CNDCEC, *L'esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento* (art. 104 L. F.), Quaderno maggio 2016, p. 6.

14/2019 riserva all'istituto dell'esercizio provvisorio dell'impresa, che ora è rubricato nel Capo IV come "esercizio dell'impresa del debitore", prevede, a differenza di quanto avveniva nel passato, che il Tribunale possa disporre l'esercizio dell'impresa per l'azienda nel suo complesso o per rami specifici della stessa con la stessa sentenza dichiarativa di fallimento⁸¹. La norma che lo contempla presenta un assetto affine a quello dell'art.104 l.fall. A norma di tale nuova impostazione, la salvaguardia del patrimonio aziendale, attuata attraverso la continuazione temporanea dell'attività dell'impresa, si inserisce ora in un disegno più organico, la cui ambiziosa intenzione è quella di assicurare, oltre alla fase principalmente liquidatoria, cui era ispirata la disciplina del 1942, la conservazione delle componenti positive dell'impresa, quali non solo i beni materiali, ma altresì l'avviamento e le altre componenti immateriali dell'attivo, nonché i livelli occupazionali⁸². In questo caso, l'esercizio dell'impresa risponderà a una funzione "terapeutica", teso a consentire la tutela dell'unitarietà dei complessi produttivi, o delle loro sezioni, ancora residualmente rivitalizzabile. Nella delineata cornice, l'esercizio dell'impresa rimane strumento propedeutico alla massimizzazione dell'attivo, comunque ancillare alla tutela del credito e non finalizzato alla protezione dell'impresa in sé e per sé. Tale nuova inclinazione, infatti, attiene ad una più compiuta percezione dell'azienda come centro di produttività ed entità suscettibile di autonoma circolazione.

Con la modifica di tale art. si porta finalmente al termine l'iter legislativo che conferisce alle vicende circolatorie dell'impresa fallita quella regolamentazione generale che prima della riforma era stata affidata a sporadici interventi legislativi riguardanti unicamente le aziende cd. *socialmente rilevanti*⁸³. Il 1° comma dell'evocato art. 211 prevede adesso che "*L'apertura della liquidazione giudiziale non determina la cessazione dell'attività d'impresa quando ricorrono le condizioni di cui ai commi 2 e 3*". Due restano, a tenore di questi ultimi commi, le ipotesi possibili di gestione provvisoria dell'impresa fallita. L'anzidetto 2° comma ricalca il 1° comma dell'art. 104 L. Fall., dal che scaturisce l'invariata competenza del Tribunale concorsuale ad autorizzare, con la sentenza che

⁸¹ Nella versione ante-riforma l'esercizio provvisorio dell'attività d'impresa poteva essere disposto dal tribunale successivamente alla sentenza dichiarativa di fallimento, ossia una volta intervenuto il decreto che aveva dichiarato esecutivo lo stato del passivo, il comitato dei creditori era chiamato a pronunciarsi sull'opportunità dell'avvio o della continuazione dell'esercizio provvisorio. Il parere negativo del comitato dei creditori impediva l'inizio o la prosecuzione dell'esercizio d'impresa. Cfr. M. SANDULLI, *La crisi dell'impresa*, in *Manuale di diritto commerciale*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 40.

⁸² A. CORRADO, D. CORRADO, op.cit. p.136

⁸³ F. FIMMANO', *Fallimento e circolazione dell'azienda socialmente rilevante*, Milano, 2000, p.8

aprirà la liquidazione giudiziale (in luogo del fallimento), la prosecuzione dell'impresa o di “*specifici rami dell'azienda*”, qualora dall'interruzione possa derivare “*un grave danno*”, a condizione che “*la prosecuzione non arrechi pregiudizio ai creditori*”. Con ogni inconfutabilità, si dimostra la rielaborazione dell'attuale norma da un punto di vista meramente linguistico, stante l'aggiunta nel testo di quel nuovo termine “*prosecuzione*”. A prima vista immutato, resta pure l'archetipo dell'esercizio provvisorio disposto nel corso della liquidazione giudiziale, su impulso del curatore, sol che si consideri che l'art. 211, 3° comma, dispone che: “*Successivamente, su proposta del curatore, il giudice delegato, previo parere favorevole del comitato dei creditori, autorizza, con decreto motivato, l'esercizio dell'impresa, anche limitatamente a specifici rami dell'azienda, fissandone la durata*”. In questo caso il riferimento alla “*continuazione*” proprio dell'art. 104 L. Fall. è soppiantato da quello all’“*esercizio*” *tout court* dell'impresa. pertanto, la complessa relazione tra salvaguardia di organismi produttivi e tutela dei creditori è definita anche dal C.C.I. autorizzando il ricorso all'esercizio d'impresa, in funzione conservativa dei complessi organizzati, su due presupposti impliciti, ma chiari: l'utilità di esso a sostegno di una più vantaggiosa e redditizia liquidazione del compendio, quindi, per una migliore soddisfazione del ceto creditorio; e l'operatività attuale dell'impresa, che, pertanto, accertata l'insolvenza, si presta ad essere semplicemente proseguita.

Come anticipato, secondo la vigente impostazione dell'art. 211 D.lgs. 14/2019 la disciplina consta di due ipotesi, tanto da far pensare che abbia disperso il suo carattere unitario, essendo previste in realtà, due forme di esercizio provvisorio⁸⁴.

La prima ipotesi, disciplinata dal secondo comma dell'art.211⁸⁵, prevede che, laddove non vi sia pregiudizio per i creditori e per evitare il “*grave danno*” che scaturirebbe dall'eventuale interruzione drastica dell'attività, continua ad incentrarsi su una decisione del tribunale presa nella sentenza di accertamento dell'insolvenza. Tale “*grave danno*” deve essere percepibile in termini di effettività, non meramente potenziale, e deve essere valutato in termini di perdita diretta o di mancato incremento di valore⁸⁶ con riferimento,

⁸⁴ F. BARACHINI, *La nuova disciplina dell'esercizio provvisorio: continuità dell'impresa in crisi nel (e fuori dal) fallimento*, cit., p. 2868

⁸⁵ Si riporta per completezza espositiva il secondo comma dell'art.211 D.lgs. 14/2019: Con la sentenza che dichiara aperta la liquidazione giudiziale, il tribunale autorizza il curatore a proseguire l'esercizio dell'impresa, anche limitata- mente a specifici rami dell'azienda, se dall'interruzione puo' derivare un grave danno, purché la prosecuzione non arrechi pregiudizio ai creditori.

⁸⁶ Cfr. Trib. Alessandria, 9 febbraio 2016.

come riportato dalla riforma, che il “*danno grave*” non è più riferito ai creditori, ma va valutato in relazione all’impresa, in quanto organismo produttivo destinato alla riallocazione nel mercato⁸⁷. Anche la Relazione illustrativa della riforma del 2006 evidenzia come tale istituto risponda «*non più al solo interesse privatistico di consentire il migliore risultato della liquidazione concorsuale, ma è aperto a quello pubblicistico di utile conservazione dell’impresa ceduta nella sua integrità o in parte, sempre che il ceto creditorio non ritenga di trarne nocimento*»⁸⁸. E, infatti, in modo decisamente più esaustivo rispetto al passato, la nuova formulazione chiarisce che la continuazione dell’attività imprenditoriale non può mai risolversi a svantaggio del ceto creditorio. Sotto tale profilo, in passato la Corte di Cassazione si è pronunciata chiarendo che la continuazione dell’esercizio d’impresa nel fallimento costituisce strumento volto alla migliore liquidazione del patrimonio del fallito⁸⁹. Tuttavia, anche nel C.C.I., il presupposto negativo dell’assenza d’ogni pregiudizio per i creditori, sembra racchiudere in sé un riferimento all’invulnerabilità, non dell’interesse del singolo, ma di quello “di categoria”. La norma offre, poi, l’unità di misura del mantenimento del *goingconcern* alla tutela dei creditori, ma non in quanto la continuazione debba tradursi in un vantaggio, ma nel senso che ai creditori vada evitato ogni pregiudizio in termini di soddisfacimento, secondo una valutazione a largo spettro, che tenga conto dell’eventuale maggior realizzo prevedibilmente ricavabile all’esito dell’attuata continuazione dell’attività. Nel nuovo assetto del C.C.I. vi è probabilmente spazio pure per un bilanciamento del pregiudizio in un’ottica che ne apprezzi gli eventuali vantaggi compensativi. In altre parole, sono da considerarsi non unicamente le utilità stimate sulla base di un potenziale miglior soddisfacimento del credito monetario, ma anche quelli suscettibili di correlarsi alla posizione del suo titolare: per i lavoratori dell’impresa è sicuramente di maggior importanza il mantenimento del posto di lavoro nell’ottica di un’azienda rivitalizzabile con sussidi finanziari di terzi, che non la chiusura della stessa, con la conseguente perdita del lavoro.

⁸⁷ Cfr. Trib. Chieti 10 agosto 2010.

⁸⁸ Cfr. il commento della Relazione illustrativa all’art.104 l.fall.

⁸⁹ Cfr., in tal senso, Cass. 9 gennaio 1987, n.71, in Giur.comm.,1987, II, p.562

La seconda ipotesi, invece, è disciplinata dal comma III dell'art.211 D.lgs 14/2019⁹⁰, e fa leva su un decreto motivato, emesso dal giudice delegato, su proposta del curatore, correlato dal parere obbligatorio e vincolante del comitato dei creditori, che plausibilmente andrebbe espresso secondo una prassi di riunione collegiale. fisiologico che il curatore ponga agli altri organi della procedura concorsuale degli elementi su cui fondare le rispettive decisioni; detti elementi riguarderanno la migliore negoziabilità dell'azienda ed un piano specifico delle risorse finanziarie in vista della continuità, delle entrate e dei ricavi pronosticabili. Il 3° comma in commento, alla medesima stregua del 2° comma dell'art. 104, non disciplina i presupposti di attuazione del provvedimento; se ne intuisce che la fattispecie implica la mera opportunità-economicità della prosecuzione d'impresa. In tale terzo comma manca il riferimento al danno grave ed al pregiudizio dei creditori, ragione per cui si ritiene che si tratti di un'opzione di convenienza per i creditori e dunque, la prosecuzione è ammessa solo a fronte di un migliore soddisfacimento delle loro ragioni⁹¹. Elemento che invece è rimasto immutato dalla vecchia alla nuova disciplina è il previo parere favorevole del comitato dei creditori. Il sindacato del giudice, che deve esprimersi in un “*decreto motivato*”, assume una decisione non limitata, in quanto vi rientra un controllo che, per un verso riguarda la regolarità formale e sostanziale dell'osservanza delle norme di legge, dall'altro, implica un apprezzamento riguardo la conformità di tale gestione agli obiettivi delineati nel programma di liquidazione. Infatti, assume vitale importanza il parametro dell'opportunità-economicità dell'esercizio, delineandosi in una complessa analisi comparativa di costi-benefici. La prosecuzione dell'attività d'impresa nella fase iniziale consente di cristallizzare la situazione esistente al momento della dichiarazione di fallimento: in questo modo, da un lato, evita il prodursi di effetti dannosi, come quelli derivanti dall'eventuale scioglimento dei rapporti contrattuali ex. art.72 ss. l.fall.; dall'altro rinvia ogni decisione sulla prosecuzione o meno dell'attività ad un momento successivo, dando la possibilità agli organi di effettuare una scelta consapevole. la circostanza che la norma sull'esercizio dell'impresa del debitore sia quella che apre il novero delle disposizioni dedicate alla liquidazione dell'attivo rende plausibile l'idea di incentivare, rispetto alle soluzioni liquidatorie, quello che conservano

⁹⁰ Per completezza espositiva si riporta il terzo comma dell'art. 211 D.lgs. 14/2019: *Successivamente, su proposta del curatore, il giudice delegato, previo parere favorevole del comitato dei creditori, autorizza, con decreto motivato, l'esercizio dell'impresa, anche limitatamente a specifici rami dell'azienda, fissandone la durata*

⁹¹ F. BARACHINI, op.cit., p. 2870

l'impresa in attività per valutare se il suo valore di *going concern* sia superiore al suo valore di liquidazione⁹². Relativamente al caso di esercizio provvisorio autorizzato “*limitatamente a specifici rami dell'azienda*”, invece, il subentro del curatore riguarderà unicamente i contratti dei lavoratori dipendenti addetti a tali rami, con conseguente risoluzione dei rapporti relativi ai rami la cui attività si interrompe. Ne discende che, quando l'esercizio dell'impresa del debitore è disposto riguardo a un solo ramo aziendale, il curatore avrà l'onere di verificare se sussistono i presupposti per l'accesso al trattamento di C.I.G.S.

Tratteggiata sommariamente la disciplina dell'esercizio dell'impresa del debitore, e messe in luce le rilevanti novità introdotte dalla riforma, è ora il momento di rivolgere l'attenzione alla sorte dei rapporti di lavoro subordinato dei quali il curatore deve occuparsi. Partendo dall'assunto del C.C.I., il comma 8 dell'art.211 D.lgs.14/2019, disciplina rimasta immutata rispetto al vecchio art.104 l.fall., individua come regola generale la prosecuzione in toto dei rapporti di lavoro esistenti, ferma restando la possibilità del curatore di preferirne la sospensione, di tutti o di parte di essi, al fine di prendere le decisioni più opportune circa la loro continuazione o cessazione. Tale previsione costituisce un'eccezione rispetto al principio generale della sospensione dei rapporti giuridici pendenti a norma dell'art.72 l.fall. Da tale regola discende che nel caso in cui il tribunale, con la sentenza dichiarativa di fallimento, o il giudice delegato, su proposta del curatore, autorizzino la continuazione dell'impresa, il curatore dovrà comunicare ai lavoratori che si trovino alle dipendenze dell'impresa fallita il proseguimento del loro rapporto alle dipendenze non più del fallito ma della procedura senza soluzione di continuità. È solo in tale disposizione che si trova un richiamo alla disciplina lavoristica, il che induce a ritenere che durante l'esercizio provvisorio dell'impresa al recesso del curatore di applica senza dubbio la L.n.604/1966 con tutti gli oneri sostanziali e procedurali ivi previsti⁹³. È opportuno notare che, anche nel caso

⁹² L. STANGHELLINI, *Le crisi d'impresa*, op. cit. p. 292.

⁹³ In tal senso, d'altronde, già la giurisprudenza con riferimento in generale all'ipotesi in cui il curatore subentra nella gestione dei rapporti di lavoro: v., per tutte, Cass. 11 gennaio 2018, n. 522, in *Riv. it. dir. lav.*, 2018, II, p. 529, con nota di MARZACHI, *Fallimento e risoluzione dei rapporti di lavoro*. Peraltro, è opportuno precisare che non potendo la liquidazione giudiziale essere considerata di per sé giustificato motivo oggettivo, il curatore dovrà dimostrare l'effettiva sussistenza di un riassetto organizzativo che determina la soppressione del posto di lavoro, il nesso di causalità del singolo licenziamento effettuato, la correttezza della scelta del lavoratore e l'impossibilità di *repêchage*. Sul punto v. ZOLI e RATTI, *La disciplina dei rapporti di lavoro e l'esercizio provvisorio nel fallimento*, cit., p. 208.

in cui, come permesso dal comma III dell'art.211, sia stata prevista e fissata la durata dell'esercizio provvisorio ed il termine sia sufficientemente ampio, ciò non comporterà il diritto per il curatore di trasformare il contratto da tempo indeterminato a tempo determinato. Allo scadere del termine sarà infatti necessaria una manifestazione di volontà perché il rapporto di lavoro cessi. Per quanto riguarda la gestione del personale in concomitanza con l'apertura di procedure concorsuali, è chiaramente posto al centro l'istituto dell'integrazione salariale, ora, rispetto al regime introdotto dal Jobs Act, denominata quale Cassa Integrazione Guadagni Straordinaria per crisi aziendale (art. 21 lett. b, D.lgs. 14 settembre 2015, n. 148)⁹⁴. Essa, ad ogni modo, sarà trattata nel quarto capitolo. Affianco a tale istituto, in ogni caso, e quindi accanto all'ipotesi della sospensione, totale o parziale, dei rapporti lavorativi per effetto di ammissione a C.I.G.S. per crisi d'impresa, può altresì valutarsi, nel caso in combinazione con l'eventuale intervento di integrazione salariale, una vasta gamma di strumenti di gestione flessibile del personale, idonei a ridurre i costi per la procedura e a consentire, al tempo stesso, il mantenimento almeno del livello occupazionale. Sul presupposto che si incide sulle condizioni di lavoro, e non sull'*an* dei singoli rapporti. Vi sono casi in cui, in via generale, è consentita, attraverso l'art.2103, commi 2 e 4, l'assegnazione di mansioni inferiori; diversamente persiste in vigore l'art.4, comma 11, L. n. 223/1991, secondo cui gli accordi sindacali stipulati in occasione delle procedure di licenziamento collettivo, che prevedano il riassorbimento totale o parziale dei lavoratori in eccedenza, possono stabilire la loro assegnazione a mansioni diverse da quelle precedentemente svolte, anche derogando al secondo comma dell'art.2103. Si tratta di accordi caratterizzati da valenza cd. gestionale, indirizzata quindi ad affermarsi sui singoli lavoratori prescindendo dall'approvazione da essi esplicitamente concessa. A fondamento di tali accordi, tuttavia, vi è l'avvio di procedure di licenziamento collettivo, sicché presuppongono una decisione di fondo già chiara in tal senso di chi sia titolare dei poteri di gestione del personale nell'ambito della procedura concorsuale. In un'ottica più generale si può pensare invece ad accordi

⁹⁴ Sulla nuova disciplina della C.I.G.S. si rinvia a GAROFALO D., *La riforma della CIGS*, in *La riforma della Cassa Integrazione Guadagni nel Jobs Act 2*, a cura di E. Balletti - D. Garofalo, Cacucci, 2016, p. 79 ss.

sindacali di ambito aziendale⁹⁵ che, ai sensi dell'art.8 D.L. n. 138/2011, ammettono, purché assunti da “*associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale, ovvero dalle loro rappresentanze sindacali operanti in azienda ai sensi della normativa di legge e degli accordi interconfederali vigenti*” ed in presenza di necessità di “*gestione delle crisi aziendali e occupazionali*”, interventi sulle “*mansioni del lavoratore, alla classificazione e inquadramento del personale*”, sulla “*disciplina dell'orario di lavoro*”, sulla “*trasformazione e conversione dei contratti di lavoro*” e ciò anche “*in deroga alle disposizioni di legge*” che disciplinano tali materie nonché in deroga “*alle regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro*”. Interventi che, nei limiti della retribuzione sufficiente (alla luce di quanto sancito dal già menzionato art.36 Cost.) e dei minimali contributivi⁹⁶, si è delineato (in aggiunta assai dibattutamente⁹⁷, tenuto conto anche la tassatività delle ipotesi di deroga⁹⁸) potrebbero interessare anche il corrispettivo già precedentemente riconosciuto rispetto ai rapporti di lavoro interessati. La possibilità normativa delle intese di prossimità è stata poi incrementata dalla normativa del Jobs Act (art.51, D.lgs. n.81/2015), per le ipotesi derogatorie in ambito aziendale da esso previste, e a tale norma si affianca un'affine disciplina interconfederale (c.d. Testo Unico sulla rappresentanza del 10 gennaio 2014, poi aggiornato da ultimo con accordo del 4 luglio 2017), che ha il doppio merito, sotto il profilo della regolamentazione, di contemplare anche un impianto di misurazione della rappresentanza delle compagini sindacali ed una possibile conclusione referendaria, in una ristrutturazione di quest'ultimo istituto la quale, svincolandosi da una certa resistenza propria della versione generale quale regolata dall'art. 21 L. 300/1970, potrebbe rivelare un compiuto piano di evoluzione delle relazioni sindacali e dei rapporti di lavoro, specialmente in ambito di crisi d'impresa. Tale scenario di nuova contrattazione con riguardo alle condizioni di lavoro, deve inoltre tenere conto che esso potrebbe avere quale fondamento di sviluppo l'abbandono della precedente contrattazione collettiva aziendale,

⁹⁵ Per una disamina completa sul punto, si rimanda a PERULLI A. - SPEZIALE V., *La contrattazione di prossimità e l'aziendalizzazione delle relazioni industriali*, in L. Fiorillo - A. Perulli (a cura di), *Le relazioni industriali*, Giappichelli, 2014, p. 107 ss.

⁹⁶ Ministero del lavoro e delle politiche sociali, Interpello 12 febbraio 2016, n. 8.

⁹⁷ In questi termini critici: BELLE' R., *Strumenti giuridici di gestione del personale nell'azienda in procedura concorsuale*, in *il Fallimento*, 10/2018, p. 1161.

⁹⁸ Corte cost. 4 ottobre 2012, n. 221, in CANAVESI G., *Mercati del lavoro e operatori privati*, Giappichelli, 2017, p. 38.

ove ad essa si ritenessero applicabili, come sostenuto in dottrina⁹⁹, gli artt. 72 l.fall. e 50 D.lgs. n.270/1999.

Sempre appartenente all'ambito della gestione flessibile del personale, troviamo la conclusione di contratti di solidarietà che, diminuendo l'orario di lavoro e senza la perdita totale della retribuzione, con l'appoggio previdenziale, puntano anch'essi alla salvaguardia interinale del livello di occupazione, attraverso la combinazione tra accordi collettivi aziendali ed un regime imperniato a quello della C.I.G.S (art.21, comma I, lett.c, D.lgs. n.148/2015). Secondo tali contratti non può essere pattuita una riduzione oraria superiore al 60% dell'orario giornaliero, settimanale o mensile dei lavoratori interessati. Inoltre, per ciascun lavoratore, la percentuale di riduzione complessiva dell'orario di lavoro non può essere superiore al 70% nell'arco dell'intero periodo per il quale il contratto di solidarietà è stipulato. Quanto alla durata del trattamento integrativo, anche dopo la trasformazione del contratto, l'integrazione salariale non può avere durata complessiva superiore a 24 mesi in un quinquennio mobile per ogni unità produttiva, tenendo presente che, ai fini del computo, la durata dei trattamenti per la causale di contratto di solidarietà viene computata nella misura della metà per la parte non eccedente i 24 mesi e per intero per la parte eccedente (quindi, se l'integrazione attiene ai soli contratti di solidarietà, la durata massima sarà 36 mesi).

Infine, seppure raramente utilizzato, può segnalarsi quale possibile strumento di gestione interinale in caso di crisi, il distacco temporaneo a favore di altre imprese, attraverso la stipula di accordi¹⁰⁰ destinata a far pesare il costo del lavoro sul distaccatario, ma con conservazione in capo all'impresa distaccante ammessa alla procedura concorsuale delle professionalità del personale preesistente, in vista del rientro di detto personale allorché la ripresa dell'attività o la cessazione a terzi consentano di sostenere i relativi costi¹⁰¹. Quindi nel distacco si verifica una situazione particolare nella quale il lavoratore resta alle dipendenze del proprio datore di lavoro originario, ma esegue la sua prestazione lavorativa presso un altro datore di lavoro seguendone le direttive. È stato statuito¹⁰² che il distacco, per essere legittimo, può essere fondato su un qualunque interesse

⁹⁹ MARAZZA M., *La disciplina (speciale) del rapporto di lavoro nell'impresa insolvente*, in M. Marazza - D. Garofalo, *Insolvenza del datore di lavoro e tutela del lavoratore*, Giappichelli, 2015, p. 34.

¹⁰⁰ Gli accordi di distacco collettivo trovano anche disciplina espressa nell'art. 8, comma 3, D.L. n. 148/1993, conv., con mod. in L. n. 236/1993.

¹⁰¹ Cfr. M. MARAZZA, *La disciplina*, op. cit., p. 40 ss.

¹⁰² Cfr. Circolare del Ministero del Lavoro n.3 del 2004

produttivo del distaccante che non coincida con quello della pura e semplice somministrazione del lavoro altrui. Diversamente si violerebbero le norme che disciplinano la somministrazione di lavoro e che prevedono, tra l'altro, una particolare autorizzazione ministeriale per potere esercitare questo tipo di attività.

A prescindere dagli interventi di taglio meramente conservativo, quali sono quelli fin qui esposti, non si può escludere che nell'ambito delle procedure concorsuali ci si possa affidare a più dinamiche scelte di ristrutturazione vera e propria (anche) del personale aziendale¹⁰³. Affinché ciò possa essere reso possibile è certamente indispensabile l'esistenza di una fedele prospettiva *latu sensu* industriale, che legittimi gli interventi di ristrutturazione ed i licenziamenti collettivi che, da essi, potrebbero discendere. Tale eventualità è peraltro destinata a spiegare i suoi effetti, nelle procedure preventive, in un piano che deve (implicitamente per quanto riguarda gli accordi di ristrutturazione, quale elemento necessario ad attestarne la conclusione ai sensi dell'art. 182 bis, comma 1, l. fall.; esplicitamente per il concordato preventivo, in quanto il piano è previsto come requisito di ammissione dall'art. 161, comma 2, lett. e) prevedere anche tali scelte riorganizzative, con le conseguenti decisioni riguardanti il personale ed una corrispondente previsione di possibilità e rischi connessi. Anche tali scelte di ristrutturazione del personale rientrano di quanto destinato ad indirizzare le scelte di voto dei creditori; qualora la riorganizzazione finisca per dover anticipare il voto o l'omologazione, o sia destinata ad attuarsi nella fase cd. in bianco, il tribunale (art.161, comma 7, l.fall.) o il giudice delegato (art.167 l.fall.)¹⁰⁴ sono chiamati ad autorizzare le decisioni via via da assumersi rispetto alla dismissione del personale, in quanto naturalmente tali da rientrare nell'ambito dell'amministrazione straordinaria, verificandone la conformità rispetto alle previsioni del piano che emergano alla luce delle sommarie informazioni di cui all'art. 161, comma 7, cit., o ex. art. 167, comma 2, l.fall., rispetto al piano presentato o, nel caso, modificato nei termini stabiliti dalla legge (artt.161, comma III, art.162,comma I, art.186-bis,comma I l.fall.).

Le scelte organizzative e di gestione del curatore, in ambito fallimentare, possono essere prese fin dalla fase iniziale della procedura, indirizzando sulla base di esse le scelte ex.

¹⁰³ Sull'ampiezza dei poteri gestori, anche in caso di custodia giudiziale di azienda, *ex plurimis*, si rinvia a: A. CARDINO, *I poteri sostanziali del custode giudiziario*, in R. Bellè - A. Cardino (a cura di), *La custodia giudiziale*, Giuffrè, 2014, p. 246 ss.

¹⁰⁴ M. FABIANI, *Diritto fallimentare*, Zanichelli, 2011, p. 644.

artt.72 e 211, comma 8, D.lgs. 14/2019, riguardo il subentro o meno nei rapporti di lavoro pendenti e procedendo, riguardo agli esuberanti, con licenziamenti, individuali o collettivi, a seconda delle esigenze; inoltre anche l'esercizio di impresa o la conclusione di esso potrebbero essere accompagnati da manovre ristrutturative, anch'esse predisposte in vista di piani di cessione. Tuttavia, è difficile che le curatele instaurino scelte ristrutturative complesse, finalizzate al determinarsi di una più efficiente redditività aziendale e produttività e ciò sia perché la procedura di liquidazione mal si addice a decisioni di taglio più marcatamente imprenditoriale, sia per la responsabilità che ciò comporta, difficilmente assunta a fronte anche delle ragionevoli tensioni contrarie di provenienza sindacale¹⁰⁵. Può invece essere più frequente che le scelte organizzative siano ispirate dall'esigenza di predisporre l'impresa in modo da renderla coerente rispetto all'alienazione a terzi, come potrebbe succedere ad esempio ove si dismettessero alcune strutture amministrative, in quanto finalizzate ad essere rimpiazzate dalle corrispondenti e già esistenti sezioni presso i potenziali cessionari, conservando unicamente i centri più accentuatamente destinati alla produzione. Fondamentalmente conformi, rispetto al fallimento, sono le possibilità applicabili nell'amministrazione straordinaria, potendosi anzi ritenere che, probabilmente, per le dimensioni delle aziende, i margini per l'assunzione di appropriate scelte dismissive siano in concreto maggiori, pur non potendosi escludere che, in questo caso, in senso contrario rispetto all'autonomia delle decisioni, possano presentarsi necessità, per così dire politiche, veicolate attraverso le direttive ministeriali cui il commissario (art. 55, D.lgs. n. 270/1999) è soggetto, oltre che la direttiva di fondo, di timbro normativo, per cui anche nell'alienazione delle aziende in esercizio debbano preferirsi le scelte che maggiormente garantiscano "*il mantenimento dei livelli occupazionali*" (art. 63, comma 3, D.lgs. n. 270/1999). Prescindendo da ciò, in ogni caso, qualunque sia la procedura concorsuale interessata, la materia delle ristrutturazioni indirizzate ad incidere sui rapporti di lavoro è destinata a dover essere misurata anche con riguardo al profilo dei rischi che essa è destinata a causare, oltre che con riguardo alle prospettive economiche e di produttività aziendale. Il licenziamento, pur nella disciplina a tutela meno forte di cui al Jobs Act (riguardante peraltro i soli

¹⁰⁵ R.BELLE', *Strumenti giuridici di gestione del personale nell'azienda in procedura concorsuale*, in *il Fallimento*, 10/2018, p. 1163.

lavoratori assunti a partire dal 7 marzo 2015, data di entrata in vigore del D. lgs. n. 23/2015) ammette infatti comunque un rischio, più o meno ampio a seconda delle conseguenze stabilite dalla normativa di volta in volta applicabile¹⁰⁶, qualora quest'ultimo segua l'impugnativa dei lavoratori, la quale è del tutto probabile specie ove i recessi siano selettivi, e non generalizzati, in ragione di scelte riorganizzative. Rischi che si spiegano in eventuali costi che possono influenzare altresì, qualora non trovi efficace applicazione la deroga all'art. 2112 c.c. di cui all'art. 47 L. n. 428/1990¹⁰⁷, la quantificazione del prezzo di chi interessato ad acquistare l'azienda. Pur dovendo osservare che, ove la tutela sia sicuramente soltanto indennitaria (come è per i rapporti assoggettati al regime di tutela del Jobs Act, sia in relazione al licenziamento per giustificato motivo oggettivo, sia, salvo l'improbabile caso di intimazione senza forma scritta, per i licenziamenti collettivi), al rischio potrebbe accostarsi il risparmio di spesa intrinseco nell'interruzione del rapporto di lavoro.

In definitiva, il panorama predispone innumerevoli versioni giuridiche e, quindi, strutturate considerazioni sui rischi dell'una o dell'altra decisione, non declinabili a priori, ma solo sulla base di una prudente analisi rispetto alle dimensioni delle scelte riorganizzative ed alla tutela destinata ai diversi rapporti interessati. Il che condurrà, in ambito concordatario, anche la necessità, ove si addivenga appunto ad una ristrutturazione aziendale e del personale attraverso licenziamenti, di adeguate pianificazioni di cautela, sub specie di fondo oneri e rischi.

In alternativa¹⁰⁸, la dismissione parziale del personale può essere agevolata mediante forme di anticipazione del pensionamento o prepensionamento, con oneri, a seconda dei

¹⁰⁶In estrema sintesi, per i lavoratori soggetti alla disciplina di cui al novellato art. 18, L. n. 300/1970 (ovverosia quelli assunti prima del 7 marzo 2015, data di entrata in vigore del D.Lgs. n. 23/2015, parte del c.d. Jobs Act), il licenziamento per g.m.o., qualora illegittimo, può comportare in taluni casi la reintegrazione (licenziamenti discriminatori o nulli per previsione di legge, oltre all'ipotesi di "manifesta insussistenza del fatto") e negli altri casi una tutela meramente indennitaria, mentre, qualora si applichi il regime di cui al D.Lgs. n. 23 cit., ferma la reintegrazione in caso di licenziamenti discriminatori o nulli per previsione di legge, la tutela è altrimenti solo indennitaria (art. 3, D.Lgs. cit.). Quanto ai licenziamenti collettivi, il regime della Legge Fornero prevede la reintegrazione non solo in caso di intimazione senza forma scritta, ma anche con violazione delle regole inerenti i criteri di scelta del personale da dismettere, mentre il Jobs Act (art. 10, D.Lgs. n. 23/2015) ammette la tutela reintegratoria solo in relazione ai requisiti di forma scritta.

¹⁰⁷ Quanto alle questioni relative al trasferimento d'azienda nelle procedure concorsuali, che saranno vagliate nei prossimi paragrafi, si rinvia a: PATTI A., *Rapporto di lavoro e trasferimento d'azienda nelle procedure concorsuali*, in *Il Fallimento* n. 10/2018; BELLÈ R., *Il lavoro come variabile del risanamento concordatario*, in *Il Fallimento*, 2017, p. 1081.

¹⁰⁸ Sul punto si rinvia nuovamente a: M. MARAZZA, *La disciplina*, op. cit., p. 36 ss.

casi, a totale o parziale carico dell'impresa¹⁰⁹, nonché attraverso agevolazione contrattata alle dimissioni, ipotesi tutte che permettono migliori certezze rispetto ai costi dell'operazione di riorganizzazione. Merita di essere sottolineato che, ora, al fine di evitare i licenziamenti (rectius: la perdita del lavoro), le consultazioni finalizzate all'accesso della C.I.G.S. possono essere destinate verso la concessione di un assegno di ricollocazione (art.24-bis D.lgs. n. 150/2015; art.23 D.lgs n.150/2015), utilizzabile al fine di un'assistenza intensiva, anche durante il periodo di C.I.G.S. per il reperimento di una nuova occupazione.

Anche l'affitto di azienda si prefissa come strumento idoneo in sede concorsuale e come mezzo di gestione del suo personale e non solo dell'azienda in generale. Di tale argomento, pur rinviando un'approfondita analisi ai paragrafi successivi, si menziona che sotto il profilo strettamente lavoristico, ai sensi dell'art.2112 c.c. ed a parte i casi in cui trova applicazione il già citato art.47, commi 4-bis e 5, L.n.428/1990, l'affitto comporta il passaggio dei lavoratori presso l'azienda affittuaria, consentendo così la conservazione del livello occupazionale. Orbene, la gestione da parte dell'affittuario non esclude di per sé l'eventualità di provvedimenti sul personale, sia per quanto riguarda il profilo delle riorganizzazioni e quindi, del licenziamento di parte dei lavoratori, sia per quanto riguarda la modifica delle condizioni di lavoro. I capisaldi dell'istituto sono quelli previsti in via generale dal codice civile che legittima (art.1620 c.c.) decisioni destinate a potenziare la produttività (sub specie proprio dell'aumento del reddito) dell'azienda affittata, non derogando però alla destinazione economica (artt.1615 e 1618 c.c.). A ben vedere, la salvaguardia dell'efficienza dell'organizzazione (art.2561 c.c.) prescrive, più che solamente autorizzare, un'opportuna gestione del personale durante il rapporto. Si deve peraltro ritenere che siano ammissibili clausole che circoscrivano la facoltà di prendere provvedimenti sulla forza lavoro, anche nell'ottica di una migliore considerazione dell'offerta sotto il profilo della decisione dell'affittuario, da effettuarsi, come sancito espressamente dall'art.104-bis, comma II, l. fall., "*avuto riguardo alla conservazione dei livelli occupazionali*".

¹⁰⁹ V. artt. 19 (inerente all'accesso a pensione, con contestuale prosecuzione a tempo parziale del rapporto di lavoro, per i dipendenti di imprese che godano da 24 mesi della C.I.G.S., con disciplina formalmente non abrogata dal D.lgs. n. 148/2015, pur dovendosi valutare le modalità di coordinamento con la nuova disciplina dettata dal Jobs Act, tendenzialmente - se non nei casi transitori di cui agli artt. 21, comma 4 e 45, comma 11 bis - destinata a minore durata), 27 e 29, L. n. 223/1991; art. 4, comma 1 ss., L. n. 92/2012.

Infine, è indiscusso che alla cessazione dell'affitto il personale ancora in forza presso l'affittuaria migri, sempre ex art.2112 c.c., in capo alla retrocessionaria, ovvero all'impresa soggetta alla procedura concorsuale che aveva predisposto l'affitto. Specificatamente riguardo al caso del fallimento, è espressamente previsto dall'art. 104-bis, ult.comma. 1. fall., che la retrocessione dell'azienda in esito al contratto di affitto concluso dal curatore, non implichi la responsabilità della procedura per i debiti maturati verso i lavoratori, in deroga al disposto dell'art. 2112, comma II, c.c. E' dibattuto in dottrina se suddetto regime si adotti anche nel caso in cui il contratto di affitto non sia stato stipulato dal curatore, ma quest'ultimo lo abbia riscontrato pendente al momento dell'apertura del fallimento e quindi sia subentrato *ex lege* in esso (art.79 l.fall.).

Seconda una prima teoria l'art.104-bis, ult. comma, essendo dettato nell'ambito delle decisioni del curatore sull'esercizio dell'azienda, non si applicherebbe all'ipotesi appena menzionata¹¹⁰.

Altra teoria, provvista di seguito anche nella giurisprudenza di merito¹¹¹, ritiene invece che la disposizione abbia portata generale, rispetto a qualunque retrocessione di azienda verso la curatela. Tale ultima opinione appare da privilegiare¹¹². Innanzitutto, per il contenuto letterale della norma, che, riferendosi alla retrocessione al fallimento di "aziende" esprime, con l'utilizzazione del plurale generico, che essa disciplina qualunque retrocessione alla curatela e non solo quella, specifica, rinveniente dal contratto di affitto stipulato dalla curatela. D'altra parte, si orienta in tal senso anche la ratio della norma, volta a tutelare la curatela da debiti lavoristici maturati nel corso dell'affitto di azienda e quindi per la condotta di un soggetto terzo, di cui – a maggior ragione- va riconosciuta l'operatività nel caso dell'affitto preesistente al fallimento, stante il fatto che il curatore, in tali casi, non può dirsi neppure avere avuto alcuna responsabilità nella scelta del soggetto cui affidare il godimento del bene produttivo.

¹¹⁰ M.L VALLAURI, *Il lavoro nella crisi dell'impresa*, op. cit., FrancoAngeli, 2013, p. 99, nonché quanto dovrebbe desumersi, anche rispetto ai contratti di lavoro, da Cass. 19 gennaio 2018, n. 1383, in *Il Fallimento*, n. 10/2018, p. 26 con nota critica di FIMMANÒ F., *Retrocessione dell'azienda affittata e responsabilità del concedente per i debiti dell'affittuario*, ivi, p. 27.

¹¹¹ V. Trib. Monza 19 novembre 2013, in *www.ilcaso.it*, 2013, non contraddetta anche da Trib. Milano 5 maggio 2015, in *Giur. comm.*, 2016, 418.

¹¹² R. BELLE', *Strumenti giuridici di gestione del personale nell'azienda in procedura concorsuale*, in *il Fallimento*, 10/2018, p. 1164.

Tale interpretazione più ampia della norma consente poi di reputare che ad ogni caso di retrocessione alla curatela di azienda, discendi essa da contratti conclusi in sede fallimentare o pendenti al momento dell'apertura del fallimento, si applichi anche l'ultima parte dell'art.104, ult.comma, qui in discussione, con proiezione al momento della retrocessione dei poteri del curatore di decidere, ai sensi dell'art.72 e 104, comma 8, l.fall., rispetto alla prosecuzione o meno dei rapporti di lavoro esistenti¹¹³.

2.2 Il trasferimento d'azienda

La disciplina del codice civile: l'art.2112 c.c. e l'impatto del diritto comunitario

Nel corso degli anni abbiamo assistito a profonde modificazioni strutturali all'interno dell'impresa, dovute al veloce ritmo delle tecnologie e al fine di conseguire ottimizzazioni organizzative mediante l'affidamento a strutture esterne di attività che l'imprenditore reputa non più convenienti all'interno del proprio ciclo produttivo. Tali interventi hanno una forte ricaduta sull'esperienza lavorativa e sui rapporti di lavoro, i quali si vengono via via configurandosi sempre meno come rapporti stabili e duraturi. In tale ambito, il trasferimento d'azienda è un istituto giuridico che, funzionale alle operazioni di mutamento soggettivo dell'impresa, costituisce una valida forma di tutela a garanzia del lavoratore. Nel nostro ordinamento, prima dell'emanazione del D.lgs. 18/2001 non vi era una nozione specifica di “*trasferimento d'azienda*” ai sensi dell'art.2112 c.c., per questo motivo dottrina e giurisprudenza si sono a lungo dibattute e facevano riferimento ai concetti esposti nell'art. 2555 c.c., così come interpretata dai dottori commercialisti, i quali conferivano un ruolo di primario ordine all'esistenza di elementi strutturali e materiali¹¹⁴. Successivamente, la disciplina interna è stata fortemente influenzata dal diritto comunitario. La disciplina del trasferimento d'azienda, come è stato osservato (rimodulata nel testo originario dell'art. 2112 c.c. a seguito delle direttive comunitarie) presenta però “due facce”: la salvaguardia della continuità aziendale, da una parte, e il sostegno del fenomeno circolatorio dei complessi aziendali in un mercato globalizzato,

¹¹³ Trib. Milano 5 maggio 2015, cit. *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2015, 4, 941.

¹¹⁴ Le nozioni di “*impresa*” e di “*azienda*” contenute nel codice civile sono state oggetto di diverse definizioni, spesso contrastanti, condizione che ha reso ancor più complesso il compito dell'interprete.

dall'altra¹¹⁵. A fronte delle spinte anche degli altri stati, verso soluzioni di decentramento produttivo e di trasformazione, dei sempre più frequenti fenomeni di destrutturazione aziendale e di esternalizzazione, attuati attraverso il ricorso al trasferimento d'azienda, permane centrale l'esigenza di mantenere, nel segno della flessibilità, le irrinunciabili garanzie a sostegno del lavoro e dei lavoratori. Per quanto riguarda le modifiche apportate dal diritto comunitario, meritano di essere menzionate, nello specifico le direttive 77/187/CE, 98/50/CE¹¹⁶, come anche nella successiva 2001/23/CE, in tal modo il legislatore comunitario si è pronunciato sulla definizione di azienda, e ciò ha portato all'abbandono della prima interpretazione. Con la direttiva n.77/187/CE si voleva evitare che la ristrutturazione delle imprese, nell'ambito della Comunità Europea, comporti conseguenze negative per i lavoratori, in tal senso la direttiva in oggetto assume una portata garantistica assai ampia nei confronti del cd. contraente debole. Bisogna menzionare che la rilevanza che le viene affidata è dovuta anche dalla circostanza che il trattamento dei lavoratori rappresenta il nocciolo duro del diritto comunitario o meglio il cd. "sistema di politica sociale europea"¹¹⁷. Infatti, il trasferimento d'azienda si pone in termini neutri per i lavoratori, i quali non devono essere oggetto di trattamenti meno favorevoli, posto che il fine non è quello di assicurare la funzionalità operativa dell'impresa, quanto quello di adottare le disposizioni necessarie per tutelare i dipendenti assicurando la conservazione dei loro diritti. Dalla direttiva si evince che il trasferimento d'azienda ricomprende tutte le ipotesi di sostituzione a qualunque titolo della persona fisica o giuridica del datore di lavoro, a condizione che l'azienda mantenga la sua identità, proseguendo l'attività originaria, o una sua autonoma funzionalità. Il legislatore comunitario, nella direttiva europea parla di "*entità economica*", interpretando la stessa come insieme di mezzi organizzati al fine di svolgere un'attività economica, che deve mantenere nel trasferimento la propria individualità¹¹⁸. Successivamente, con la Direttiva

¹¹⁵ R. FOGLIA, *La cessione del ramo d'azienda*, in AA.VV., *Il diritto del lavoro nell'Unione Europea* (a cura di R. Foglia - R. Cosio), Giuffrè, 2011, p. 115 ss., cui si rinvia per utili riflessioni sulla necessità di armonizzazione della normativa statale con quella dell'UE.

¹¹⁶ Cfr. art. 1, par. 1, lett. b) Dir. 98/50/CE, ora art. 1 let. b) Dir. 2001/23/CE.

¹¹⁷ R. FOGLIA, *il trasferimento d'azienda nell'Unione Europea: la normativa comunitaria*, in www.diritto-lavoro.it

¹¹⁸ In merito alla definizione della nozione di entità economica ai sensi del diritto comunitario, cfr. Corte Giust. 10 dicembre 1998, cause riunite C-127/96, C-229/96, e C-74/97, F. Hernandez Vidal s.a. c P. Gomez Perez e altri, in *Dir. lav.*, 1999, p. 110, nonché in *Foro it.*, 1999, IV, c. 392; Corte Giust. 10 dicembre 1998, cause riunite C-173/96 e C-247/96, F. Sánchez Hidalgo c. Asociación de Servicios Aser, in *Mass. giur. lav.*, 1999, p. 98, nonché in *Raccolta*, I - p. 8237, e in *Temi romana*, 1999, p. 730; Corte Giust. 25 gennaio 2001, causa C-172/99, Oy Liikenne Ab. c. Liskojärvi e Juntunen, in *Mass. giur. lav.*, 2001, 5, p. 496, con

n.98/50/CE, nei cui preamboli si pone subito in luce l'esigenza di chiarire la nozione giuridica di trasferimento d'azienda, emerge una delle principali novità, ovvero la precisazione e l'ampliamento del concetto stesso di trasferimento fino a includervi ogni cessione che derivi da contratto, da disposizione del giudice o di legge o provvedimento amministrativo, nonché i casi d'insolvenza. Tali direttive europee, sono state eseguite nel nostro ordinamento con il D.lgs. 2 febbraio 2001, n.18, il quale ha profondamente modificato il testo dell'art.2112 c.c. con l'obiettivo di armonizzare la norma italiana con quella comunitaria. Il legislatore italiano, nell'emanare tale decreto, ha sia adempiuto all'obbligo di trasporre nell'ordinamento interno il contenuto della normativa comunitaria appena citata, ma ha altresì recepito le diverse sollecitazioni provenienti dal settore interno, in particolar modo dalla dottrina, la quale aveva più volte chiesto un intervento normativo per chiarire la nozione di azienda. Le molteplici modifiche apportate nel tempo all'originario testo della norma del codice civile (art.2112 c.c.) evidenziano la sempre più stretta relazione tra la normativa statale e quella euro-unitaria, con *“conseguente rottura del diritto interno che, per una parte si fa omogeneo al diritto di altri Stati, e per un'altra parte, rimane quale era e subisce mutamenti per cause proprie e nazionali”*¹¹⁹.

Nella stessa direzione in cui si muovono le indicazioni scaturenti dalle direttive comunitarie e dalle numerose sentenze della Corte di Giustizia¹²⁰, il D.lgs. 18/2001 all'art. 2112 c.c., comma 5, enuncia la prima sostanziale modifica, evidenzia cioè, che ciò che conta è la netta individuazione e l'effettività del trasferimento d'azienda o di un suo ramo e ha specificato che per trasferimento d'azienda si intende *«qualsiasi operazione che, in seguito a cessione contrattuale o fusione, comporti il mutamento nella titolarità di un'attività economica organizzata, con o senza scopo di lucro, preesistente al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità»*¹²¹. Nel rappresentare la fattispecie del trasferimento d'azienda, da un'attenta analisi della norma, si evincono

nota di P. PASSALACQUA, *Successione nell'appalto, trasferimento d'azienda e definizione legale della fattispecie*; Corte Giust. 24 gennaio 2002, causa C-51/2000, Temco Service Ind., cit.

¹¹⁹ N. IRTI, *Norme e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Laterza, 2004, p.85 ss, per il quale attualmente la *“nostra identità si scinde nel cives e nell'homo oeconomicus, nell'obbedienza alle leggi della città e alle leggi degli spazi globali”*.

¹²⁰ F. GALGANO, *Diritto commerciale. L'imprenditore*, Zanichelli, Bologna, 1974 p. 40, secondo il quale *«ogni attività economica, in quanto tale, è già di per sé rivolta al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi e nello svolgimento di tali ampie operazioni si esaurisce»*.

¹²¹ L. GOMBIA, *La nuova disciplina del trasferimento d'azienda*, in www.uilca.it

tre caratteristiche essenziali, e cioè: I) l'esistenza di un'attività economica organizzata; II) la scarsa importanza della presenza o meno di uno scopo di lucro; III) la preesistenza al trasferimento e il mantenimento dell'identità nel corso dell'operazione di cessione. Riguardo il primo punto, il D.lgs. 18/2001 recepisce una definizione di azienda simile, ma non uguale, a quella tratteggiata dalla normativa comunitaria. La normativa interna si riferisce al trasferimento di una «attività economica organizzata...», mentre la direttiva comunitaria¹²² sottintende ad una «entità economica che conserva la propria identità, intesa come insieme di mezzi organizzati al fine di svolgere un'attività economica, sia essa essenziale o accessoria»¹²³. Tale norma, da cui si evince una nozione comunitaria di trasferimento d'azienda senza dubbio elastica ed aperta, risponde ad una chiara esigenza: quella di adeguare la definizione giuridica ai continui cambiamenti che, nel corso degli anni, si sono susseguiti in ambito economico e che hanno riguardato inevitabilmente le trasformazioni di imprese. Il rischio che sarebbe scaturito nella conservazione di una definizione rigida, in un contesto fortemente dinamico, sarebbe stato sicuramente quello di andare ad indebolire irrimediabilmente il fine garantistico della direttiva comunitaria¹²⁴. Riguardo al significato e al valore da attribuire alla differente terminologia si sono delineate, in dottrina, due direzioni. Alcuni teorici hanno sostenuto che la ragione per cui il legislatore abbia utilizzato la nozione di «attività economica» al posto di quella di «entità economica» è ravvisabile nella volontà «di escludere proprio la rilevanza di ciò che, invece, caratterizza la nozione di entità, vale a dire la sussistenza di un insieme di mezzi»¹²⁵. Di contro, altri, conferendo alla differenza terminologica una importanza non rilevante, hanno sostenuto che l'enunciato dell'art. 2112 c.c. prevedesse comunque il passaggio di un complesso di beni organizzati, non ammettendo quindi che il trasferimento di una semplice attività organizzata, rappresentata da un insieme di rapporti di lavoro funzionalmente connessi al compimento di un'attività produttiva, potesse integrare l'ipotesi di cui all'art.2112 c.c.¹²⁶. Al fine di attenuare la discordanza interpretativa tra i diversi orientamenti, è necessario menzionare e mettere in

¹²² Art.1 D.n.98/50/CE

¹²³ Art.1, comma I, lett. b), Dir.2001/23/CE.

¹²⁴ A. PIZZOFERRATO, *La nozione giuslavoristica di trasferimento d'azienda tra diritto comunitario e diritto interno*, in RIDL, 1998, par.I, p. 431.

¹²⁵ A. MARESCA, *Le "novità" del legislatore nazionale in materia di trasferimento d'azienda*, in Arg. dir. lav., 2001, 2, p. 587.

¹²⁶ G. SANTORO PASSARELLI, *La nozione di azienda trasferita tra disciplina comunitaria e nuova normativa nazionale*, in Arg. Dir. La., 2003, I, p.189.

luce gli approdi giurisprudenziali cui è giunta la Corte di Giustizia in sede interpretativa delle direttive sopra menzionate. L'attenzione dei giudici della Corte si è incentrata in un primo momento sulla nozione di "operazione", ovvero "*sulla dismissione di un'attività da parte di un'impresa e sulla prosecuzione della stessa da parte di un'altra*", per cui l'azienda era intesa sostanzialmente come un insieme di attività economiche, sia esse principali o accessorie, con la conseguenza che ogni operazione di esternalizzazione rientrasse nel campo di applicazione del trasferimento d'azienda. Ciò scaturisce in particolar modo dallo studio di alcune famose sentenze: Spijkers, Schmidt e Mercks in cui, affermando che : "*il criterio decisivo per stabilire l'esistenza di un trasferimento d'impresa o di parte di questa, è quello del mantenimento dell'identità dell'entità economica ravvisabile dal concreto proseguimento della ripresa, da parte del nuovo imprenditore, delle stesse attività economiche o di attività analoghe*", si assiste ad un tracollo di quei concetti quali il trasferimento degli elementi patrimoniali, per arrivare a una totale valorizzazione dei solo elementi della prosecuzione dell'attività economica e della similarità dell'attività ceduta¹²⁷. Quello che diviene rilevante agli occhi dei giudici è la valutazione della persistenza dell'attività organizzata, attraverso la permanenza di elementi significativi, quali un bagaglio patrimoniale costituito da una serie di competenze, dall'avviamento, da tecniche di organizzazione del lavoro, cioè con tutte quelle caratteristiche proprie dell'attività precedente, quindi con fattori immateriali. La giurisprudenza comunitaria rappresenta un importantissimo criterio ermeneutico per un esame critico della normativa interna di attuazione delle direttive comunitarie¹²⁸. Secondo il Giudice comunitario¹²⁹ è presumibile un trasferimento d'azienda anche laddove

¹²⁷ P. LAMBERTUCCI, *La configurazione dell'azienda nel diritto comunitario e nel diritto interno ai fini del suo trasferimento*, in ADL, n.4, 1997, p.132.

¹²⁸ Corte Cost. 18 aprile 1991, n. 168, in *Foro it.*, 1992, I, c. 60; Corte Giust. 10 aprile 1984, causa C14/1983, in *Foro it.*, 1985, IV, c. 59; Corte Giust. 10 aprile 1984, causa C- 79/1983, in *Raccolta*, 1984, p. I1921; Corte Giust. 13 ottobre 1990, causa C-106/1989, in *Foro it.*, 1992, IV, c. 173.

¹²⁹ P. LAMBERTUCCI, *Sulla nozione di trasferimento d'azienda nel diritto comunitario*, nota a Corte Giust. 14 aprile 1994, causa C392/92 in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, II, p. 608; ID., *La configurazione dell'azienda nel diritto comunitario e nel diritto interno ai fini del suo trasferimento*, in *Arg. dir. lav.*, 1997, 4, p. 127; A. PIZZOFERRATO, *La nozione "giuslavoristica" di trasferimento d'azienda fra diritto comunitario e diritto interno*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, I, p. 429; S. CIUCCIOVINO, *La nozione di «azienda trasferita», alla luce dei recenti sviluppi della giurisprudenza interna e della disciplina comunitaria*, in *Arg. dir. lav.*, 1998, 3, p. 893; R. ROMEI, *Cessione di ramo d'azienda e appalto*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1999, 2-3, pp. 325 e ss. e 335 e ss.; A. VALLEBONA, *Successione nell'appalto e tutela dei posti di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, p. 217; R. FOGLIA, *La fattispecie trasferimento d'azienda alla luce della nuova direttiva 98/50: profili definitivi e interpretativi*, in *Foro it.*, 2000, I, c. 866; A. LEPORE, *Il trasferimento d'azienda tra diritto interno e disciplina comunitaria*, in *Mass.giur.lav.*, 2001, p.182.

l'attività esercitata sia di stampo tale da non presupporre un rilevante sfondo materiale. E 'stato chiarito che, in circoscritti casi, un insieme di lavoratori subordinati, organizzati al fine di esercitare una determinata attività, può certamente rappresentare un'entità economica suscettibile di trasferimento, prescindendo dal passaggio di cospicui elementi materiali.

Deve concludersi che riguardo alla differenza terminologica usata dalla direttiva comunitaria (che, lo si ripete, si riferisce alla nozione di "entità economica") e quella dell'art. 2112 c.c. (che invece utilizza la diversa nozione di "attività economica organizzata") non è rinvenibile un'effettiva discrepanza di significato, dal momento che tanto il diritto comunitario quanto quello interno hanno adottato una nozione dematerializzata del concetto azienda, attraverso una formula definitoria basata sulla nozione di "insieme di mezzi". Nello specifico, la direttiva n.98/50, oltre alla dematerializzazione del concetto di azienda, ha anche cercato, con il continuo richiamo alla nozione di organizzazione, capace di identificare un nucleo organizzativo funzionale e preesistente, di delimitare il crescere di fenomeni insoliti di decentramento e di terziarizzazione dell'impresa, evitando che mere prosecuzioni di attività economiche, assumano significato rilevante ai sensi della direttiva comunitaria. Quindi, nella pur ampia prospettiva adottata dalla direttiva, con il chiaro intento di assecondare interventi di esternalizzazione, si coglie tuttavia la necessità del legislatore di mettere in atto un distinguo tra le stesse. A tal proposito si menzionano le figure contrattuali come l'appalto, l'agenzia o il franchising ecc., che, in quanto caratterizzate dalla mera prosecuzione di attività economica, non per forza di cose rientrano nella disciplina della direttiva.

Ciò precisato, appare doveroso chiarire che il legislatore nazionale accoglie un'idea di azienda squisitamente lavoristica, posto che il comma 5 dell'art.2112 c.c. ravvisa una nozione di azienda e di trasferimento valida «ai fini e per gli effetti di cui al presente articolo», con l'ovvio corollario che le nozioni di azienda e di trasferimento devono essere lette alla luce della *ratio* e dei propositi perseguiti che, come si desume dalla rubrica dell'art. 2112 c.c., consistono nel mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda¹³⁰. Concludendo, appare del tutto evidente come, il legislatore comunitario, ha agito provando a diffondere il più possibile la portata protettiva della

¹³⁰ M. NOVELLA – M.L. VALLAURI, *Il nuovo art. 2112 c.c. e i vincoli del diritto europeo*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2005, p. 177.

direttiva 98/50 e di armonizzare a certi modelli di tutela i vari ordinamenti nazionali. Per portare a compimento tale opera, non ha mai imposto dei concetti fermi per la totalità degli Stati membri, ma ciò che ha reso vincolante per tutti gli ordinamenti, cui devono obbligatoriamente adeguarsi, è l'individuazione del campo di applicazione della materia di tutela dei lavoratori¹³¹.

2.2.1 Il trasferimento di ramo di azienda

La nozione di ramo d'azienda elaborata prima del D.lgs 18/2001

Un rapido cenno merita la definizione di ramo d'azienda, posto che talvolta, in vista del trasferimento, si ricorre all'artificiosa creazione ad hoc di porzioni non coordinate tra loro, di semplici reparti o uffici o di articolazioni non autonome, raggruppate soltanto dalla volontà dell'imprenditore e non dall'appartenenza del rapporto ad una entità economica dotata di autonoma ed equa funzionalità, per operare indebite eliminazioni di "rami secchi" o non permesse esternalizzazioni in funzione di infondate estromissioni di lavoratori dal circuito produttivo¹³². Sebbene la nozione di ramo d'azienda è stata introdotta nel nostro ordinamento dal D.lgs. 18/2001, dottrina e giurisprudenza non dubitarono della possibilità di applicare l'art. 2112 c.c. anche quando l'oggetto della cessione fosse un solo segmento dell'intero complesso aziendale. Nel prevalente elaborato della giurisprudenza, la distinzione tra azienda e ramo di quest'ultima doveva essere ricercata sulla base di un criterio di natura quantitativa¹³³, quindi nella differente ampiezza delle due nozioni, nel senso che il ramo d'azienda doveva essere ricompreso nell'intero complesso dell'azienda, ovvero doveva possedere, in scala ridotta, tutte le peculiarità dell'azienda madre e configurarsi come «una sorta di piccola azienda in grado di funzionare in modo autonomo...»¹³⁴ ovvero come «un complesso di beni idoneo

¹³¹ F. SCARPELLI, *Il mantenimento dei diritti del lavoratore nel trasferimento d'azienda*, in *Il trasferimento d'azienda*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 2004, 28, p. 360

¹³² In tale senso: Cass. 1° febbraio 2008, n. 2489, in *Lav. giur.*, 2008, p. 624, con nota di G. TREGLIA; Cass. 13 ottobre 2009, n. 21697, in *Foro italiano*, 2010, 2, I, p. 448; Cass. 15 aprile 2014, n. 8757, in C. SANTORO, *Cessione di ramo d'azienda: la Cassazione insiste sulla preesistenza*, in *BollettinoAdapt.it*, 12.06.2014.

¹³³ C. CESTER, *La fattispecie: la nozione di azienda, di ramo d'azienda e trasferimento, fra norme interne e norme comunitarie*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 2004, 28, p. 27; G. SANTORO PASSARELLI, *Fattispecie e interessi tutelati nel trasferimento d'azienda e di ramo d'azienda*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, I, p. 189.

¹³⁴ Cfr. Cass. 25 ottobre 2002, n. 15105, cit.

all'esercizio in maniera autonoma dell'impresa, dotato cioè di un'autonoma attitudine alla produzione»¹³⁵.

Inoltre, era necessaria la sussistenza non soltanto di un'autonomia organizzativa e funzionale, ma anche di una *compiuta autonomia economica*, nel senso che doveva essere in grado di produrre in via autonoma un risultato produttivo considerevole dal punto di vista commerciale¹³⁶; come dire che l'effettiva autonomia del ramo doveva essere appurata anche sulla base della sua «*intrinseca capacità di realizzare i servizi o prodotti richiesti dal mercato*»¹³⁷. La giurisprudenza aveva altresì aggiunto che il ramo da cedere non potesse «*difettare di un centro direttivo e organizzativo*»¹³⁸, ci si riferisce all'autonomia gestionale ed amministrativa, mentre non era ritenuto indispensabile che fosse provvisto di una spiccata autonomia finanziaria¹³⁹. Seguendo tale impianto, non si riscontrava alcuna distinzione qualitativa tra l'azienda intesa nel suo complesso ed un ramo di essa dal momento che quest'ultimo, per poter essere ceduto ex art. 2112 c.c., avrebbe dovuto ricomprendere in sé tutte quelle prerogative di stampo gestionale, produttivo e organizzativo che delineano l'intera impresa. Ultimando, la porzione aziendale così indicata doveva obbligatoriamente preesistere rispetto «*alla vicenda traslativa, nel senso che già prima esso deve essere identificabile ed idoneo a funzionare autonomamente*»¹⁴⁰.

2.2.2 La nozione di ramo d'azienda introdotta dal legislatore del 2001: L'autonomia funzionale e l'irrilevanza degli elementi materiali

¹³⁵ Cass. 18 maggio 1995, n. 5483, in *Not. giur. lav.*, 1995, p. 912; Cass. 17 marzo 1993, n. 3148, in *Riv. it. dir. lav.*, 1994, II, p. 413, nonché in *Mass. giur. it.*, 1993; Cass. 5 agosto 1988, n. 4845, in *Or. giur. lav.*, 1988, p. 1141; Cass. 21 novembre 1984, n. 5971, in *Foro it.*, 1985, I, c. 102; per quanto riguarda la giurisprudenza di merito, cfr. Trib. Genova 4 novembre 1999, Ansaldo Energia S.p.a. e Consorzio Manital c. Berri, in *Arg. dir. lav.*, 2000, p. 427; Trib. Genova 7 settembre 1999, ibidem, p. 422; Pret. Genova 22 ottobre 1998, ibidem, 1998, p. 1006;

¹³⁶ G. SANTORO PASSARELLI, *Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 23.

¹³⁷ G. PERA, *Movimenti del capitale e libertà dei lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, I, p. 461;

¹³⁸ Trib. Genova 4 novembre 1999, cit.; Trib. Genova 7 settembre 1999, cit.; Pret. Genova 22 ottobre 1998, cit

¹³⁹ Trib. Genova 19 luglio 1999, in *Giorn. dir. lav. rel ind.*, 1999, n. 2-3, pp. 510 ss.; Pret. Genova 22 ottobre 1998, cit

¹⁴⁰ La fisionomia che assume la disciplina del trasferimento di ramo di azienda nella gestione dei processi di decentramento produttivo è anche confermata dalla circostanza che il legislatore del decreto Biagi, per la prima volta, riconosce e detta una descrizione analitica del cd. contratto di esternalizzazione, ovvero di quel contratto che disciplina il nesso tra la cessione del ramo di azienda e il successivo contratto di appalto con cui il cedente acquista dal cessionario i beni o servizi prodotti dalla parte di azienda oggetto di cessione.

Successivamente, con il D.lgs. 18/2001 e in un secondo momento con il D.lgs. 276/2003, il legislatore ha espressamente riconosciuto la possibilità di trasferire un ramo aziendale, recepito come «*articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata...*». Tale definizione rappresenta sicuramente la novità più rilevante e costituisce il frammento della normativa che ha maggiormente stimolato il coinvolgimento della dottrina¹⁴¹ e della giurisprudenza visto che l'oggetto della discussione incentrato attorno alla nozione di ramo d'azienda è rigorosamente collegato al più diffuso fenomeno del decentramento produttivo, come è fatto noto dalla circostanza che l'esternalizzazione di frammenti del ciclo produttivo si realizza il più delle volte grazie allo strumento del trasferimento di ramo d'azienda. Per tale ragione, in caso di operazioni tra imprese *in bonis*, la sua nozione è strettamente collegata non soltanto a quella dell'autonomia funzionale, ma anche alla nozione di preesistenza. La corretta individuazione dei contorni dell'autonomia funzionale rappresenta uno degli elementi più problematici della disciplina in oggetto. Per questo motivo si è ravvisata da subito l'esigenza di ricercare una nozione lavoristica di autonomia funzionale, non più ancorata alla nozione di ciclo produttivo e più incentrata sul fattore della organizzazione del lavoro. Per tale ordine di ragioni, la giurisprudenza¹⁴² ha precisato che ai fini del trasferimento di ramo d'azienda ex. art. 2112 c.c., anche nel dettato modificato dall'art.32, D.lgs. n. 276/2003¹⁴³, costituisce elemento costitutivo della cessione l'autonomia funzionale del ramo ceduto, ovvero la sua idoneità, già al momento dello smembramento dall'impianto cedente, di provvedere ad un fine di produzione con i propri mezzi funzionali ed organizzativi e quindi di portare avanti, senza aiuti da parte del cessionario, la funzione o il servizio nell'ambito dell'impresa cedente¹⁴⁴. Ciò è possibile nel momento in cui i beni

¹⁴¹Per un excursus sull'evoluzione normativa si veda M. GIUSTINIANI, E. GERGALE, *Trasferimento d'azienda e cessione di singole unità produttive*, in Guida lav., 2006, 8, p. 12.

¹⁴² M.L. VALLAURI, *La nozione di ramo d'azienda nella giurisprudenza nazionale più recente*, in *Innovazione tecnologica, esternalizzazione dei servizi e professionalità*. Lav. giur., speciale, 2010, pp. 32 e ss.

¹⁴³ In attuazione della delega contenuta nell'art. 1, comma 2, lett. p), L. n. 30/2003, per la realizzazione di un "completo adeguamento della disciplina vigente alla normativa comunitaria", costituita dalla Dir. 2001/23/CE del Consiglio del 12 marzo 2001, già recepita dalla L. n. 39/2002, richiedente in particolare al punto 2) la previsione del requisito di "autonomia funzionale del ramo di azienda nel momento del suo trasferimento".

¹⁴⁴ Così, in particolare: Cass. 31 maggio 2016, n. 11247, in M.G. GRECO, *Il rapporto di lavoro nell'impresa multidatoriale*, Giappichelli, 2017, p. 25; Cass. 31 luglio 2017, n. 19034, disponibile online (http://www.lavorosi.it/fileadmin/user_upload/Cassazione-sentenza-n-19034-2017.pdf).

che fanno parte del ramo aziendale siano tra loro funzionalmente connessi in modo solido e armonico. Nondimeno, è necessario che il frammento aziendale ceduto sia idoneo a svolgere costantemente un'attività di impresa, e non limitatamente in vista dell'esecuzione di un'unica opera¹⁴⁵. Inoltre, ai fini del riconoscimento del requisito dell'autonomia funzionale, è del tutto privo di importanza che il ramo oggetto della cessione svolga l'attività principale oppure un'attività secondaria o accessoria dell'attività di impresa, in tal senso sono compresi nel raggio di applicabilità dell'art. 2112 c.c. anche quelle ipotesi in cui oggetto del trasferimento non è un segmento del core business dell'impresa, ma anche un servizio strumentale o di aiuto o supporto all'attività principale¹⁴⁶. Ne discende che elemento determinante per identificare il ramo d'azienda funzionalmente autonomo combacia con la presenza di «una coesione funzionale e organizzativa dell'attività ma non anche una autonomia gestionale o amministrativa, né una indipendenza economico-commerciale o un'assoluta autonomia del risultato produttivo»¹⁴⁷. Nello stesso senso si è orientata la Suprema Corte, la quale ha esplicitato che «per ramo d'azienda ai sensi dell'art. 2112 c.c. (così come modificato dal D.lgs. 2 febbraio 2001 n. 18, in applicazione della Direttiva CE n. 98/50) come tale suscettibile di autonomo trasferimento riconducibile alla disciplina dettata per la cessione di azienda, deve intendersi ogni entità economica autonoma ed organizzata in maniera stabile, la quale, in occasione del trasferimento conservi la sua identità, senza che sia necessaria anche la completezza e l'autosufficienza del gruppo»¹⁴⁸. Nello stesso trasferimento d'azienda, può accadere che proprio quella capacità del personale

¹⁴⁵ Cfr. da ultimo Cass. 13 ottobre 2009, n. 21697, in *Dir. prat. lav.*, 2009, 47, p. 1883, nonché in *Foro it.*, 2010, II, 1, c. 448; Cass. 8 giugno 2009, n. 13171, in *Foro it.*, 2010, II, 1, c. 448, nonché in *Dir. prat. lav.*, 2009, 47, p. 1883; Cass. 5 marzo 2008, n. 5932, in *Lav. giur.* 7/2008, p. 733, con nota di C.A. GIOVANARDI; Cass. 1 febbraio 2008, n. 2589, in *Lav. giur.* 6/2008, p. 624, con nota di G. TREGLIA; Cass. 15 giugno 2006, n. 13783, in *Not. giur. lav.*, 2006, p. 686; Cass. 10 gennaio 2004, n. 206, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, II, p. 653, con nota di A. SITZIA, *Trasferimento di parte di azienda, smaterializzazione dell'impresa ed esternalizzazioni: il caso Ansaldo e l'art. 32 del d.lgs n. 276/2003*.

¹⁴⁶ R. ROMEI, *Azienda, impresa, trasferimento*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2003, pp. 49 e ss. e in particolare p. 63, il quale afferma che «il risultato o il servizio prodotto da tale segmento (può essere) diverso da quello principale»

¹⁴⁷ R. DE LUCA TAMAJO, *La disciplina del trasferimento di ramo d'azienda dal codice civile al decreto legislativo n. 276 del 10 settembre 2003*, in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO e L. ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del Lavoro, riforma e vincoli di sistema*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2004, p. 569;

¹⁴⁸ Cfr. Cass. 17 marzo 2009, n. 6452, in *Dir. prat. lav.*, 2009, 35, p. 2107. In questa sentenza la Suprema Corte ha espresso che la cessione del servizio esattoriale operata da un istituto di credito integrasse gli estremi di un trasferimento di ramo d'azienda ai sensi dell'art. 2112 c.c., non avendo rilievo decisivo, ai fini della valutazione della sussistenza del requisito dell'autonomia funzionale, la circostanza che il 5% dei dipendenti trasferiti svolgesse mansioni promiscue - bancarie ed esattoriali - e che il settore si avvallesse di alcuni servizi operativi della banca quali il centralino, il servizio paghe, e i supporti informatici.

rappresentativa di una determinata organizzazione, può assumere una importanza a tal punto peculiare da configurarsi come nucleo identificativo “aziendale” (e, di conseguenza, del valore di impresa), ciò sia che si tratti di un gruppo saldamente armonizzato di lavoratori, organizzati tra loro, la cui abilità operativa sia garantita dal fatto di essere dotati di uno specifico *know how* (o, comunque, dall’utilizzo di copyright, marchi, brevetti, etc.); sia che riguardi settori principalmente basati sulla mano d’opera, potendo un insieme di lavoratori, che ottemperi fermamente un’attività comune, corrispondere ad un’entità economica, capace di mantenere la sua essenza e individualità al di là del trasferimento¹⁴⁹.

Si può dunque trarre la conclusione che la nozione di ramo d’azienda delineata dal legislatore del 2001 sia più flessibile di quella precedentemente prevista.

Per quanto riguarda la nozione di preesistenza, ci si è domandati se potesse essere ammessa la possibilità di trasferire ai sensi dell’art.2112 c.c. un frammento di azienda che all’epoca del trasferimento era dotato di una autonomia solo potenziale. Al riguardo, si delinearono due diversi orientamenti, uno, maggioritario, sosteneva che il ramo d’azienda oggetto di trasferimento dovesse essere fornito di una totale e preesistente autonomia funzionale presso il cedente¹⁵⁰ tale da consentire lo svolgimento di un’autonoma attività d’impresa, l’altro, minoritario, asseriva che fosse sufficiente anche un’autonomia solo potenziale del suddetto ramo. L’intervento legislativo del 2001 ha condiviso al più restrittivo degli orientamenti sopra citati, prevedendo, ai fini dell’applicabilità dell’art.2112 c.c., che il ramo aziendale ceduto fosse dotato di un’autonomia funzionale *preesistente* al trasferimento. A tal proposito bisogna menzionare che la novella apportata dal D.Lgs 276/2003 ha abrogato dal corpo della disposizione ogni riferimento al requisito della preesistenza, prevedendo unicamente che l’autonomia funzionale sia effettivamente presente all’atto della cessione.

¹⁴⁹ D. GAROFALO, *Appalti e lavoro: Volume secondo. Disciplina lavoristica*, Giappichelli, 2017, p. 223.

¹⁵⁰ Trib. Genova 4 novembre 1999, cit., che «*dissente dall’opinione di una parte della dottrina e della giurisprudenza, secondo la quale potrebbe aversi trasferimento d’azienda anche in presenza della cessione di nuclei di beni e di rapporti “suscettibili di essere organizzati per l’esercizio di un’attività aziendale” e che l’autonomia della parte ceduta potrebbe essere solo potenziale e non attuale*»; Pret. Genova 22 ottobre 1998, cit. Tale impostazione è stata confermata anche dalla successiva giurisprudenza di Cassazione formatasi in relazione all’interpretazione dell’art. 2112 c.c. nel testo anteriore alla novella del 2001. A tale riguardo cfr. ex multis Cass. 7 dicembre 2006, n. 26215, in *Lav. giur.*, 2007, 5, p. 483, con nota di G. GIRARDI, *Il trasferimento può avvenire anche tramite un intermediario*, nonché in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2008, 1, p. 247.

2.3 L'affitto di azienda

Quando l'azienda si trova in una situazione di difficoltà economica, dottrina e giurisprudenza si sono a lungo chieste quale fosse la via migliore per tutelare i contrapposti interessi delle parti. Infatti, quando l'azienda è in crisi essa può essere vista sotto un duplice aspetto: da un lato, se l'azienda viene vista come strumento essenziale per l'esercizio dell'attività produttiva, l'azienda assume un valore "dinamico" che richiede, per evitare la sua irrimediabile dispersione, ed il conseguente pregiudizio di coloro che hanno interesse alla sua conservazione, la prosecuzione del suo esercizio; dall'altro se l'azienda viene intesa quale oggetto della garanzia patrimoniale dei creditori, l'azienda deve soddisfare l'opposto interesse di questi ultimi ad ottenere il soddisfacimento delle loro pretese di credito nel minor tempo possibile. L'esigenza di contemperare i due contrapposti interessi si colloca nell'immediato nell'ipotesi di fallimento di una delle parti, sia nell'ipotesi in cui l'azienda appartenga al soggetto fallito, sia nel caso contrario che essa sia da quest'ultimo solo gestita, rimanendo la sua proprietà in capo ad un terzo. In particolare assume rilievo la prima ipotesi, nel caso in cui l'azienda appartenga al fallito, in tal caso, infatti, la continuazione del suo esercizio e l'esigenza opposta di venderla rapidamente trovano ideale composizione qualora l'azienda sia ceduta contemporaneamente alla dichiarazione di fallimento del suo titolare, senza una considerevole interruzione della sua attività, essendo evidente che tale soluzione appare idonea a soddisfare gli interessi di tutti i soggetti coinvolti dal fallimento, sia quelli del fallito e dei creditori concorrenti per i quali è essenziale il maggior ricavo nel più breve tempo possibile, sia quelli dei lavoratori e dei terzi in generale, cui interessa-rispettivamente- conservare i livelli occupazionali e salvaguardare l'unità produttiva con la quale continuare a intrattenere rapporti commerciali. Peraltro, è noto che nella prassi una simile eventualità si realizza molto raramente, perché la vendita dell'azienda si verifica solo in un momento successivo rispetto alla dichiarazione di fallimento, sicché gli organi della procedura devono decidere in tempi brevissimi, e senza disporre di adeguate informazioni sulla situazione patrimoniale ed economica dell'impresa, fra la cessazione dell'esercizio e la conservazione del suddetto valore dinamico mediante l'esercizio provvisorio o l'affitto d'azienda¹⁵¹. Vediamo dunque come, anche l'affitto

¹⁵¹ BASSI, *Riflessioni sull'affitto d'azienda e sull'affitto di opificio nel fallimento*, in *Riv. Dir. civ.*, 1982, II, p.327

d'azienda, è finalizzato alla conservazione del valore dell'impresa conservando i livelli occupazionali e i valori di avviamento aziendali. Da un punto di vista squisitamente civilistico, l'affitto di azienda è disciplinato dall'art.2562 del codice civile, mediante rinvio alle disposizioni contenute nell'art.2561 c.c. relative all'usufrutto di azienda, e può definirsi come il contratto attraverso il quale un soggetto (il locatore), a fronte del pagamento di un corrispettivo (il canone di locazione), trasferisce in godimento ad un altro soggetto (affittuario) un complesso di beni organizzati per l'esercizio di un'attività produttiva. L'art.2562 c.c. per molti aspetti rinvia ad altri artt. sempre del codice civile. Precisamente, all'art.1615 c.c. in relazione alla gestione in conformità della destinazione economica della cosa, all'art. 2112 c.c., con cui sono regolamentati i diritti e gli obblighi in caso di trasferimento d 'azienda, all'art.2557 c.c. sul divieto di concorrenza ed è discusso se in forza del richiamo all'art. 2561 c.c. si applichi o meno anche all'affitto l'art. 1015, secondo cui¹⁵², in caso di violazione da parte dell'affittuario, dei propri obblighi, il concedente può chiedere la risoluzione del contratto, ex art. 1618 c.c.si afferma che il coordinamento tra la disciplina dell'art. 2561 c.c. e la disciplina generale dell'affitto debba aver luogo sulla base dei seguenti principi: le disposizioni degli artt.2562 e 2561 c.c, in quanto norme speciali riguardanti l'affitto d'azienda, prevalgono in caso di contrasto sulla disciplina generale, salvo che si tratti di disposizioni specificatamente legate alla caratteristica dell'usufrutto dell'azienda incompatibili con quelle del suo affitto¹⁵³. Entrando nel merito dell'affitto d'azienda nelle procedure concorsuali, esso risponde all'esigenza di mantenere il valore unitario del complesso produttivo, con il fine di garantire, nella prospettiva di ricollocazione dell'azienda sul mercato, un realizzo presumibilmente maggiore rispetto a quello ottenibile attraverso la vendita separata delle singole componenti, in quanto è possibile mantenere il know-how aziendale che, diversamente, in caso di liquidazione andrebbe perso. In aggiunta a ciò, sul fronte specifico dei creditori, l'istituto dell'affitto è volto a conciliare il vantaggio per i creditori di una valorizzazione degli *asset* ancora positivi dell'azienda, che un'immediata interruzione potrebbe disperdere. In tal caso, il fallimento diventa un'occasione di mercato per l'impresa in crisi che non comporta la necessaria

¹⁵² In senso affermativo, si veda G. COTTINO, *Lineamenti di diritto Commerciale*, Milano; contra COLOMBO, *L'azienda*. Tr GALGANO, 289; e in questo senso anche F. MARTORANO, *L'azienda*, Giappichelli, 2010

¹⁵³ G. CIAN, A. TRABUCCHI, *Commentario breve al codice civile*, Cedam

disgregazione dell'impresa ma comporta, soprattutto in questo caso, il suo rilancio sul mercato in virtù di nuovi finanziamenti. In tale caso, quindi, viene concepito non solo come misura conservativa del valore d'avviamento, ma quale opportunità di finanziamento finalizzato alla riallocazione competitiva dell'impresa sul mercato¹⁵⁴. Presenta, inoltre, considerevoli vantaggi per l'affittuario con riguardo al profilo del trasferimento dei lavoratori prevedendo un regime agevolato in deroga all'art. 2112 c.c nella preminente necessità della finalità generale della salvaguardia dell'occupazione e nell'interesse alla continuità dei singoli rapporti di lavoro.

È in quest'ottica, che trova possibile collocazione l'affitto endo-fallimentare d'azienda, conosciuto nella prassi fallimentare già nel vigore del testo previgente, ma positivamente riconosciuto solo con la riforma della legge fallimentare, che ha introdotto la disciplina di cui all'art. 104-bis, l. fall. L'affitto dell'azienda del fallito permette, infatti, da un lato la continuazione dell'attività del debitore, dall'altro, esonera i creditori dal rischio d'impresa, che graverà sul terzo affittuario. L'assegnazione dell'azienda del fallito a un soggetto terzo, unico ad acquisire la qualità di imprenditore, nel momento in cui destini l'azienda affittata all'esercizio dell'attività, per la quale è funzionalmente predisposta ed organizzata, instaura per la procedura una situazione solida di godimento del bene aziendale, permettendo l'incremento della massa attiva fallimentare attraverso la corresponsione all'affittuario dei canoni mensili.

Oggi l'art. 104-bis legge fall¹⁵⁵., così come modificato dal D.lgs n.5/2006, prevede espressamente la possibilità che il giudice delegato¹⁵⁶, previo parere favorevole dei creditori, autorizzi l'affitto dell'azienda del fallito a terzi, anche limitatamente a specifici rami, quando ciò appaia utile al fine della più proficua vendita dell'azienda o di parti della stessa.

Occorre notare come i nuovi articoli sopra menzionati, ovvero gli artt.104, 104-bis e 105 legge fall., disciplinano per la prima volta il tema della circolazione d'azienda nell'ambito

¹⁵⁴ A. PATTI, *Affitto d'azienda e finanziamento dell'impresa fallita*, in *Fall.*, 1, 2009, p. 79

¹⁵⁵ L'art. 104-bis, dopo l'entrata in vigore del nuovo Codice della Crisi e dell'Insolvenza, verrà trasportato nel nuovo art. 212

¹⁵⁶ In dottrina, prima della riforma, si erano formati degli orientamenti che si dividevano fra chi sosteneva che l'affitto poteva essere autorizzato dal giudice delegato (in questo senso: G.U. TEDESCHI, *Le procedure concorsuali: Il fallimento*, artt. 1-91 L.F., Torino, 1996, 676; G.M. RIVOLTA, *L'affitto e la vendita dell'azienda nel fallimento*, Milano, 1975, 60; G. DE FERRA, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano 2002, 201; L. GUGLIELMUCCI, *Lezioni di diritto fallimentare*, Torino, 2003, 653) e chi, invece riteneva necessario un provvedimento del tribunale data la delicatezza della decisione (A. JORIO, *Le crisi d'impresa: il fallimento*, Milano 2000, 608)

della procedura concorsuale in un'ottica di funzione riallocativa sul mercato, argomento che prima della riforma era abbandonato ad un'intensa elaborazione dottrinale e giurisprudenziale. Nella procedura concorsuale, il fatto che oggetto della stessa sia l'universalità dei beni dell'imprenditore-impresa insolvente, in raccordo con le azioni scaturenti dalla procedura in capo ad uno stesso organo giudiziale, ci fa comprendere come a fondamento di tutto vi sia una valutazione unitaria del complesso aziendale¹⁵⁷. Le nuove disposizioni in materia di esercizio provvisorio, affitto e vendita dell'azienda partono infatti dal presupposto della sopravvivenza della *res* azienda alla dichiarazione di insolvenza. La relazione illustrativa all'art. 104- bis afferma come l'apparato concorsuale sia distinto da un fine non esclusivamente liquidatorio ma debba orientarsi verso un recupero delle componenti attive dell'impresa¹⁵⁸, tanto che l'articolo in oggetto condiziona l'autorizzazione all'affitto al presupposto che esso "*appaia utile al fine della più proficua vendita dell'azienda o di parti di essa*", vediamo, quindi, come l'affitto viene a rivestire una rilevante funzione propedeutica e anticipatoria rispetto la vendita. Il ragionamento che si andrà a fare nel presente lavoro, e che anche qui viene in evidenza, è ancora una volta stabilire quali siano i criteri da seguire e, all'interno di questi, capire quale sia il peso specifico dell'interesse dei creditori e quello dei lavoratori. L'istituto in parola diviene strumento di riallocazione del rischio d'impresa, che con il sorgere dello stato di insolvenza era ingiustamente migrato sui creditori, in capo al terzo affittuario, il quale risponderà in via esclusiva delle obbligazioni da lui assunte nel corso dell'esercizio. Questa è la prima differenza rispetto al caso di disposizione dell'esercizio provvisorio ex art.104 l.fall., che permette sì, anch'esso, la continuazione dell'impresa, ma nello stesso tempo, genera ulteriori debiti di massa, non risolvendo il problema dello squilibrio a svantaggio dei creditori. Con l'affitto di azienda i due problemi si incrociano in un punto: si concilia la continuazione dell'attività con l'assunzione del relativo rischio, attribuito a un soggetto terzo alla procedura, andando a ripristinare la situazione di equilibrio efficiente del rapporto rischio/gestione caratteristica dell'impresa *in bonis*. Bisogna notare però che senza esercizio dell'impresa non può aversi conservazione dell'azienda, per cui l'attività imprenditoriale entra a pieno titolo a far parte della liquidazione

¹⁵⁷ M. PERRINO, *La liquidazione dei beni nel fallimento e nei concordati mediante cessione*, in *Giur. comm.*, 2009, I, 680 ss; ID., *Il programma di liquidazione*, in *Dir. fall.*, 2006, 1087 ss.; G. TERRANOVA, *La liquidazione fallimentare: prassi, giurisprudenza e dottrina*, in *Riv. dir. fall.*, 2003, I, 1662 ss.

¹⁵⁸ A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Cedam, 2013, ed.6, p.712 e ss.

fallimentare. La *liquidazione* dei beni implica sempre, e di conseguenza, *amministrazione* di tali beni e, per il bene azienda, *continuazione* dell'impresa: in tale ottica l'affitto di azienda e l'esercizio provvisorio sono concepiti e accostati come alternative della procedura. Del resto, alcuni autori hanno affermato come “*amministrazione e liquidazione non sono attività tra loro incompatibili, anzi la seconda presuppone che i beni da alienare siano mantenuti nella piena efficienza e redditività siano a quando non vengono venduti*”¹⁵⁹. Solo con l'affitto endofallimentare, però, l'esigenza gestionale, coincidente con la necessità di prosecuzione dell'impresa, viene soddisfatta tutelando i creditori e procedendo a una distribuzione del rischio di impresa in capo all'affittuario. Inoltre, la materia dell'affitto d'azienda, pur avvicinandosi per alcuni tratti all'esercizio provvisorio di impresa, si differenzia da questa in quanto contiene un espresso riferimento alla tutela occupazionale.

2.3.1 Il riferimento alla tutela occupazionale come criterio per la selezione del contraente e la sua portata esegetica

Tra i dati normativi da cui sembra emergere una particolare attenzione del legislatore alla tutela dei rapporti di lavoro aziendale, in sede di affitto endofallimentare, va menzionato il disposto del secondo comma dell'art. 104-bis l. fall., il quale attribuisce ampi poteri al curatore nella scelta dell'affittuario. Ne consegue che, il curatore dovrà guardare in un primo momento il livello occupazionale che si potrebbe conservare procedendo all'affitto rispetto all'immediata cessione e, successivamente, non dovrà guardare unicamente all'ammontare del canone offerto, delle garanzie prestate e all'attendibilità del piano di prosecuzione dell'attività, ma deve aver riguardo anche alle disponibilità del possibile affittuario per la conservazione dei livelli occupazionali. Nota bene, il riferimento al mantenimento dei livelli occupazionali viene inserito solo tra i criteri di scelta del contraente, non dunque in ordine alla finalità dell'affitto, che abbiamo visto essere un'altra, ma in ordine alla selezione dell'affittuario, come criterio per selezionare l'offerta più conveniente da parte degli organi della procedura. Di più, il rilievo al mantenimento

¹⁵⁹ F. FIMMANO', *sub.art.104-bis in il nuovo diritto fallimentare*, diretto da A. JORIO, II, Bologna, 2007, 1584). Come anche M. PERRINO, *La liquidazione dei beni nel fallimento e nei concordati mediante cessione*, in *Giur. comm.*, 2009, I, 1087 ss.;

delle prospettive occupazionali è, seguendo alla lettera la legge, meramente sussidiario; si tratta di un dato di specificazione del più ampio concetto rappresentato dal piano di prosecuzione dell'attività imprenditoriale¹⁶⁰. È necessario dunque correlare i due criteri, ovvero effettuare una valutazione del piano di prosecuzione dell'attività di impresa nello specifico aspetto della tutela e della conservazione dei posti di lavoro che il piano stesso prospetti. Il piano di prosecuzione dell'attività deve essere studiato nella sua complessità e non soltanto con riferimento alla parte relativa al mantenimento dei livelli occupazionali. Il riferimento al piano di cui all'art.104-bis come criterio di selezione del contraente deve essere vagliato come manifestazione di una necessità di conservazione e di valorizzazione dell'impresa nella sua accezione unitaria e non dell'interesse dei lavoratori alla conservazione del posto di lavoro. La probabile autonomia dei due criteri permette un approccio in parte differente rispetto all'impostazione tenuta finora dai commentatori della riforma, in relazione ad un eventuale rapporto gerarchico tra i criteri. Secondo un primo orientamento si è sostenuta la subordinazione del criterio del mantenimento dei livelli occupazionali rispetto agli altri criteri previsti¹⁶¹. Ma da ciò si è fatta discendere, destando diverse perplessità a riguardo, la decisività del criterio solo nel caso di offerte equivalenti dal punto di vista economico. Seguendo quest'ordine di idee, sembra che si tenda a confondere il criterio del piano di prosecuzione dell'attività con il dato di specificazione rappresentato dal riferimento alla conservazione dei posti di lavoro, che il piano stesso deve includere. Si ritiene quindi che, non vi possa essere una soluzione differente, per cui bilanciare criteri così eterogenei come quelli indicati dall'art.104-bis l.fall. risulterebbe di difficile realizzazione¹⁶², non dimenticando inoltre, l'interesse dei creditori, che andrebbe comunque considerato prioritario. Ma tale orientamento suscita delle perplessità allorché si ritenga che il criterio relativo al piano di prosecuzione dell'attività imprenditoriale si risolva unicamente nel momento della conservazione dei

¹⁶⁰ F. MARTORANO, *L'azienda*, in *Trattato di diritto commerciale*, Torino, I, 2010, p. 356-357, che sostiene che la conservazione dei livelli occupazionali sia parametro di valutazione del piano industriale, deducendone, però, con argomentazione che suscita perplessità, che il mantenimento dei posti di lavoro assurga a requisito per la valutazione delle offerte, sembrerebbe, accanto agli altri tre criteri legali.

¹⁶¹P. FABBIO, *L'esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento*, Napoli, 2011, p. 32 ss.; A. PACIELLO, *sub art. 104-bis*, in *Commentario alla legge fallimentare*, Milano, 2010 ; si vedano anche le considerazioni sul punto di F. FIMMANÒ, *sub art. 104-bis*, cit.,p.1629; F. LICONTI, *L'esercizio provvisorio dell'impresa*, in *Il diritto fallimentare riformato*, a cura di G. SCHIANO-DI PEPE, Padova, 2007,p. 424; L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa tra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, Bologna, 2007, p. 75-76; L. MANDRIOLI, *sub art. 104-bis*, cit., 1373.

¹⁶² L. STANGHELLINI, *Le crisi*, cit., p. 79.

rapporti di lavoro che il piano debba prevedere. Si tratta invece di due elementi distinti. Il riferimento alla prospettiva futura di mantenimento dei livelli occupazionali è, a mio avviso, soltanto un criterio di specificazione e valutazione sul piano di prosecuzione dell'attività, che viene nella sua complessità a essere decisivo per la scelta del curatore. Dunque, la conseguenza per la quale i criteri indicati si porrebbero in rapporto gerarchico tra loro, per cui soltanto a fronte di offerte economicamente equivalenti potrebbero operare i criteri ulteriori, sembrerebbe non condivisibile allo spirito del legislatore. In conclusione, il legislatore non ha predisposto un ordine gerarchico tra i suddetti criteri, che concorrono in maniera paritetica alla scelta del curatore, pertanto non si può escludere, in presenza di una pluralità di offerte, che il curatore possa optare per l'offerta che, pur presentando un canone di affitto inferiore, compensi tale minor apporto economico con un adeguato livello di garanzie sul mantenimento dei livelli occupazionali. Ci troviamo di fronte ad una situazione egualitaria fra i due interessi, tanto da poter l'uno essere parzialmente sacrificato per il secondo. In quest'ottica, la preferenza per l'offerta che preveda un canone d'affitto inferiore potrebbe giustificarsi se gli svantaggi derivanti dal minor canone percepito risultino compensati dai vantaggi, anche in termini prettamente economici di incremento o mantenimento di valore dell'azienda, che potrà poi comportare un maggior profitto in sede di vendita, derivanti da un più attendibile piano di prosecuzione dell'attività.

Se quindi, come sopra menzionato, vi potrebbe essere un sacrificio della soddisfazione dei creditori con la stipula di un canone inferiore in virtù del mantenimento dell'occupazione, altrettanto si potrebbe affermare nel caso contrario¹⁶³, ovvero la corresponsione di un maggior canone qualora le garanzie di stabilità occupazionale siano assenti. Per l'affermazione contraria non sembra sufficiente sostenere che l'affitto non ha come scopo un soddisfacimento dei creditori attraverso il canone ma quello indiretto di una più proficua vendita dell'azienda o di sue parti¹⁶⁴, in quanto se può condividersi l'idea secondo cui l'affitto ha come fine quello di favorire unicamente l'alienazione del complesso aziendale non sembra che ciò possa portare ad abbandonare come la procedura tenga come punto di riferimento la tutela del ceto creditorio, tanto che l'affitto deve essere

¹⁶³ Per l'opinione per cui invece vada senz'altro preferita l'offerta che preveda il canone d'affitto economicamente più vantaggioso sembrerebbe A. PACIELLO, *sub art. 104-bis*, cit. p. 5; P. FABBIO, *L'esercizio*, cit., p.32 ss.

¹⁶⁴ F. FIMMANO', in J. JORIO, *op.cit.*, p.1629.

funzionale ad una operazione, quale quella della vendita, la cui realizzazione è condizionata al fatto che il valore realizzabile sia maggiore rispetto a quello che si avrebbe con la liquidazione dei singoli beni. Ciò che però sembra potersi affermare è che il riferimento alla prospettiva di mantenimento dei livelli occupazionali ha rilievo come elemento di specificazione del criterio relativo al piano di prosecuzione dell'attività imprenditoriale, per cui, a parità di canone e garanzia offerte, là dove unico criterio discretivo possa essere l'attendibilità del piano, l'aspetto relativo alla conservazione dei posti di lavoro potrebbe avere rilievo decisivo. Non può però da ciò certo ricavarsi un rilievo generale del riferimento al mantenimento dei rapporti di lavoro¹⁶⁵. Come disciplinato, l'istanza di tutela dei lavoratori nel momento della circolazione dell'azienda non è menzionata tra gli scopi perseguiti dall'istituto, ma soltanto come criterio residuale per indirizzare la scelta dell'affittuario. D'altro canto, non può sottovalutarsi che il riferimento ai livelli occupazionali non è presente né in sede di disciplina dell'esercizio provvisorio, istituto che presenta finalità analoghe all'affitto endofallimentare, né in materia di vendita in blocco del complesso aziendale, dove anzi, è previsto che nell'ambito delle consultazioni sindacali relative al trasferimento d'azienda, il curatore, l'acquirente e i rappresentanti dei lavoratori possano convenire il trasferimento solo parziale dei lavoratori alle dipendenze del cessionario, e ulteriori modifiche del rapporto di lavoro. appare dunque giusto ritenere che, il riferimento alle aspettative di mantenimento dei livelli occupazionali non possa assurgere a interesse protetto e a *ratio* dell'istituto, mostrandosi però come elemento da tenere in considerazione quando ciò possa risultare utile, per far propendere la scelta del curatore per l'una o per l'altra offerta presentata dai soggetti interessati all'acquisto; si tratta di un criterio selettivo residuale, che nella funzione che riveste nel sistema appare compatibile con la struttura di fondo della normativa.

Il legislatore nel contratto d'affitto stabilisce che quest'ultimo debba prevedere la prestazione di idonee garanzie per le obbligazioni derivanti dal contratto e conferisce al curatore un ampio potere di ingerenza all'interno della procedura tramite il diritto di recesso. La preoccupazione del legislatore, sottesa a tali disposizioni, è quella di evitare

¹⁶⁵ Ritiene implicito, invece, dall'inserimento tra i criteri di scelta dell'affittuario della possibilità di conservazione dei livelli occupazionali, anche il raggiungimento di finalità sociali F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., p.353; Si veda anche M. SANDULLI, *La crisi di impresa*, Torino, 2009, p. 149

che l'affittuario possa condurre alla dispersione dei beni attraverso la cattiva gestione degli impianti, portando così alla perdita dell'avviamento.

2.3.2. Affitto d'azienda ed esercizio del potere di prelazione

In relazione alla conservazione dei livelli occupazionali, si evidenzia che l'art.3, comma 4, L.23 luglio 1991, n.223¹⁶⁶, ha introdotto un diritto di prelazione legale sull'acquisto dell'azienda in favore dell'imprenditore che, mediante contratto di affitto d'azienda, ha assunto la gestione, anche parziale, di aziende soggette a procedura concorsuale e soggette alla disciplina dell'intervento straordinario di integrazione salariale. Vi è infatti l'obbligo di comunicare all'affittuario¹⁶⁷ il prezzo di vendita trascorso il termine di cui all'art. 584 c.p.c., dal termine delle operazioni di aggiudicazione e conseguentemente il diritto dell'affittuario di esercitare la prelazione entro cinque giorni dal ricevimento della comunicazione. Il diritto di prelazione, che risponde all'esigenza di compensare l'imprenditore dagli investimenti da lui approntati nell'impresa in crisi, è riconosciuto solo per i soggetti che stipulano il contratto di affitto con l'autorizzazione degli organi fallimentari e non invece anche in caso di affitti precedenti¹⁶⁸. Pertanto, il riconoscimento all'esercizio della prelazione *de qua* non può perdurare alla caducazione del rapporto di affitto, indipendentemente dalla circostanza, di mero fatto, che l'azienda possa essere rimasta, anche dopo la cessazione del titolo giuridico, nella materiale disponibilità dell'affittuario¹⁶⁹. Il diritto di prelazione non è subordinato al presupposto del mantenimento in servizio dei dipendenti dell'impresa fallita e del mancato intervento per tale ragione della CIGS¹⁷⁰. La Cassazione¹⁷¹ ha chiarito che la prelazione legale non può

¹⁶⁶ Per completezza si riporta per intero l'art.3, comma 4, l.23 luglio 1991, n.223 “*L'imprenditore che, a titolo di affitto, abbia assunto la gestione, anche parziale, di aziende appartenenti ad imprese assoggettate alle procedure di cui al comma 1, può esercitare il diritto di prelazione nell'acquisto delle medesime. Una volta esaurite le procedure previste dalle norme vigenti per la definitiva determinazione del prezzo di vendita dell'azienda, l'autorità che ad essa proceda provvede a comunicare entro dieci giorni il prezzo così stabilito all'imprenditore cui sia riconosciuto il diritto di prelazione. Tale diritto deve essere esercitato entro cinque giorni dal ricevimento della comunicazione*”

¹⁶⁷ L'accertamento di tale qualità deve essere effettuato con riferimento al momento in cui il diritto può essere esercitato, che corrisponde non alla fase di formazione del prezzo, ma a quella in cui questo sia divenuto definitivo, all'esito del procedimento di vendita, con l'aggiudicazione definitiva. V. Cassazione 20 ottobre 1999, n. 11760, in *Dir.fall.*, 2000, II, 277

¹⁶⁸ Tribunale Siena 7 ottobre 1991, in *Dir. fall.*, 1991, II, 993

¹⁶⁹ Cassazione 10 febbraio 1999, n. 1124, in *Fallimento*, 2000, 293

¹⁷⁰ Tribunale Frosinone 18 ottobre 1999, in *Giust.civ.*, 2000, I, 889

¹⁷¹ Cassazione n.3225/2012

essere applicata indiscriminatamente in quanto “*opera solo se l'affittuario, garantendo la continuazione dell'attività lavorativa dei dipendenti dell'impresa fallita, eviti l'erogazione da parte dello Stato di provvidenze di carattere sociale a favore dei lavoratori medesimi*”. La giurisprudenza di legittimità e di merito¹⁷² ha inteso il diritto di prelazione come un istituto premiale, un peculiare incentivo di natura sociale che si giustifica nel fatto che il soggetto sgrava la società insolvente e la collettività degli oneri sociali dei dipendenti assicurando la continuazione dell'attività. Si tratterebbe quindi di un beneficio il cui sorgere è condizionato alla capacità del contratto a salvaguardare almeno parzialmente l'occupazione quale interesse costituzionalmente tutelato¹⁷³.

2.3.3 L'interesse dei lavoratori

A questo punto della trattazione bisogna disciplinare l'influenza dell'istanza alla conservazione dei rapporti di lavoro alle dipendenze dell'imprenditore fallito rispetto alla disciplina dell'affitto endofallimentare come disciplinato dal legislatore all'art.104-bis l.fall. Bisogna, cioè, esaminare se l'interesse dei lavoratori possa elevarsi a *ratio* ulteriore dell'istituto in analisi e indirizzare le scelte degli organi della procedura in relazione alla decisione di procedere all'affitto dell'azienda del fallito. Tramite una rapida osservazione dei dati normativi, da cui è possibile ricavare la rilevanza dell'interesse alla conservazione dei posti di lavoro, rispetto alla disciplina in esame, di immediata attenzione risulta il riferimento alla tutela dei livelli occupazionali come parametro supplementare per la selezione del terzo affittuario da parte del curatore.

Ancora, viene in considerazione l'art.47 della l.n.428/1990, dove si prescrive, per i trasferimenti (nozione che deve essere intesa “lavoristicamente” parlando, come comprensiva di qualsiasi vicenda circolatoria, e dunque anche dell'affitto d'azienda) d'azienda che riguardino più di quindici dipendenti, un obbligo di comunicazione alle organizzazioni sindacali, anticipatorio di un eventuale avvio di una procedura di

¹⁷² Cassazione 10 febbraio 1999, n. 1296, in *Mass.Foro.it.*, 1999; Id., 3 novembre 1994, n. 9052, in *Gius.civ.*, 1995, I, 963 con nota di LO CASCIO, *Cassa integrazione alle imprese in procedura concorsuale e prelazione dell'affittuario*; Trib. Roma, 7 gennaio 1993, e Id. 25 febbraio 1993, in *Dir.fall.*, 1993, II, 991, con nota di NORELLI, *La prelazione dell'affittuario nella vendita fallimentare dell'azienda*; Trib. Napoli, 3 marzo 1994, in *Dir. fall.*, 1995, 968; Trib. Udine, 27 novembre 1995, *ivi*, 1996, II, 772

¹⁷³ Cassazione 5 maggio 2000, n. 5643, in *Dir.fall.*, 2000, II, 690.

consultazione, che possa essere utile a trovare soluzioni condivise per la gestione dell'operazione con riferimento ai rapporti di lavoro subordinato. Come già anticipato, qualora venga raggiunto un accordo circa il mantenimento, anche parziale, dell'occupazione, si consente la possibilità di deroga alle disposizioni di cui all'art.2112 c.c. per le imprese a) delle quali sia stato accertato lo stato di crisi aziendale, ai sensi dell'art.2, comma cinque, lett.c, legge 12 agosto 1977, n.675; b) per le aziende alle quali sia stata autorizzata l'amministrazione straordinaria. Continuando, la norma disciplina, al quinto comma, che in caso di continuazione o di mancata cessazione dell'attività per le imprese per le quali sia intervenuta una dichiarazione di fallimento, l'apertura di una procedura di concordato preventivo traslativo, l'emanazione del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa, o la sottoposizione all'amministrazione straordinaria, se la prosecuzione dell'attività non sia stata disposta o sia cessata, qualora sia stato raggiunto un accordo sindacale finalizzato a tutelare l'occupazione, non trova applicazione l'art. 2112 c.c. tale accordo, immettendo una disposizione di miglior favore per i lavoratori, può prevedere l'attribuzione di parte dei diritti dalla disciplina generale negati; infatti, dalla disapplicazione della tutela generale di cui all'art.2112 c.c., potrebbero scaturire pregiudizi sostanziali in relazione alla protezione del singolo rapporto di lavoro. Nello specifico, poiché il trasferimento dal cedente al cessionario avviene con stipula di un nuovo contratto, verrebbe meno la possibilità di far valere l'anzianità maturata per il precedente rapporto, potrebbero prevedersi variazioni rispetto alle mansioni cui il lavoratore risultava adibito, anche *in peius*, così come potrebbero essere previste riduzioni nella retribuzione¹⁷⁴. Nozione ulteriore, da porre in evidenza ai fini della presente analisi, è delineato dall'art. 104-bis, comma sei, che estromette l'applicazione dell'art.2112 c.c. in relazione alla responsabilità del cessionario, nel caso di specie del fallimento, per i debiti derivanti dalla retribuzione maturati durante la gestione da parte dell'affittuario, nel caso di retrocessione dell'azienda. Ma per comprendere appieno la materia è necessario rimandare la trattazione a quanto sopra esposto, riguardo le tutele riconosciute ai lavoratori nel caso di cessione o, comunque, circolazione di un'azienda nel corso di una procedura di fallimento, richiamando il sistema delle fonti sovranazionali e, nello specifico, la normativa comunitaria.

¹⁷⁴ M. MARINELLI, *Il perdurante contrasto tra diritto interno e diritto comunitario sulla tutela dei lavoratori nel trasferimento di azienda*, in *Eur. dir. priv.*, 2003, p. 827.

Dunque, si ritiene che, in mancanza dei requisiti dimensionali necessari all'applicazione dell'art.47 l.428/1990, e dell'eventuale accordo sindacale previsto dalla disciplina in esame, la circolazione dell'azienda a titolo di affitto comporterà l'applicazione dell'art.2112 c.c. con mantenimento dei rapporti di lavoro in capo all'affittuario ed applicazione dei trattamenti economici e normativi di cui ai contratti collettivi vigenti alla data dell'affitto fino alla loro scadenza¹⁷⁵.

Per le imprese che rientrino invece nell'ambito di applicazione dell'art.47 l.428/1990, gli organi della procedura saranno tenuti ad osservare gli obblighi informativi e di consultazione sindacale previsti dalla norma, e, dunque, la stipula del contratto dovrà essere seguita dal procedimento finalizzato alla sottoscrizione di un eventuale accordo sindacale riguardo la gestione del mantenimento dei rapporti di lavoro¹⁷⁶. Nel caso in cui, poi, verrà raggiunto un accordo dovrà essere provvisto il giudice delegato di un'adeguata informativa di recepimento dell'accordo raggiunto¹⁷⁷. Per una buona parte della dottrina¹⁷⁸, la possibilità di alcune aziende di poter accedere al regime derogatorio dell'art.2112 c.c., permesso in base al disposto della direttiva n.98/50/CE anche a prescindere dalla finalità liquidatoria, sarebbe indice di un'inadeguata attenzione da parte del legislatore rispetto agli interessi dei lavoratori, sacrificati per favorire fenomeni traslativi indirizzati al maggior soddisfacimento dei creditori.

Secondo un altro orientamento, invece, la scelta del legislatore di non ammettere ipotesi derogatorie per l'affitto endofallimentare, salva la disciplina dell'art.47 l.428/1990 per le aziende aventi i requisiti per accedere ai trattamenti di CIGS, avrebbe conseguenze negative, non potendosi negare che il timore di dover assumere i dipendenti del fallito potrebbe scoraggiare potenziali interessati all'affitto stesso, circoscrivendo sicuramente l'accesso all'istituto, con effetti dannosi per gli stessi lavoratori, esposti a questo punto al rischio più grave di cessazione dell'impresa.

¹⁷⁵ F. FIMMANÒ, *L'affitto*, cit., 459 ss., ID., *sub art. 104-bis*, cit., 1623. L. MANDRIOLI, *sub art. 104-bis*, cit., pp. 1382-1383; S. AMBROSINI, *L'amministrazione dei beni, l'esercizio provvisorio e l'affitto di azienda*, in *Il Fallimento*, a cura di S.AMBROSINI, G.CAVALLI, A.JORIO, In *Trattato di diritto commerciale*, a cura di G.COTTINO, Padova, 2009, p.543; B. ROVATI, *L'esercizio provvisorio e l'affitto di azienda*, in AA.VV., *Le nuove procedure concorsuali*, a cura di S.AMBROSINI, Bologna, 2008, p. 216; E. QUARANTA, *La liquidazione dell'attivo*, in *Fallimento e concordati*, a cura di P.CELENTANO, E. FORGILLO, Torino, 2008, che parla di "peso che non può essere oggetto di negoziazione da parte della curatela", con riferimento al trasferimento dei rapporti di lavoro in capo all'affittuario.

¹⁷⁶ 8 L. MANDRIOLI, *sub art. 104-bis*, cit., pp. 1382-1383.

¹⁷⁷ F. FIMMANÒ, *L'affitto*, cit., p. 459.

¹⁷⁸ A. M. PERRINO, *Le deroghe alle tutele dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda d'imprenditore in crisi o insolvente*, in *Foro it.*, 2007, p. 2157.

2.3.4. La sorte dei rapporti di lavoro in caso di retrocessione dell'azienda

La cosa che appare a seguito della trattazione sia della disciplina relativa al diritto di prelazione sia della disposizione contenuta nell'art. 104-bis l.fall. è che l'affitto di azienda viene inteso come strumento finalizzato alla vendita. Merita di essere analizzata quindi l'eventualità in cui, allo scadere del contratto di affitto, non si proceda alla vendita del complesso aziendale, ma l'azienda retroceda alla procedura.

E' fuori discussione che, in una situazione ordinaria vi sarebbe il subentro del cedente nei rapporti pendenti allo spirare del termine del periodo di affitto (secondo l'art. 2558 c.c.) in quanto la giurisprudenza è concorde nel ritenere inevitabile la successione del locatore nei negozi ancora vigenti al momento della cessazione dell'affitto, sempre che, nella conclusione degli stessi, l'affittuario non abbia ecceduto i poteri attribuitogli dal contratto ed i rapporti risultino pertanto coerenti con la potenzialità produttiva del complesso aziendale trasferito¹⁷⁹. La fattispecie del trasferimento d'azienda si realizza quindi anche nel caso di restituzione all'originario cedente dell'azienda da parte del cessionario per cessazione del rapporto di affitto. La giurisprudenza di merito¹⁸⁰ ha sostenuto che, al pari della cessione in affitto anche la retrocessione dell'azienda alla curatela integri gli estremi del trasferimento d'azienda ex. art. 2112 c.c. discorso a parte deve essere fatto con riguardo ai rapporti di lavoro in corso di esecuzione alla cessazione del rapporto d'affitto. L'ampia impostazione dell'art.104-bis, comma sei,l.fall., non sembra dover portare a ritenere che la facoltà di scelta del curatore possa riguardare anche i rapporti di lavoro dipendente. In relazione a quest'ultimi, infatti, dovrebbe ritenersi che la retrocessione dell'azienda al concedente non possa incidere sui diritti pregressi dei lavoratori, con la conseguenza che i rapporti di lavoro siano destinati a continuare in capo alla procedura¹⁸¹.

¹⁷⁹ Cassazione 17 aprile 1990, n. 3167, in *Rep. Foro it.*, 1990, voce Lavoro (rapporto), n. 1569; Cassazione 13 giugno 1990, n. 5739, in *Rep. Foro it.*, 1990, voce Lavoro (rapporto), n. 1567; Cassazione 20 aprile 1985, n. 2644, in *Rep. Foro it.*, 1985, voce Lavoro (rapporto), n. 1878;

¹⁸⁰ Pretore Firenze 10 novembre 1995, in *Rep. Foro it.*, 1998, voce Lavoro (rapporto), n. 1427.

¹⁸¹ L. MANDRIOLI, *sub art. 104-bis*, cit., pp. 1390-1391; F. FIMMANÒ, *sub art. 104-bis*, cit., pp.1643,1644; F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., p.364 ss.; S. AMBROSINI, *L'amministrazione*, cit., p.548; A. PALUCHOWSKY, *La liquidazione dell'attivo*, in *Manuale di diritto fallimentare* a cura di P. PAJARDI- A. PALUCHOSWKY, Milano, 2008, p. 600; A. SCARANO, *La sorte dei rapporti di lavoro nell'affitto d'azienda*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, diretto da G. FAUCEGLIA, L. PANZANI, Torino, 2009, p. 1210; A. CAIAFA, *La liquidazione*, cit.,pp. 1130,1132; C. MIELE, *sub art. 104-bis*, cit., 772.

D'altronde, l'art.104-bis, comma 6, l.fall., nell'inserire delle deroghe all'operatività nel caso di retrocessione di azienda al termine dell'affitto endofallimentare, fa riferimento alla sola responsabilità del fallimento per i debiti da lavoro "pregressi", assunti quindi dall'affittuario in corso di rapporto, non disciplinando invece la regola della prosecuzione automatica dei rapporti in capo al fallimento per il cessionario. Perciò, se per le passività da lavoro il legislatore esclude la responsabilità della procedura, lo stesso non può affermarsi riguardo all'automaticità del subingresso nei rapporti di lavoro in corso di esecuzione: seguendo tale ordine di idee, l'art. 2112 c.c. continuerà ad essere applicabile anche per la retrocessione dell'azienda dall'affittuario al fallimento concedente, non essendo disciplinata alcuna deroga da parte del legislatore. L'applicazione della regola generale della continuazione automatica dei rapporti di lavoro in capo al cessionario, che nel caso della retrocessione dell'azienda è il fallimento, è totalmente conforme con la rappresentazione del fenomeno della circolazione "di ritorno" dell'azienda al termine dell'affitto endofallimentare come vicenda traslativa rientrante nel concetto "lavoristico" di trasferimento come qualunque operazione di mutamento soggettivo del rapporto di lavoro per la parte datoriale. Quindi, nel caso di retrocessione dell'azienda al termine dell'affitto, si ha ritorno dell'azienda alla curatela, con conseguente trasferimento automatico dei rapporti di lavoro. D'altronde, il diritto dei lavoratori al mantenimento del posto di lavoro deve sempre e comunque essere tutelato e protetto e, nella vicenda in esame, costituirebbe un interesse di natura pubblicistica, destinato a prevalere su quello del ceto creditorio, sia pur di identica natura. Infatti, si afferma che¹⁸², in caso di circolazione di ritorno dell'azienda affittata, la prosecuzione del rapporto di lavoro in capo al concedente fosse sancita da una norma imperativa dove spiccava un particolare *favor laboratoris*, negando anche l'opportunità a terzi di un eventuale accordo contrario intercorso tra le parti. Al contrario, se si dovesse seguire la soluzione opposta, si verrebbe a creare un'ingiustificata disparità di trattamento tra i rapporti di lavoro instaurati dal fallito, e proseguiti sotto l'affittuario, rispetto ai quali non è pensabile che la curatela acquisti una facoltà che in precedenza non le era attribuita, al momento della dichiarazione di fallimento, e quelli instaurati *ex novo* dall'affittuario che, invece, a optare

¹⁸² L. PANZANI, *L'affitto d'azienda e procedure diverse dall'Amministrazione straordinaria*, in *Fall.*, 1998, p. 925 ss.

per una deroga all'art.2112 c.c. riguardo alla continuazione dei rapporti, soggiacerebbero al regime di cui agli artt. 72 ss. l.fall.

Si ritiene che, l'affittuario nella sua gestione possa incrementare la forza lavoro, instaurando nuovi rapporti, purchè ciò sia stato previsto nel piano presentato al momento della procedura di selezione del contraente e valutato preventivamente dalla curatela¹⁸³. Disciplinata la prosecuzione automatica dei rapporti di lavoro in capo al concedente, bisogna, poi, sottolineare che si è discussa la possibilità da parte dell'organo gestorio di accedere alla Cassa Integrazione Guadagni Straordinaria concorsuale, una volta vagliati i presupposti di legge, o di procedere ai licenziamenti sulla base della disciplina generale di diritto del lavoro¹⁸⁴. Per parte della dottrina¹⁸⁵, sarebbe da escludersi che, una volta avvenuta la retrocessione dell'azienda al fallimento, il curatore possa, nelle imprese "socialmente rilevanti", fai ricorso al trattamento della Cassa Integrazione Guadagni ex art. 3, l. n.223/1991: tale strumento sarebbe volto a disciplinare gli effetti che l'apertura della procedura ha sui rapporti pendenti, non include anche quelli sui rapporti proseguiti senza soluzione di continuità in capo all'affittuario, e poi al fallimento, o a quelli instaurati *ex novo* dal conduttore e poi trasferiti alla procedura. Al contrario, per la parte restante della dottrina, volgendo lo sguardo alle esigenze della procedura, sarebbe complesso pensare che al curatore sia esclusa l'opzione per la risoluzione dei rapporti di lavoro, salva la continuazione dell'impresa con disposizione dell'esercizio provvisorio o di un nuovo affitto¹⁸⁶. Seguendo quest'impostazione però, non condivisibile, si genererebbero oneri troppo gravosi per il fallimento. Si è dunque affermata la similarità della curatela nel caso della retrocessione dell'azienda, sotto il profilo delle soluzioni disponibili per i rapporti di lavoro trasferiti, incluso il ricorso all'integrazione salariale straordinario, rispetto all'ipotesi di continuazione dei rapporti dal fallito alla curatela a seguito dell'istanza della dichiarazione di fallimento.

¹⁸³ A. CAIAFA, *La liquidazione*, pp.1130-1132; D. BENZI, *L'affitto*, cit., p. 1191, che suggerisce di inserire nel contratto clausole che determinino i criteri attraverso i quali risarcire il concedente, il fallimento, nel caso di azienda originariamente concessa in godimento senza dipendenti e restituita con rapporti di lavoro in corso di esecuzione;

¹⁸⁴ Si veda per le alternative a disposizione del curatore, con soluzione però che andrebbero ripensate alla luce della riforma del legislatore "lavoristico" in materia dei licenziamenti individuali e collettivi, F. FIMMANÒ, *sub art. 104-bis*, cit., pp. 1642,1643 e A. PALUCHOWSKY, *La liquidazione*, cit., p. 601

¹⁸⁵ A. CAIAFA, *I rapporti di lavoro nelle crisi di impresa*, Padova, 2004

¹⁸⁶ Così L. MANDRIOLI, *sub art. 104-bis*, cit., 1392; A. SCARANO, *La sorte*, cit., 1210

2.4. La tutela dei diritti dei lavoratori nella circolazione dell'impresa: La responsabilità solidale di cedente e cessionario

Nel corso degli anni, si è verificato un progressivo rafforzamento delle tutele previste in favore dei lavoratori¹⁸⁷. Tale inclinazione si deduce già dal cambiamento della rubrica dell'art.2112 c.c. che, per mezzo della riforma del 1990, è stata modificata da «trasferimento d'azienda» a «mantenimento dei diritti del lavoratore in caso di trasferimento d'azienda». La tematica relativa alla conservazione dei diritti dei lavoratori, nonostante le più recenti modifiche, continua, anche in questo caso, a rivestire un ruolo del tutto centrale nel complessivo impianto della disciplina.

L'art. 2112 c.c. prevede che, in caso di trasferimento d'azienda (o di un suo ramo), i lavoratori addetti all'azienda (o al ramo) ceduta passano automaticamente alle dipendenze del cessionario, ciò in linea con il principio dell'insensibilità dei rapporti di lavoro rispetto alle vicende circolatorie dell'azienda. Il passaggio di titolarità dal cedente al cessionario, dei rapporti di lavoro in corso, costituisce un effetto automatico del trasferimento stesso. Andando a ritroso, occorre menzionare che l'originale formulazione dell'art.2112 c.c. limitava la responsabilità solidale dell'acquirente per i crediti anteriori al trasferimento esclusivamente a quelli conosciuti dal cessionario o comunque risultanti dai libri contabili dell'azienda o dai libretti di lavoro¹⁸⁸. La legge 428/90, anche al fine di conformare il precetto alla disciplina comunitaria, ha novellato il comma II dell'art.2112 c.c. tagliando la citata limitazione e prevedendo che: «*il cedente ed il cessionario sono obbligati, in solido, per tutti i crediti che il lavoratore aveva al tempo del trasferimento*». Di conseguenza, in forza di tale disposizione, il lavoratore può far valere verso il cessionario anche i crediti maturati in un momento antecedente al trasferimento, senza più avere l'onere di dimostrare la conoscenza o conoscibilità degli stessi da parte del cessionario¹⁸⁹. Pertanto, il cessionario è obbligato ad adempiere i crediti del prestatore di lavoro anche laddove tali crediti siano imputabili al cedente, fatto salvo il diritto di rivalsa nei confronti di quest'ultimo. Tale disposizione ha l'evidente fine di irrobustire la

¹⁸⁷ A. MARESCA, *Le novità del legislatore nazionale*, cit; G. SANTORO PASSARELLI, *Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro*, Giappichelli, Torino, 2004, p.55

¹⁸⁸ Cfr. Cass. 27 novembre 1992, n. 12665, in Riv. it. dir. lav., 1993, II, p. 838, con nota di S. LIEBMAN, *Trasferimento d'azienda e responsabilità dell'acquirente nel passaggio dalla vecchia alla nuova normativa*.

¹⁸⁹ R. FOGLIA, *Trasferimenti di aziende, procedure concorsuali "conservative" e diritto comunitario*, nota a Corte Giust. 25 luglio 1991, causa C-362/89, cit.

posizione del lavoratore, attraverso il supplemento di un nuovo debitore in solido, in relazione a tutte quelle obbligazioni la cui esecuzione potrebbe risultare gravosa per effetto della cessione del complesso aziendale¹⁹⁰. Detto in altri termini, il legislatore aspira non unicamente ad assicurare al lavoratore il mantenimento dei crediti scaturenti dal trasferimento, ma anche l'effettiva attuazione degli stessi. Sempre il secondo comma dell'art.2112 c.c. considera che, mediante la disciplina di cui agli artt. 410 e 411 c.p.c., il lavoratore ha la facoltà di svincolare il cedente dai crediti derivanti dal rapporto di lavoro, con l'effetto di instaurare unicamente con il cessionario la pretesa obbligatoria, ossia il cessionario diviene il solo soggetto passivo del rapporto, mentre l'originario rapporto di credito, che includeva l'alienante, svanisce.

Direttamente funzionale al principio, sopra menzionato, della prosecuzione dei rapporti di lavoro e a “*suo rigoroso svolgimento*”¹⁹¹, troviamo la previsione secondo cui il trasferimento d'azienda non dare vita a motivo di licenziamento, né per il cedente né tantomeno per il cessionario. Tale statuizione è stata successivamente temperata a seguito del riconoscimento, da parte del legislatore comunitario, della disciplina universale in materia di licenziamenti. La norma non ha il fine di impedire quei licenziamenti dovuti a motivi economici, tecnici o organizzativi che producono delle variazioni occorrenti del piano occupazionale dell'impresa. Questo per dire che, la considerazione del principio di continuità, non deve essere assolutamente tramutato nel differente convincimento della stabilità dello stesso che, diversamente, richiederebbe che fosse vietata qualunque facoltà del datore di recedere dai rapporti di lavoro¹⁹². Nonostante ciò, pur deliberando che il trasferimento d'azienda non può rappresentare motivo di licenziamento, la normativa comunitaria vede con favore manovre di ridimensionamento dell'organico che possono essere legittimamente disposte. Del resto, la tutela offerta ai singoli si attua non solo attraverso la garanzia del posto di lavoro, ma anche dei diritti e dei rispettivi obblighi connessi all'esecuzione dello stesso. Dalla continuità dei rapporti di lavoro deriva infatti, come esito spontaneo, che i diritti e gli obblighi che scaturiscono per il cedente da un contratto di lavoro vigente al momento del trasferimento sono in conseguenza di questo trasportati al cessionario. Il richiamo operato dalla direttiva “ai diritti”, poi trasposto

¹⁹⁰ R. ROMEI, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento dell'azienda. Art. 2112*, in *Il Codice Civile, Commentario diretto da P. SCHLESINGER*, Giuffrè, Milano, 1993, pp. 175 e ss.

¹⁹¹ R. ROMEI, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento d'azienda*, op. cit., p.92

¹⁹² M. AIMO, *Le garanzie individuali dei lavoratori*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 1999, p.841.

nell'art.2112 c.c., ha come fine quello di assicurare ad ogni singolo lavoratore di rimanere alle dipendenze del cessionario, nella stessa misura accordata con il cedente, conservando così l'intera condizione individuale. In altre parole, si tratta di una tutela conservativa che comprende sotto di sé tutte quelle situazioni soggettive funzionalmente connesse al rapporto di lavoro, e già disponibili nel patrimonio giuridico del lavoratore all'atto della cessione, e quindi l'art. in questione vuole garantire la conservazione di quei diritti che traggono origine nella disciplina legale o contrattuale, ma che ancora non sono entrati nella disponibilità individuale del lavoratore¹⁹³. Pertanto, la disposizione tutela non solo le posizioni giuridiche già maturate, ma anche quelle sono *in fieri* che non possono tollerare alcun danneggiamento per effetto della cessione. Si prevede, però, una limitazione da tale tutela conservativa di quei diritti che, nonostante siano inclusi nel patrimonio del lavoratore, traggono la loro origine in rapporti di lavoro ormai estinti¹⁹⁴. Le garanzie del lavoratore non sono quindi esclusivamente circoscritte allo stato di fatto esistente al momento della cessione, ma anche e soprattutto a quelle di diritto, nel senso che i diritti "acquisiti", scaturenti dal contratto individuale o collettivo, non possono essere in alcun modo pregiudicati dalle vicende traslative dell'impresa¹⁹⁵. Il trasferimento d'azienda non può alterare l'evoluzione del rapporto di lavoro, il quale proseguirà secondo le fonti regolative dello stesso. La disciplina del primo comma deve essere necessariamente approfondita insieme alla disciplina dei successivi commi 2 e 3, i quali determinano la responsabilità solidale del cedente e cessionario riguardo ai crediti già maturati al momento del trasferimento e il mantenimento del trattamento economico e normativo come previsto dalla contrattazione collettiva presso il cedente, salva l'ipotesi della loro sostituzione con quelli del cessionario, purché si mantenga lo stesso livello. Pertanto, la vigente impostazione dei primi tre commi dell'art.2112 c.c. permette di decretare che i lavoratori partecipanti a un trasferimento d'azienda conservano tutti i propri diritti, siano essi di fonte legale, individuale o collettiva. Detto ciò si può concludere, quindi, che sono trasferiti presso il cessionario non unicamente quei diritti

¹⁹³ F. SCARPELLI, *Il mantenimento dei diritti del lavoratore nel trasferimento d'azienda*, in *Il trasferimento d'azienda*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 2004, 28, p. 91; M.T. SALIMBENI, *Trasferimento d'azienda e conservazione dei diritti dei lavoratori*, in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del Lavoro, riforma e vincoli di sistema*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2004, p. 599;

¹⁹⁴ R. ROMEI, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento d'azienda*, op. cit., pp.62,63

¹⁹⁵ A. CAIAFA, *Mantenimento dei diritti dei lavoratori*, in *Nuove leggi civili*, 2001, p.506

scaturenti dal contratto di lavoro individuale, ma l'intera situazione giuridica del lavoratore e, di conseguenza, anche tutti gli ulteriori trattamenti realmente beneficiati presso il cedente. Il lavoratore in questione resterà in possesso, come deciso dalla legge, anche tutti quei diritti che gli sono conferiti esplicitamente dalla legge, compresi i diritti personali o sindacali e, allo stesso modo, conserverà tutti quei diritti entrati in godimento del lavoratore attraverso un comportamento concludente messo in atto dall'imprenditore.

2.4.1 Il diritto del lavoratore di rassegnare le dimissioni con gli effetti dell'art. 2119 c.c

E 'appena il caso di notare che, il quarto comma dell'art.2112 c.c., come novellato dalla riforma del 2001, oltre alla spiegazione che il trasferimento d'azienda non costituisce, di per sé, giustificato motivo di licenziamento, aggiunge che «*il lavoratore, le cui condizioni di lavoro subiscono una sostanziale modifica nei tre mesi successivi al trasferimento d'azienda, può rassegnare le proprie dimissioni con gli effetti di cui all'articolo 2119, primo comma*»¹⁹⁶. Sebbene si faccia riferimento solo al trasferimento dell'azienda intesa nella sua interezza, è fuori discussione che il testo della norma sia applicabile anche all'ipotesi di trasferimento di un ramo dell'azienda, ed anzi proprio in questi casi è più probabile che se ne riscontrino i presupposti¹⁹⁷.

Dalla norma si evince che, affinché il lavoratore possa presentare le dimissioni ai sensi dell'art.2119 c.c., non basta il mero avvenimento del trasferimento d'azienda (o ramo di azienda), essendo necessario che si prospetti un considerevole mutamento delle condizioni di lavoro. In caso contrario, ovviamente, il lavoratore non perde il diritto di recedere *ad nutum* dal rapporto di lavoro, infatti si precisa che «*il lavoratore è sempre e comunque libero di recedere con preavviso*»¹⁹⁸, ma in questo caso, come sopra citato, sarà tenuto al rispetto dei termini di preavviso previsti dalla contrattazione collettiva. In

¹⁹⁶ La disposizione rappresenta il recepimento, nel diritto interno, del precetto contenuto nell'art. 4, comma 2 della direttiva comunitaria, il quale dispone che «*se il contratto di lavoro o il rapporto di lavoro è risolto in quanto il trasferimento comporta a scapito del lavoratore una sostanziale modifica delle condizioni di lavoro, la risoluzione del contratto di lavoro o del rapporto di lavoro è considerata come dovuta alla responsabilità del datore di lavoro*».

¹⁹⁷ M. DE CRISTOFARO, *Trasferimento d'azienda e successive dimissioni del lavoratore*, in AA. VV., *Scritti in onore di Giuseppe Suppiej*, Cedam, Padova, 2005, p. 272

¹⁹⁸ C. CESTER, *Trasferimento d'azienda e rapporti di lavoro: la nuova disciplina*, in *Lav. giur.*, 6, 2001, p. 512,

tale ambito è necessario riportare una differenza tra il diritto interno, qui menzionato, e il diritto comunitario. Nel diritto interno vi è una tutela più ampia a favore del lavoratore, il quale conferisce all'evento del trasferimento d'azienda una valenza unicamente cronologica, ed al solo fine di verificare l'arco temporale nel quale è possibile avvalersi del diritto sopra menzionato infatti la disciplina interna, si evidenzia, «*sembra svalutare quel nesso*»; diversamente, il legislatore comunitario specifica che «*intende la cessazione del rapporto con imputazione al datore di lavoro come conseguenza diretta del trasferimento*», in tal senso considera tale forma di tutela solo laddove sia lo stesso trasferimento a determinare l'effettiva modifica delle condizioni di lavoro¹⁹⁹. Un argomento assai discusso è stato quelli di delimitare i confini, e capire quando una determinata fattispecie rientrasse o meno nell'ipotesi dell'art.2112 c.c., ovvero capire quando un mutamento delle condizioni di lavoro possa qualificarsi come *sostanziale*²⁰⁰. Assodato che il cambiamento riguardi le condizioni di *lavoro*, escludendo da tale fattispecie tutte quelle non riconducibili a quest'ultimo e che tale modifica sia peggiorativa, bisogna ritenere che sono ricomprese in tale campo di applicazione tutte le modificazioni sostanziali, non solo di natura giuridica ma qualunque cambiamento anche di mero fatto (si pensi all'ipotesi in cui l'azienda ceduta venga fusa in un altro complesso aziendale in un diverso comune). In dottrina si sono delineati due diversi orientamenti per determinare la nozione di “sostanziale modifica”; il primo, ritenendo la disposizione in questione applicabile solo nelle ipotesi in cui si presenti una modifica di rilevante importanza, gli attribuisce una valenza unicamente quantitativa²⁰¹; il secondo orientamento, invece, ritiene che la modifica delle condizioni di lavoro possa qualificarsi come sostanziali solo nel momento in cui si accertino alterazioni tali per cui il lavoratore non avrebbe accettato di essere assunto alle diverse condizioni nelle quali si è trovato. Una parte della dottrina, ha ritenuto di poter includere la modifica delle condizioni di lavoro nella nozione di giusta causa²⁰², ed ha aggiunto che si tratterebbe di una forma di

¹⁹⁹C. CESTER, *Trasferimento d'azienda e rapporti di lavoro*, op. cit., p. 511

²⁰⁰L. BARBONI, *La nuova disciplina del trasferimento di azienda e il recepimento delle fonti comunitarie*, in *Studium iuris*, 2002, p. 169;

²⁰¹C. CESTER, *Trasferimento d'azienda e rapporti di lavoro*, op. cit., p. 513

²⁰²F. SCARPELLI, *Nuova disciplina del trasferimento d'azienda*, in *Dir.prat.lav.*,2001, p. 782; V. NUZZO, *Trasferimento di azienda e rapporto di lavoro*, Cedam, Padova, 2002, p. 102; G. SANTORO PASSARELLI, *La nozione di azienda trasferita tra disciplina comunitaria e nuova normativa nazionale*, in *Arg.dir.lav.*,2001, p. 582; M. MARAZZA, *Impresa ed organizzazione nella nuova nozione di azienda trasferita*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, 2, p. 612; M. MOBIGLIA, *Trasferimento d'azienda e di ramo aziendale*:

giusta causa “attenuata”²⁰³. Si tratta tuttavia di un’interpretazione non condivisibile, ed infatti, la dottrina più autorevole ha da subito sottolineato che, accogliendo tale schema, si arriverebbe a dire che la norma dell’art.2112 c.c. è unicamente ripetitiva di quanto già disciplinato dall’art. 2119 c.c.

2.4.2. I diritti derivanti dalla legge, dal contratto individuale, dagli usi aziendali e dal contratto collettivo

In aggiunta a tutti i diritti di cui sopra, i lavoratori soggetti al trasferimento d’azienda conservano altresì i diritti derivanti dalla fonte collettiva. Ed infatti, riprendendo quanto sopra anticipato, il terzo comma dell’art.2112 c.c. sancisce che «*il cessionario è tenuto ad applicare i trattamenti economici e normativi previsti dai contratti collettivi nazionali, territoriali ed aziendali vigenti alla data del trasferimento*». Tale norma, di base, rappresenta una riprova di quanto esplicitato dal primo comma che, ancora una volta, assicura ai lavoratori la conservazione di tutti i diritti scaturenti dal rapporto di lavoro e quindi indubbiamente anche di quelli di fonte collettiva. Dunque, al contratto collettivo viene conferita una specie di ultrattività che gli permette di dispiegare i propri effetti anche nei confronti del cessionario, un soggetto in realtà svincolato dallo stesso. infatti, si evince che «*dovrà concludersi che la permanenza, a trasferimento avvenuto, della previgente disciplina collettiva, non può che essere frutto di una espressa disposizione di legge cui va riconosciuta una portata largamente innovativa...*»²⁰⁴. Tuttavia, a differenza di quanto accade nei contratti individuali, si precisa che l’obbligo cui è soggetto il cessionario di garantire i trattamenti dai previgenti contratti collettivi è circoscritto a un determinato arco temporale: la disposizione afferma che gli stessi dovranno essere applicati fino alla naturale data di scadenza dei relativi contratti. Tale obbligo deve tuttavia coordinarsi con la possibile applicazione da parte del cessionario di un diverso contratto collettivo, anche prima della scadenza, in conformità a quanto previsto da entrambe le direttive comunitarie e successivamente recepito anche nella normativa

le modifiche apportate alla normativa italiana per l’attuazione della direttiva n. 98/50/CE, in Dir. rel. ind., 2001, p. 266;

²⁰³ 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, I, p. 132*

²⁰⁴ Cfr. R. ROMEI, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento d’azienda, op.cit., pp. 189 e ss. e in particolare p. 194*

interna di cui all'art. 2112 c.c. successivamente alla novella arrecata dal D.lgs. 18/2001, la norma precisa che «*L'effetto di sostituzione si produce esclusivamente fra contratti del medesimo livello*»²⁰⁵. Con la possibile sostituzione del contratto collettivo con altri contratti applicabili all'azienda dell'acquirente, il legislatore comunitario, e poi quello nazionale, ha voluto adattare due diverse necessità, quella di garantire, per quanto possibile, la stabilità del rapporto di lavoro nei suoi contenuti, impedendo il verificarsi di complessi cambiamenti per il lavoratore; dall'altro quella di approvare un'uniformazione del rapporto al regime collettivo in atto nell'impresa acquirente²⁰⁶. Si tratta in realtà di una previsione soggetta a diverse critiche. A prima vista, potrebbe porsi in contrasto con quanto disciplinato nel primo comma art.2112 c.c., il quale dispone che «*in caso di trasferimento d'azienda, il rapporto di lavoro continua con il cessionario ed il lavoratore conserva tutti i diritti che ne derivano*». Volendo però seguire l'interpretazione prevalente e maggiormente conforme al tenore letterale della norma e senz'altro al fine della tutela dei lavoratori, bisogna chiarire che il richiamo ai contratti collettivi “applicabili” dal cessionario, fornisce la conferma di una regolamentazione non preesistente e quindi che i lavoratori trasferiti conservano il contratto collettivo applicato dal cedente fino alla sua scadenza e, si aggiunge, «*salvo che siano sostituiti da altri contratti collettivi applicabili all'impresa del cessionario*»²⁰⁷. E ‘appena il caso di notare che vi è una forte discrepanza dell'operare del principio di conservazione nei confronti dei diritti di fonte individuale e a quelli di fonte collettiva. La ragione di tale distinzione è da ricercare nel fatto che, ovviamente, il cessionario subentra nei confronti del cedente solo nei contratti individuali e non certamente nei contratti collettivi, con la derivata impossibilità di fissare nei primi le previsioni contenute nei secondi. Infatti, la cristallizzazione delle clausole del contratto collettivo adottato dall'alienante produrrebbe il paradosso di obbligare l'acquirente all'applicazione di due contratti collettivi contemporaneamente, uno dei quali

²⁰⁵ U. CARABELLI, *Alcune riflessioni sulla tutela dei lavoratori nei trasferimenti d'azienda: la dimensione individuale*, Relazione presentata al XII Seminario internazionale di Pontignano, organizzato dall'Associazione Italiana di Diritto del Lavoro e Sicurezza Sociale a Pavia nei gg. 26-30 settembre 1994, in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, I, pp. 57 e ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro*, op.cit., pp. 71 e ss.; A. MAGNO, *La nuova disciplina del trasferimento d'azienda*, in *Dir. lav.*, 1991, I, p. 147; F. LUNARDON, *Avvicendamento delle discipline collettive e continuità del rapporto di lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 1999, p. 1142;

²⁰⁶ R. FOGLIA, *Trasferimenti d'azienda ed effetti sui rapporti di lavoro*, in *Mass. Giur.lav.*, 1991, p.334

²⁰⁷ M. AIMO, *Le garanzie individuali dei lavoratori*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 1999, p.847

insuscettibile di subire modificazioni *in peius*²⁰⁸. Del resto, appare del tutto condivisibile che i diritti dei lavoratori non possono essere oggetto di modifiche a causa del trasferimento, mentre possono certamente esserlo come conseguenza della successione temporale delle fonti normative (contratto collettivo e legge).

2.5. Gli obblighi procedurali di cui all'art. 47, L. n. 428/1990

L'art.47 della l.n.428/1990, dando attuazione alla Direttiva 187/1977/CE, ha introdotto nel nostro ordinamento, in ipotesi di trasferimento d'azienda o di un suo ramo, precisi obblighi di informazione e consultazione sindacale. Pertanto, conformemente a quanto previsto dal diritto comunitario, il legislatore nazionale aggiunge alla tutela individuale già garantita dall'art.2112 c.c. anche quella collettiva²⁰⁹. Il recepimento di tali prescrizioni comunitarie ha determinato un rilevante potenziamento della tutela collettiva per i lavoratori coinvolti nel processo circolatorio del complesso aziendale. Il legislatore comunitario, infatti, nel tentativo di concretizzare un bilanciamento tra i diversi e coincidenti interessi in gioco nelle vicende traslative dell'impresa, ha voluto così ingrandire e fortificare il campo di intervento dell'azione sindacale, prescrivendo ai soggetti coinvolti nell'operazione limiti procedurali e sostanziali finalizzati a orientare le parti verso la contrattazione collettiva, reputata la sede più adeguata alla mediazione e conciliazione tra i rispettivi interessi di cui sono portatori da una parte i lavoratori e dall'altra i datori di lavoro. La procedura disciplinata nei primi quattro commi dell'art.47 l.n. 428/90 rientra a pieno titolo nel modello regolativo denominato "procedimentalizzazione" dei poteri datoriali, attraverso il quale il legislatore condiziona poteri riconosciuti al datore di lavoro, e il cui esercizio è in grado di avere ripercussioni (il più delle volte negative) nella sfera giuridica dei lavoratori dipendenti, sottoponendoli

²⁰⁸ Cfr. Cass. 8 settembre 1999 n. 9545, in Foro it., 2001, I, c. 1261 con nota di F. LUNARDON, *Avvicendamento delle discipline collettive e continuità del rapporto di lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 1999.

²⁰⁹ A. MARESCA, *Gli obblighi di informazione e consultazione nel trasferimento d'azienda*, in *Dir. rel. ind.*, 1992, p. 7 e ss. e in particolare p. 18; R. ROMEL, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento d'azienda*, cit.; L. GUAGLIANONE, *Le procedure di informazione e consultazione*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1992, p. 631; D. GOTARDI, *Legge e sindacato nelle crisi occupazionali*, Cedam, Padova, 1995, pp. 45 e ss.; R. SANTAGATA, *Gli obblighi di informazione nel trasferimento d'azienda: la giurisprudenza di merito*, in *Mass. giur. lav.*, 2000, p. 2; ID. *Informazione sindacale e trasferimento d'azienda*, nota a Pret. Milano 16 febbraio 1998, in *Arg. dir. lav.*, 1999, p. 517; S. LIEBMAN, *Garanzie dei diritti individuali ed autotutela sindacale nel trasferimento d'azienda*, in *Arg. dir. lav.* 1995, II, p. 151, P. PASSALACQUA, *Trasferimento d'azienda e ruolo del sindacato*, in *Dir. lav.*, 2000, I, p. 531; F. ROTONDI e F. COLLIA, *La comunicazione nel trasferimento d'azienda*, in *Dir. prat. lav.*, 2001, p. 1226

ad un preventivo controllo da parte dei sindacati, cui vengono attribuiti specifici diritti di informazione, consultazione ed esame congiunto nonché la possibilità di concludere accordi che regolino l'esercizio del potere datoriale. La normativa, riferendosi al modello "procedimentalizzato", vuole intendere, nel senso di attribuire ai soggetti collettivi un ruolo meramente "partecipativo" e "proceduralizzato"²¹⁰ nel senso che il confronto tra le organizzazioni rappresentative dei lavoratori e il datore di lavoro può influire unicamente nella determinazione delle ricadute finali sui rapporti di lavoro, ma non può spingersi fino ad intaccare la libertà delle decisioni imprenditoriali che hanno portato all'operazione traslativa. Si accentua, quindi, come la tecnica della procedimentalizzazione ben si adoperi a mitigare quanto previsto dall'art.41 della Costituzione: è evidente che la partecipazione sindacale ha lo scopo di garantire la posizione dei lavoratori coinvolti nel trasferimento, anche se l'onere imposto al datore di lavoro di osservare le disposizioni riguardo l'iter disciplinato nell'art.47 della l.n.428/90 non può tradursi in una limitazione della sua libertà organizzativa ma può solamente indirizzare le sue scelte verso un risultato condiviso²¹¹. La tecnica legislativa appena delineata è stata adottata dal nostro legislatore, in particolare, nella disciplina di istituti legati a fenomeni di crisi aziendale, quali la CIGS o i licenziamenti collettivi, nel tentativo di ottenere la mediazione sindacale sul difficile terreno della distribuzione dei sacrifici inevitabilmente richiesti ai lavoratori. A tale riguardo si ravvisa una generale tendenza, derivante soprattutto dagli obblighi comunitari, a garantire un coinvolgimento attivo dei lavoratori- attraverso le loro rappresentanze- nelle più importanti decisioni imprenditoriali che possono avere riflessi importanti sulle condizioni economico-sociali degli stessi.

L'utilizzo di tale strumento, anche in relazione al trasferimento d'azienda, è facilmente spiegabile in ragione del fatto che il passaggio dei lavoratori dal cedente ad un nuovo datore di lavoro, in un nuovo contesto economico ed organizzativo, può compromettere le condizioni lavorative e/o prevedere minori prospettive di durata dell'occupazione. Per questo l'informazione e la consultazione preventiva sui motivi del trasferimento, sulle conseguenze di quest'ultimo e sulle potenziali misure previste nei confronti dei lavoratori, rispondono alla funzione di mettere a disposizione del sindacato gli strumenti

²¹⁰ M.NICOLOSI, *Il lavoro esternalizzato*, in *Collana del Dipartimento di Studi Europei e della Integrazione Internazionale*, vol.II, Giappichelli Editore, p. 83.

²¹¹C. ZOLI (2004), *La procedura di partecipazione sindacale in tema di trasferimento d'azienda*, in *Dialoghi fra Dottrina e Giurisprudenza, Quaderni di Diritto del Lavoro*, vol. 2, Luglio - Dicembre 2004

per vincolare le prerogative datoriali in relazione ad eventuali provvedimenti da impiegare nei confronti dei lavoratori e di adottare quindi la strategia ritenuta migliore per tutelare gli interessi dei lavoratori.

Su questo piano si gioca, quindi, la tutela dei lavoratori sul versante collettivo che si aggiunge alle tutele individuali contenute nell'art.2112 c.c.

2.5.1. Il criterio dimensionale per l'applicazione della disciplina

Il primo comma dell'art.47 dispone che qualora si intenda effettuare «un trasferimento d'azienda in cui sono complessivamente occupati più di quindici lavoratori, anche nel caso in cui il trasferimento d'azienda riguardi una parte d'azienda ai sensi del medesimo art. 2112, il cedente e il cessionario devono darne comunicazione per iscritto...»

Seguendo tale disposizione, balza all'attenzione che l'obbligo legale di informazione e consultazione scatta nel caso in cui siano occupati più di quindici dipendenti, a tale riguardo è necessario capire quali sono i criteri di computo dei dipendenti e poi verificare se i quindici dipendenti siano da riferire all'azienda cessionaria o a quella ceduta. Per quanto riguarda il primo aspetto, la dimensione occupazionale deve quindi essere provata in relazione alla regolare produttività dell'impresa²¹², facendo riferimento alla consistenza numerica del personale in un corrispondente periodo di tempo precedente al trasferimento. Sono pertanto da annoverarsi nel suddetto calcolo anche i lavoratori licenziati nell'imminenza dell'operazione traslativa, salvo che, in relazione all'attività e alla natura dell'impresa, la diminuzione della quantità dei lavoratori in prossimità del trasferimento risulti frutto non di comportamenti elusivi del datore di lavoro ma di oggettive situazioni di marcate o di comprovate esigenze economiche dell'impresa. Non devono conteggiarsi invece i lavoratori saltuari ed occasionali ed i lavoratori assunti con contratti di inserimento o contratto di apprendistato²¹³. Ai fini della determinazione dimensionale, per quanto concerne i prestatori di lavoro intermittente o part-time, questi verranno calcolati in proporzione dell'orario di lavoro effettivamente svolto²¹⁴. Quanto al secondo aspetto, la novella del 2001 ha evidenziato alcuni dubbi in merito al campo di applicazione della procedura, sottolineando che la soglia occupazionale minima dei

²¹² Cass. 17/02/2012, n. 2315

²¹³ Cfr art. 53, comma 2 e art. 59 comma 2 del D.Lgs. n. 276/2003.

²¹⁴ S. PICCIOLI, *Il trasferimento d'azienda*, Adapt, www.csmb.unimo.it, 2006

quindici lavoratori deve riferirsi alla sola azienda cedente considerata nella sua interezza, anche nell'eventualità in cui oggetto del trasferimento sia solo un segmento di essa che occupa un numero inferiore di lavoratori²¹⁵. Il requisito dimensionale viene quindi valutato solo con riferimento all'azienda cedente, poichè l'azienda del cessionario, potendo benissimo essere anche di nuova costituzione, potrebbe non occupare alcun dipendente²¹⁶. Va inoltre chiarito che ai fini della verifica della dimensione occupazionale si fa ricorso ai criteri già elaborati in giurisprudenza²¹⁷ in relazione agli artt. 18 e 35 dello Statuto dei Lavoratori²¹⁸.

Il primo comma dell'art.47 precisa che in caso di trasferimento di azienda «...cedente e cessionario devono darne comunicazione per iscritto almeno venticinque giorni prima che sia perfezionato l'atto da cui deriva il trasferimento o che sia raggiunta un'intesa vincolante tra le parti, se precedente, alle rispettive rappresentanze sindacali unitarie, ovvero alle rappresentanze sindacali aziendali costituite, a norma dell'art. 19 della legge 20 maggio 1970 n. 300, nelle unità produttive interessate, nonché ai sindacati di categoria che hanno stipulato il contratto collettivo applicato nelle imprese interessate al trasferimento. In mancanza delle predette rappresentanze aziendali, resta fermo l'obbligo di comunicazione nei confronti dei sindacati di categoria comparativamente più rappresentativi». Tuttavia, i soggetti su cui ricade l'obbligo sono entrambe le parti, e cioè tanto il cedente quanto il cessionario.

Definiti pertanto i soggetti su cui ricade l'obbligo di fornire informazioni, possiamo adesso all'individuazione dei soggetti titolari dei diritti di informazione e consultazione. L'identificazione di tali soggetti è quella risultante a seguito delle modifiche apportate dal D.lgs n.18/2001, il quale ha adeguato la norma al nuovo modello di rappresentanza

²¹⁵ A. MARESCA, *Gli obblighi di informazione*, cit.; G. SANTORO PASSARELLI, *Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro*, cit.

²¹⁶ C. ZOLI, *La procedura di partecipazione sindacale in tema di trasferimento d'azienda*, in *Dialoghi fra Dottrina e Giurisprudenza, Quaderni di Diritto del Lavoro*, vol. 2, Luglio - Dicembre 2004; L'autore specifica che in ipotesi di trasferimento d'azienda attraverso contratto per persona da nominare o a favore di terzi o conseguente all'aggiudicazione di una gara di appalto, la comunicazione iniziale debba essere fatta dagli iniziali contraenti o dalla pubblica amministrazione.

²¹⁷ Corte d'appello Milano 9/02/2004, Trib. Milano 09/12/2010, Cass. 17/02/2012 n. 2315, citate in *Requisiti dimensionali, Giurisprudenza, Licenziamento, Reintegrazione nel posto di lavoro in DL online, Rivista telematica di diritto del lavoro*, www.di-elle.it.

²¹⁸ Si veda R. ROMEI (1993), *Il rapporto di lavoro nel trasferimento d'azienda. Art. 2112*, in *Il Codice Civile, Commentario* diretto da P. SCHLESINGER, Giuffrè, Milano, 1993; A. MARESCA, *Tutela collettiva e garanzie individuali del lavoratore nel trasferimento d'azienda* in AA.VV.,1992

sindacale affermatosi negli anni '90²¹⁹. La norma individua quali destinatari della comunicazione iniziale le rappresentanze sindacali unitarie, ovvero: le rappresentanze sindacali aziendali, i sindacati di categoria che abbiano stipulato il contratto collettivo applicato dalle imprese coinvolte nel trasferimento e, in assenza di queste, i sindacati di categoria comparativamente più rappresentativi²²⁰. Così facendo, il legislatore ha voluto fissare il legame tra i sindacati aziendali ed i sindacati di categoria, i quali, com'è risaputo, devono aver stipulato il contratto collettivo applicato nell'impresa per poter istituire rappresentanze sindacali nei luoghi di lavoro²²¹. La modifica messa in atto dal D.lgs. n. 18/2001, con lo scopo di adattare la norma in esame al mutato contesto delle rappresentanze sindacali preferendo l'effettiva capacità rappresentativa dei sindacati nei luoghi di lavoro, soddisfa altresì l'esigenza di garantire una maggiore uniformità nell'apparato delle relazioni sindacali, in modo tale che i soggetti titolari del diritto di partecipazione alla procedura stabilita in caso di trasferimento d'azienda siano gli stessi che hanno concluso i contratti collettivi adottati nelle imprese implicate nell'operazione traslativa. A sostegno di tale orientamento si avverte che la disposizione in esame, nell'individuare i soggetti esterni titolari del diritto di informazione, identifica quali destinatari della comunicazione le organizzazioni che hanno "stipulato" i contratti collettivi applicati, escludendo quindi le associazioni che hanno semplicemente aderito al contratto collettivo sottoscrivendolo²²².

Va tuttavia menzionato che l'attuale impostazione della disciplina infonde qualche incertezza in relazione ai casi in cui in una medesima impresa convivano rappresentanze sindacali aziendali e una rappresentanza sindacale unitaria. In tali casi, potrebbero venirsi

²¹⁹ G. SANTORO PASSARELLI, *Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro*, cit.; P. LAMBERTUCCI, *Le procedure sindacali nel trasferimento d'azienda*, in G. SANTORO PASSARELLI e R. FOGLIA (a cura di) *La nuova disciplina del trasferimento d'impresa*, Commento al D.lgs. 2 febbraio 2001, n. 18, 2002, Ipsoa, Milano, pp. 93 e ss.

²²⁰ Il primo comma dell'art. 47, l. n. 428/1990, disciplinava: "Quando si intenda effettuare, ai sensi dell'art. 2112 c.c., un trasferimento d'azienda in cui sono occupati più di 15 lavoratori, l'alienante e l'acquirente devono darne comunicazione per iscritto, almeno 25 giorni prima, alle rispettive rappresentanze sindacali costituite, a norma dell'art. 19 della legge 20 maggio 1970, n. 300, nelle unità produttive interessate, nonché alle rispettive associazioni di categoria. In mancanza delle predette rappresentanze aziendali, la comunicazione deve essere effettuata alle associazioni di categoria aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale."

²²¹ C. CESTER, *Trasferimento d'azienda e rapporti di lavoro: la nuova disciplina*, in *Lav. giur.*, 6, 2001, pp. 513 e ss., F. SCARPELLI, *Nuova disciplina del trasferimento d'azienda* in *Dir. prat. lav.*, 2001, pp. 785 e ss.

²²² C. ZOLI, *La procedura di partecipazione sindacale in tema di trasferimento d'azienda*, in *Dialoghi fra Dottrina e Giurisprudenza, Quaderni di Diritto del Lavoro*, vol. 2, Luglio - Dicembre 2004

a creare esiti discriminatori dal momento che la norma afferma che entrambe possano essere, alternativamente, destinatarie dell'informativa, rimettendo la decisione ai soggetti obbligati²²³.

Con riguardo a tale eventualità, sembra preferibile ritenere che, tanto le r.s.a. quanto le r.s.u., congiuntamente, debbano essere destinatarie dell'informativa.

Resta fermo inoltre che, oltre alle rappresentanze sindacali costituite nello stabilimento direttamente interessato del trasferimento, le informazioni dovranno essere fornite anche alle rappresentanze collettive costituite in tutte le unità produttive del cedente e cessionario che subiscano, anche implicitamente, gli effetti dell'operazione traslativa.

2.5.2. Il termine entro cui va adempiuto l'obbligo informativo

Come già accennato, l'art.47 dispone che la comunicazione ai soggetti sindacali sopra individuati deve essere effettuata *«per iscritto almeno venticinque giorni prima che sia perfezionato l'atto da cui deriva il trasferimento o che sia raggiunta un'intesa vincolante tra le parti, se precedente»*.

Con riguardo al *dies a quo* da cui far decorrere il termine di 25 giorni, il D.lgs., colmando una lacuna della precedente enunciazione, lo ravvisa nel giorno in cui si perfeziona l'atto con il quale viene conseguito il trasferimento oppure viene conseguita un'intesa vincolante per le parti²²⁴. La previsione di un termine e la perentorietà del disposto di legge sembrano essere in linea con la *ratio* della scelta del legislatore: è chiaro che il legislatore abbia voluto assicurare i lavoratori coinvolti nella vicenda attraverso un intervento delle parti sindacali già durante le trattative, affinché le parti possano stabilire tutti i profili dell'operazione, ivi incluse le ricadute di tale operazione sulle sorti dei lavoratori.

Tale modifica è stata avvertita anche per conformare la disciplina interna al diritto comunitario, dal momento che la Direttiva comunitaria 23/2001 richiede che la comunicazione sia effettuata, per il cedente *«in tempo utile prima dell'attuazione del trasferimento»*, e per il cessionario *«in tempo utile ed in ogni caso prima che i suoi*

²²³ C. CESTER, *Trasferimento d'azienda e rapporti di lavoro: la nuova disciplina*, in *Lav. giur.*, 6, 2001, p. 513.

²²⁴ Cfr. G. PROIA, *Sull'intenzione di trasferire l'azienda, nella procedura sindacale prevista dall'art. 47 Legge n. 428 del 1990*, in *Arg. dir. lav.*, 1995, 1, p. 91

lavoratori siano direttamente lesi dal trasferimento nelle loro condizioni d'impiego e di lavoro».

A tale riguardo va rilevato che, la previsione di una comunicazione anticipata rispetto all'esito delle trattative solleva una serie di problematiche in merito all'individuazione della data da cui far decorrere a ritroso il termine di 25 giorni. se l'obiettivo della comunicazione al sindacato è di offrire a quest'ultimo un panorama esauriente della vicenda e soprattutto delle sue conseguenze sui lavoratori, sembra complesso che le stesse siano già individuabili 25 giorni prima del perfezionamento di un'intesa vincolante tra le parti, che potrebbe anche sostanziarsi, ad esempio, in un semplice contratto preliminare prodromico ad una futura cessione²²⁵. La modifica del 2001 introduce una novità di decisiva importanza, ovvero costringe cedente e cessionario a portare a conoscenza delle controparti sindacali il proprio programma di cessione prima che sia perfezionato l'atto da cui scaturisce il trasferimento stesso. Tale previsione, la cui violazione fa discendere le conseguenze sanzionatorie previste al successivo comma della norma stessa, permette infatti alle organizzazioni sindacali di intervenire attraverso azioni preventive volte a condizionare i termini contrattuali della stessa operazione traslativa²²⁶. Sembra conveniente, però, riaffermare che il preciso obbligo decretato dalla direttiva 2001/23/CE, recepito poi nel nostro ordinamento, di fornire un'informazione precisa e compiuta dei dati costitutivi del progetto traslativo è finalizzato a rendere effettivo il dialogo con le organizzazioni sindacali destinatarie della comunicazione ma non anche a ammettere loro la possibilità di sindacare sul merito delle scelte imprenditoriali di cedente e cessionario²²⁷, in virtù dei principi di cui all'art. 41 Cost.

2.5.3. I contenuti dell'informazione:

²²⁵ In merito alle complessità circa la determinazione della data da cui far ricorrere a ritroso il termine dei 25 giorni si precisa che alcuni autori hanno stabilito di far decorrere i 25 giorni dalla sottoscrizione del contratto definitivo, ritenendo ammissibile che la procedura in commento sia attivata anche successivamente alla eventuale stipula di un contratto preliminare. In questo senso F. ROTONDI, F. COLLIA, *La comunicazione nel trasferimento d'azienda*, in *Dir. & Prat. Lav.* n. 19/2001, con nota di F. ROTONDI, *Trasferimento d'azienda e di ramo d'azienda*, in *Dir. & Prat. Lav.* n. 16/2011.

²²⁶ L. FRANCESCHINIS (2001), *Le recenti modifiche legislative in materia di trasferimento d'azienda*, in *Approfondimenti*, www.di-elle.it

²²⁷ R. FOGLIA, *L'armonizzazione comunitaria in materia di trasferimento d'azienda*, in *Il Diritto del Lavoro nell'Unione Europea* a cura di R. FOGLIA e R. COSIO, Giuffrè Editore, 2011

Per quanto concerne i contenuti dell'informazione, il primo comma dell'art.47, l.n. 428/1990, così come modificato dal D.lgs n. 18/2001, ricalca le prescrizioni della direttiva 23/2001/CE. Pertanto, ai sensi del primo comma del suddetto articolo, è stabilito che nell'informativa devono essere indicate la data del trasferimento o quella proposta per lo stesso ed i suoi motivi, le conseguenze giuridiche, economiche e sociali per i lavoratori e le misure previste nei confronti di questi ultimi²²⁸.

Sull'argomento dei diritti di informazione e consultazione in esame si è sviluppato un ampio dibattito dottrinale, non seguito però da un idoneo riscontro in giurisprudenza. Pertanto, le rarissime pronunce di legittimità e di merito non hanno permesso di orientare il dibattito alla luce del diritto vivente. Uno dei profili più discussi, per quanto riguarda il contenuto dell'informazione, è quello relativo alla previsione di indicare i motivi del trasferimento. A tale riguardo sono state avanzate diverse tesi.

Secondo alcuni autori, si è sostenuto che non vi sarebbe l'obbligo di precisare nell'informativa le ragioni economiche sottese alla procedura traslativa²²⁹. Secondo tale orientamento, l'informazione sui motivi avrebbe il solo fine di permettere al sindacato di arrivare preparato alla posteriore fase di consultazione. Pertanto, i motivi del trasferimento finirebbero per convergere «*con le circostanze di fatto che sono a base del trasferimento e che possono dirsi interessare direttamente i prestatori di lavoro*»²³⁰. A supporto di tale impostazione è stato altresì rimarcato che è lo stesso art.47 a puntualizzare che l'informativa deve interessare le conseguenze giuridiche, economiche e sociali per i lavoratori, vale a dire il risultato prodotto in capo a ciascun lavoratore in conseguenza del trasferimento.

²²⁸ S. PICCIOLI, *Il trasferimento d'azienda*, 2006, Adapt, www.csmb.unimo.it.

²²⁹ P. LAMBERTUCCI, *Le tutele del lavoratore nella circolazione dell'azienda*, Giappichelli, Torino, 1999, p. 219; ID., *Profili ricostruttivi della nuova disciplina in materia di trasferimento d'azienda*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, I, p. 167; A. MARESCA, *Gli obblighi di informazione e consultazione nel trasferimento d'azienda*, in *Dir. rel. ind.*, 1992, p. 12; ID., *Fruibilità della tutela sindacale nel trasferimento d'azienda*, in *Mass. giur. lav.*, 2000, 6, p. 612, il quale evidenzia l'irrelevanza dei motivi sul piano negoziale; P. TOSI, *Due nodi della legge: informazione e consultazione sindacale*, in *Lav. inf.*, 1991, p. 12; G. SANTORO PASSARELLI, *Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 44; in giurisprudenza, cfr. Pret. Milano 19 gennaio 1999, in *Or. giur. lav.*, 1999, p. 134, e, più recentemente, Trib. Arezzo 11 febbraio 2008, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, II, p. 200, con nota di R. GALARDI, *Una lettura sostanzialistica dell'informazione nel trasferimento d'azienda*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, II. Tale sentenza, pur non prendendo direttamente posizione sul punto, ha stabilito che l'indicazione nell'informativa che il trasferimento sarebbe avvenuto in ragione dello "scorporo di attività", sembra aver aderito a questa impostazione.

²³⁰ R. ROMEI, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento d'azienda. Art. 2112*, in *Il Codice Civile, Commentario* diretto da P. SCHLESINGER, Giuffrè, Milano, 1993, p. 117.

Secondo altra parte della dottrina, invece, ragionando sul fatto che il diritto di informazione «*da presupposto per l'esercizio di un'azione difensiva, passa a svolgere il ruolo di una funzione attiva del sindacato nel potere di controllo dell'imprenditore*»²³¹, hanno definito i motivi del trasferimento in senso ampio, includendo in tale disposizione non solo le strategie economiche e produttive scaturenti dalla vicenda in oggetto, ma anche tutte le «*notizie che attengono anche alla gestione complessiva dell'impresa*»²³². Tuttavia, seguendo tale secondo orientamento, il nostro ordinamento, andando oltre gli obblighi stabiliti dal diritto comunitario, in quanto esso si limita a prevedere che «*l'informazione e consultazione devono almeno riferirsi alle misure previste nei confronti dei lavoratori*», ha voluto imporre agli imprenditori l'obbligo di rendere partecipi i sindacati anche dei motivi posti a fondamento della decisione. Tale ultimo indirizzo, fa anche leva sull'esposizione secondo cui il fine perseguito con l'impostazione dei vincoli procedurali è quello di consentire la partecipazione del sindacato alle trattative tra le due parti, ovvero tra cedente e cessionario, permettendogli di influenzare le scelte imprenditoriali. Seguendo quest'impostazione, appare logico ritenere che la conoscenza delle ragioni economiche e degli obiettivi della riorganizzazione aziendale è indispensabile per poter consentire la partecipazione concreta del sindacato nella successiva fase di consultazione e per verificare, in sede di esame congiunto, le ricadute che discendono dall'operazione traslativa sui rapporti di lavoro²³³. Questa tesi appare favorita in quanto, oltre ad essere più fedele al rigore letterale della legge, valorizza maggiormente la funzione del sindacato.

²³¹L. SILVAGNA, *Il diritto di informazione nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1977; nello stesso senso, M.T. CARINCI, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento d'azienda e di ramo*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 199; A. RAFFI, *Tutela del lavoratore nel trasferimento di azienda tra normativa nazionale e normativa comunitaria*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 101; M.L. VALLAURI, *Trasferimento d'azienda e garanzie collettive*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 2004, n. 28, p. 128.

²³²L. GUAGLIANONE, *Le procedure di informazione e consultazione*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1992, p. 639; C. ZOLI, *La procedura di partecipazione sindacale in tema di trasferimento d'azienda*, in AA.VV., *Trasferimento d'azienda e rapporti di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 263 e ss.; In giurisprudenza, cfr. Pret. Lodi 28 luglio 1995, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, II, p. 615, con nota di S. GARIBOLDI, *Violazione degli obblighi procedurali e rimozione degli effetti ex art. 28 St. lav. nel trasferimento di azienda*; Pret. Napoli 7 dicembre 1993, in *Foro it.*, 1995, I, c. 407, con nota di R. COSIO, *La nuova disciplina del trasferimento d'azienda: i primi interventi della giurisprudenza*

²³³Zoli C. (2004), op. cit. a sostegno di tale argomentazione precisa che soprattutto nei casi in cui l'esame congiunto porti alla stipula dell'accordo d'ingresso con la previsione di condizioni peggiorative per i lavoratori coinvolti, potrebbe risultare complesso per le rappresentanze sindacali valutare l'effettivo impatto di tali operazioni sui rapporti di lavoro senza conoscerne interamente le ragioni di cui il trasferimento costituisce conseguenza diretta.

Del resto, non appaiono condivisibili le critiche di chi sostiene che siffatta interpretazione si collochi in contrasto con l'art.41 Cost.²³⁴. A tal fine è necessario spiegare che il potenziale contrasto si sarebbe creato solo laddove il legislatore avesse attribuito alle organizzazioni sindacali il diritto di *sindacare* (e nel caso *impedire*) l'iniziativa economica, ma non certo per la banale circostanza di costringere l'imprenditore a mettere la controparte sindacale nel punto di poter comprendere i motivi alla base della riorganizzazione aziendale che si intende perseguire²³⁵. Per quanto riguarda gli altri contenuti dell'informativa è chiaro che l'imprenditore sia obbligato non solo a manifestare la propria intenzione di cedere l'azienda, ma anche quella di specificare alle OO.SS. quali sono i diversi soggetti con cui pendono le trattative²³⁶.

Inoltre, è fuori discussione che le informazioni debbano essere autentiche e sufficientemente dettagliate, dal momento che il successivo (ed eventuale) esame congiunto deve essere disciplinato proprio sulla base delle nozioni fornite con la suddetta comunicazione²³⁷. Si sottolinea che l'inosservanza degli obblighi di informazione alle rappresentanze sindacali stabilite nella norma sia configurabile come condotta antisindacale ai sensi dell'art.28 l.n. 300/1970.

Fino a qualche tempo fa, era frequente sia in dottrina che in giurisprudenza, la tendenza dell'impossibilità di sanare eventuali vizi dell'informazione, qualora essa si fosse rivelata errata o falsa, nel successivo esame congiunto²³⁸.

Tuttavia, non hanno tardato ad arrivare orientamenti differenti²³⁹, che hanno trovato conferma anche in alcune pronunce di legittimità, sebbene relative alla diversa eventualità

²³⁴ Questa è la tesi di A. MARESCA, *Gli obblighi di informazione e consultazione nel trasferimento d'azienda*, in *Dir. rel. ind.*, 1992, p. 12

²³⁵ Cfr. R. ROMEI, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento d'azienda*, cit., pp. 116 e ss.; G. SANTORO PASSARELLI, *Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 42 ss.

²³⁶ Trib. Roma 14 gennaio 2010 in *Riv. giur. lav.*, 2010, n. 2, con nota di E. RAIMONDI, *Trasferimento d'azienda e art. 28 stat. Lav.*, in *Riv. giur. lav.*, 2010, n. 2, p. 327, che correttamente afferma che la conoscenza del soggetto con cui pendono le trattative è un elemento «di oggettiva rilevanza per il sindacato, che avrebbe potuto informarsi sull'assetto di tale soggetto e sulla sua solidità, orientando conseguentemente la propria azione durante le successive fasi della procedura»

²³⁷ R. ROMEI, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento d'azienda*, cit.; in giurisprudenza, Trib. Milano, 20 settembre 2002, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2003, p. 49, con nota di F. CAPURRO, *Trasferimento d'azienda, comunicazioni sindacali, contratto collettivo di ingresso e comportamenti del datore di lavoro successivi all'operazione*; Pret. Napoli 7 dicembre 1993, in *Foro it.*, 1995, I, c. 407; contra Pret. Brindisi 5 ottobre 1996, in *Mass. giur. lav.*, 2000, p. 8, che ha ritenuto sufficiente, ai fini ai fini dell'assolvimento dell'obbligo informativo, anche la sola trasmissione del progetto di fusione.

²³⁸ V. NUZZO, *Trasferimento di azienda e rapporto di lavoro*, Cedam, Padova, 2002, p.135

²³⁹ A. MARESCA, *Gli obblighi di informazione e consultazione nel trasferimento d'azienda*, in *Dir. rel. ind.*, 1992, p. 18; ID., *Tutela collettiva e garanzie individuali del lavoratore nel trasferimento d'azienda. Le trasformazioni aziendali in vista del mercato europeo: legge o contratto collettivo*, supplemento a *Not.*

delle procedure sindacali relativamente al licenziamento collettivo²⁴⁰. Tale ultima interpretazione, che sembra condividersi, reputa che la validità della comunicazione iniziale deve essere studiata con riferimento allo scopo della stessa, che è quello di instaurare un dialogo con le rappresentanze sindacali e di consentire a queste ultime di partecipare concretamente a tale confronto²⁴¹.

2.5.4 L'esame congiunto

Alle rappresentanze sindacali destinatarie della comunicazione di cui sopra è rimessa la facoltà di richiedere, sempre per iscritto, un esame congiunto con il cedente e il cessionario, da cui scaturisce l'obbligo per quest'ultimi di attivarlo entro i sette giorni successivi alla richiesta ed a proseguirlo per almeno dieci giorni. Trattasi di un semplice obbligo di consultazione, con conseguente esclusione di qualsivoglia imposizione di arrivare a un accordo, che come si desume dalla lettura della norma, è una mera eventualità. Proprio in merito alla natura dell'obbligo posto a carico del datore di lavoro si sono instaurati diversi orientamenti interpretativi. Secondo parte della dottrina, infatti, la norma in esame si limiterebbe unicamente a mettere a carico di cedente e cessionario l'obbligo di consultare le rappresentanze sindacali al fine di valutare insieme a queste ultime l'impatto del trasferimento sui rapporti di lavoro²⁴². Sembra tuttavia da condividersi la tesi opposta, secondo cui, se è sicuramente giusto che non esiste alcun

giur. lav., 1992, p. 179; C. ZOLI, *La procedura di partecipazione sindacale in tema di trasferimento d'azienda*, in AA.VV., *Trasferimento d'azienda e rapporti di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2005; in giurisprudenza, App. Milano, 11 maggio 2001, in *Or. giur. lav.*, I, p. 292; Trib. Arezzo 11 febbraio 2008 in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, II, p. 200, che ha espressamente affermato che «le carenze in cui l'alienante e l'acquirente sono eventualmente incorsi, possono essere sanate dalla fase di consultazione»; Pret. Lodi 30 novembre 1995, in *Or. giur. lav.*, 1996, I, p. 330, con nota di S. LIEBMAN, *Obblighi di informazione e consultazione sindacale nel trasferimento d'azienda e condotta antisindacale: gli effetti concreti di un'eventuale condanna ex art. 28 dello Statuto dei Lavoratori*; Pret Torino 9 maggio 1992, in *GPiem.*, 1992, p. 515.

²⁴⁰ Cass. 5 giugno 2003, n. 9015, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, II, p. 105; cfr. altresì la rassegna di M.T. SALIMBENI, *La procedura e i criteri di scelta nei licenziamenti collettivi*, in F. BIANCHI D'URSO e R. DE LUCA TAMAJO (a cura di) *I licenziamenti individuali e collettivi nella giurisprudenza della cassazione*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 12; R. DEL PUNTA, *I licenziamenti collettivi*, in AA.VV. *La nuova cig e la mobilità*, Cedam, Padova, 1993, p. 307

²⁴¹ C. ZOLI, *La procedura di partecipazione sindacale*, cit., L. DE ANGELIS, *Informazione e consultazione sindacale nel trasferimento d'azienda: regime sanzionatorio e tutela processuale*, in *Foro it.*, 1999, IV, p. 302.

²⁴² In tal senso R. ROMEI, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento d'azienda*, Giuffrè, 2013, con nota di S.T. DE LUCA, *Trasferimento d'azienda, disarticolazione dei processi produttivi e tutela dei lavoratori*, 2011, www.elea.unisa.it

obbligo ad addivenire ad un accordo, si deve però presumere che sussista quantomeno un obbligo a trattare secondo buona fede²⁴³. Tale indirizzo sembra trovare sostegno nella pronuncia della Corte di Giustizia, 8 giugno 1994, C-382/92²⁴⁴, secondo la quale non può ritenersi conforme alla direttiva comunitaria una normativa nazionale che non imponga a cedente e cessionario un preciso obbligo a procedere ad una fase di negoziazione con le rappresentanze sindacali.

E ‘giusto il caso di specificare che oggetto della “trattativa” con i sindacati sono le conseguenze del trasferimento relativamente ai rapporti di lavoro; «trasferimento che si suppone, e che non può essere messo in discussione in sede sindacale, così come non può essere messa in discussione l’automaticità della cessione dei contratti di lavoro»²⁴⁵.

Non vi è alcun dubbio, tuttavia, che trascorso il termine di dieci giorni previsto dal secondo comma, cedente e cessionario, in virtù del principio di iniziativa economica, potranno procedere liberamente con il trasferimento attuando le misure programmate.

Quanto all’oggetto dell’esame congiunto, va specificato che lo stesso è focalizzato sull’ispezione delle misure previste nei confronti dei lavoratori; con riguardo a tale profilo, può succedere che, alla fine dell’esame congiunto, le parti sociali arrivino alla stipulazione di un accordo ai sensi del secondo comma dell’art.47 l.n.428/1990.

In siffatto accordo sono regolarmente individuate le modalità per assicurare ai dipendenti coinvolti nell’operazione un progressivo transito dalla disciplina collettiva applicata presso il cedente a quella applicata dal cessionario²⁴⁶. Attraverso tale accordo, quindi, si potrà derogare al principio della responsabilità solidale tra cedente e cessionario, oppure esonerare il cessionario dall’applicazione dei trattamenti economici e/o normativi applicati dal cedente prima dell’operazione traslativa, ovvero stabilire che il personale eccedentario resti alle dipendenze del cedente. Bisogna però ricordare che, la

²⁴³V. LUCIANI, *Il ruolo del sindacato nella nuova disciplina sul trasferimento d’azienda*, in *Dir. rel. ind.*, 1993, n. 2, pp. 175 e ss., e in particolare p. 179; in giurisprudenza, cfr. Pret. Milano 27 ottobre 1994, in *Or. giur. lav.*, 1995, p. 37, con nota di R. RESTELLI, *Condotta antisindacale e trattative tra impresa e lavoratori nel caso di trasferimento di azienda*, e in *Dir. Lav.*, 1995, p. 85, con nota di F. SCARPELLI, *Procedure di consultazione sindacale nel trasferimento d’azienda e trattative dirette (con transazioni in giudizio) fra impresa e lavoratori: problemi e contenuto dell’intervento giudiziale ex art. 28 Stat.lav.*

²⁴⁴ C. ZOLI (2004), op. cit.

²⁴⁵ M.T. SALIMBENI, *Violazione degli obblighi procedurali e posizione dei singoli lavoratori nel trasferimento di azienda*, nota a Cass. 22 agosto 2005, n. 17072, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, II, p. 592

²⁴⁶ A. MARESCA, *Gli obblighi di informazione*, cit. pp. 15. e ss.

disapplicazione delle garanzie di cui all'art.2112 c.c. è consentita solo qualora l'accordo collettivo sia finalizzato alla conservazione, anche parziale, dei livelli occupazionali²⁴⁷.

2.5.5. Condotta antisindacale ex. art. 28 in ipotesi di inadempimento degli obblighi di informazione e consultazione sindacale

L'art.47 della l. n. 428/1990, originariamente stabiliva che, nel caso in cui non si fosse rispettato l'obbligo di effettuare l'esame congiunto, le organizzazioni sindacali potessero agire ai sensi dell'art.28 Stat. Lav., mentre non disciplinava nulla in relazione alle potenziali violazioni dell'obbligo di informazione. Nel silenzio della legge, la dottrina maggioritaria si era indirizzata nel senso di prevedere che anche la violazione dell'obbligo di offrire ai sindacati l'informativa era assoggettabile alla disciplina ex. art. 18 Stat. Lav.²⁴⁸ Ed è quello che poi si è venuto ad instaurare mediante la novella apportata dal D.lgs n. 18/2001. Inoltre, occorre menzionare che l'art. 9 della Direttiva 23/2001/CE prescrive agli Stati membri di introdurre nei rispettivi ordinamenti un'idonea tutela giurisdizionale qualora i lavoratori e/o i loro rappresentanti *“si ritengano lesi dall'inosservanza degli obblighi”* disciplinati dalla direttiva stessa. Il terzo comma dell'art.47 l. n. 428/1990, come modificato dalla novella del 2001, considera il non riuscito ottemperamento degli obblighi informativi quale condotta antisindacale ex art. 18 Stat. Lav. Tale decisione è parsa consona alla fonte comunitaria in quanto il ricorso alla condotta antisindacale ben si adatta ad essere adoperabile per qualsiasi violazione della procedura, ma ha suscitato una serie di perplessità. La prima in relazione alle conseguenze giuridiche del provvedimento giudiziale che rilevi la fondatezza di un comportamento antisindacale, la seconda riguardante l'esistenza o meno di un diritto

²⁴⁷ Nella sentenza della Corte di Cassazione 4 novembre 2014, n. 23473, viene precisato che la deroga anche in peius del trattamento dei lavoratori *“si giustifica con lo scopo di conservare i livelli occupazionali, quando venga trasferita l'azienda di un'impresa insolvente e si legittima con la garanzia della conclusione di un accordo collettivo idoneo a costituire norma derogatoria della fattispecie”*

²⁴⁸ In questo senso, G. SANTORO PASSARELLI, *Il trasferimento di azienda rivisitato* in *Mass. giur. lav.*, 1991, p. 467 e R. ROMEI, *La nuova legge sul trasferimento di azienda: prime osservazioni*, in *Lav. dir.*, 1991, p. 585; contra S. NAPPI, *Diritti d'informazione e potere del sindacato nel trasferimento d'azienda*, nota a Pret. Napoli, 10 gennaio 1992, in *Dir. lav.*, 1993, II, pp. 24 e ss. e in particolare p. 32, il quale insiste sul fatto che l'informativa di cui al primo comma ha carattere meramente preparatorio rispetto al successivo esame congiunto, con la conseguente impossibilità di un'impugnativa dell'omessa informazione disgiunta da quella dell'esame congiunto. Cfr. altresì F. COLLIA, *Trasferimento di azienda e condotta antisindacale*, nota a Pret. Milano 19 giugno 1998, in *Lav. giur.*, 1999, p. 753;

soggettivo dei singoli lavoratori all'osservanza della procedura sindacale ed alla derivante legittimazione di questi ultimi a far valere in giudizio eventuali vizi della stessa. A ben vedere, i due aspetti interessano la medesima vertenza, ossia «*quella dell'intreccio tra sostegno legislativo all'azione sindacale e tutela individuale del lavoratore*»²⁴⁹. Per quanto riguarda il primo aspetto, una parte minoritaria della giurisprudenza, aveva deliberato che eventuali vizi della procedura possono riflettersi sull'efficacia del negozio traslativo²⁵⁰. Pertanto, la più recente giurisprudenza della Suprema Corte, ha sancito che «*il mancato adempimento dell'obbligo di informazione al sindacato costituisce comportamento che viola l'interesse del destinatario delle informazioni, ossia il sindacato... ma non incide sulla validità del negozio traslativo, non potendosi configurare l'osservanza delle procedure sindacali alla stregua di un presupposto di legittimità (e quindi di validità) del negozio di trasferimento*»²⁵¹. Tuttavia, una volta respinto che la mancata o non esatta osservanza degli obblighi procedurali di cui all'art.47 non grava sulla regolarità e sulla legittimità del negozio traslativo dell'azienda, resta da precisare quali siano le conseguenze della suddetta infrazione. Non sembra potersi pensare che da ciò discenda l'invalidità dei provvedimenti con i quali è stata predisposta la cessione dei singoli lavoratori, in quanto la procedura di cui all'art.47 non è «*un*

²⁴⁹ A. MARESCA, *Trasferimento d'azienda e inadempimento dell'obbligo di informazione al sindacato*, in *Mass. giur. lav.*, 2000, 6, p. 611.

²⁵⁰ In questo senso, cfr. Pret. Pistoia 13 aprile 1994, in *Foro it.*, 1995, I, c. 407, con nota di R. COSIO, in cui il Giudice ha qualificato la procedura di cui all'art. 47 come «*una vera e propria forma ad substantiam*», ed ha sancito «*la nullità del negozio traslativo concluso in spregio delle disposizioni legali*»; nello stesso senso Pret. Lodi 28 luglio 1995, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, II, p. 615; Pret. Milano 2 aprile 1996, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1995, p. 75; in dottrina, cfr. A. MINERVINI, *Le vicende del rapporto di lavoro nella fase del trasferimento d'azienda*, in *Dir. lav.* 1992, I, pp. 305 e ss., e in particolare p. 322; A. PERULLI, *I rinvii all'autonomia collettiva: mercato del lavoro e trasferimento d'azienda*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1992, p. 551; A. DI STASI, *Obblighi di informazione, condotta antisindacale e rimozione degli effetti. Il caso del trasferimento d'azienda*, in *Riv. giur. lav.*, 1992, I, pp. 701 e ss. e in particolare p. 719; E. BALLETTI, *La legittimazione passiva nel procedimento di repressione della condotta antisindacale*, in *Dir. lav.*, 1991, I, p. 414 e ss. e in particolare p. 430; F. SCARPELLI, *Procedure di consultazione sindacale nel trasferimento d'azienda e trattative dirette (con transazioni in giudizio) fra impresa e lavoratori: problemi e contenuto dell'intervento giudiziale ex art. 28 s.l.*, in *Dir. lav.*, 1995, p. 91; P. PASSALACQUA, *Trasferimento d'azienda e ruolo del sindacato in Dir. lav.*, 2000, I, p. 559; ID, *Gli obblighi di informazione e consultazione sindacale nel trasferimento d'azienda*, in C. RUSSO, (a cura di), *il trasferimento dell'impresa*, Il sole 24 ore, Milano, 2001, p. 117.

²⁵¹ Cfr. Cass. 4 gennaio 2000, n. 23, in *Mass. giur. lav.*, 2000, pag. 605, con nota di A. MARESCA, *Trasferimento d'azienda e inadempimento dell'obbligo di informazione al sindacato*; Cass. 22 agosto 2005, n. 17072 in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, II, p. 592, con nota di M.T. SALIMBENI, cit., nonché in *Dir. prat. lav.*, 2006, 9, p. 528, ed in *Lav. giur.*, 2006, 4, p. 392; Cass. 6 giugno 2003, n. 9130, in *Not. giur. lav.*, 2003, p. 787, nonché in *Mass. giust. civ.*, 2003, p. 16; nella giurisprudenza di merito, cfr. Trib. Roma, 14 gennaio 2010, in *Riv. giur. lav.*, 2010, n. 2, p. 327.; Trib. Milano 10 ottobre 2006, in *Or. giur. lav.*, 2006, 4, p. 733; Trib. Benevento 26 settembre 2005, in *Dir. rel. ind.*, 2006, p. 1160; Trib. Milano 14 gennaio 2003, in *Lav. giur.*, 2003, p. 693

requisito legale inteso a perfezionare la cessione legale del contratto individuale di lavoro – come avviene per il licenziamento collettivo... ma è prevista nell’interesse del sindacato a sviluppare la propria azione di tutela»²⁵²

In conclusione, la procedura di informazione e consultazione è disinteressata al campo di legittimità dell’atto di trasferimento.

Pur recependo tale impostazione, una parte della dottrina ha supposto che l’inosservanza degli obblighi procedurali causerebbe la provvisoria inefficacia dell’intero negozio traslativo²⁵³, fino al momento in cui non siano adempiuti gli obblighi di informazione e consultazione.

Al contrario, la dottrina che ha ottenuto maggior seguito, ha invece sostenuto che eventuali violazioni procedurali causano la provvisoria inefficacia dei soli provvedimenti riguardanti i lavoratori²⁵⁴. Pertanto, il provvedimento di accertamento dell’antisindacalità della condotta, in base a quanto disciplinato dall’art. 28 Stat.Lav., deve essere seguito dall’ordine di “cessazione del comportamento illegittimo” e di “rimozione degli effetti”. In ordine a ciò, sono state avanzate diverse letture riguardo l’ampiezza dell’ambito della rimozione degli effetti.

Laddove la condotta antisindacale venga constatata in un momento anteriore al trasferimento dell’azienda, la sanzione sarà quella di ordinare alle parti di proseguire all’informativa ed all’eventuale esame congiunto, con il risultato che il trasferimento non potrà aver luogo prima del termine della procedura.

²⁵² L. GALANTINO, *Diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 692.

²⁵³ G. SANTORO PASSARELLI, *Ancora sul trasferimento d’azienda*, in *Dir. lav.*, 1994, I, p. 155; in giurisprudenza, Trib. Milano 2 maggio 2006, in *Or. giur. lav.*, 2006, I, p. 393; G. SANTORO PASSARELLI, *Trasferimento d’azienda e rapporto di lavoro*, cit., pp. 42 e ss.; L. PELAGGI, *Le procedure sindacali per il trasferimento d’azienda, a cinque anni dall’entrata in vigore dell’art. 47, l. 29 dicembre 1990, n. 428*, in *Mass. giur. lav.*, 1995, p. 789

²⁵⁴ Pret. Udine 9 agosto 1995, in *Lav. giur.*, 1996, p. 291, con nota di E. BRIDA, *Trasferimento di azienda: la sanzione per omessa informazione-consultazione*; P. TOSI, *Due nodi della legge: informazione e consultazione sindacale*, in *Lav. inf.*, 1991, p. 12; C. ZOLI, *La procedura di partecipazione sindacale in tema di trasferimento d’azienda*, in AA.VV., *Trasferimento d’azienda e rapporti di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 264 e ss.; A. MARESCA, *Gli obblighi di informazione e consultazione nel trasferimento d’azienda*, in *Dir. rel. ind.*, 1992, p. 7; ID, «Fruibilità» della tutela sindacale nel trasferimento d’azienda, in *Mass. giur. lav.*, 2000, p. 610.; P. LAMBERTUCCI, *Le tutele del lavoratore nella circolazione dell’azienda*, Giappichelli, Torino, 1999, p. 237; R. ROMEI, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento d’azienda Art. 2112*, in *Il Codice Civile, Commentario* diretto da P. SCHLESINGER, Giuffrè, Milano, 1993, p. 136; M. GRANDI, *Trasferimento d’azienda*, in *Encic. Giur. Treccani*, vol. XXXI, 1995, p.7.

Diversamente, nell'ipotesi in cui la condotta antisindacale venga constatata in un momento posteriore al trasferimento, dal momento che la condotta è già terminata, sarà imposta unicamente come sanzione la rimozione degli effetti.

In relazione a ciò, una parte della dottrina²⁵⁵ ha messo in rilievo che, dal momento che contenuto dell'informativa sindacale e del seguente esame congiunto sono «*i motivi del programmato trasferimento d'azienda; le sue conseguenze giuridiche, economiche e sociali per i lavoratori, e le eventuali misure previste nei confronti di questi ultimi*» - il comando del giudice di eliminare gli effetti della condotta antisindacale non può che riguardare unicamente la conseguenze e le eventuali misure nei confronti dei lavoratori, che hanno subito il trasferimento senza il preventivo confronto con le organizzazioni sindacali²⁵⁶; ne deriva che l'operazione traslativa con cui si è trasferito il complesso aziendale proseguirà ad essere del tutto valida ed efficiente, e lo stesso potrà influire sulla sorte dei rapporti di lavoro una volta che si sia correttamente ripristinata la procedura di cui all'art.47²⁵⁷.

Quanto all' eventuale configurabilità dell'interesse ad agire per far valere in giudizio l'inosservanza degli obblighi procedurali in capo ai singoli lavoratori i cui rapporti di lavoro siano stati argomento di cessione, sia dottrina²⁵⁸ che giurisprudenza²⁵⁹ propendono verso un'esclusione di tale legittimazione attiva.

²⁵⁵ A. MARESCA, *Trasferimento d'azienda e inadempimento dell'obbligo di informazione al sindacato*, in *Mass. giur. lav.*, 2000, p. 611

²⁵⁶ A fondamento degli stessi presupposti, la dottrina appena menzionata non ammette che il mancato tentativo della procedura di cui all'art. 47 possa concepire alcun effetto sul negozio traslativo, dal momento che, con riguardo a tale operazione, il sindacato non annovera alcun particolare diritto ad essere confrontato. In altre parole, in relazione a tale negozio il sindacato non gode di alcuna tutela «rafforzata», potendo limitarsi ad agire nei limiti dei propri incarichi ed a garanzia degli interessi collettivi di cui è portatore e, tuttavia, secondo una consolidata giurisprudenza, unicamente dove il datore di lavoro, uscendo dal normale dialogo tra soggetti portatori di interessi differenti, alteri la validità del conflitto, diminuendo l'azione sindacale.

²⁵⁷ L. DE ANGELIS, *Informazione e consultazione sindacale nel trasferimento d'azienda: regime sanzionatorio e tutela processuale*, in *Foro it.*, 1999, IV, pp. 173-178, e M.L. VALLAURI, *Trasferimento d'azienda e garanzie collettive*, cit., p. 141

²⁵⁸ P. LAMBERTUCCI, *Le tutele del lavoratore nella circolazione dell'azienda*, Giappichelli Editore, 1999, con nota di F. BUFFA, G. DE LUCIA, *Il lavoratore nel trasferimento d'azienda*, in Halley Editrice, 2006

²⁵⁹ Cass. 13 novembre 2009, n. 24093, in *Arg. dir. lav.*, 2010, 4-5, p. 907, con nota di S. BELLUMAT, «*Internalizzazione*» di un'azienda in crisi nella pubblica amministrazione tra interessi collettivi e interessi individuali, nella quale la Suprema Corte precisa che «*il mancato adempimento dell'obbligo d'informazione costituisce comportamento contrario ai principi di correttezza e di buona fede, il cui inadempimento rileva come condotta antisindacale, mentre i lavoratori, avendo un interesse di fatto al rispetto degli obblighi di comunicazione, non sono legittimati a far valere la carenza o la falsità delle informazioni*»; Cass. 22 agosto 2005, n. 17072, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, II, p. 592, in *Dir. prat. lav.*, 2006, 9, p. 528 ed in *Lav. giur.*, 2006, 4, p. 392, la quale chiarisce espressamente che «*i lavoratori non hanno legittimazione esclusiva, o*

Tale tesi si fonda sulla base di una serie di argomentazioni. In primis, si basa sulla considerazione che la mancata osservanza degli obblighi procedurali previsti dal legislatore viola la partecipazione delle rappresentanze sindacali ad approfondire con piena consapevolezza ogni mansione indispensabile a favore dei lavoratori in modo da poter influire validamente nella definizione delle ripercussioni del trasferimento sui rapporti di lavoro, ma non grava sulla validità del negozio di cessione. La logica conseguenza di tale impostazione è l'irrelevanza, anche per il singolo, dell'inadempimento della procedura di informazione e consultazione al fine di caducare l'atto di cessione da cui deriva il trasferimento del rapporto di lavoro in capo al cessionario²⁶⁰. Ulteriore conferma a tale impostazione deriva dall'assenza, nel testo dell'art.47 della l. n. 428/1990, di una disposizione simile a quella contenuta nel terzo comma dell'art.5 della l. n. 223/1991 e nell'art. 5 della l. n. 64/1975 che, con riguardo ai licenziamenti collettivi ed alla CIGS (in forza di una consolidata interpretazione giurisprudenziale), permettono ai singoli di impugnare il provvedimento (espulsivo o sospensivo) per violazione delle procedure di cui alle suddette leggi²⁶¹. Ne discende che ogni contestazione riguardante eventuali violazioni di tali diritti potrà essere sollevata unicamente dalle organizzazioni sindacali, ai sensi dello strumento processuale previsto dall'art.28 Stat. Lav. Bisogna in ogni caso specificare che la materia ha sollevato, nel corso degli anni, ampi dibattiti. Vi sono state pronunce²⁶², specialmente di merito che, partendo dall'assunto che l'iter di cui all'art. 47 è situato a tutela non solo delle organizzazioni sindacali, ma anche degli stessi lavoratori, sono arrivate a sancire il diritto

concorrente con le organizzazioni sindacali» e «non sono abilitati a far valere i condizionamenti della libertà di autodeterminazione del sindacato in conseguenza delle false informazioni ricevute»; Cass. 4 gennaio 2000, n. 23, in Mass. giur. lav., 2000, p. 605;

²⁶⁰ Cass. 22 agosto 2005, n. 17072, citata da V. DI CERBO, in G. AMOROSO, V. DI CERBO, A. MARESCA (a cura di), *Diritto del lavoro, lo Statuto dei lavoratori e la disciplina dei licenziamenti*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2009, p. 1160. Nella giurisprudenza di merito, cfr. Trib. Roma 14 gennaio 2010, cit.;

²⁶¹ M.T. SALIMBENI, *Violazione degli obblighi procedurali e posizione dei singoli lavoratori nel trasferimento di azienda*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, II, p. 592, la quale rileva che «in entrambe le ipotesi citate – licenziamento collettivo e CIGS – la prescritta consultazione sindacale si inserisce nel tessuto legislativo posto a diretta tutela, quale norma inderogabile, del lavoratore subordinato, perdendo l'originaria esclusiva natura di strumento di garanzia procedimentale collettiva. Il lavoratore è quindi legittimato a ottenere la caducazione del provvedimento datoriale adottato nei suoi confronti senza il rispetto degli obblighi procedurali. Nel caso dell'art. 47, l. n. 428/1990, invece, in mancanza di precisi riscontri normativi quali quelli ravvisabili nelle fattispecie richiamate, la norma conserva la sua funzione originaria, e per così dire naturale, di sostegno all'azione sindacale, che si esplica nella predisposizione di strumenti aggiuntivi, di tipo procedurale, che rafforzino il potere di fatto del sindacato di interferire nel processo decisionale dell'imprenditore per condizionare i risultati»

²⁶² Cfr. Pret. Milano 16 dicembre 1993, in *Dir. lav.*, 1994, p. 570

di questi ultimi ad agire in giudizio per denunciare eventuali violazioni procedurali, tralasciando l'eventuale accordo, che consegue all'esame congiunto, eventualmente stipulato, di imprese e sindacati sul pieno rispetto degli obblighi procedurali. Tale indirizzo è stato sorretto da una parte della dottrina; alcuni autori hanno infatti affermato che i singoli lavoratori potessero agire in giudizio per ottenere il risarcimento del danno subito in ragione della mancata realizzazione della procedura sindacale²⁶³. Ultimo problema che merita di essere disciplinato è quello relativo all'ipotesi in cui il trasferimento riguardi sia unità produttive in cui non vi siano rappresentanze sindacali in azienda, sia unità produttive caratterizzate dalla presenza sindacale. Riguardo tale aspetto, la giurisprudenza di merito²⁶⁴, ha stabilito che il ruolo del sindacato, anche se presente in un'unica unità produttiva, si propaga all'intera procedura, anche con riferimento a quelle unità produttive in cui non vi è alcuna presenza sindacale organizzata.

2.6. La disciplina del trasferimento d'azienda in crisi

La disciplina prevista dall'originario art.47 della legge 428/1990 e le ipotesi derogatorie introdotte dalla direttiva 98/50/CE

Continuando nella nostra analisi bisogna ora disciplinare il trasferimento d'azienda in crisi. Infatti, da tempo la disciplina del trasferimento d'azienda o di ramo d'azienda è basata su due fonti normative: l'art.2112 del codice civile, che riporta la disciplina generale di fattispecie e l'art. 47 della l. n. 428/1990 che, oltre a regolare gli obblighi di informazione e consultazione imposti al cedente e al cessionario, cura anche l'adattamento della disciplina dettata dall'art.2112 c.c. nei casi in cui l'azienda oggetto di trasferimento si trova in uno stato di difficoltà economica.

Un altro profilo che merita la nostra attenzione riguarda l'ampliamento del raggio di tutela della stessa disciplina ai casi di trasferimento d'azienda (o di un suo ramo) in situazioni di crisi aziendale o di insolvenza. È il caso delle imprese che usufruiscono del sostegno della Cassa Integrazione Guadagni Straordinaria o coinvolte in procedure concorsuali.

²⁶³ S. PICCININNO, *La tutela dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda nell'ordinamento italiano*, in *Dir. lav.*, 1992, I, pp. 149 e ss. e in particolare p. 156; A. MAGNO, *La nuova disciplina*, cit., pp. 144 e ss, e in particolare p. 150;

²⁶⁴ cfr. Trib. Roma 14 gennaio 2010, in *Riv. giur. lav.*, 2010, n. 2, p. 327;

La disciplina del trasferimento d'azienda in crisi²⁶⁵ ha a fondamento gli stessi obiettivi sopra esposti, ovvero mira a favorire in ogni caso la circolazione delle imprese ma in questo caso, delle imprese che si trovino in stato di insolvenza e/o di grave crisi economica, rendendone l'acquisto meno oneroso per quanto riguarda l'aspetto dei costi di lavoro. Infatti, un autorevole autore, riguardo l'obiettivo da perseguire, dichiara che: *«la norma intende agevolare la commerciabilità dell'azienda insolvente, anche attraverso la limitazione del necessario passaggio dei dipendenti del ramo d'azienda ceduto, per evitare che sul cessionario vengano a gravare gli oneri connessi al mantenimento dei rapporti di lavoro che potrebbero risultare di difficile conservazione nel contesto organizzativo medesimo»*²⁶⁶. In tale sede si torna a discutere sulla nozione d'azienda e di ampliamento del concetto di ramo d'azienda, pertanto non sono mancati i contrasti tra la disciplina interna e quella comunitaria sul tema. Lo scopo di evitare il fallimento dell'azienda in crisi è un'esigenza che si è avvertita già a partire dagli anni Settanta quando dilagava l'idea di realizzare una normativa con il fine di attribuire una tutela finalizzata alla salvaguardia della stessa. Tale disciplina fa parte della cosiddetta "legislazione dell'emergenza" che ha caratterizzato la normativa ante la L.428 del 1990. Quest'ultima non è stata esente da imprecisioni che nel tempo hanno portato al bisogno di predisporre una nuova normativa rivolta a circoscrivere il potere derogatorio riconosciuto alle organizzazioni sindacali e alla costituzione di una normativa unitaria e organica. Questa nuova normativa, che tratteremo successivamente, è disciplinata nell'ex art. 5 della legge n.428/1990 ed è stata fin dall'inizio contestata perché di dubbia conformità con la disciplina comunitaria. Alla normativa in oggetto veniva contestata l'assenza nella normativa del riferimento alla procedura concorsuale²⁶⁷, elemento considerato essenziale per esonerare il datore di lavoro cessionario dalle garanzie previste a favore dei lavoratori coinvolti in un trasferimento d'azienda. La disciplina sul trasferimento d'azienda è oggi contenuta nei commi 4-bis, 5 e 6 dell'art.47 della legge n.428/1990 (modificata nel 2012 con l'art.46-bis del D.lgs. n.83), che attuando la

²⁶⁵ Con rif. alla disciplina del trasferimento d'azienda in crisi, si vedano. SANTORO PASSARELLI, *Trasferimento d'impresa: un delicato compromesso tra tutela individuale, mercato del lavoro e sviluppo economico*, in *Arg. dir. lav.*, 2005, 3, p. 711;

²⁶⁶ P. LAMBERTUCCI, *Trasferimento d'azienda e problemi occupazionali*, in *Dir. rel. ind.*, 2010,2, p.387

²⁶⁷A. CAIAFA, R. COSIO, *il trasferimento dell'azienda nell'impresa in crisi o insolvente*, ed. Cedam, Padova, 2005, p.8

Direttiva 1977/187/CE²⁶⁸ , ha introdotto nel nostro ordinamento specifici diritti di informazione e valutazione congiunta in favore delle organizzazioni sindacali e, più in generale, delle forme di rappresentanza dei lavoratori, nel caso di trasferimento d'azienda o di un suo ramo. In tal modo il legislatore condiziona poteri riconosciuti al datore di lavoro, e il cui esercizio è in grado di ripercuotersi negativamente nella sfera giuridica dei lavoratori, sottoponendoli ad un preventivo controllo delle organizzazioni sindacali cui vengono riconosciuti specifici diritti di informazione, consultazione ed esame congiunto. Tale disciplina si caratterizza per le garanzie riconosciute ai singoli lavoratori, in particolare modo riguardo alle garanzie della conservazione dei diritti scaturenti dal pregresso rapporto di lavoro e della solidarietà tra cedente e cessionario per i crediti esistenti al momento del trasferimento, determinando in questo modo un rilevante potenziamento della tutela collettiva dei lavoratori. Così facendo, il legislatore comunitario ha inteso allargare e rafforzare l'ambito di intervento dell'azione sindacale, con l'obiettivo di portare a termine un bilanciamento tra i diversi, e spesso divergenti, interessi in gioco nelle vicende traslative delle imprese, prescrivendo ai soggetti coinvolti degli specifici limiti procedurali e sostanziali, con l'obiettivo di guidare le parti verso la contrattazione collettiva, reputata la sede più adeguata alla mediazione e conciliazione tra i contrapposti interessi di cui sono portatori i lavoratori da una parte e i datori di lavoro dall'altra. Sul fronte del trasferimento d'azienda, la circolazione dei dipendenti dal cedente ad un nuovo datore, può compromettere un peggioramento delle condizioni lavorative e/o minori possibilità lavorative o di durata dell'occupazione, per questo motivo l'informazione e la consultazione preventiva sui presupposti del trasferimento e sulle eventuali misure previste nei confronti dei lavoratori, assolvono alla funzione di concedere al sindacato gli strumenti per limitare le decisioni datoriali in relazione ad eventuali provvedimenti da assumere nei confronti dei lavoratori da trasferire, e/o per disciplinare accordi di "armonizzazione" dei trattamenti contrattuali nel momento del passaggio al nuovo datore di lavoro. In questo ambito si gioca, quindi, la tutela dei lavoratori sul fronte collettivo che incorpora alle tutele individuali disciplinate nell'art.2112 c.c. Occorre sottolineare però che il dialogo tra il datore di lavoro e le organizzazioni sindacali, imposto dalla procedura, può svolgersi in concreto nella

²⁶⁸ Tale direttiva è stata recepita in Italia con un ritardo di quasi tredici mesi ed è costato alla Stato italiano una condanna per inottemperanza degli obblighi comunitari (Corte di Giustizia, 10 luglio 1986, C-235/84)

definizione degli effetti finali sui rapporti di lavoro, ma non può arrivare a limitare la libertà delle scelte imprenditoriali che hanno portato al trasferimento. Per tale ordine di ragioni, si ritiene che la normativa conferisce ai soggetti collettivi un ruolo meramente “partecipativo” o “proceduralizzato”²⁶⁹. Tale disciplina segue con favore quanto disciplinato dall’art.41 della Costituzione, infatti, è logico che la partecipazione sindacale è indirizzata a tutelare la posizione dei lavoratori, anche se il dovere prescritto al datore di lavoro di attenersi l’iter disciplinato dall’art. 47 della l.n. 428/1990 non può porsi come una limitazione delle sue scelte organizzative ma può, al limite, indirizzare le sue decisioni verso un fine condiviso²⁷⁰.

Già prima del 1990 la giurisprudenza nazionale aveva individuato la legittimità degli accordi stipulati tra le organizzazioni rappresentative dei lavoratori e i datori di lavoro che, con il fine di salvaguardare le unità produttive in stato di crisi o di insolvenza, fissavano deroghe all’art. 2112 c.c.²⁷¹. Tale soluzione è poi stata espressamente disciplinata dall’art. 47 della legge 428/1990. I commi 4-bis e 5 del suddetto articolo rappresentano il risultato di un recente intervento legislativo, imposto da una sentenza della Corte di Giustizia che, come si disciplinerà meglio successivamente, ha dichiarato l’incompatibilità della disciplina italiana fino ad allora vigente con quella del diritto comunitario. Occorre, prima di esaminare l’attuale disegno normativo, soffermarsi sull’originaria disciplina, andando a mettere in luce i profili che hanno determinato il contrasto con la disciplina comunitaria. L’originaria impostazione dell’art.47, e nello specifico dei commi 5 e 6, imponeva che, ai fini dell’applicazione delle deroghe alla disciplina dell’art. 2112 c.c., era indispensabile la simultanea esistenza di due requisiti.

In primo luogo, ai sensi dell’art.47 comma 5, era indispensabile che l’operazione traslativa riguardasse un’impresa in relazione alla quale il CIPI²⁷² avesse verificato lo stato di crisi aziendale o per la quale fossero presenti dichiarazione di fallimento,

²⁶⁹ M. NICOLOSI, *Risoluzione per mutuo consenso del contratto a termine illegittimo, attività lavorativa presso terzi e offerta della prestazione*, in *Riv. It. dir. lav.*, 2007, II, p. 83.

²⁷⁰ C. ZOLI, *La procedura di partecipazione sindacale in tema di trasferimento d’azienda*, in *Dialoghi fra Dottrina e Giurisprudenza, Quaderni di Diritto del Lavoro*, vol. 2, Luglio - Dicembre 2004.

²⁷¹ Cass. 7 dicembre 1981, n. 6482, in *Mass. giur. lav.*, 1981, e Cass. 8 febbraio 1982, n. 746, in *Riv. it. dir. lav.*, 1982, II, p. 563, con nota di F. MAZZIOTTI.

²⁷² Il CIPI (Comitato interministeriale per il coordinamento della politica industriale) è stato istituito all’interno del CIPE (Comitato interministeriale per la programmazione economica) dall’art. 1 della legge n. 675 del 1977 ed è stato soppresso dalla legge 24.12.1993, n. 537, con la conseguenza che la competenza relativa all’accertamento dello stato di crisi attualmente spetta, ai sensi dell’art. 2 del D.P.R. 373 del 1994, al Ministero del lavoro e della previdenza sociale

omologazione di concordato preventivo consistente nella cessione di beni, emanazione del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa ovvero di sottoposizione all'amministrazione straordinaria, nel caso in cui la prosecuzione dell'attività non fosse stata autorizzata o fosse cessata. La scelta del legislatore di equiparare tali fattispecie, normativamente diverse, è determinata in ragione del fatto che da ognuna di esse possa derivare il rischio concreto di un imminente effetto sul versante occupazionale²⁷³. Era inoltre necessario che, durante la procedura di informazione e consultazione sindacale, si pervenisse a un accordo sul mantenimento, anche parziale, dell'occupazione²⁷⁴. Al verificarsi di tali situazioni, il legislatore italiano consentiva che al personale trasferito non si applicasse l'art. 2112 c.c., salvo che dall'accordo concluso durante la procedura non emergessero condizioni più favorevoli. In aggiunta, si prevedeva che il trasferimento poteva non investire una parte dei lavoratori, i cd. eccedentari, che, pur se oggettivamente preposti all'azienda, o ramo di essa, oggetto del trasferimento, rimanessero alle dipendenze del cedente. La deroga alla disciplina del trasferimento d'azienda stabilita dall'art. 47, comma 5, l. n. 428/1990, si collocava in netto contrasto con la direttiva 77/87/CEE alla luce della quale, il trasferimento d'azienda disponeva come conseguenza il passaggio automatico dei dipendenti del cedente al cessionario con la conservazione di tutti i diritti esistenti in dipendenza del rapporto di lavoro. Tali contrasti hanno determinato un'intensa disquisizione tra il diritto interno e l'ordinamento comunitario che si è dispiegato sul piano legislativo e giurisprudenziale. La Corte di Giustizia, riferendoci al diritto comunitario, con riguardo alla direttiva del 1977, ha deciso che la direttiva in questione non si applicasse ai trasferimenti d'azienda effettuati all'interno del fallimento o di altra procedura avente lo scopo di liquidare i beni del debitore. Appare del tutto logico dedurre che nessun problema di compatibilità si è posto in relazione alle ipotesi di fallimento, omologazione di concordato preventivo, liquidazione coatta amministrativa o sottoposizione all'amministrazione straordinaria; diversamente ha suscitato insicurezza quella parte della norma che menzionava nella disciplina derogatoria le imprese per le quali il CIPI avesse verificato lo stato di crisi, calcolando che la giurisprudenza comunitaria sopra citata riteneva invece che facessero parte della direttiva i trasferimenti

²⁷³ R. ROMEI, *il rapporto di lavoro nel trasferimento d'azienda*, op. cit., p. 218; contra, A. CAIAFA, *Il trasferimento dell'impresa nelle procedure concorsuali*, op.cit., p. 136.

²⁷⁴ F. PETACCIA, *Ancora in tema di trasferimento di aziende in crisi ed effetto dell'accordo collettivo*, nota a Trib. Velletri 16 gennaio 1995, in *Giur. lav. Lazio*, 1996, p. 462

effettuati all'interno di procedure concorsuali indirizzate alla prosecuzione dell'attività aziendale e non alla liquidazione dei beni²⁷⁵. All'uopo giova ricordare due importanti sentenze della Corte di Giustizia, la sentenza D'Urso²⁷⁶ e la sentenza Spano²⁷⁷. Il principio enunciato nella sentenza D'Urso riguarda la non applicabilità della direttiva 77/87/CEE all'ipotesi di amministrazione straordinaria, purchè questa comporti la cessazione dell'attività dell'impresa ceduta. Nella sentenza Spano, la Corte di Giustizia aveva sostenuto l'applicabilità della direttiva a tutti quei casi in relazione ai quali fosse accertato lo stato di crisi aziendale ai sensi dell'art.2, comma cinque, lett. c) della l.12 agosto 1977, n.675. In particolare, la fattispecie presa in considerazione riguardava un'azienda che aveva conseguito l'inclusione alla Cassa Integrazione Guadagni Straordinaria. Per la Corte di Lussemburgo in tale ipotesi non è prevedibile alcuna eccezione rispetto alla disposizione, dal momento che *«un'impresa di cui sia stato dichiarato lo stato di crisi è oggetto di un procedimento che, lungi dal tendere alla liquidazione dell'impresa, mira al contrario a favorire la prosecuzione della sua attività nella prospettiva di una futura ripresa»*. Con questa sentenza, la Corte di Giustizia ha riconfermato che il parametro per accertare quale sia l'ambito di applicabilità della direttiva era da riscontrarsi nel fine perseguito dalla procedura cui l'impresa era assoggettata²⁷⁸, sancendo che la non applicazione sembrava accettabile solo nell'eventualità di procedimenti finalizzati alla liquidazione del patrimonio aziendale, nell'ambito dei quali non fosse stata deliberata la prosecuzione dell'azienda²⁷⁹. Appare del tutto evidente che, laddove il nostro ordinamento includeva il procedimento di ammissione alla CIGS tra i casi di deroga alla norma in materia di trasferimento, si presentava in contraddizione con il diritto comunitario. La Corte di Giustizia ha altresì messo in luce la piena inconsistenza della circostanza che la deroga all'applicazione dell'art. 2112 c.c. fosse condizionata ad un accordo con le rappresentanze sindacali,

²⁷⁵ R. FOGLIA, *Trasferimento d'azienda ed effetti sui rapporti di lavoro*, op.cit., p. 337; V. BARBANTI, *In ordine al trasferimento dell'azienda (in crisi) e ai suoi effetti sui rapporti di lavoro: vecchie e nuove normative a confronto*, nota a Cass. 23 ottobre 1995, n. 11004 in *Giur. it.*, 1997, I, p. 99

²⁷⁶ C. Giust. CE, 25 luglio 1991, C-362/89, Racc., 1991, I, 4139

²⁷⁷ C. Giust. CE, 7 dicembre 1995, C-472/93, Racc., 1995, I, 4321.

²⁷⁸ R. ROMEI, *Il trasferimento dell'azienda in crisi dinanzi alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee*, in *Mass. giur. lav.*, 1995, p. 489.

²⁷⁹ Cfr. Corte Giust. 7 febbraio 1985, C-135/83, cit. e Corte Giust. 7 febbraio 1985, C-186/83, cit., nelle quali la Corte di Giustizia ha precisato che la direttiva non si applica nelle ipotesi di trasferimento di una impresa in cui il cedente è stato dichiarato fallito, e Corte Giust. 25 luglio 1991, cit., in cui la Corte ha escluso l'applicabilità della direttiva alle ipotesi di trasferimento di una impresa sottoposta ad amministrazione straordinaria, purché ciò comporti la cessazione dell'attività dell'impresa cedente.

precisando che le disposizioni incluse nella direttiva sono necessariamente inderogabili *in peius*. Tuttavia, l'esecuzione delle tutele ivi considerate non può essere condizionata all'autorizzazione del cedente, del cessionario, delle rappresentanze sindacali o degli stessi lavoratori, i quali mantengono unicamente l'opportunità di rassegnare volontariamente le proprie dimissioni.

Inoltre, il Giudice comunitario, ha respinto che l'art. 47 potesse reputarsi norma di miglior favore per i lavoratori. Tornando alla sentenza D'Urso, la Corte respingeva che obbligare il trasferimento di tutti i dipendenti avrebbe distratto il probabile compratore e che quindi il personale eccedentario sarebbe in ogni caso stato successivamente licenziato, non avendo più tutti i sostegni collegati alla continuazione del rapporto di lavoro con il cessionario. Nel nostro ordinamento, nonostante una parte della dottrina avesse manifestato il bisogno di spiegare la normativa italiana alla luce delle precisazioni fornite dalla Corte di Giustizia, non ammettendone l'efficacia davanti un contrasto con il diritto comunitario²⁸⁰, la Cassazione ha più volte confermato l'assoluta legittimità degli accordi sindacali stipulati all'interno di un trasferimento d'azienda in crisi, in quanto l'assente efficacia alla disciplina comunitaria non impediva l'applicazione della disciplina interna, visto che le direttive comunitarie non hanno validità orizzontale, ovvero nei rapporti tra privati²⁸¹. Lo scopo della normativa italiana, sotteso alla salvaguardia dell'occupazione e i precedenti giurisprudenziali, hanno portato il legislatore ad un ulteriore intervento normativo che ha portato all'introduzione, nella direttiva 98/50, la quale ha modificato la direttiva 77/187/CEE, di un art. 4-bis (nella direttiva 2001/237/CE, che ha riorganizzato la materia, è diventato art.5). In questo articolo, oltre a riconfermare il principio già introdotto nell'ordinamento comunitario delle sentenze della Corte di Giustizia, per cui è prevista la non applicabilità delle tutele dei singoli riguardanti il trasferimento d'azienda nelle ipotesi in cui il cedente sia sottoposto a fallimento o a simile procedura di insolvenza orientata alla liquidazione dei beni, si dispone la modifica delle condizioni dei lavoratori, mediante accordi sindacali che mirano a tutelare le opportunità occupazionali assicurando la conservazione dell'impresa ceduta, o di rami di essa, nelle ipotesi: a) impresa sottoposta a procedura di insolvenza (a prescindere dalla finalità liquidatoria della stessa);

²⁸⁰ U. CARABELLI, *Trasferimenti di azienda: la nuova direttiva europea*, in *Lav. inf.*, 1998, 21, p. 5.

²⁸¹ Cfr. Cass. 21 marzo 2001, n. 4073, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, II, p. 114, con nota di P. LAMBERTUCCI, *Il trasferimento di azienda in crisi tra diritto interno e diritto comunitario*, nonché in *Lav. giur.*, 2002, p. 252, la quale ha deciso proprio in relazione al giudizio che aveva dato origine alla sentenza Spano

b) trasferimento d'azienda in grave crisi economica, quale definita dal diritto nazionale, *«purché tale situazione sia dichiarata da un'autorità pubblica competente e sia aperta al controllo giudiziario, a condizione che tali disposizioni fossero già vigenti nel diritto nazionale il 17 luglio 1998»* c) impresa sottoposta ad una procedura di insolvenza aperta in vista della dismissione dei beni del cedente che si svolgono sotto il controllo di un'autorità pubblica competente. In relazione alla prima ipotesi, la direttiva comunitaria non legittima la disapplicazione delle tutele, ma conferisce agli stati la possibilità di prevedere che i crediti lavorativi non siano trasferiti al cessionario, a condizione che ai lavoratori venga assicurata dalla disciplina interna una tutela almeno pari a quella sancita dalla direttiva in materia di tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro²⁸². In alternativa a tale ipotesi, è individuata la facoltà degli stati membri di assegnare agli accordi collettivi stipulati tra cedente, cessionario e rappresentanze sindacali il potere di modificare le condizioni di lavoro al fine di assicurare la conservazione dell'azienda o almeno di una parte di essa. Tale ultima ipotesi viene estesa alla seconda ipotesi derogatoria. Nell'ipotesi sub c), il legislatore comunitario, recependo l'orientamento della Corte di Giustizia, ha esplicitamente permesso la disapplicazione delle tutele dei singoli. Riguardo tale impostazione, non può discutersi del fatto che il nostro ordinamento appare chiaramente identico a quello comunitario. Infatti, il quinto comma dell'art.47 l.428/90 riconosce espressamente, quale ipotesi di deroga alle garanzie di cui all'art. 2112 c.c., il fallimento e le altre procedure concorsuali *«nel caso in cui la continuazione dell'attività non sia stata disposta o sia cessata»*. Per tale motivo, dopo aver delineato le principali novità introdotte dalla direttiva comunitaria, ci si è chiesti se l'incompatibilità tra il quinto comma dell'art.47 l.428/90, con riguardo al caso dell'impresa sottoposta a provvedimento di ammissione alla CIGS, e la normativa comunitaria continuasse a sussistere. Alcuni autori avevano confermato come le ipotesi di deroga della direttiva, soprattutto quella di cui all'attuale art.5 comma 3, (indicata alla lett. b)), sembrasse allineata con quella dell'ordinamento italiano, così affermando la perfetta uniformità tra diritto interno e diritto comunitario²⁸³. La tesi sarebbe stata

²⁸² Direttiva del 20 ottobre 1980, n. 80/987/CEE

²⁸³ L. MENGHINI, *L'attenuazione delle tutele individuali dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda di impresa in crisi o soggetta a procedure concorsuali dopo la direttiva 50/98 e il D.Lgs. 270/99*, in *Riv. giur. lav.*, 2000, I, p. 209; G. VILLANI, *Trasferimento d'azienda. Profili di diritto del lavoro e della previdenza sociale*, Utet, Torino, 2000, p. 230; A. PIZZOFERRATO, *Trasferimento d'azienda e rapporto*

accreditata dall'impostazione letterale del terzo comma, che consente le deroghe alle tutele dei singoli nel caso di «aziende in situazione di grave crisi economica» unicamente dove le deroghe fossero già contemplate dal diritto nazionale²⁸⁴. Posto allora che a seguito dell'introduzione dell'art. 4-bis nella direttiva 98/50/CE, di riforma della direttiva 77/187/CEE, si sia realizzato un allineamento tra i due ordinamenti sulla base di un'armonizzazione della finalità, ovvero quella di tutelare l'occupazione anche in ipotesi di deroga costituita dalla crisi aziendale, rimangono tuttora alcuni dubbi di non conformità riguardanti l'ampiezza della deroga consentita nell'ordinamento interno per le ipotesi di procedure di insolvenza non liquidative. Vale a dire che, mentre il diritto comunitario, in riferimento all'ipotesi sub b) si limitava ad ammettere la possibilità di concordare a livello collettivo “modifiche alle condizioni di lavoro”, la disciplina nazionale si spingeva fino al punto di ammettere una piena disapplicazione dell'art.2112 c.c. e, quindi, delle tutele previste dalla direttiva comunitaria, ivi inclusa quella della prosecuzione del rapporto di lavoro con il cessionario. La dottrina, con il fine di circoscrivere il contrasto tra i due ordinamenti, adottava un'interpretazione elastica dell'espressione «*modifiche alle condizioni di lavoro dei lavoratori*», tale da includere la possibilità di derogare al principio della continuità dei rapporti di lavoro. La dottrina più accreditata²⁸⁵ ha tuttavia giustamente risaltato che siffatta impostazione finiva per accostare tra loro situazioni assolutamente non assimilabili, e cioè fattispecie (irreversibili) volte alla liquidazione del complesso aziendale e situazioni (reversibili) di ordinaria crisi, che il legislatore comunitario aveva intenzionalmente diversificato in ragione del possibile miglioramento economico con conseguente prosecuzione dell'attività. La ratio della differente impostazione è rinvenibile nel fatto che il legislatore comunitario ha reputato che nei casi in cui, successivamente alla liquidazione dei beni, l'impresa cedente non ha alcuna possibilità di recupero senza il sostegno di un nuovo soggetto imprenditoriale, è consentita una deroga complessiva a tutti gli istituti garantistici, ivi compreso il principio della continuità del rapporto di lavoro. Diversamente, dove la situazione di difficoltà appare reversibile, e quindi rimediabile, il

di lavoro, in AA. VV., *il lavoro subordinato*, a cura di F. CARINCI, Tomo II, Trattato di diritto privato, diretto da M. BESSONE, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 597 e ss. e pp. 637 e ss

²⁸⁴ A. PIZZOFERRATO, *I riflessi della direttiva 98/50/CE sull'ordinamento italiano*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1999, p. 463

²⁸⁵ P. PELISSERO, *Il trasferimento di azienda tra diritto comunitario e diritto interno. L'individuazione della fattispecie*, in *Riv. giur. lav.*, 1999, I, p. 797

principio dell'automatica prosecuzione dei rapporti di lavoro è totalmente inderogabile, potendosi unicamente consentire alle parti la facoltà di accordarsi per eventuali modifiche alle condizioni di lavoro²⁸⁶. Tale contrasto tra il diritto comunitario e la deroga interna era stato rilevato dalla Commissione Europea, la quale nel 1999 mostrava alle autorità italiane la non compatibilità al diritto comunitario delle norme nazionali in materia di trasferimento di imprese in crisi, evidenziando che, nonostante l'ex. art. 4-bis della direttiva ammettesse la possibilità di concedere alcune deroghe, la normativa italiana «*ammette deroghe che vanno oltre quanto consentito dalla direttiva*»²⁸⁷. Seguendo quest'ordine di idee quindi, appare del tutto evidente come, in questo caso, i dubbi di non conformità riguardavano non più le fattispecie derogatorie, ma bensì l'ampiezza stessa della deroga ammessa nell'ordinamento italiano per le ipotesi di procedure di insolvenza e di crisi aziendale.

In particolar modo, la Commissione specificava che «*la direttiva n. 98/50/CE, pur avendo conferito una certa flessibilità ai trasferimenti di imprese in difficoltà, non ha ravvicinato il diritto italiano in modo da renderlo integralmente conforme al diritto comunitario*»; per questo motivo la Repubblica Italiana aveva mancato i suoi obblighi per aver mantenuto in vigore i commi 5 e 6 dell'art.47 l.428/1990 nella parte in cui, per le imprese in stato di crisi, consentivano una deroga all'obbligo di passare al cessionario il personale e tutti i debiti scaturenti dai medesimi rapporti, precisando che la direttiva, permette unicamente di «*modificare le condizioni di lavoro*» con il consenso dei sindacati.

2.6.1. Il regime delle deroghe nel diritto interno e la sentenza di condanna della Corte di Giustizia

Alla luce di tali considerazioni, il 29 marzo del 2001 la Commissione proponeva, ai sensi dell'art.226 TCE, un ricorso alla Corte di Giustizia con lo scopo di conseguire la condanna dell'Italia per non aver regolarmente dato attuazione alla direttiva comunitaria in tema di trasferimento d'azienda. La Corte di Giustizia, pronunciata in data 5 giugno

²⁸⁶ U. CARABELLI, B. VENEZIANI, *Il trasferimento di azienda in Italia*, in AA. VV., *La trasmissione de empresas en Europa*, Cacucci, Bari, 1999, pp. 103 e ss. e 155 e ss.; S. NAPPI, *Negozi traslativi dell'impresa e rapporti di lavoro*, in *Editoriale scientifica*, Napoli, 1999, pp. 354 e ss

²⁸⁷ Comunicato stampa della Commissione europea 20 luglio 1999.

2003, non è entrata nel merito della questione avendo accolto l'eccezione di irricevibilità della domanda²⁸⁸ a causa del mutamento del quadro normativo di riferimento, discendente dall'accettazione della direttiva 98/50/CE che introdusse modifiche idonee a legittimare, almeno in parte, le disposizioni di cui all'art.47. nonostante ciò, l'assente pronuncia sul merito, rendeva del tutto prevedibile l'attivazione di un nuovo giudizio da parte della Commissione. Ciò nonostante, il legislatore italiano non ha dato alcun peso, dal momento in cui ha dato attuazione della direttiva comunitaria attraverso il D.lgs n. 18/2001, non apportando alcuna modifica.

Perciò, la Commissione ha ripresentato la stessa questione alla Corte di Giustizia, asserendo che le deroghe previste dalla direttiva del 1998 non fossero adeguate a "sanare" le disposizioni dell'art.47 nella parte in cui escludeva l'applicazione dell'art.2112 c.c., che contiene le tutele di cui agli artt.3 e 4 della direttiva. In questa seconda occasione la Commissione ha ricevuto la piena approvazione da parte dei Giudici comunitari. Pertanto, con la sentenza dell'11 giugno 2009, la Corte di Giustizia ha posto fine, con una condanna a carico della Repubblica Italiana, il contrasto che si era realizzato tra quest'ultima e la Commissione Europea sull'ammissibilità della deroga alla direttiva comunitaria nei casi in cui, per il diritto interno, intervenga un'ammissione di stato di crisi aziendale. La Corte di Giustizia ha dichiarato che «*mantenendo in vigore le disposizioni di cui all'art. 47, commi 5 e 6, della legge n. 428/1990, in caso di crisi aziendale a norma dell'art. 2, quinto comma, lett. c) della legge 675/1977, in modo tale che i diritti riconosciuti ai lavoratori dall'art. 3, nn. 1, 3 e 4, nonché dall'art. 4 della direttiva 2001/23 non sono garantiti nel caso di trasferimento di azienda il cui stato di crisi sia stato accertato, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi su di essa incombenti in forza di tale direttiva*»²⁸⁹.

²⁸⁸ Corte Giust. 5 giugno 2003, C-145/01, in Raccolta 2003, p. I-5601, nonché in *Foro it.*, 2004, 4, c. 186

²⁸⁹ Cfr. punto 51 della sentenza 11 giugno 2009, C-561/07; Con note di A. ZAMBELLI, *Trasferimento di azienda in crisi e diritti dei lavoratori*, in *Giur. lav.*, 2009, p. 12; F.V. PONTE, *La disciplina italiana sul trasferimento dell'azienda in crisi non supera il vaglio della Corte di Giustizia*, in *Dir. merc. lav.*, 2009, 1-2, p. 358; V. NUZZO, *Sul trasferimento di aziende in crisi: cronaca di una condanna annunciata*, in *Dir. rel. ind.*, 2009, 3, p. 843; R. BOLLINI, *Protezione del lavoro nel trasferimento d'azienda: il d.l. 135/2009 e il c.d. «caso Alitalia» alla luce della disciplina comunitaria*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, II, p. 338; S. BRIZZI, *Il trasferimento d'azienda in crisi tra diritto interno e diritto comunitario*, in *Giur. it.*, 2010, p. 353; A. CORRADO, *Il trasferimento d'azienda in crisi «all'italiana» non è conforme alla direttiva europea*, in *Or. giur. lav.*, 2009, III, p. 18; I. INGLESE, *Il trasferimento dell'azienda in crisi di nuovo al vaglio della corte di giustizia*, in *Arg. dir. lav.*, 2009, p. 1348; M. PELLICCIARI, *Trasferimento di azienda in crisi e diritto comunitario*, in *Mass. giur. lav.*, 2009, p. 906.

La Corte, andando sommariamente ad enunciare i punti che ha respinto, ha affermato che, diversamente da quanto espresso dallo Stato italiano, gli obblighi decisi dalla direttiva non hanno carattere facoltativo per gli stati. Lo stato italiano, argomentando dal fatto che la direttiva dispone che le tutele ivi previste non si applicano «*ai diritti dei lavoratori a prestazioni di vecchiaia, di invalidità, o per i superstiti dei regimi complementari di previdenza professionale o interprofessionali, esistenti al di fuori dei regimi legali di sicurezza sociale degli stati membri*» salvo che gli stati membri non decidano diversamente, tentò di portare avanti la tesi per cui l'applicazione delle garanzie previste dalla direttiva aveva natura discrezionale; a riguardo la Corte ha risposto che tale deroga deve intendersi in maniera restrittiva, e che, quindi la stessa non sia assolutamente estensibile al di fuori dell'ipotesi espressamente prevista. La Corte, continuando, ha poi specificato che le garanzie introdotte nel 1998 hanno avvalorato l'eventualità di disapplicare le tutele del singolo unicamente nelle ipotesi liquidative, mentre, con riguardo alle procedure finalizzate alla conservazione dell'attività è comunque imprescindibile l'applicazione delle tutele di cui agli artt.3 e 4 della direttiva, con l'unica facoltà di accordarsi su eventuali modifiche alle condizioni di lavoro.

In conclusione, la Corte di Giustizia ha riaffermato il pensiero secondo cui il trasferimento dell'impresa può essere favorito attraverso l'abolizione delle tutele a favore dei lavoratori solo laddove l'impresa si trovi in una situazione tale per cui l'unica alternativa al trasferimento è l'eliminazione della stessa, e solo nella misura in cui la procedura sia gestita dall'autorità giudiziaria. Sulla base di suddette premesse ha rilevato che la disciplina dettata dalla Repubblica Italiana per il trasferimento di imprese in relazione alle quali il CIPI avesse accertato lo stato di crisi aziendale determinasse un effetto ablativo delle tutele previste dalla direttiva comunitaria, escludendo quindi che tale disciplina potesse rientrare in una delle ipotesi derogatorie ivi previste.

Specificatamente, la Corte di Giustizia ha in primis respinto che potesse far parte delle ipotesi di cui ai nn. 1 e 2 dell'art.3. tale conclusione era abbastanza prevedibile, proprio perché la possibilità di non applicare le garanzie preordinate dalla direttiva è accettabile solo se riconducibile ad una procedura di insolvenza orientata alla liquidazione del complesso aziendale²⁹⁰ e sotto il continuo controllo giudiziale. la statuizione in oggetto

²⁹⁰ S. NAPPI, *Le vicende traslative e la tutela dei lavoratori*, in *Dir. merc. lav.*, 1-2, 2009, p.231

si colloca nel solco delle già menzionate sentenze D'Urso²⁹¹ e Spano²⁹², le quali, seppure riferite alla precedente Direttiva 77/187/CEE (sicuramente più rigida rispetto a quella attuale), avevano già chiarito questo aspetto. La Corte di Giustizia ha respinto, infine, la possibilità di far rientrare la disciplina italiana nell'ipotesi di cui all'art. 5 n. 3 della direttiva, che conferisce agli stati membri la possibilità di prevedere che, allorquando il cedente si trovi in una «*situazione di grave crisi economica*», con accordo collettivo possano essere decise «*modifiche alle condizioni di lavoro*» al fine «*di salvaguardare le opportunità occupazionali garantendo la sopravvivenza dell'impresa*» (art. 5 n. 2 lett. b). Tale disposizione, come già sopra annunciato, si pensava essere stata prevista proprio con l'obiettivo di sanare ex-post la situazione italiana, ma si è poi rivelata inadeguata a tale fine. I motivi che hanno condotto la Corte di Giustizia ad escludere la riconducibilità della disciplina italiana a tale ipotesi sono essenzialmente due. In primo luogo, in quanto il paragrafo 3 dell'art.5 della direttiva permette unicamente, attraverso la stipula di un accordo collettivo, la modifica delle condizioni di lavoro per l'unico fine di «*salvaguardare le opportunità occupazionali e la sopravvivenza dell'impresa*», ma non menziona affatto la possibilità di disapplicare gli artt. 3 e 4 della direttiva. In altre parole, la modifica delle condizioni di lavoro «*presuppone che il trasferimento al cessionario abbia già avuto luogo*». All'opposto, il comma cinque dell'art.47, confermando che nelle situazioni di difficoltà economica, anche in forza del semplice accertamento dello stato di crisi, i sindacati potevano stipulare un accordo che disponga «*il mantenimento anche parziale dell'occupazione*», escludeva l'applicazione del principio della continuità dei rapporti di lavoro, con la conseguenza che la disciplina interna «*priva puramente e semplicemente i lavoratori... delle garanzie previste dagli artt. 3 e 4 della direttiva 2001/23 e non si limita ad una modifica delle condizioni di lavoro...*».

In secondo luogo, la Corte di Giustizia ha evidenziato che il paragrafo 3 dell'art.5 presuppone la possibilità di un controllo giudiziario della procedura; controllo che invece sarebbe assente nella disciplina italiana. Riguardo tale aspetto, lo Stato italiano si è difeso sottolineando come nella procedura in oggetto le parti possano adire l'autorità giudiziaria per contestare eventuali violazioni, ma la Corte di Giustizia ha invece giudicato che tale

²⁹¹ Corte Giust. 25 luglio 1991, causa C-362/89, in *Giust. Civ.*, 1992, I, p.1121.

²⁹² Corte Giust. 7 dicembre 1995, causa C-472/93, in *Mass. Giur. Lav.*, 1996, p.225, in *Riv.it.dir.lav.*,1996, II, p. 261, in *Dir.lav.*,1996, II, p. 123

evenienza non fosse adeguata e sufficiente in quanto, la direttiva sancisce un controllo continuo dell'impresa che si trova in stato di difficoltà economica. Verso la sentenza della Corte di Giustizia sono state sollevate diverse critiche, in particolar modo da una parte della dottrina, accusando la stessa Corte di eccessiva rigidità. Nello specifico, è stato contestato il passaggio della sentenza secondo cui la previsione di cui al n.3 dell'art.5 della direttiva implichi l'osservanza delle garanzie di cui agli artt. 3 e 4, con la conclusione che è consentito immettere delle deroghe solo laddove tagli garanzie siano osservate. Sulla base di ciò, è stato infatti sostenuto che, una volta avvenuto il trasferimento e una volta osservate le garanzie, non appare semplice immaginare tali deroghe, salvo ritenerle del tutto residuali, e quindi del tutto inadeguate alla salvaguardia dei livelli occupazionali. È stata inoltre evidenziata l'estrema inflessibilità con cui la Corte di Giustizia definisce il secondo presupposto previsto per l'applicabilità della deroga di cui all'art.5 n.3, ovvero il controllo giudiziario. A tal riguardo, la direttiva non esige che la situazione di crisi sia gestita e governata in modo ininterrotto dall'autorità giudiziaria ma, unicamente che sia *«aperta al controllo giudiziario»*. Nel nostro caso sembra che tale caratteristica possa ritenersi soddisfatta, in quanto la delibera di accertamento dello stato di crisi è impugnabile dinnanzi al giudice.

Tali problematiche hanno fatto sì che l'impianto di cui al quinto comma dell'art.47 trovasse scarsa attuazione pratica. Infatti, il più delle volte si è preferito seguire una strada alternativa, vale a dire quella della mobilità seguita dalla selettiva ricollocazione presso il cessionario, previa sottoscrizione di una conciliazione individuale, usufruendo dei vantaggi scaturenti dall'assunzione dei lavoratori in mobilità. A tal proposito, si precisa infatti che *«non mancano ipotesi di accordi intervenuti dopo la chiusura dell'azienda e la cessazione dell'attività svolta dalla medesima, nei quali l'acquirente è disposto ad acquistare il ramo d'azienda e ad assumere parte dei lavoratori solo se questi rinunciano individualmente ai diritti previsti dall'art. 2112 c.c.... Ancora più frequenti sono i casi nei quali l'impresa che decide di cessare l'attività produttiva non attiva neppure la procedura per il trasferimento d'azienda»*²⁹³. Pertanto, da un punto di vista sostanziale, appare forse condivisibile la difesa sostenuta dallo stato italiano dinnanzi ai Giudice

²⁹³ G. ORLANDINI, *Il trasferimento di azienda nelle imprese in stato di crisi tra dibattito teorico e prassi sindacale*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2005, p. 604

comunitario, che ha rilevato come le deroghe previste dall'art.47 realizzano un trattamento complessivo di maggior favore rispetto alle prassi appena ricordate.

In definitiva, mentre si mostrano assolutamente condivisibili le conclusioni cui giunge la Corte di Giustizia, laddove esclude la possibilità di ricondurre la disciplina italiana alle ipotesi di deroga di cui ai nn.1 e 2 dell'art.3, desta invece qualche dubbio in più l'affermazione per cui la stessa non sarebbe riconducibile neanche al numero 3 dell'art.5 della direttiva.

2.6.2. L'Art. 19 Quater della L. 20 novembre 2009 N. 166 e le residue questioni interpretative

Per dare attuazione nel nostro ordinamento alla sentenza di condanna della Corte di Giustizia, il legislatore è intervenuto novellando l'art.47 della legge 428/90 e apportando delle modifiche alla disciplina del trasferimento d'azienda in crisi. Innanzitutto, ha rimosso dalla lista delle ipotesi nelle quali era consentito disapplicare l'art.2112 c.c. quella dell'impresa destinataria del trattamento di CIGS per crisi aziendale.

Inoltre, ha aggiunto nel corpo dell'art.47 un comma 4-bis che disciplina esplicitamente tale ipotesi, insieme a quelle in cui sia stata deliberata l'amministrazione straordinaria ai sensi del D.lgs 8 luglio 1999, n.270, in caso di prosecuzione dell'attività. Riguardo tali ipotesi, il comma 4-bis prescrive che, nel momento in cui vi sia un accordo sindacale sulla conservazione, anche parziale, dell'occupazione, l'art.2112 c.c. «trova applicazione nei termini e con le limitazioni previste dall'accordo medesimo».

Pertanto, da un veloce confronto tra la vigente disciplina e la precedente si desume che:

- nel caso in cui sia verificato lo stato di crisi aziendale ai sensi dell'art.2, quinto comma lett.c) della l.675/1977, la deroga all'art.2112 c.c. non è più automatica, ma è rimessa alle pattuizioni collettive;
- per le aziende in amministrazione straordinaria, è consentito derogare all'art. 2112 c.c. a prescindere dalla continuazione o meno dell'attività;²⁹⁴

²⁹⁴ R. COSIO, *Il trasferimento dell'impresa in crisi: nell'art. 19 quater del D.L n. 135/2009, conv. In L. 166/2009, in Innovazione tecnologica, esternalizzazione dei servizi e professionalità, in Lav. giur., speciale 2010, p. 32;*

Nonostante ciò, non sembrano del tutto superati i punti di contrasto con la disciplina comunitaria. Ed infatti, da un lato, va rilevato che la disciplina dettata dal comma 4-bis continua ad accostare l'intervento della CIGS ad una procedura di insolvenza, mentre la giurisprudenza comunitaria ha più di una volta specificato che le due ipotesi devono essere tenute distinte ; dall'altro lato non è del tutto ovvio che sia possibile ricondurre l'intervento della CIGS a quella situazione di grave crisi economica aperta al controllo giudiziario cui si riferisce il numero 3 dell'art.5 della direttiva comunitaria. Per di più, non si può non rilevare come l'attuale impostazione della norma, secondo cui in caso di accordo sindacale l'art. 2112 c.c. «trova applicazione nei termini e con le limitazioni previste dall'accordo medesimo», non è sufficientemente analitica. Ed invero, potrebbe reputarsi che la grandezza del potere attribuito alle parti sociali sia tale da consentire una notevole disapplicazione dell'art. 2112 c.c., mentre la direttiva comunitaria consente le sole modifiche delle condizioni di lavoro mirate a proteggere le opportunità occupazionali e non sembra perciò prevedere l'ipotesi della mancata prosecuzione del rapporto di lavoro con il cessionario²⁹⁵. Un ragionamento simile può farsi anche con riferimento all'altra ipotesi prevista dal nuovo comma 4-bis dell'art.47, vale a dire l'ipotesi dell'impresa sottoposta ad amministrazione straordinaria ai sensi dell'art.63 del D.lgs 8 luglio 1999, n.270, che conferisce alla contrattazione collettiva, interceduta durante la procedura di consultazione sindacale, non solo la possibilità di allegare modifiche alle condizioni di lavoro, ma anche di consentire il trasferimento solo parziale dei lavoratori alle dipendenze dell'acquirente. Anche riferendoci a suddetta ipotesi, per evitare ulteriori forme di contrasto con la direttiva comunitaria, è necessario che gli accordi siano comunque orientati alla garanzia del passaggio dei dipendenti sotto il controllo del cessionario. Diversamente, la piena disapplicazione dell'art.2112 c.c. e quindi la non prosecuzione del rapporto è consentita unicamente nell'ipotesi in cui, durante la procedura di amministrazione straordinaria, non sia stata concordata la continuazione dell'attività. Inoltre, bisogna menzionare che l'intervento del legislatore non abbia inserito il continuo controllo giudiziario dell'impresa in crisi, voluto dalla Corte di Giustizia per l'attuazione

²⁹⁵ 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, II, pp. 243 e ss.

delle deroghe previste dalla direttiva²⁹⁶. Esposte queste delucidazioni, bisogna menzionare brevemente alcuni punti di conflitto già emersi nel vigore della precedente impostazione del quinto comma dell'art.47 e rimasti insoluti anche a seguito del recente intervento legislativo. Viene riproposto l'argomento dell'antiorità del provvedimento con cui viene dichiarata la crisi aziendale rispetto all'accordo sindacale stipulato nel corso della procedura. A rigore di ciò, anche rispetto al nuovo assetto dell'art.47, appare ancora conforme l'indirizzo secondo cui non è essenziale che venga seguito un rigido schema temporale tra l'istanza di dichiarazione di crisi aziendale e l'accordo sindacale, ma è sufficiente la contemporanea presenza dei due al momento del trasferimento²⁹⁷. Sempre riguardo alla sistemazione temporale dell'accordo sindacale in deroga all'art.2112 c.c., sembra riconfermarsi anche nel nuovo assetto normativo, quell'orientamento della giurisprudenza sulla base del quale l'esito modificativo dell'art.2112 c.c. può essere condiviso solo all'interno di un accordo sindacale definito durante la procedura di consultazione e informazione sindacale espressamente disciplinata dall'art.47 commi 1 e 2 della legge 428/1990²⁹⁸. Infine, bisogna ritenersi superato l'indirizzo che consentiva accordi sindacali di matrice transattiva, di deroga convenzionale alla continuità del rapporto di lavoro alla luce della superiorità del bisogno di salvaguardare i livelli occupazionali sull'interesse alla continuazione del singolo rapporto di lavoro, anche se conclusi al di fuori della procedura di cui all'art.47.

Occorre ora brevemente specificare alcune questioni relative alla natura giuridica dell'accordo sindacale, alla sua efficacia soggettiva e dei soggetti legittimati a stipularlo. Riguardo alla natura giuridica dell'accordo sindacale si ritiene che l'accordo in questione è a tutti gli effetti un contratto normativo, che spiega i suoi effetti sul mantenimento dei diritti dei lavoratori. Lo stesso, rientra nel campo dei contratti collettivi cui la legge conferisce il potere di generare un effetto legale tipico²⁹⁹. Per quanto riguarda i soggetti competenti alla stesura di un accordo del genere, si stabilisce che, vista la particolare natura giuridica, l'esercizio del potere conferito dalla legge alle parti sociali comporta

²⁹⁶ L. LAMA, *Il trasferimento di azienda in crisi tra ordinamento comunitario e ordinamento italiano*, in *Boll. ADAPT*, 2 luglio 2010, n. 111.

²⁹⁷ cfr., per tutte, Cass. 21 marzo 2001, n. 4073, in *Riv. It. dir. lav.*, 2001, II, p.114 ed in *Lav.giur.*, 2002, p.252;

²⁹⁸ Cass. 10 aprile 2006, n. 8292, in *Mass. giur. it.*, 2006.

²⁹⁹ M. D'ANTONA, *Contrattazione collettiva e autonomia individuale nei rapporti di lavoro atipici*, in *Opere*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 75 e ss. e 107 e ss.

inevitabilmente che l'accordo sia stipulato da tutti i soggetti sindacali che hanno assistito all'esame congiunto³⁰⁰. Il tema dell'efficacia soggettiva non presenta particolari complessità, in quanto la disapplicazione delle tutele di cui all'art.2112 c.c. si presenta a valle di una fattispecie complessa in cui, oltre all'accordo sindacale, interviene un provvedimento della pubblica amministrazione³⁰¹. Infine, per motivare l'efficacia *erga omnes* dell'accordo, non sembra doveroso far leva sull'oggetto del contratto, che riguarda l'interesse della totalità dei lavoratori³⁰², né tantomeno, per chiarire tale efficacia generalizzata, sembra necessario fare riferimento alla natura gestionale³⁰³ dell'accordo. Come già sopra delineato, ai sensi del quinto comma dell'art. 47, nell'ambito dell'accordo sindacale le parti possono anche stabilire che il passaggio non interessi il personale cd. eccedentario, che resterà quindi alle dipendenze del cedente. La ratio di tale disposizione è quella di facilitare la commerciabilità dell'azienda in stato di insolvenza, evitando di imporre il passaggio al cessionario di tutti i rapporti di lavoro che risulterebbero di complessa conservazione a causa della situazione di crisi. Tale statuizione ammette la possibilità di derogare al principio del parallelo passaggio dei dipendenti congiuntamente al complesso aziendale ceduto, affidando all'attenta opinione delle parti sociali la convenienza di usufruire tale possibilità. L'eventuale accordo dovrà stabilire i criteri di scelta con i quali individuare i lavoratori esclusi dal trasferimento, nel caso utilizzando quale criterio di scelta i parametri di cui alla legge 223/91 in materia di licenziamenti collettivi, ferma restando, anche in questo campo, la possibilità di un controllo giudiziale sull'osservanza dei criteri di ragionevolezza e non discriminazione. Pertanto, come anche precisato dalla Corte di Giustizia, sembra escludersi che, al di fuori delle ipotesi espressamente previste dalla direttiva, non sono autorizzate deroghe al principio della continuazione dei rapporti. Inoltre, si ritiene che, una volta raggiunto un accordo finalizzato al mantenimento, anche parziale, dell'occupazione, il cessionario non può, alla fine del trasferimento, mettere in moto procedure di riduzione del personale in quanto, in tal caso risulterebbe elusa la finalità occupazionale perseguita dalla disposizione

³⁰⁰ A. PERULLI, *I rinvii all'autonomia collettiva: mercato del lavoro e trasferimento d'azienda*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1992, pp. 515 e ss. e p. 555;

³⁰¹ R. ROMEI, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento dell'azienda*. pp. 222 e ss.; G. ORLANDINI, *Il trasferimento d'azienda, nelle imprese in stato di crisi tra dibattito teorico e prassi sindacale*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2005, p. 593;

³⁰² M. PERSIANI, *Diritto del lavoro e razionalità*, in *Arg. dir. lav.*, 1995, n. 1, p. 1.

³⁰³ R. COSIO, *Discipline del trasferimento d'azienda. Differenziazione e unità dell'ordinamento giuridico*, F. Angeli, Milano, 1995, p. 134.

derogatoria³⁰⁴. Il comma sei dell'art.47 stabilisce che i lavoratori che, a causa dell'accordo sindacale, non si trasferiscano alle dipendenze del cessionario, hanno diritto di precedenza nelle assunzioni messe in pratica da quest'ultimo nei dodici mesi successivi alla data del trasferimento, o entro il termine più ampio stabilito dai contratti collettivi. La disposizione di cui al sesto comma si limita ad assegnare il diritto di precedenza nelle future assunzioni, ma non conferisce affatto il diritto di prestare il proprio lavoro alle stesse condizioni previste nel rapporto di lavoro con il cedente (orario lavorativo, retribuzione, inquadramento). La totale autonomia dei rapporti di lavoro viene confermata dal secondo periodo del sesto comma, il quale sancisce espressamente che ai suddetti lavoratori, assunti dal cessionario in un tempo successivo a quello in cui si è perfezionato il trasferimento, non si applica l'art.2112 c.c.

Sotto tale profilo, l'unico punto controverso è quello relativo all'ambito di applicazione del diritto di precedenza sancito dal sesto comma dell'art. 47; nello specifico, è discusso se la statuizione in esame conferisca tale diritto ai soli lavoratori cd. "eccedentari" e cioè di quelli che, alla luce di uno specifico accordo sindacale non sono transitati alle dipendenze del cessionario, oppure se lo stesso diritto debba essere attribuito in ogni ipotesi di trasferimento di azienda in crisi, anche laddove oggetto del trasferimento sia solo una porzione dell'azienda³⁰⁵. In questa ipotesi, infatti, i lavoratori non preposti alla porzione ceduta, e rimasti quindi alle dipendenze del cedente, potrebbero avere interesse ad essere assunti dal cessionario. Tra le due tesi, sembra preferibile la seconda interpretazione, e ciò soprattutto alla luce della ratio generale della disciplina del trasferimento di azienda in stato di crisi, che è appunto quella di incoraggiare il riassorbimento dei lavoratori rimasti alle dipendenze dell'alienante³⁰⁶.

Concludendo, bisogna fare un accenno al nuovo codice della Crisi e dell'Insolvenza. Ebbene, l'art.368 del nuovo Codice predispose integrazioni e modifiche all'art.47 riguardo diversi profili. Il comma 1, come già ampiamente descritto, vincola il cedente e il cessionario a comunicare preventivamente alle organizzazioni sindacali il trasferimento d'azienda impegnandoli altresì a fornire una serie di informazioni. Il predetto art.368 aggiunge un comma 1-bis all'art.47, dedicato ai "*casi di trasferimenti di aziende*

³⁰⁴ G. ORLANDINI, *Il trasferimento d'azienda nelle imprese in stato di crisi tra dibattito teorico e prassi sindacale*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2005,

³⁰⁵ A. VALLEBONA, *La riforma dei Lavori*, Cedam, Padova, 2004, p. 125.

³⁰⁶ S. NAPPI, *Negozi traslativi dell'impresa*, op. cit., p. 313.

nell'ambito delle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza...". In particolare, "la nuova disposizione ammette la possibilità che la comunicazione preventiva di cui al comma 1 sia effettuata... anche solo da chi intenda proporre proposta di acquisto dell'azienda o proposta di concordato preventivo concorrente con quella dell'imprenditore...".

Per quanto riguarda, invece, il comma 5 dell'art.47, come approntato dal Codice, si riferisce alla *"apertura della liquidazione giudiziale o di concordato preventivo liquidatorio, ovvero emanazione del procedimento di liquidazione coatta amministrativa, nel caso in cui la continuazione dell'attività non sia stata disposta o sia cessata"*. In presenza di tali procedure, viene quindi confermata la regola propria dell'art.2112 c.c. il nuovo comma 5, infatti, ripete *"i rapporti di lavoro continuano con il cessionario"*, dopo però continua *"tuttavia, in tali ipotesi, nel corso delle consultazioni...possono comunque stipularsi, con finalità di salvaguardia dell'occupazione contratti collettivi...in deroga l'articolo 2112 commi 1,3 e 4 del codice civile"*. Sostanzialmente non ci si allontana dall'attuale versione del comma 5, anche se una differenza c'è: nella nuova formulazione, l'accordo sindacale è chiamato a modificare la regola della continuazione dei rapporti di lavoro; nella versione vigente, è direttamente il comma 5 a mettere fuori causa la predetta regola, consentendo all'accordo di ripristinarla parzialmente o in tutto.

CAPITOLO III

I CREDITI DI LAVORO NEL FALLIMENTO

Disciplinati nei paragrafi precedenti gli strumenti riservati alla procedura concorsuale per ottenere il massimo guadagno dall'attività aziendale, anche attraverso gli istituti volti alla conservazione del complesso aziendale, e al fine di soddisfare gli interessi del ceto creditorio, si procede ora nel descrivere quale sorte è riservata ai crediti di lavoro nelle procedure concorsuali. Prima di disciplinare le questioni sostanziali legate alla verifica dei crediti di lavoro, occorre considerare le considerevoli modifiche che la recente riforma, dal D.lgs. n.5 del 2006, ha concluso.

Abbiamo già visto che con le recenti riforme, soprattutto del diritto fallimentare, il legislatore ha inteso considerare l'azienda in un'ottica unitaria, considerandola nella sua interezza con l'obiettivo di pervenire alla cessione della stessa in modo unitario per meglio tutelare, oltre gli interessi generali dei creditori, anche quelli dei lavoratori.

3.1 L'accertamento del credito: il procedimento e il privilegio ex art. 2751-bis c.c.

La materia dell'accertamento del passivo è disciplinata dal Capo V della legge fallimentare, denominato "*Dell'accertamento del passivo e dei diritti reali mobiliari dei terzi*". La disciplina, modificata dal D.lgs. 9 gennaio 2006, n.5, predispone in capo al curatore una gamma di adempimenti necessari all'accertamento vero e proprio, primo dei quali l'avviso ai creditori disciplinato dall'art. 92 l.fall.³⁰⁷

Attraverso questa comunicazione la curatela mette a conoscenza degli interessati, non più solo i creditori ma chiunque sia titolare di diritti reali o personali sui beni in possesso del fallito, l'intervenuto fallimento e gli invita a presentare domanda di ammissione allo stato passivo disciplinata dall'art. 93 l.fall.³⁰⁸

L'aspetto formale della comunicazione è stato ampliato dalla recente riforma³⁰⁹, la quale ha previsto ulteriori mezzi a disposizione del curatore per dar avviso dell'intervenuto fallimento a tutti gli interessati, permettendogli di effettuare tale adempimento anche a mezzo di posta elettronica certificata o telefax, e non più solo a mezzo raccomandata.

La forma e il contenuto della domanda di ammissione allo stato passivo sono disciplinate dall'art. 93 l. fall., il quale dispone che la domanda in oggetto deve essere proposta con ricorso da trasmettere nei trenta giorni prima dell'udienza fissata per l'esame dello stato passivo.

Per quanto riguarda il contenuto del ricorso, ai sensi del comma 3, dell'art.93 l.fall., individua cinque requisiti fondamentali ovvero:

³⁰⁷ Art.92 l.fall.

³⁰⁸ Art 93 l.fall.

³⁰⁹ D. Lgs., 18 ottobre 2012, n. 179, convertito in legge dalla legge n. 221, del 17 dicembre 2012. Il comma 1 dell'art. 92 legge fall., così come modificato, stabilisce che "*Il curatore, esaminate le scritture dell'imprenditore ed altre fonti di informazione, comunica senza indugio ai creditori e ai titolari di diritti reali o personali su beni mobili e immobili di proprietà o in possesso del fallito, a mezzo posta presso la sede dell'impresa o la residenza del creditore, ovvero a mezzo telefax o posta elettronica*"

- 1) *l'indicazione della procedura cui si intende partecipare e le generalità del creditore;*
- 2) *la determinazione della somma che si intende insinuare al passivo, ovvero la descrizione del bene di cui si chiede la restituzione o la rivendicazione;*
- 3) *la succinta esposizione dei fatti e degli elementi di diritto che costituiscono la ragione della domanda;*
- 4) *l'eventuale indicazione di un titolo di prelazione, nonché la descrizione del bene sul quale la prelazione si esercita, se questa ha carattere speciale;*
- 5) *l'indicazione dell'indirizzo di posta elettronica certificata, al quale ricevere tutte le comunicazioni relative alla procedura, le cui variazioni è onere comunicare al curatore”.*

Proseguendo nell'articolo, il comma successivo precisa che il ricorso è inammissibile qualora sia omesso o risulti assolutamente incerto uno dei requisiti di cui ai nn.1),2),3) del precedente comma. Invece, se è omesso o incerto il requisito n. 4), ovvero il creditore non indica il suo grado di privilegio. è considerato chirografario³¹⁰.

Una volta ricevuta la comunicazione, il creditore notiziato ha la facoltà di presentare domanda di ammissione allo stato passivo della procedura. Questo è l'unico compito concesso al credito per vedere riconosciuto il proprio diritto di credito. La domanda deve ritenersi legittima se presentata da colui che è titolare del diritto, così come se proposta in un unico ricorso da un gruppo di creditori rappresentati da un'obbligazionista comune. Prima di procedere alla verifica delle domande presentate dagli interessati, il curatore deve predisporre il progetto di stato passivo. Con tale progetto il curatore esamina ogni singola domanda proponendo per ciascuna di esse una conclusione³¹¹in ragione delle richieste presentate. Durante l'udienza in cui viene esaminato lo stato passivo, il giudice decide sulle domande avanzate dai creditori ed emette un decreto di accoglimento, anche parziale, di rigetto o di inammissibilità. Bisogna precisare che, ai sensi dell'art. 96,

³¹⁰ I creditori chirografari si trovano in una situazione di svantaggio, poiché ai sensi dell'art. 2741 c.c., i loro crediti potranno essere soddisfatti solo dopo il completo soddisfacimento di tutti i crediti assistiti da prelazione

³¹¹ Il curatore procede all'esame delle domande predisponendo elenchi separati dei creditori e dei titolari di diritti su beni mobili e immobili di proprietà o in possesso del fallito

comma 1, l.fall., l'eventualità in cui il giudice emetta un decreto di inammissibilità non pregiudica la successiva riproposizione della domanda da parte dei creditori.

Quando la domanda del creditore viene accolta, esso diventa un creditore concorrente e potrà godere della ripartizione dell'attivo fallimentare. Il nuovo art. 101, comma 1, l.fall., ha stabilito che le domande di ammissione allo stato passivo depositate in cancelleria oltre il termine di trenta giorni ma comunque entro quello di dodici mesi sono considerate tardive; termine peraltro prorogabile fino a diciotto mesi qualora si tratti di procedure particolarmente complesse. La domanda presentata oltre il termine massimo consentito è considerata *de iure* inammissibile, salvo che non sia offerta la manifesta dimostrazione del fatto che il ritardo è dipeso da una causa non imputabile all'interessato, in tal caso la prova dell'assenza di colpa nel ritardo diventa a tutti gli effetti condizione di ammissibilità della domanda, con la conseguenza che questa non potrà essere esaminata nel merito qualora la relativa istanza non richieda in via pregiudiziale l'accertamento di tale incolpevolezza³¹².

Una volta che sia intervenuto l'accoglimento della domanda, l'ammissione allo stato passivo di un credito conferisce all'interessato un certo grado di ripartizione che permette di stabilire in quale ordine il credito stesso debba essere soddisfatto. Il grado di ripartizione assegnato ai vari crediti va letto nell'ordine di seguito riportato:

1. i crediti prededucibili, sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali;
2. i crediti privilegiati, ovvero i crediti che sono assistiti da una causa di prelazione e per i quali è prevista una determinata garanzia sul patrimonio del fallito;
3. i crediti chirografari, che come abbiamo visto non sono assistiti da nessun tipo di garanzia reale (pegno o ipoteca) o personale (fideiussione).

Per quanto riguarda le classi dei crediti di lavoro assistiti dal privilegio generale, ai sensi dell'art. 2751-bis c.c., vengono ricompresi i crediti derivanti da rapporti di lavoro³¹³. Rispetto all'ordine di prelazione, questa categoria di crediti trova collocazione subito dopo i crediti per le spese di giustizia ed i crediti garantiti da pegno. Rientrano in questa

³¹² A. CORRADO- D. CORRADO, *I rapporti di lavoro nel fallimento*, Torino, 2007

³¹³ A. COEN, *I crediti di lavoro in senso lato ex art. 2751-bis c.c.*, I crediti nel fallimento, Cedam, Vicenza, 2015. Art. 2751-bis, co. n. 1: "il privilegio generale sui beni mobili del datore di lavoro, innanzitutto, ai crediti per le retribuzioni dovute ai prestatori di lavoro subordinato, sotto qualsiasi forma"

categoria, ai sensi del primo comma del predetto art., tra le categorie di crediti di lavoro assistite dal privilegio generale sui beni mobili:

“le retribuzioni dovute, sotto qualsiasi forma, ai prestatori di lavoro subordinato e tutte le indennità dovute per effetto della cessazione del rapporto di lavoro, nonché il credito del lavoratore per i danni conseguenti alla mancata corresponsione, da parte del datore di lavoro, dei contributi previdenziali ed assicurativi obbligatori ed il credito per il risarcimento del danno subito per effetto di un licenziamento inefficace, nullo o annullabile”.

Nonostante la norma non li abbia espressamente inseriti nella propria disposizione, grazie al lavoro interpretativo della Corte Costituzionale si ricomprendono, al pari di quelli sopra elencati, anche i seguenti crediti:

- i crediti relativi al risarcimento del danno subito da un infortunio sul lavoro³¹⁴ e quelli conseguenti a malattia professionale, ricondotti entrambi a responsabilità del datore di lavoro³¹⁵;
- nonché i danni causati dal demansionamento imposto dal datore di lavoro, in attuazione di un comportamento illegittimo di quest'ultimo³¹⁶.

I crediti prima menzionati trovano collocazione subito dopo i crediti per spese di giustizia (art. 2755 c.c.) ed i crediti garantiti da pegno (art. 2784 ss. c.c.). tali crediti troveranno poi collocazione sussidiaria sul ricavato immobiliare, ovviamente subito dopo i crediti con privilegio immobiliare ed i crediti ipotecari.

Prima vengono corrisposti i crediti derivanti da trattamento di fine rapporto e indennità di mancato preavviso, successivamente, ed anteposti ai crediti previdenziali ex art.2753 c.c., tutti gli altri crediti di cui all'art. 2751-bis, comma 1, c.c.³¹⁷

Come abbiamo visto, il destinatario del credito privilegiato è il lavoratore subordinato, occorre, dunque, individuare quando un rapporto di lavoro si considera subordinato. La

³¹⁴ Corte cost. 17 novembre 1983, n.326, in *Dir.fall.*, II, p. 393. Il privilegio ex art.2751-bis, comma 1, c.c., non è stato ammesso nell'ipotesi di infortunio sul lavoro del quale sia responsabile il datore di lavoro, se e nei limiti in cui il creditore non sia soddisfatto dalla percezione delle indennità previdenziali ed assistenziali dovute al lavoratore in dipendenza dello stesso infortunio

³¹⁵ Corte cost. 29 maggio 2002, n.220, in *Riv.it.dir.lav.*, 2003, II, p.229, con nota di M.L. VALLAURI, *La consulta estende ancora le garanzie dei crediti del lavoratore*

³¹⁶ Corte Cost. 6 aprile 2004, n.113, in *Giust.civ.*, 2004, I, p.1931.

³¹⁷ A. CORRADO - D. CORRADO, *L'accertamento dei crediti di lavoro dipendente e previdenziali del fallimento, Crisi d'impresa e rapporti di lavoro*, Giuffrè Editore, Milano, 2016, p.276

norma che disciplina tale figura è l'art. 2094 c.c.³¹⁸, la quale ci dice che è un contratto bilaterale, oneroso a prestazioni corrispettive, ovvero un contratto di scambio³¹⁹, quali, da un lato, vi è il lavoro prestato in posizione subordinata e, dall'altro, una retribuzione e necessariamente un contratto di durata, da intendersi come continuità del rapporto. Tale continuità riguarda appunto il rapporto lavorativo e non anche la prestazione lavorativa in senso stretto, ovvero orari irregolari o prestazioni discontinue sono comunque compatibili con il rapporto di lavoro subordinato³²⁰. È importante sottolineare che, ai fini di una corretta qualificazione del rapporto in oggetto, bisogna aver riguardo- più che all'accertamento della volontà manifestata dalle parti- alla materiale situazione determinata dal loro comportamento e cioè dal rapporto considerato nella fase della sua attuazione³²¹. Dunque, l'interprete ha l'incarico di verificare la sussistenza in concreto dei requisiti della subordinazione e, in caso di divergenza tra i dati formali iniziali di determinazione della natura del rapporto e quelli affioranti dal suo concreto sviluppo, dovrà fornire prevalenza necessariamente a questi ultimi³²². Tuttavia, non sono mancate pronunce giurisprudenziali³²³ che, proprio riferendosi alla differenza tra lavoro autonomo e lavoro subordinato, hanno concesso una certa rilevanza alla determinazione volontariamente apprestata dalle parti. I requisiti che permettono di identificare come subordinato un rapporto di lavoro sono:

- la subordinazione;
- la collaborazione;
- la continuità;
- l'onerosità;

Il requisito fondamentale, anche ai fini della sua distinzione con il lavoro autonomo, è la *subordinazione*, intesa quale eterodirezione, ovvero come vincolo di soggezione del lavoratore al potere organizzativo, direttivo e disciplinare del datore di lavoro, il quale scaturisce dalla divulgazione di specifiche direttive, oltre che dall'esercizio di una costante attività di controllo e vigilanza nel compimento dell'attività lavorativa. Accanto

³¹⁸ Secondo l'art. 2094 c.c., è lavoratore subordinato: "chi si obbliga mediante retribuzione a collaborare nell'impresa prestando il proprio lavoro alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore".

³¹⁹ Cass. 25 gennaio 1992, n.824; Cass., 5 settembre 2012 n. 14905, in *D&g*, 2012

³²⁰ Cass., 4 dicembre 2003, n.12926; Cass., 1° marzo 2001, n. 2970; Cass. 20 marzo 2001, n.3975

³²¹ E. GHERA, *Diritto del lavoro*, Bari, 2000, p.68

³²² Cass., 15 giugno 1999, n.5960, in *Giust.civ.Mass.*, 1999, p.1404

³²³ Cass.,15 dicembre 1990, n. 11925, in *Giust.civ.Mass*, 1990, f.12

a tale definizione tradizionale, la giurisprudenza ha avuto modo di osservare che: *“non è necessaria la presenza costante e continua del datore di lavoro nei luoghi di svolgimento di tali prestazioni, dovendosi considerare che la continuità e la frequenza delle direttive e dei controlli vadano correlate sia alla natura delle prestazioni – assumendo rilievo, sotto tale profilo, la natura intellettuale e professionale delle stesse – sia al ruolo dei prestatori di lavoro nell’ambito dell’impresa ed ai loro rapporti con l’imprenditore, sul piano della capacità e della fiducia”*³²⁴.

Da tale pronuncia si evince che il datore di lavoro può svolgere il proprio potere direttivo non necessariamente con ordini continui, dettagliati e strettamente vincolanti ma può impartire direttive anche attraverso una definizione di un piano programmato. Il potere direttivo esplicito mediante direttive programmatiche, pertanto, sarà sempre più frequente quando il lavoratore è in possesso di specifiche competenze o conoscenze tecniche o capacità professionali acquisite con studi altamente specialistici. Pertanto, più il lavoratore dimostri di avere competenze tecniche per gestirsi il lavoro tanto meno il datore dovrà presenziare nei luoghi di lavoro avendo la possibilità di programmare il lavoro. Un caso lampante è dato dal lavoro dirigenziale, laddove il dirigente viene visto come l’alter ego dell’imprenditore-datore di lavoro, con conseguente limitazione di un effettivo potere direttivo³²⁵. Ne discende che i lineamenti della subordinazione, intesa come concreto inserimento nell’organizzazione aziendale, che, a parità di condizioni e di incarichi conferiti e svolti, differenziano la prestazione di lavoro dipendente da quella di lavoro professionale autonomo, assumono fisionomie particolari nel caso di lavoro dirigenziale, che sono identificabili attraverso l’elemento determinante della posizione gerarchica assunta dal dirigente, sia all’interno in termini di dipendenza esclusiva dall’imprenditore e sovraordinazione al resto dei dipendenti, sia all’esterno con l’esercizio di poteri discrezionali e di iniziativa nei confronti di terzi³²⁶. In questo caso si parla di subordinazione funzionale e non tecnica, proprio per accentuare la carica di collaboratore del dirigente o del dipendente particolarmente qualificato. In tale caso, e in altri esempi³²⁷, si nota quindi come il ruolo dell’eterodirezione resta marginale,

³²⁴ Cass., 26 ottobre 1994, n. 8804

³²⁵ La ragione di tale considerazione ha alla base un elevato contenuto fiduciario del rapporto.

³²⁶ Cfr. in proposito Cass. 29 luglio 1986, n.4855, in *Giust.civ.Mass*, 1986

³²⁷ Un altro caso in cui l’eterodirezione rimane sullo sfondo, riguarda il ruolo del giornalista, in cui il dato della subordinazione appare affievolito, conferendo una certa prevalenza a quello della collaborazione

riguardando fattispecie peculiari caratterizzate da un'elevata qualificazione professionale del lavoratore o dal contenuto strettamente personale della prestazione.

Continuando l'analisi dei requisiti affinché si possa considerare come subordinato un certo rapporto di lavoro, il secondo requisito è quello della *collaborazione* nell'impresa, e si può definire come la cooperazione tra il datore di lavoro e il lavoratore; il primo deve collaborare all'adempimento dell'obbligazione a carico del lavoratore assumendosi il rischio imprenditoriale, mentre il secondo impiega le proprie risorse ai fini di adattare l'esecuzione delle prestazioni di lavoro alle mutevoli esigenze dell'organizzazione produttiva. In altri termini, la collaborazione del lavoratore subordinato consiste nella messa a disposizione delle energie lavorative a favore di un altro soggetto, il datore di lavoro, finalizzate al perseguimento degli interessi imprenditoriali, e nella collocazione organica di tale obbligo contrattuale all'interno dell'impresa³²⁸. Occorre chiarire che nell'ambito delle obbligazioni di fare, che hanno ad oggetto un comportamento attivo diverso dalla consegna materiale di una determinata cosa, la dottrina tradizionale distingue tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato. Se nelle obbligazioni di risultato il debitore si impegna a conseguire un determinato risultato come frutto della prestazione, e di conseguenza l'interesse del creditore sarà soddisfatto solo con il conseguimento del risultato pattuito, *«nelle obbligazioni di mezzi, il debitore è tenuto a svolgere l'attività oggetto di vincolo, senza che rilevi il raggiungimento del risultato voluto dal creditore. Così, il prestatore d'opera professionale si impegna al compimento di una determinata attività e non, invece, al conseguimento dell'esito favorevole della stessa in relazione all'interesse individuale del creditore»*³²⁹. Com'è noto, *«a differenza dell'obbligazione di mezzi, la quale richiede al debitore soltanto la diligente osservanza del comportamento pattuito, indipendentemente dalla sua fruttuosità rispetto allo scopo perseguito dal creditore, nell'obbligazione di risultato, nella quale il soddisfacimento effettivo dell'interesse di una parte è assunto come contenuto essenziale ed irriducibile della prestazione, l'adempimento coincide con la piena realizzazione dello scopo perseguito dal creditore, indipendentemente dall'attività e dalla diligenza spiegate dall'altra parte per conseguirlo»*³³⁰.

³²⁸ Cass., 14 ottobre 1985, n. 5024, in *Informaz. Previd.*, 1986, p.381

³²⁹ F. CARINGELLA, L. BUFFONI, *Manuale di diritto civile*, 2018, Dike Giuridica Editrice, p. 515.

³³⁰ Cass., 10 dicembre 1979, n. 6416, in *Mass. Giust. civ.*, 1979, fasc. 12, secondo cui, *«pertanto, l'obbligazione di risultato può considerarsi adempiuta solo quando si sia realizzato l'evento previsto come conseguenza dell'attività esplicata dal debitore, nell'identità di previsione negoziale e nella completezza*

Orbene, la prestazione di lavoro rappresenta un classico esempio di obbligazioni di mezzi, in contrapposizione alle obbligazioni di risultato. In tale direzione, la maggioritaria dottrina civilistica ritiene che l'oggetto dell'obbligazione è sempre rappresentato dalla prestazione e, dunque, dal comportamento che al prestatore di lavoro è richiesto in funzione della realizzazione del diritto del creditore³³¹. In altre parole, è proprio il comportamento del prestatore di lavoro che si pone quale punto di riferimento tanto del credito, quanto dell'obbligo³³².

In altri termini, la stretta connessione tra il comportamento obbligatorio e il risultato dovuto porta e ritenere, su un piano concreto, che l'adempimento dell'obbligazione produca sempre la soddisfazione dell'interesse del creditore, considerato che, sotto un profilo formale, l'interesse finale coincide con l'interesse strumentale³³³. Considerazioni queste, che attenuano la tradizionale distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato, utilizzata specialmente dalla giurisprudenza ai fini della distinzione tra lavoro subordinato e contratto d'opera³³⁴. Infatti, *«la prestazione, in quanto produttiva di un mutamento della situazione di fatto nell'interesse del creditore, è sempre produttiva di un risultato; non solo la perfectio o consummatio operis, tipica del contratto d'opera, comporta un determinato risultato utile per il creditore, ma pure le operae – intese come mero dispiegamento di energie lavorative eterodirette – consistono in un facere oggettivamente qualificato dall'utilità per il destinatario»*³³⁵.

quantitativa e qualitativa degli effetti previsti, e, per converso, non può ritenersi adempiuta se l'attività dell'obligato, quantunque diligente, non sia valsa a far raggiungere il risultato previsto». Sulla materia della qualificazione della prestazione di lavoro in termini di obbligazione di mezzi o di risultato, si segnala una recente sentenza del Tribunale di Milano, 21 ottobre 2011, n. 4948, inedita, che, in materia di contratto a progetto, così si è espressa: *«In tema di contratto a progetto, la circostanza che il datore di lavoro abbia atteso, prima di intimare il recesso al lavoratore, fino agli ultimi giorni precedenti alla scadenza del contratto, e l'ulteriore circostanza che gli abbia versato parte dei corrispettivi pattuiti, portano ad escludere che il lavoratore non abbia per nulla adempiuto all'incarico affidatogli ma che, piuttosto, questi abbia intrattenuto una relazione lavorativa con il datore di lavoro, quantomeno adempiendo alle proprie obbligazioni di mezzi, anche senza conseguire alcun risultato».*

³³¹ Cfr., tra gli altri, C.A. CANNATA, *Le obbligazioni in generale*, in P. RESCIGNO (a cura di), *Trattato di diritto privato*, 9, 1, Utet, Torino, 1984, p. 35 ss.; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 133 ss. Contra, F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Esi, Napoli, 1987).

³³² Per tutti, P. RESCIGNO, *Obbligazioni (diritto privato)*, in Encic. dir., XXIX, Giuffrè, Milano, 1979, p. 133 ss.

³³³ In questi sostanziali termini M. PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, Padova, 1966, p. 135; M. GRANDI, *Rapporto di lavoro*, cit., p. 335 ss.

³³⁴ Cfr. A. DE CUPIS, *Il contratto d'opera come contratto di risultato*, in *Giustizia civile*, II, p. 403 ss.

³³⁵ A. PERULLI, *Obbligazioni di lavoro, diligenza e rendimento*, in *Riv.it.dir.lav.*, p. 639. In termini anche L. MENGONI, *Il contratto di lavoro nel diritto italiano*, in G. BOLDT, G. CAMERLYNCK, P. HORION, A. KAYSER, M.G. LAVEMBACH, L. MENGONI (a cura di), *Il contratto di lavoro nel diritto dei paesi membri della CECA*, Giuffrè, Milano, 1965, p. 433.

In conclusione, l'opera, il comportamento oggetto dell'obbligazione di lavoro si traduce in un'attività lavorativa qualificata e specificata dalle direttive impartite dall'imprenditore che, tutto sommato, esauriscono già in sé e per sé considerato, il «dover avere» del creditore-datore di lavoro³³⁶. Tuttavia, secondo un altro orientamento della dottrina, la predetta prestazione d'opera, pur definendo il comportamento solutorio del debitore-lavoratore, è strumentale rispetto al perseguimento di un (ulteriore) risultato; risultato che è quello fissato dal datore di lavoro e che questi intende raggiungere attraverso l'organizzazione dei fattori produttivi e, segnatamente, dai singoli lavoratori³³⁷. Sembra quindi, una specie di “risultato del risultato”, che resta comunque estraneo alla sfera del vincolo di subordinazione o, sotto una diversa prospettiva, sarebbe, semmai, la stessa subordinazione che andrebbe a collocare in un ambito diverso o, comunque, ulteriore rispetto alla “*relazione intersoggettiva di scambio*”³³⁸. Secondo una diversa prospettiva, infine, l'interesse del datore di lavoro al risultato dell'organizzazione delle varie prestazioni lavorative «*si rifrange nei rapporti con i soggetti organizzati, nell'interesse al risultato che ognuno di essi deve fornire, mentre tale interesse è strumentale rispetto al primo, avendo ad oggetto un risultato dal quale dipende quello dell'organizzazione*»³³⁹. In generale, il prestatore di lavoro deve usare la diligenza richiesta dalla natura della prestazione dovuta e deve inoltre osservare le disposizioni per l'esecuzione e per la disciplina impartite dall'imprenditore e dai collaboratori di questo dai quali dipende gerarchicamente.

La fattispecie del lavoratore subordinato che viene presa in considerazione dall'art.2094 c.c. può essere pienamente intesa solo se letta unitamente al successivo art.2104 c.c. ed infatti, se ai sensi dell'art. 2094 c.c. il lavoratore subordinato è colui che si obbliga a collaborare nell'impresa prestando il proprio lavoro intellettuale o manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore, solo nel successivo art.2104, comma 2, c.c. è spiegato che l'assoggettamento alle direttive altrui postula anche un dovere di osservanza «*delle disposizioni per l'esecuzione e per la disciplina del lavoro impartite dall'imprenditore*» cui il lavoratore si deve attenere «*usando la diligenza richiesta dalla natura della prestazione dovuta, dall'interesse dell'impresa e da quello superiore della*

³³⁶ L. MENGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi (studio critico)*, in Riv. dir. comm., I, p. 191.

³³⁷ Cfr. G. GHEZZI, *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1965, p. 41 ss.

³³⁸ G.F. MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1957, p. 22ss.

³³⁹ M. PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, Padova, 1966, p. 264

produzione nazionale» (art. 2104, comma 1, c.c.). ne consegue che, nell'art. 2094 c.c. si possono individuare tutti gli elementi che qualificano la fattispecie ma, tuttavia, solo tramite l'art.2104 c.c. è possibile addivenire ad una più dettagliata e precisa perimetrazione della sfera debitoria del lavoratore subordinato. Il datore di lavoro, dunque, *«può senz'altro prefiggersi il raggiungimento di determinati obiettivi chiedendo al lavoratore di cooperare con diligenza e fedeltà per il conseguimento di essi; in tale caso, tuttavia, rimane fermo e invalicabile il principio che, come si desume anche dall'art. 2094 c.c., l'obbligazione del lavoratore nell'ambito del rapporto di lavoro subordinato è di mezzi e non di risultato con la conseguenza che non costituisce inadempimento, disciplinarmente sanzionabile, il mancato conseguimento di un risultato da parte di un lavoratore al quale non è stato imputato alcun comportamento negligente nello svolgimento della prestazione lavorativa»*³⁴⁰. Definito l'oggetto dell'obbligazione di lavorare, spetta poi al datore di lavoro, tramite l'esercizio del potere direttivo, specificare quali siano le mansioni dovute dal dipendente tra quelle indicate nel contratto, tra tutte quelle ricomprese nella qualifica di assunzione o ad esse equivalenti. Con riferimento all'inserimento del lavoratore subordinato nell'organizzazione del lavoro non è sufficiente la stipulazione del contratto, ma è necessario che il datore di lavoro eserciti il potere direttivo specificando il contenuto e le modalità della collaborazione del datore di lavoro secondo le mutevoli esigenze dell'organizzazione. La questione, specialmente a livello dottrinale, è ancora dibattuta. Prendendosi in considerazione le esigenze dell'organizzazione, avuto riguardo ai limiti dell'oggetto dell'obbligazione, la causa del contratto di lavoro subordinato si caratterizza proprio in ragione della capacità della prestazione di lavoro subordinato di soddisfare l'interesse del creditore al coordinamento del lavoro in vista delle *«concrete e variabili esigenze dell'organizzazione produttiva»*³⁴¹. Il vantaggio in termini di utilità che produce il lavoro subordinato è, in altri termini, racchiuso nella sua "organizzabilità" e nella conseguente adattabilità della prestazione alle esigenze produttive dell'impresa. In definitiva, la distinzione tra obbligazioni di mezzi ed obbligazioni di risultato *«assume rilevanza su di un piano puramente descrittivo, atteso che in ogni caso il parametro della diligenza funge da criterio di*

³⁴⁰ Corte d'Appello di Roma, 12 aprile 2007, in *Riv. crit. Dir. lav.*, 2007, 4, p. 1134

³⁴¹ E. GHERA, *Diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 1996, p. 104; M. MARAZZA, *Organizzare, collaborare, produrre*, in M. DELL'OLIO (a cura di), *Diritto e libertà*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 902 ss.

valutazione dello sforzo dovuto e profuso dal debitore ai fini dell'adempimento dell'obbligazione»³⁴².

Tornando all'analisi dei requisiti, il terzo dato che deve ricorrere ai fini della caratterizzazione della prestazione di lavoro come subordinata è quello della *continuità*, intesa come disponibilità nel tempo dell'attività lavorativa verso il datore di lavoro. La continuità viene intesa propriamente come persistenza nel tempo dell'obbligo giuridico di compiere determinate prestazioni e di mantenere a disposizione del datore di lavoro la propria energia lavorativa, anche se le modalità di esplicazione possono nel tempo manifestarsi diverse, in relazione alla natura delle mansioni e alle esigenze dell'impresa³⁴³.

Infine, con riferimento all'ultimo requisito individuante il rapporto di lavoro subordinato - quello dell'*onerosità* - bisogna osservare che, tra la prestazione lavorativa e l'obbligo di versare la retribuzione deve sussistere un vincolo sinallagmatico e funzionale, tale per cui ciascuna delle due prestazioni sia causa dell'altra. Pertanto, il contratto di lavoro è a prestazioni corrispettive ed è tipicamente oneroso. Come è stato affermato dalla giurisprudenza *“ogni attività oggettivamente configurabile come prestazione di lavoro subordinato si presume effettuata a titolo oneroso”*. Tuttavia, tale pronuncia non pregiudica il fatto che la suddetta prestazione possa *“essere ricondotta ad un rapporto diverso istituito affectionis vel benevolentiae causa caratterizzato dalla gratuità della prestazione; a tal fine...rileva...la sussistenza o meno di una finalità ideale alternativa rispetto a quella lucrativa, che deve essere rigorosamente provata”³⁴⁴.*

In conclusione, il creditore, che in base ai requisiti sopra descritti, possa essere considerato un lavoratore subordinato, ha diritto a far valere i propri crediti che, come già accennato, ai sensi dell'art.2751 c.c. sono assistiti da privilegio generale sui beni mobili.

3.2 L'accesso al Fondo di Garanzia dell'INPS

Per tutelare i crediti di lavoro nel fallimento la norma nazionale ha disposto l'art.2 della l. n. 297/1982, in attuazione della direttiva comunitaria n. 80/987/CEE emanata dalla Comunità Europea sotto spinta del legislatore comunitario. A tal fine - oltre che per incoraggiare il ravvicinamento di tutti gli Stati membri a una tutela armonica tra gli stessi,

³⁴² F. CARINGELLA, L. BUFFONI, *Manuale di diritto civile*, p. 516.

³⁴³ A. CORRADO - D. CORRADO, *I rapporti di lavoro nel fallimento*, Torino, 2007

³⁴⁴ Cass., 6 aprile 1999, n. 3304

in quanto ad oggi si registrano diversi livelli di protezione dei lavoratori subordinati negli Stati – la Direttiva ha imposto ai singoli Stati di istituire un vero e proprio meccanismo assicurativo, attraverso il quale “*organismi di garanzia*” (così denominati dal legislatore comunitario) hanno l’incarico di esonerare i lavoratori dai rischi di mancato dei loro crediti. Grazie a questa disposizione il legislatore nazionale, dando attuazione alla Direttiva, ha istituito un Fondo di garanzia presso l’Inps con l’obiettivo di assicurare a tutti i lavoratori subordinati, in caso di insolvenza del datore di lavoro, quindi nei casi in cui il patrimonio dell’imprenditore si dimostri insufficiente a soddisfare le ragioni dei dipendenti, il pagamento del trattamento di fine rapporto. Successivamente, con gli artt. 1 e 2 del D.lgs. n.80/1992, è stato ampliato il potere di intervento del Fondo, e, oggi, il Fondo interviene anche per il pagamento di altri crediti diversi dal t.f.r. Come sottolineato in dottrina³⁴⁵, l’impianto delineato dal legislatore italiano agisce alla stregua di un vero e proprio rimedio di natura assicurativa e previdenziale, infatti: l’intervento del Fondo non solo amplia la possibilità di soddisfazione del credito originario nel caso di inadempienza del datore di lavoro affiancandogli un soggetto co-obbligato *ex lege*, ma di fatto proibisce che il credito stesso resti insoddisfatto anche nel caso in cui il patrimonio del debitore originario risultasse inadeguato.

Ai sensi dell’art. 24, l. 8 marzo 1989, n. 88, il Fondo afferisce alla “Gestione Prestazioni Temporanee ai lavoratori dipendenti” ed è alimentato da un contributo a carico dei datori di lavoro pari allo 0,20% della retribuzione imponibile (per i dirigenti delle aziende industriali il contributo è pari a 0,40% della retribuzione imponibile). L’obiettivo del fondo di garanzia, e quindi l’intenzione del legislatore, è stato quello di tutelare il lavoratore dal pericolo di rimanere insoddisfatto qualora la garanzia patrimoniale del datore di lavoro sia inadeguata a soddisfare le proprie pretese. Inoltre, risponde ad un’esigenza che chiede di prevenire il rischio di insolvenza, garantendo una tutela reale per i crediti di lavoro rispetto alla tutela formale riconosciuta dai privilegi. Le peculiarità del fondo di garanzia possono essere così sintetizzate:

- è munito di una contabilità separata per le entrate e per le uscite;
- si adotta con riguardo a tutti i lavoratori dipendenti;
- è finanziato interamente dalle imprese che versano i contributi in base alla percentuale calcolata sull’ammontare delle retribuzioni;

³⁴⁵ M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, Torino, 2001, p.329.

- non priva le aziende della liquidità;
- si sostituisce al datore di lavoro erogando il tfr al lavoratore³⁴⁶

Il fondo di garanzia interviene a favore di tutti i lavoratori subordinati appartenenti al settore privato, i dipendenti degli enti pubblici economici, i soci delle cooperative di produzione e tutti quei lavoratori dipendenti dai datori di lavoro tenuti al versamento del contributo a suddetto fondo (compresi apprendisti e dirigenti di aziende industriali). Come si nota, sono esclusi dalla tutela i dipendenti pubblici, quelli degli enti pubblici non economici e coloro i quali ricevono il t.f.r. da un soggetto diverso rispetto al datore di lavoro.

Il contributo da devolvere al Fondo di garanzia grava su tutti gli imprenditori, a prescindere dalla loro soggezione a fallimento³⁴⁷.

Come abbiamo già delineato, il Fondo di garanzia ha il compito di erogare il trattamento di fine rapporto e le ultime tre mensilità di retribuzione, reputati ambedue crediti di natura previdenziale. Per quanto riguarda il datore soggetto alle procedure concorsuali, i requisiti per poter accedere al Fondo sono:

- la cessazione del rapporto di lavoro subordinato;
- l'accertamento dello stato di insolvenza e l'apertura di una procedura concorsuale di fallimento, concordato preventivo, liquidazione coatta amministrativa o amministrazione straordinaria;
- l'accertamento dell'esistenza del credito a titolo di TFR e/o delle ultime tre mensilità; tale accertamento, nel caso del fallimento, avviene con l'ammissione del credito nello stato passivo della procedura, che determina la misura dell'obbligazione del Fondo di garanzia.

Il requisito della cessazione del rapporto deve essere valutato con attenzione nelle ipotesi di trasferimento dell'azienda, compresi affitto e usufrutto. Infatti, vista la peculiarità dell'istituto del trasferimento d'azienda e le diverse tutele a favore del lavoratore riconosciute dall'art.2112 c.c., è necessario chiarire e specificare l'ambito di intervento

³⁴⁶ D. GAROFALO e M. MARAZZA, *Insolvenza del datore di lavoro e tutela previdenziale dei lavoratori*, in *Insolvenza del datore di lavoro e tutele dei lavoratori*, Giappichelli, Torino, 2015. “Questa ipotesi da vita ad una forma di accollo cumulativo ex lege” nota di G. ZILIO GRANDI e M. SFERRAZZA, *La tutela del lavoratore nei confronti dell'insolvenza del datore di lavoro*, in *Diritto delle relazioni industriali*, n. 3, Giuffrè, Milano, 2013.

³⁴⁷ A. COEN, *I crediti di lavoro in senso lato ex art. 2751-bis c.c.*, in *I crediti nel fallimento*, Cedam, Vicenza, 2015

del Fondo di garanzia in tali ipotesi. In particolare, l'art. appena citato prevede, nel caso di trasferimento d'azienda, la continuazione del rapporto di lavoro presso il cessionario. In quest'ipotesi il t.f.r. maturato dal lavoratore presso il cedente viene corrisposto dal cessionario nel momento in cui il rapporto troverà la sua interruzione. Nell'eventualità in cui a fallire sia il cedente, il Fondo di garanzia non interverrà poiché di quei crediti è responsabile il cessionario. Viceversa, se a fallire è il cessionario il Fondo di garanzia interverrà a tutela dei lavoratori per i crediti di lavoro maturati.

Come abbiamo già accennato, affinché il Fondo possa agire in caso di fallimento del datore di lavoro è necessario che il credito del lavoratore sia stato accertato e verificato. Quest'ultimo ha l'onere di avanzare domanda di insinuazione allo stato passivo della procedura, attendere che il credito venga ammesso ed infine che sia reso esecutivo³⁴⁸.

Il lavoratore può presentare domanda al Fondo di garanzia per ricevere il t.f.r. maturato una volta che siano passati quindici giorni dal momento in cui il credito sia stato definitivamente accertato, cioè trascorso detto determinato periodo di tempo dal deposito dello stato passivo dichiarato esecutivo. Ugualmente il lavoratore può fare domanda anche nel momento in cui cessa il rapporto di lavoro che era proseguito con l'esercizio provvisorio, a condizione che lo stato passivo sia stato reso esecutivo. Nell'ipotesi in cui vi dovesse essere contestazione del passivo, il termine decorre dal giorno in cui viene pubblicata la decisione in merito. Per quanto riguarda invece le insinuazioni al passivo tardive la domanda deve esser presentata dal giorno successivo a quando si viene immessi al passivo o comunque il giorno dopo che si è deciso sull'eventuale contestazione³⁴⁹.

Secondo la disposizione dell'art.2, comma 7, della l. n. 297/1982, nel caso in cui la domanda presentata dal lavoratore sia completa di tutte le documentazioni richieste e che il credito sia stato accertato e quantificato il Fondo provvederà, nel termine di sessanta giorni a partire dalla domanda, ad erogare le prestazioni di competenza. La domanda, nel caso di fallimento, secondo le disposizioni dell'Inps, contenute nella circolare del 31 maggio 1993, n.122, deve essere corredata dalla seguente documentazione:

- copia autentica dello stato passivo definitivo, per la parte riguardante il credito relativo al t.f.r.;

³⁴⁸ G. ZILIO GRANDI e M. SFERRAZZA, *La tutela del lavoratore nei confronti dell'insolvenza del datore di lavoro*, in *Diritto delle relazioni industriali*, n. 3, Giuffrè, Milano, 2013

³⁴⁹ D. GAROFALO e M. MARAZZA, *Insolvenza del datore di lavoro e tutela previdenziale dei lavoratori*, in *Insolvenza del datore di lavoro e tutele dei lavoratori*, Giappichelli, Torino, 2015.

- copia autentica della sentenza che ha deciso su eventuali opposizioni o impugnazioni;
- copia autentica del decreto di ammissione al passivo, in caso di insinuazione tardiva;
- dichiarazione rilasciata dal Curatore fallimentare attestante l'importo del credito di cui si chiede il pagamento a carico della gestione, corrispondente a quello indicato nello stesso passivo, ovvero nel successivo decreto di ammissione tardiva, con esclusione della somma già fruita, come anticipazione, in caso di ripartizione parziale dell'attivo, nonché l'anzianità di servizio del lavoratore;

Bisogna sottolineare che anche per il Fondo e, quindi, per la conseguente domanda del lavoratore, sussiste un termine di prescrizione che decorre dal momento in cui si accerta l'esistenza del credito. Quindi, all'atto della verifica dei crediti, il curatore ha altresì il compito di verificare se il credito del prestatore di lavoro sia o meno prescritto e, nel caso in cui l'esito sia positivo, deve opporre la relativa eccezione. Il termine di prescrizione, ai sensi dell'art. 2948, comma 4, c.c. per il t.f.r. è di cinque anni dalla cessazione del rapporto di lavoro³⁵⁰.

A partire dal 2006, è stato istituito, accanto al Fondo di garanzia, un Fondo di tesoreria il quale eroga il t.f.r. secondo le modalità disciplinate dall'art.2120 c.c., limitatamente alla quota dei versamenti effettuati al fondo stesso. La norma ha stabilito che, per i datori di lavoro privati con più di 50 dipendenti al 31 dicembre 2006, l'obbligo di versare al Fondo di tesoreria le quote del t.f.r. maturate a partire dal 1 gennaio 2007 da ciascun lavoratore, e non destinate a forme pensionistiche complementari. Ai contributi in oggetto si applicano le disposizioni vigenti in materia di contribuzione previdenziale obbligatoria e trova, dunque, attuazione il principio generale di automaticità di cui all'art.2116 c.c. Dunque, si evidenzia che, se un lavoratore, assunto in azienda in un periodo precedente al primo gennaio 2007, decide di lasciare il t.f.r. in azienda e questa successivamente fallisce, esso non potrà riscuotere interamente la somma del t.f.r. dal Fondo di garanzia dell'Inps, ma potrà recuperare solo le somme maturate fino al 31 dicembre 2006; mentre per le altre, ovvero per la differenza che è maturata a partire dal primo gennaio 2007, dovrà richiederle al Fondo di tesoreria.

³⁵⁰ G. ZILIO GRANDI e M. SFERRAZZA, *La tutela del lavoratore nei confronti dell'insolvenza del datore di lavoro*, in *Diritto delle relazioni industriali*, n. 1, Giuffrè, Milano, 2014

Come già accennato, il Fondo di garanzia interviene anche nell'ipotesi di semplice inadempimento del debitore, anche se non soggetto alle disposizioni della legge fallimentare. A tal fine, secondo quanto disposto dall'art.2, comma 5, l. n. 297/1982, *«qualora il datore di lavoro... non adempia, in caso di risoluzione del rapporto di lavoro, alla corresponsione del trattamento dovuto o vi adempia in misura parziale, il lavoratore o i suoi aventi diritto possono chiedere al Fondo il pagamento del t.f.r., sempre che, a seguito dell'esperimento dell'esecuzione forzata per la realizzazione del credito relativo a detto trattamento, le garanzie patrimoniali siano risultate in tutto o in parte insufficienti* ». In tal caso, se il lavoratore abbia fornito prova di aver senza successo esperito una procedura esecutiva individuale³⁵¹, il Fondo esegue il pagamento del trattamento. Il termine per la presentazione della domanda al Fondo, in questo caso, decorre dal momento in cui l'esecuzione nei confronti del datore di lavoro ha avuto esito negativo. I termini di prescrizione sono gli stessi visti per l'intervento del Fondo di garanzia nel caso di procedura concorsuale³⁵².

In ogni caso, a norma dell'art.2, comma 7, l. 298/1992, per le somme erogate a titolo di t.f.r., il Fondo è surrogato di diritto al lavoratore o ai suoi aventi causa nel privilegio spettante sul patrimonio del datore di lavoro ai sensi degli artt.2751-bis e 2776 c.c.

Disciplinati i crediti di lavoro da trattamento di fine rapporto, si sposta ora l'attenzione riguardo i crediti di lavoro diversi dal t.f.r. per i quali il Fondo interviene ugualmente a garanzia dei lavoratori sostituendosi al datore di lavoro. Le disposizioni della Direttiva n. 80/987/CEE, per la parte attinente alla tutela dei crediti di lavoro diversi dal t.f.r., sono rimaste a lungo inapplicate, venendo recepite nel nostro ordinamento solo dopo che la Corte di Giustizia, con sentenza 2 febbraio 1989, n. 22/87 ha condannato lo Stato italiano ritenendo insufficiente la tutela approntata dalla l. 297/1982 per il solo trattamento di fine rapporto³⁵³. L'inapplicazione, e il conseguente inadempimento del legislatore italiano ai precetti comunitari, è cessato in seguito all'adozione del D.lgs. 7 gennaio 1992, n.80, il

³⁵¹ Cass. se.lav., 29 gennaio 2002, n.1136, in *Notiz.giur.lav.*,2002, p.380

³⁵² D. GAROFALO e M. MARAZZA, *Insolvenza del datore di lavoro e tutela previdenziale dei lavoratori*, in *Insolvenza del datore di lavoro e tutele dei lavoratori*, Giappichelli, Torino, 2015. G. ZILIO GRANDI e M. SFERRAZZA, *La tutela del lavoratore nei confronti dell'insolvenza del datore di lavoro*, in *Diritto delle relazioni industriali*, n. 3, Giuffrè, Milano, 2013.

³⁵³ Ulteriori pronunce della Corte di Giustizia (Corte di Giustizia 19 novembre 1991, n. 6 e 9/90 e Corte di Giustizia 10 luglio 1997, n.373/95) hanno sancito che gli eventuali pregiudizi subiti dai lavoratori destinatari di un provvedimento quale una Direttiva non attuata nei termini previsti, possono far sorgere una responsabilità in capo allo Stato inadempiente, il quale sarebbe tenuto a risarcire il danno secondo i principi del diritto interno.

quale, in attuazione della Direttiva del Consiglio n.807987/CEE ha esteso la tutela del Fondo di garanzia dell'Inps anche ai crediti diversi dal t.f.r. nei caso di insolvenza del datore di lavoro, quali il fallimento, il concordato preventivo, la liquidazione coatta amministrativa e l'amministrazione, o anche nei casi di inadempimento del datore di lavoro non soggetto ad una di tali procedure, nei confronti del quale sia stata esperita inutilmente una procedura esecutiva. I crediti diversi dal t.f.r. a cui il Fondo si riferisce sono, come disciplinato dall'art. 2, comma 1, D.lgs. n.80/1992, quelli «*inerenti gli ultimi tre mesi*» del rapporto di lavoro rientranti nei dodici mesi che precedono:

- la data del provvedimento che determina una l'apertura di una delle procedure concorsuali indicate nell'art.1, comma 1;
- la data di inizio dell'esecuzione forzata nei casi in cui il datore non è soggetto ad alcuna delle procedure concorsuali;
- la data del provvedimento di messa in liquidazione o di cessazione dell'esercizio provvisorio o l'autorizzazione a proseguire l'esercizio di impresa per i lavoratori che hanno continuato a prestare l'attività lavorativa, o la cessazione del rapporto di lavoro intervenuta durante la continuazione dell'attività d'impresa;

Una parte della dottrina³⁵⁴ ritiene che facciano parte di tale definizione anche l'indennità di mancato preavviso, i ratei di ferie, la tredicesima e, ove prevista dal relativo contratto, la quattordicesima.

Ad ogni modo, con riguardo all'individuazione del *dies a quo*, e di conseguenza con la decorrenza del termine entro cui inquadrare le tre mensilità, merita di essere evidenziato il dibattito giurisprudenziale che è scaturito dalle decisioni della Corte di Giustizia³⁵⁵, intervenute a mostrare la presenza di un conflitto tra quanto disposto dall'art.2, comma 1, D.lgs. n. 80/1992 e la Direttiva comunitaria del 1980. Mentre quest'ultima si riferisce alla data «*dell'insorgere dell'insolvenza*», la norma interna stabilisce, quale lasso di tempo entro cui collocare il numero di mensilità da corrispondere da parte dell'organo di garanzia, quello determinato – a ritroso- dalla data del provvedimento di apertura del fallimento. La differenza non è da sottovalutare: secondo l'orientamento seguito dalla legge italiana, infatti il lavoratore finirebbe per accollarsi il rischio di vedere emesso il provvedimento dichiarativo di fallimento a molto tempo di distanza dalla relativa

³⁵⁴ Cfr. sul punto, M. CINELLI, Diritto della previdenza sociale, Torino, 2001, p.336

³⁵⁵ Cfr. le sent. 10 luglio 1997, n. C-373/95 e 10 luglio 1997, n. C-94/95 e C-95/95

domanda e dalla cessazione del rapporto di lavoro ai quali si riferiscono le retribuzioni non corrisposte.

Dopo una prima fase, dove anche la Suprema Corte, con l'approvazione della Corte Costituzionale³⁵⁶, era concorde con l'interpretazione fornita dal legislatore italiano, la stessa Suprema Corte ritenne congruo il requisito della dichiarazione formale dell'insolvenza del datore di lavoro entro il termine di un anno dal mancato pagamento della retribuzione, in quanto «*in linea di principio i tempi richiesti dalla formalizzazione non sono tali da rendere eccessivamente difficile l'esercizio del diritto in questione*»³⁵⁷, la Cassazione cambiò direzione accogliendo l'orientamento della Corte di Giustizia ed arrivando a disapplicare la norma interna in conflitto con la Direttiva e ad applicare esplicitamente le previsioni di quest'ultima³⁵⁸. Da ultima, anche la Suprema Corte ribadì tale indirizzo³⁵⁹. Ad ogni modo, può dirsi consolidato l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale l'interpretazione della Corte di Giustizia è immediatamente applicabile al nostro ordinamento³⁶⁰.

Nel caso in cui dovesse verificarsi la risoluzione del rapporto di lavoro durante il periodo in cui è ancora in corso l'attività d'impresa, i dodici mesi decorrono dal momento in cui è avvenuta la risoluzione³⁶¹. Nel caso in cui, invece, il rapporto di lavoro è stato sospeso nel periodo in cui sono riferibili le ultime tre mensilità del lavoratore, la garanzia dovrà

³⁵⁶ Cfr. sent. 9 luglio 1996, n.240, in *Giust.civ.*, 1996, I, p.2813

³⁵⁷ In tali termini si sono espresse *Cass., sez.lav.*, 6 giugno 1998, n.5591, in *Giust. civ. Mass.*,1998, p. 1232; *Cass., sez.lav.*20 giugno 1998, n. 6164, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, p.1363; *Cass.,sez.lav.*, 4 giugno 1999, n. 5524, in *Foro.it*, 1999, I, c 3248; contra, tuttavia, *Pret.Milano*, 9 dicembre 1998, in *D.L. Riv. crit. lav.*, 1999, p.187 con nota di TAGLIAGAMBE

³⁵⁸ Cfr. *Cass.* 9 febbraio 1999, n.1106, in *D.L.Riv.crit.dir.lav.*, 1999, p.368

³⁵⁹ Sent. 1 febbraio 2005, n. 1885, in *Giust.civ.Mass.*, 2005, f 2, che ha sancito «*il Fondo di garanzia si sostituisce al datore di lavoro inadempiente per insolvenza nel pagamento dei crediti di lavoro inerenti agli ultimi tre mesi del rapporto di lavoro rientranti nei dodici mesi che precedono, non la data di apertura della procedura concorsuale, ma la data di proposizione della domanda volta all'apertura della stessa procedura, ovvero decorrenti dalla data di proposizione dell'atto d'iniziativa volto a far valere in giudizio il credito del lavorator, fermo restando che tale garanzia non può essere concessa prima della decisione d'apertura della procedura concorsuale*». Nello specifico la Suprema Corte di Cassazione ha cassato la sentenza di merito che aveva rigettato la domanda del lavoratore, essendo passati oltre due anni tra la data di cessazione del rapporto di lavoro e quella dell'apertura della procedura concorsuale, senza considerare che il lavoratore si era attivato a richiedere, entro l'anno della cessazione del rapporto di lavoro, un decreto d'ingiunzione.

³⁶⁰ Si veda sul punto *Cass., sez.lav.*, 15 marzo 2002, n. 3841, in *Riv.it.dir.lav.*, 2003, II,p. 232; *Cass.* 29 gennaio 2001, n.38, in *Dir.e prat.soc.*, 2000, p. 463

³⁶¹ Estratto dalla Circolare INPS 15 luglio 2008, n. 74.

riferirsi ai tre mesi precedenti, a condizione che rientrino nei dodici mesi di cui si è appena discusso³⁶².

Per i crediti in questione, ossia quelli diversi dal t.f.r., il termine di prescrizione è di un anno e decorre dal giorno successivo in cui si verifica il diritto alla retribuzione.

Quanto ai massimali delle prestazioni, questi vengono definiti dagli stati membri. Tale regola è posta nel tentativo di non compromettere lo scopo sociale per il quale la tutela stessa è concessa. L'art. 2 del D.lgs. n. 80/1992, nel pieno rispetto di quanto statuito dalla Direttiva, ne limita l'intervento ad un importo non superiore ad una somma pari a tre volte la misura massima del trattamento straordinario di integrazione salariale mensile, al netto delle trattenute previdenziali e assistenziali. La somma è una forma di garanzia che riconosce a tutti i lavoratori un trattamento minimo economico in relazione a quanto avrebbero ottenuto nel caso in cui l'imprenditore non si fosse trovato in una delle procedure concorsuali³⁶³. Il comma 5 dell'art. 2 D.lgs. 80/1992, sempre con riguardo ai crediti diversi dal t.f.r., stabilisce che il Fondo nel momento in cui interviene a tutela dei lavoratori è tenuto al versamento degli interessi e della rivalutazione monetaria che si calcolano dal momento in cui il lavoratore presenta la relativa domanda fino al momento in cui viene concretamente soddisfatto³⁶⁴.

Inoltre, al pari di quanto già visto per il t.f.r., una volta effettuato il pagamento a favore del lavoratore, o dei suoi aventi causa, il Fondo è surrogato di diritto nel privilegio spettante sul patrimonio del datore di lavoro ai sensi degli artt. 2751-bis e 2776 c.c.

Infine, il D.lgs. n. 80/1992 – emanato come si è visto in attuazione della Direttiva n. 80/987/CEE – ha introdotto una delle novità più rilevanti in tema di garanzia della posizione contributiva dei lavoratori. Infatti, l'art.3 dispone che: *«nel caso in cui il datore di lavoro sottoposto ad una delle procedure di cui all'art.1, comma 1, abbia omissis, in tutto o in parte, di versare i contributi per l'assicurazione obbligatoria invalidità, vecchiaia, e superstiti e non possa più versarli per sopravvenuta prescrizione, il lavoratore interessato, a condizione che non vi sia stata costituzione della rendita vitalizia ai sensi dell'art. 13 della l. 12 agosto 1962, n.1338, e il suo credito sia rimasto in tutto o in parte insoddisfatto in esito a una delle procedure indicate, può richiedere al*

³⁶² G. ZILIO GRANDI e M. SFERRAZZA, *La tutela del lavoratore nei confronti dell'insolvenza del datore di lavoro*, in *Diritto delle relazioni industriali*, n. 3, Giuffrè, Milano, 2013.

³⁶³ D. GAROFALO e M. MARAZZA, *Insolvenza del datore di lavoro e tutela previdenziale dei lavoratori*, in *Insolvenza del datore di lavoro e tutele dei lavoratori*, Giappichelli, Torino, 2015

³⁶⁴ Art. 2 d.lgs. n. 80/1992, co. n. 5

competente istituto di previdenza e assistenza obbligatoria che ai fini del diritto e della misura della prestazione vengono considerati come versati i contributi omessi e prescritti».

Il lavoratore può domandare che i contributi omessi e prescritti gli vengano considerati come versati solo se dimostra di aver agito in giudizio per farsi risarcire il danno da omissione contributiva e solo dopo che tale richiesta sia rimasta infruttuosa è tenuto a fornire all'istituto competente «*documenti di data certa dai quali possa evincersi l'effettiva esistenza e la durata del rapporto di lavoro*» (art.3, comma 2, D.lgs. n. 80/1992). Anche in questo caso, come per le somme corrisposte a titolo di t.f.r. e di ultime tre mensilità, il Fondo di garanzia dispone azione di regresso nei confronti del datore di lavoro. Tali forme di tutela sono disposte solo a favore di lavoratori di imprese assoggettate a procedure concorsuali e non anche per coloro che si trovano alle dipendenze di datori di lavoro che invece non sono soggetti alla legge fallimentare³⁶⁵.

In tal modo il legislatore italiano ha esteso la garanzia del principio di automaticità prevedendo la garanzia di tali prestazioni.

3.3 L'azione di surroga:

Come si è già avuto modo di dire, il Fondo di garanzia dell'Inps si sostituisce al datore di lavoro insolvente o inadempiente nella corresponsione del t.f.r. al lavoratore. Tale intervento del Fondo di garanzia rappresenta al tempo stesso un'obbligazione sussidiaria e solidale dell'Inps: il Fondo di garanzia, infatti, si sostituisce al datore di lavoro per le somme dovute al lavoratore. La giurisprudenza ha affermato tuttavia, che il carattere di sussidiarietà del Fondo non esclude la sua natura di obbligazione solidale, essendo relativa alla stessa prestazione oggetto dell'obbligazione principale³⁶⁶. Quando l'istituto svolge questo compito di sostituzione al datore, il Fondo viene poi surrogato di diritto al lavoratore o ai suoi aventi causa nel credito e nel relativo privilegio spettante sul patrimonio del datore di lavoro. Tale sostituzione viene considerata come un accollo *ex lege*, dove il Fondo si assume la responsabilità per il debito del datore di lavoro, lo estingue a favore dei lavoratori ed infine si surroga nel credito del lavoratore soddisfatto.

³⁶⁵ A. CORRADO - D. CORRADO, *L'accertamento dei crediti di lavoro dipendente e previdenza nel fallimento*, Crisi d'impresa e rapporti di lavoro, Giuffrè, Milano, 2016, p. 351

³⁶⁶ Cass., 22 marzo 2003, n. 4217

L'azione di surroga dell'Inps, sia nei confronti del pagamento del t.f.r. sia per il pagamento delle ultime tre mensilità, deve avvenire mediante un'insinuazione tardiva al passivo. L'Inps infatti, accollandosi il debito nei confronti del lavoratore, diviene automaticamente creditore della procedura: potrà quindi insinuarsi al passivo e partecipare al concorso per vedere soddisfatto il proprio credito, conformemente alla disciplina fallimentare. La particolarità dell'azione di surroga è che l'ammissione al passivo conferisce al relativo credito il medesimo grado di privilegio dei crediti per i quali l'Inps si è surrogato. Questa però non cambia il privilegio riconosciuto al credito del lavoratore; non gli viene infatti riconosciuta alcuna prelazione più soddisfacente rispetto ai creditori di pari grado. Pertanto, nel caso in cui si verificasse una situazione di insufficienza dell'attivo, verrà corrisposta nella stessa misura la percentuale spettante a tutti i creditori di pari privilegio.

CAPITOLO IV

GLI AMMORTIZZATORI SOCIALI

4.1 Quadro generale

L'ordinamento italiano di protezione sociale contro la disoccupazione è formato da un insieme molto frammentato di disposizioni e normative. Questo insieme di interventi sconsiderati e la loro stratificazione nel tempo ha fatto sì che si diffondesse l'opinione, più che condivisibile, che il regime attuale degli ammortizzatori sociali in Italia sia caratterizzato da un corpus normativo disorganico, non bene governabile, formato da successive sovrapposizioni che li rendono neppure lontanamente riconducibile al concetto di sistema.

Prima di vedere quali sono e a cosa sono finalizzati, occorre individuare e delineare la nozione di ammortizzatori sociali al fine di poter comprendere il tema in oggetto.

Nell'ambito delle normative in materia, ad oggi, la nozione "ammortizzatore sociale" non trova alcuna definizione tecnica tanto che, alcuni, avanzano addirittura l'idea di sostituirla con altre nozioni come "misure integrative di sostegno nel mercato del lavoro".

Occorre premettere che l'espressione "ammortizzatori sociali" è stata coniata negli ultimi anni '90 nel momento in cui si è posto l'obiettivo di una loro riforma, in quanto, fino ai primi anni '70, la terminologia impiegata era quella di "*strumenti di gestione delle eccedenze di personale*"³⁶⁷. La carenza di proprie definizioni ha fatto in modo che i singoli istituti, tendenzialmente riconducibili alla nozione in esame, sono stati affrontati in suddivisioni tematiche differenti. Si pensi, a titolo esemplificativo, alla Cassa Integrazione Guadagni, da taluno esaminata congiuntamente al trasferimento d'azienda nell'ambito delle "*cause di sospensione della prestazione lavorativa e vicende modificative del rapporto*", da talaltro, invece, all'interno dell'articolo sulle "*attribuzioni patrimoniali*", unitamente ai contratti di solidarietà³⁶⁸. Vi sono autori³⁶⁹ che indicano nelle definizioni generali, quali "*tutela dell'occupazione nell'ambito dell'impresa*" o

³⁶⁷ A. DI STASI, *Diritto del lavoro e della previdenza sociale*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 213

³⁶⁸ V. PICCININNO, *Riforma degli ammortizzatori sociali, prospettive evolutive e analisi comparate*, tesi di dottorato, 2006, p. 24

³⁶⁹ L. GALANTINO, *Diritto del Lavoro*, Giappichelli, Torino, 2006; GHERA E., *Diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2002

“*eccedenze di personale e tutela dell’occupazione*”, l’ubicazione sistematica più adeguata della nozione di “ammortizzatori sociali”.

Da qui scaturisce la complessità dell’argomento inerente l’identificazione di una definizione teorica degli ammortizzatori sociali.

Perfino sul fronte costituzionale l’argomento non trova sostegno, di modo che le uniche disposizioni che attribuiscono rispetto costituzionale, alla nozione in esame, sono riscontrabili nell’art. 2, che dispone il principio di “*solidarietà*” anche tra gruppi sociali e, in particolar modo, tra le esigenze dell’impresa, della produzione e quelle della persona e del lavoro e nell’art. 4, che sancisce il “*diritto al lavoro*”, abitualmente recepito, non solo come incoraggiamento alla promozione della massima occupazione, ma anche in termini di salvaguardia dello *status* di lavoratore.

Prendendo atto della questione, rimane il caso di provare a trovare soluzioni qualificatorie, le quali tengano in considerazione, da un lato, del tradizionale scenario storico di nascita del concetto di “*ammortizzatori sociali*” e, dall’altro, del contenuto letterale della locuzione.

È inconfutabile attestare come la locuzione “*ammortizzatori sociali*” racchiuda in sé i più disparati istituti e, proprio in virtù di questa sua indole “generica” e “relativa”, sarebbero potenzialmente riconducibili alla nozione tutti gli istituti finalizzati ad assicurare, direttamente o indirettamente, un sostegno ai lavoratori, sia in momenti peculiari della vita lavorativa e post-lavorativa, sia nella fase di accesso nel mercato del lavoro.

Proprio riguardo alla molteplicità degli istituti gius-lavoristici annoverabili nella nozione di “*ammortizzatori sociali*”, parte della dottrina ha rammentato una distinzione nella materia tra:

- a) “misure rivolte a facilitare o aumentare l’occupazione (assunzioni agevolate per i giovani e per i disoccupati di lungo periodo, contratti di solidarietà “esterni”, contratti di formazione e lavoro [...]);
- b) misure che permettono la provvisoria sospensione dei rapporti di lavoro, ma che non impediscono l’esercizio del potere di recesso datoriale (integrazioni salariali [...]);
- c) misure di sostegno all’incentivazione dell’occupazione, singolarmente o attraverso fondi pubblici (Fondo per l’occupazione, Fondo sociale europeo);

d) misure volte a fronteggiare lo stato di disoccupazione (indennità di mobilità, indennità di disoccupazione [...])³⁷⁰.

Relativamente a una tale manovra di raggruppamento, può risultare vantaggioso, per fini semplificativi, proseguire a una suddivisione della materia “*ammortizzatori sociali*” in due macro-aree: regole di tutela contro la disoccupazione e dispositivi di promozione dell’occupazione.

Ciò nonostante, prendendo in esame l’interpretazione letterale del vocabolo (“ammortizzare”, testualmente, significa rendere morbido, assorbire traumi e/o movimenti), questo farebbe ipotizzare a uno sviluppo evolutivo da una condizione confortevole ad una condizione desolante; il che, trasposto in termini giuslavoristici, ha lo stesso valore di dire “*passaggio da una situazione di lavoro ad una situazione di non-lavoro*”. Il termine “ammortizzare”, in tale cammino, da un lato assume la mansione di alleviamento dei risultati negativi scaturenti dal passaggio dallo status di lavoratore a quello di non-lavoratore; dall’altro, non conduce alla totale neutralizzazione di quegli stessi risultati. “*Ammortizzare, dunque, nel senso di attenuare, ma non di eliminare*”³⁷¹. Favorendo quest’interpretazione, appare evidente come nella nozione di “*ammortizzatori sociali*” non possano essere inclusi quegli istituti finalizzati a incoraggiare l’occupazione, in quanto non aspirano alla mitigazione degli effetti negativi provenienti dal passaggio di uno stato di occupazione ad uno stato di non occupazione. Lo studio testuale, tuttavia, non è da solo adeguato a chiarire la diversificazione metodica tra gli “*ammortizzatori sociali*” veri e propri – abitualmente recepito quale un molteplice e frastagliato apparato di tutela del reddito dei lavoratori che sono in procinto di perdere o che hanno perso il posto di lavoro³⁷² - e gli altri apparati mirati al raggiungimento e/o promozione dell’occupazione. Appare, quindi, opportuno in questa sede considerare anche la genesi storica del termine, tradizionalmente relazionabile a quell’insieme eterogeneo di strumenti formatosi successivamente all’accordo interconfederale del 5 maggio 1965 in materia di licenziamenti collettivi e che, tuttavia, non puntava a rimuovere gli effetti negativi dei provvedimenti di espulsione ma, piuttosto, ad alleggerire gli effetti sul fronte

³⁷⁰ V. PICCININNO, op. cit., p. 26.

³⁷¹ V. PICCININNO, op. cit., p. 27

³⁷² P. STERN, *Jobs act. I nuovi ammortizzatori sociali: NASPI, ASDI e DIS-COLL*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2015, p. 13.

del piano sociale. E, chiaramente, non possono essere inclusi in quest'intento apparati che sono per lo più indirizzati alla promozione dell'occupazione.

Perfino il dato storico, dunque, conduce alla conclusione che la nozione di "ammortizzatori sociali" debba essere contenuta unicamente agli strumenti di sostegno al reddito, con riguardo ai quali pensiamo sia opportuno rimandare la nostra trattazione nel prosieguo dello studio³⁷³.

Diversamente, sono da reputarsi annoverati nella nozione di "*ammortizzatori sociali*", quegli strumenti che agiscono in presenza di circostanze che comportano diminuzione o sospensione dell'attività lavorativa (cassa integrazione guadagni, contratti di solidarietà difensivi), così come gli organismi che, presumendo una condizione di disoccupazione definitiva, sono diretti a garantire un sostegno al reddito nell'ipotesi di cessazione del rapporto di lavoro (trattamenti di disoccupazione, «indennità di mobilità»³⁷⁴, ecc.).

Tuttavia, tale classificazione è solo esemplificativa, dal momento che vi sono istituti, come i contratti di solidarietà³⁷⁵, rapportabili relativamente agli ammortizzatori sociali *tout court* unicamente nella tipologia di contratti difensivi (quelli espansivi, al contrario, farebbero parte degli strumenti finalizzati alla promozione occupazionale). A fondamento della varietà di ruoli ed obiettivi riconducibili agli istituti dei contratti di solidarietà difensivi ed espansivi, si può legittimare l'appartenenza solo dei primi tra gli ammortizzatori sociali.

Si consideri, inoltre, ai contratti a tempo parziale, riconducibili nella nozione di ammortizzatori sociali nel caso in cui vengano impiegati allo fine di coordinare gli esuberi nell'ambito degli strumenti alternativi al licenziamento, ma non sicuramente qualificabili come tali se impiegati, al contrario, come strumento per la sollecitazione dell'occupazione³⁷⁶.

Peculiare episodio è stato quello che ha visto partecipare, all'inizio degli anni '90, il cd. "prepensionamento progressivo o flessibile"³⁷⁷, che permette al lavoratore, che abbia già

³⁷³ V. PICCININNO, op. cit., p. 28

³⁷⁴ Si specifica che, in seguito alla legge n. 92/2012, i lavoratori licenziati dal 31 dicembre 2016 in poi non possono più essere disposti in mobilità ordinaria e sono beneficiari esclusivamente della Nuova Assicurazione Sociale per l'Impiego che ha rimpiazzato definitivamente l'indennità di mobilità, a decorrere dal 1.1.2017.

³⁷⁵ Per MAZZIOTTI, *Il problema dell'occupazione nel diritto del lavoro*, in *Dir. lav.*, 1995, I, p. 134, "i contratti di solidarietà andrebbero espunti dal novero degli ammortizzatori sociali, in quanto riconducibili all'autonoma categoria degli "interventi per la riduzione dell'orario di lavoro".

³⁷⁶ V. PICCININNO, op. cit., p. 30

³⁷⁷ S. RENGÀ, *Mercato del lavoro e diritto*, Franco Angeli, 1996, p. 212

conseguito i requisiti pensionistici di anzianità o di vecchiaia, di continuare a svolgere la propria attività a tempo parziale, ricevendo per il resto una porzione della pensione.

L'istituto è stato inizialmente incluso tra gli ammortizzatori sociali, in quanto per avervi accesso era necessario avere la Cassa Integrazione Guadagni Straordinaria da almeno ventiquattro mesi (art. 19, l. n. 223/1991). successivamente, esso è stato incorporato all'interno della politica di spinta del ricorso al part-time in funzione di crescita occupazionale (art. 1, commi 185-191, l. n. 662/1996³⁷⁸).

Osservando gli ultimi esempi appena citati, risulta evidente come l'inclusione o l'esclusione di un istituto, all'interno della nozione "ammortizzatori sociali", appare essere data dalla finalità, il più delle volte imprecisa, che l'istituto è chiamato a perseguire in funzione delle necessità dei soggetti utilizzatori. Ciò permette di osservare come, alle problematiche oggettive scaturenti dalla complessità della materia, si uniscono anche questioni di stampo "soggettivo", quali, precisamente, le finalità perseguite con i singoli istituti. Suddetti dati rappresentano un aggiuntivo elemento di criticità nel difficile tentativo di coordinamento dell'apparato degli ammortizzatori sociali.

Malgrado ciò, si è provato – mediante il ricorso al criterio storico-letterale, che rimanda espressamente al significato relativo all'etimologia della nozione e all'ambiente storico di origine – di circoscrivere entro confini più netti, ossia quelli degli strumenti di tutela contro la disoccupazione, la nozione esaminata.

Continuando la nostra analisi, è il caso di menzionare che, un punto che nel nostro Paese sembra non riesca ad essere adeguatamente inteso (con conseguenti responsabilità per i soggetti direttamente coinvolti) attiene alla funzione propria degli ammortizzatori sociali, i quali non dovrebbero essere intesi come dei "buchi neri" nella vita lavorativa di un lavoratore, un momento di insicurezza dove risiedere a tempo indeterminato in speranza di un futuro più fortunato proveniente da una non meglio specificata sorte³⁷⁹. Piuttosto, gli stessi, andrebbero contemplati quale seria e reale opportunità di riqualificazione, con l'obiettivo di consentire al lavoratore di conseguire una nuova occupazione nel minor

³⁷⁸ La l. n. 662/1996, con l'obiettivo di promuovere l'assunzione di nuovo personale, riconosce "ai lavoratori dipendenti da imprese in possesso dei requisiti di età e di contribuzione per l'accesso al pensionamento di anzianità il trattamento di pensione di anzianità e il passaggio al rapporto di lavoro a tempo parziale in misura non inferiore a 18 ore settimanali", a condizione che il datore di lavoro assuma nuovo personale "per una durata e per un tempo lavorativo non inferiore a quello ridotto ai lavoratori" che si fossero avvalsi della predetta facoltà.

³⁷⁹ S. CAROTTI, *Jobs Act e costo del lavoro. Due variabili indipendenti?* In e-book, 2014, pp. 17 e ss

tempo possibile, limitando così l'impatto economico di tale situazione, ma specialmente accrescendo il bagaglio culturale del lavoratore stesso.

Una succinta ricerca su quelle che sono oggi le finalità e le funzioni prefisse dagli strumenti in oggetto non può ignorare l'esigenza di puntare all'incremento del benessere delle persone e deve mantenere fermo l'obiettivo di garantire a chi è sprovvisto di lavoro non più, o non soltanto, la mera conservazione materiale, bensì quella qualità necessaria di inclusione nella vita collettiva che prende il nome di "inclusione sociale"³⁸⁰. ebbene, per il conseguimento di tale obiettivo si sono succeduti diversi orientamenti e, tra il sistema italiano e i modelli più diffusi negli altri Paesi europei, si individuano differenze dovute sostanzialmente alla circostanza che, in Italia, l'apparato degli ammortizzatori sociali è stato solitamente preposto alla salvaguardia del posto di lavoro, mentre nella maggior parte dei Paesi europei si è favorito il supporto al reddito in caso di disoccupazione.

Ad ogni modo, la scelta del legislatore già con la legge n. 92 del 2012 che ha introdotto l'Assicurazione sociale per l'Impiego (ASpI) e con il d.lgs. n. 22 (in esecuzione della legge delega 183/2014, conosciuta come Jobs Act), ha circoscritto gran parte delle tutele stabilite a salvaguardia del posto di lavoro muovendo la riflessione nei confronti del soggetto che ora fa l'ingresso nel "mercato" del lavoro.

Proprio quando si dà inizio ad una riorganizzazione del sistema, diventa indispensabile l'unione di tali servizi a criteri di politica attiva orientate al ricollocamento dei lavoratori nel mercato del lavoro. Per raggiungere un proficuo sistema di ammortizzatori sociali, esso deve infatti avere a mente l'obiettivo di impedire l'esclusione sociale e garantire a chi è privo di lavoro, soprattutto, l'opportunità di una più celere immissione nel mercato del lavoro, così da rendere fattibile la concreta integrazione nella società.

4.2 Crisi aziendale e Cassa Integrazione Guadagni

Volendo tentare una ricostruzione del sistema degli ammortizzatori sociali, sembra opportuno, specialmente da un punto di vista logico, cominciare l'analisi dai principali modelli di riferimento. In primis, e per quello che ci interessa, è il caso di partire dalla Cassa Integrazione Guadagni, il cui intervento riguarda la fase di vigenza del rapporto di lavoro. La scelta è ispirata non solo dall'origine storica e dal suo diffuso ricorso nei

³⁸⁰ CNEL, *La situazione degli ammortizzatori sociali in Italia ed in Europa*, ottobre 2003, p. 5

procedimenti di gestione degli esuberi di personale³⁸¹., ma specialmente in quanto sembra rappresentare l'istituto che più di tutti necessita di correttivi, adeguamenti e di una profonda svolta riformistica.

Le tipologie di interessi che emergono nei momenti di crisi dell'impresa sono essenzialmente due: l'interesse al mantenimento del posto di lavoro e al mantenimento del livello del reddito, da una parte, e, ove possibile, la garanzia di mantenimento dello stesso con continuità nel tempo³⁸². Nel nostro ordinamento, per sostenere i redditi delle imprese in crisi e per tentate di evitare licenziamenti, è previsto un complesso e articolato sistema, già ampiamente disciplinato, di misure, dette ammortizzatori sociali.

Gli ammortizzatori sociali sono, com'è diffuso, strumenti di carattere economico concessi dallo Stato a sostegno del reddito a favore di chi sta attraversando delle difficoltà occupazionali, in tal modo limitando – seppure per periodi determinati- gli effetti negativi derivanti da taluni avvenimenti nella vita dei lavoratori, quali emblematicamente ed a titolo di esempio, il licenziamento.

In questa categoria sono ricompresi tutti quei “sussidi” spettanti dunque a cittadini che si trovano in situazioni di bisogno, e fra quelli maggiormente utilizzati abbiamo anche misure già citate nelle precedenti pagine, quali ad esempio: il prepensionamento, attraverso cui è riconosciuta ai lavoratori in esubero la possibilità di fruire anticipatamente delle prestazioni pensionistiche, la messa in mobilità, che permette di dislocare i lavoratori in eccedenza presso altre unità produttive che, invece, risultano carenti di personale, anche se ciò può comportare lo svolgimento di mansioni diverse ; La cassa integrazione guadagni, che consiste nell'erogazione di un trattamento salariale integrativo o sostitutivo per quei lavoratori sospesi dall'attività lavorativa o costretti a ridurre il proprio orario di lavoro, a causa di momentanee difficoltà dell'azienda. La cassa integrazione guadagni straordinaria, regolata dalla l. n. 223/1991 prevede due fattispecie rispettivamente agli art.1 e 3. Si distingue tra misure destinate alle imprese che, anche se in difficoltà siano a tutti gli effetti in bonis, e strumenti destinati a trovare applicazione a imprese assoggettate a procedure concorsuali³⁸³. L'art. 1 prevede la possibilità per l'imprenditore di farne ricorso qualora l'intervento sia destinato a fronteggiare una crisi

³⁸¹ Spunti in M. PERSIANI, M. D'ONGHIA, *Fondamenti di diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, 2018, p. 275 ss

³⁸² Così: GARILLI A., GAROFALO L., GHERA F., *Lineamenti di diritto del lavoro*, Giappichelli, 2018

³⁸³ A. CORRADO- D. CORRADO, *I rapporti di lavoro nel fallimento*, Torino, 2007

aziendale reversibile, che si traduce in aiuto alle imprese colpite da difficoltà temporanee. La situazione deve essere individuata valutando l'andamento di alcuni indici (fatturato, risultato d'impresa e indebitamento) e verificando un eventuale ridimensionamento dell'organico. In questo caso l'ammissione alla CIGS è subordinata alla presentazione da parte dell'azienda di un programma, sui cui contenuti viene commisurata la durata della CIGS, che definisca gli interventi che saranno effettuati per il superamento delle difficoltà (la temporaneità e la sanabilità della crisi sono i presupposti per l'ammissione all'istituto), dal momento che la cessazione o non prosecuzione dell'attività è parziale, e pertanto il trattamento dovrà intendersi limitato ai dipendenti eccedenti le esigenze di manodopera³⁸⁴.

Quando invece le situazioni di crisi sono irreversibili, ricorre l'art. 3 della citata legge, che individua alcune cause integrabili a favore dei lavoratori di imprese sottoposte a procedure concorsuali quali il fallimento. La disciplina si traduce in un immediato sostegno a favore delle imprese, ma questo è solo strumentale alla tutela dei lavoratori, in quanto il trattamento previsto in questo speciale caso ha finalità assistenziali e di salvaguardia del livello occupazionale anche in assenza di prospettive di salvataggio dei posti di lavoro, con lo scopo di ritardare nel tempo gli effetti del licenziamento.

Nell'ambito delle procedure concorsuali, quindi dell'art. 3 della citata legge, lo scopo della CIGS è quello di introdurre nel sistema fallimentare un'altro interesse oltre a quello dei creditori, ovvero quello dei lavoratori alla prosecuzione del rapporto: attraverso questo istituto gli organi dispongono di maggior tempo per decidere le sorti del complesso aziendale, e per la possibilità di salvataggio dello stesso attraverso, per esempio, il trasferimento anche di un solo ramo d'azienda e la conseguente salvaguardia dei posti di lavoro senza ledere gli interessi dei creditori.

Proprio quest'ultimo è il più importante strumento di garanzia del livello del reddito con continuità nel tempo e, indirettamente di salvaguardia del posto di lavoro. L'istituto in oggetto negli anni più recenti – contraddistinti da uno scenario economico e sociale di crisi diffusa - ha rappresentato il salvagente al quale molte imprese hanno fatto ricorso, soprattutto nelle ipotesi di cassa integrazione guadagni straordinaria (CIGS) e della CIG in deroga. La *ratio legis* è quella di venire incontro alle aziende che si trovino in

³⁸⁴ A. CAIAFA, I rapporti di lavoro nella crisi d'impresa, 2004.

momentanea difficoltà, sgravandole in parte dei costi della manodopera temporaneamente non utilizzata.

In tale contesto appare opportuno però menzionare l'evoluzione normativa che si è susseguita nel corso degli anni. Da sempre vi è una grande necessità da parte del legislatore di non ignorare le conseguenze sociali della crisi di impresa. Infatti, negli anni si sono succeduti diversi interventi scoordinati che nel tempo hanno fatto sì che si diffondesse l'opinione, più che condivisibile, che il regime attuale degli ammortizzatori sociali in Italia sia caratterizzato da un corpus normativo disorganico formato da una serie di disposizioni che rendono tale sistema neppure lontanamente riconducibile a una visione organica. A testimonianza della sempre presente esigenza, la regolamentazione degli ammortizzatori sociali è avviata negli anni '70 (l.n.675/1977), predisponendo inusuali modelli di mobilità interaziendale. Successivamente, la legge n.223/1991 e sue successive modifiche, testo di riferimento che ha tentato di perfezionare tutele interne al rapporto di lavoro, che sono delineate essenzialmente dall'istituto della Cassa Integrazione nelle sue diverse articolazioni, con tutele esterne, basate sul coordinamento dei processi di mobilità della manodopera e all'assunzione di varie misure incoraggianti³⁸⁵. Inoltre, la suddetta legge riserva grande considerazione alla causale "crisi aziendale" e, ancor di più, alla concessione della Cassa Integrazione Straordinaria nelle procedure concorsuali. Pertanto, il testo legislativo qui richiamato pur dimostrandosi alquanto adeguato sul fronte operativo, in quanto ha permesso di fronteggiare crisi congiunturali e molteplici mutamenti del complesso produttivo, in realtà è stato progettato relativamente al solo settore industriale, che all'epoca rappresentava ancora l'elemento principale della nostra economia. Così, quando nel corso degli anni si è rilevato un fortissimo incremento del settore terziario avanzato, parallelamente alla crisi di grandi gruppi bancari e assicurativi, l'impianto normativo messo a punto dalla l. n. 223/1991 ha dimostrato tutta la sua inadeguatezza. Si rendeva indispensabile, per tali ragioni, un riammodernamento dell'intero sistema economico, mediante manovre di concentrazione e di riqualificazione delle imprese con derivanti pesanti ricadute sul fronte occupazionale. Da qui, affiorava l'assenza di un impianto generale di ammortizzatori e tale circostanza rendeva obbligato il ricorso a soluzioni

³⁸⁵ G. FERRARO, Crisi occupazionali e tecniche di tutela, WPC.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 2013, 189, p.4

interne per lo più autofinanziate. A testimonianza di tale situazione, peraltro ancora vigente, si riporta alla memoria la crisi che ha visto partecipi grandi aziende pubbliche come, a titolo esemplificativo, le Poste, l'Alitalia, le Ferrovie, sprovviste di un idoneo impianto di ammortizzatori sociali, il che rendeva doveroso il ricorso a rimedi speciali, sia nella predisposizione di meccanismi già collaudati nel settore primario, sia testando soluzioni originali nell'ambito del ricorso ai contratti di solidarietà e ai prepensionamenti³⁸⁶. In tale quadro si è registrato un'evoluzione degli ammortizzatori sociali tradizionali, soprattutto, tale crisi generalizzata ha condotto ad un ampio utilizzo dell'istituto degli "ammortizzatori sociali in deroga"³⁸⁷, con conseguente ampliamento in settori solitamente esclusi, secondo criteri non predefiniti e sulla base di valutazioni discrezionali, del potere politico. Tale situazione consiste in un'esperienza che è stata a lungo studiata, da alcuni criticata, in quanto pura manifestazione della discrezionalità politica e espressione dell'inadeguatezza dell'impianto politico di predisporre soluzioni di sostegno di carattere solidaristico e generalmente accettato, da altri, al contrario, gradita per la sua elasticità finalizzata ad ampliare l'ambito soggettivo di azione dei tradizionali ammortizzatori sociali con l'impiego di tecniche atipiche che includono l'interessamento degli enti locali e degli enti bilaterali³⁸⁸.

La prima grande riforma degli ammortizzatori sociali si è avuta con il Jobs Act, conclusosi con l'entrata in vigore del D.lgs. 148/15³⁸⁹, emanato dal Governo in attuazione dell'articolo 1, comma 1, della legge delega del 10 dicembre 2014, n. 183, avente ad

³⁸⁶ Politiche di prepensionamento emergono periodicamente nell'ordinamento italiano in modo organico sin dagli anni '80: v. legge n. 155/1981 a cui viene fatto ricorso per contrastare l'eccedenza di manodopera rilevato nell'intero decennio (così S. Sacchi – P. Vesan, *Le politiche*, p.149). Politiche di incentivazione all'esodo sono poi a intervalli piuttosto brevi ripalesate negli anni successivi sia nel settore privato sia nel settore pubblico, a volte camuffate da procedure di mobilità che ostacolavano forme di anticipazione dello stato di inattività.

³⁸⁷ Gli interventi in deroga sono previsti a favore dei dipendenti di piccole imprese, diverse da quelle industriali, non potendo esse beneficiare né della CIGS né della mobilità. Queste due prestazioni prevedono, infatti, quali beneficiari solo i dipendenti di aziende industriali con oltre 15 dipendenti nel semestre precedente la domanda, salvo altre imprese specificate di volta in volta con provvedimenti normativi ad hoc

³⁸⁸ G. FERRARO, op. cit., pp. 8 e ss

³⁸⁹ Il decreto legislativo in esame, al fine di estendere la tutela del reddito dei lavoratori nei casi di riduzione o sospensione dell'attività anche nei settori attualmente non garantiti dalla CIG, ha riscritto anche disciplina dei fondi bilaterali, sulla base di quanto già previsto in materia nell'art. 3 della l. n. 92 del 2012. Per un'analisi della questione si rinvia a: FERRARO G., *Ammortizzatori sociali e licenziamenti collettivi nella riforma del mercato del lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, n. 143, 2012, p. 7 ss.; GIUBBONI S., *I fondi bilaterali di solidarietà nel prisma della riforma degli ammortizzatori sociali*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2014, p. 715 ss.; FAIOLI M., *Il sostegno al reddito attuato mediante fondi bilaterali di solidarietà*, in ZILIO GRANDI G., BIASI M. (a cura di), *Commentario breve alla riforma "Jobs Act"*, Cedam, 2016, p. 407 ss.

oggetto l'intervento degli ammortizzatori sociali sia in costanza di rapporto di lavoro sia collegati allo stato di disoccupazione involontaria, ha realizzato una forte modificazione, rispetto alla disciplina risalente al 1991, all'evidente fine di riportare gli ammortizzatori all'originaria funzione di sostegno al reddito per consentire un supporto al lavoratore nella ricerca di una nuova occupazione anche attraverso le politiche attive del lavoro. Il D.lgs. 148/2015 ha difatti riunito in un unico testo legislativo tutto il sistema delle integrazioni salariali che intervengono in ipotesi di sospensione o riduzione dell'attività lavorativa. Inoltre, ha praticamente abrogato tutto il previgente quadro normativo, lasciando inalterata unicamente la disciplina della Cassa Integrazioni Guadagni per il settore agricolo³⁹⁰.

Si tratta di un rinnovamento che muta profondamente l'intera impostazione degli interventi di integrazione salariale ordinaria e straordinaria e dei fondi di solidarietà, quanto alle prestazioni e al relativo finanziamento³⁹¹. La normativa in oggetto ha il pregio di aver ben regolato gli istituti che intervengono in costanza di rapporto di lavoro: l'ambito soggettivo di applicazione, i requisiti di accesso, la durata degli ammortizzatori; ugualmente è stato ben affrontato il tema del riordino (salvo che nel caso dell'intervento per le imprese sottoposte a procedure concorsuali) delle causali per l'intervento delle integrazioni salariali. A distanza di un anno, poi, dal D.lgs.148/2015 è stato emanato il D.lgs. 185/2016, c.d. correttivo al Jobs Act 2 e contenente alcune novità anche sul fronte della Cassa Integrazione Guadagni³⁹². Si trattava, del resto, di un panorama legislativo – quello dedicato agli ammortizzatori sociali- estremamente confuso, gravato dalla frammentazione e dalla stratificazione di carattere normativo, di fatto la necessità di tale intervento era avvertita da tutti gli operatori, perché le norme applicabili, stratificandosi, hanno creato non poche difficoltà alla loro concreta applicazione³⁹³.

4.2.1 La CIGS per le aziende in crisi e l'abrogazione dell'art.3 L. n. 223/1991:

³⁹⁰ Così: GARILLI A., GAROFALO L., GHERA F., *Lineamenti di diritto del lavoro*, Giappichelli, 2018, p. 415.

³⁹¹ CASOTTI A., GHEIDO M. R., *Ammortizzatori sociali: Guida alle nuove misure dopo il Job Act*, Ipsoa, 2016, p. 1 ss.

³⁹² GARILLI A., GAROFALO L., GHERA F., *op. cit.*, p. 415.

³⁹³ In tal senso: MARTONE M., *Ristrutturazioni aziendali, riduzione del costo del lavoro e nuovi ammortizzatori sociali per superare la crisi*,

Ai fini del presente studio, incentrato sulla gestione dei rapporti di lavoro in un quadro di crisi aziendale, è sicuramente fondamentale volgere l'attenzione alla CIGS.

Bisogna rilevare che, nel momento in cui ci troviamo a trattare l'applicazione degli ammortizzatori sociali in una situazione di crisi aziendale, fra incertezza del futuro e tentativi di mantenere in vita l'attività economica del caso di specie, gli strumenti finalizzati al sostegno del reddito in costanza di rapporto di lavoro si assottigliano. Per tale motivo deriva l'importanza dell'istituto della Cassa Integrazione Guadagni. La normativa individua due tipologie dell'istituto che si distinguono in base alla durata e alla tipologia di crisi nell'ambito dell'azienda: Cassa Integrazione Guadagni Ordinaria (CIGO) e la cassa integrazione guadagni straordinaria³⁹⁴ (d'ora in poi CIGS).

La Cassa Integrazione Guadagni è un ammortizzatore sociale, concesso dal ministero del lavoro e delle politiche sociali ed erogato dall'Inps, con la funzione di sostituire e/o integrare la retribuzione dei lavoratori sospesi o a orario ridotto di aziende che, per l'appunto, si trovino a dover fronteggiare situazioni di difficoltà produttiva o per consentire alle stesse di sostenere processi di riorganizzazione o qualora abbiano stipulato dei contratti di solidarietà.

Ma non sempre è stato così: questo istituto è stato, fin dalla sua introduzione negli anni '70 oggetto di un'accesa discussione parlamentare e sociale e, di conseguenza, oggetto di numerose modifiche³⁹⁵ le quali hanno fatto sì che l'istituto in esame venne utilizzato senza controllo e in modo irrazionale³⁹⁶. Infatti, vent'anni di applicazione della norma del 1991 ha dimostrato la totale inutilità della stessa, nella prospettiva occupazionale, per tale ragione si era ravvisata la necessità di una riforma. Da qui, la prima riforma che merita di essere sottolineata è quella che si è avuta con la Legge Fornero, ossia la l. 28 giugno 2012, n.92 che attraverso l'art.3, comma 1, ha aggiunto all'art.12 della l. n. 223/1991 il comma 3-bis, stabilendo che *“dal 1° gennaio 2013 le disposizioni in materia di trattamento straordinario di integrazione salariale e i relativi obblighi contributivi sono estesi alle*

³⁹⁴ Spunti vari in COSIO R., *La cassa integrazione guadagni straordinaria*, in Amoroso G., Di Cerbo V., Maresca A., *Il diritto del lavoro*, Vol. I, Costituzione, codice civile e leggi speciali, Giuffrè, 2004, p. 1250 ss

³⁹⁵ Estremamente importante a tal fine l'analisi di: BALLETTI E., GAROFALO D., *La riforma della Cassa Integrazione Guadagni nel Jobs Act 2*, Cacucci, 2016.

³⁹⁶ MAGNANI M., *L'uso allargato della Cassa integrazione tra emergenza e ricerca di una logica di sistema*, in *An. Giur. Ec.*, 2010, p. 409 ss. ed ivi ulteriori citazioni dottrinali.

seguenti imprese: a) imprese esercenti attività commerciali con più di cinquanta dipendenti; b) agenzie di viaggio e turismo, compresi gli operatori turistici, con più di cinquanta dipendenti; c) imprese di vigilanza con più di quindici dipendenti; d) imprese del trasporto aereo a prescindere dal numero di dipendenti; e) imprese del sistema aeroportuale a prescindere dal numero di dipendenti”. E soprattutto che, attraverso l’art.2 comma 70, aveva abrogato, a decorrere dal 1° gennaio 2016, l’art.3 della l. 23 luglio 1991, n.223³⁹⁷. Tuttavia, il governo aveva in diverse occasioni affermato la necessità di eliminare l’istituto della CIGS prevista e disciplinata dall’art.3 l.n. 223/199. Il dibattito con le parti sociali e il dialogo con il governo condussero ad un punto di incontro, che trovò manifestazione nel dettato normativo di cui sopra. Senonché, a pochi giorni di distanza dall’entrata in vigore della riforma di cui sopra, viene approvata la l. 7 agosto 2012, n.134 – di conversione del d.l. 22 giugno 2012, n. 83 (cd. Decreto Crescita) - in cui viene inserito l’art.46-bis, rubricato “*modifiche alla legge 28 giugno 2012, n. 92 e misure in materia di accordi di lavoro*”. Il comma 1, lett.h, statuisce la modificazione dell’art.2, comma 70, l. n. 92 del 2012, prevedendo non più solo l’abrogazione della CIGS concorsuale a partire dal 1° gennaio 2016, bensì, molto più marcatamente, la modifica sostanziale dei requisiti di accesso alla cassa integrazione straordinaria. L’art.3 l.n. 223/1991 prevedeva al comma 1 che: *«il trattamento straordinario di integrazione salariale è concesso, con decreto del Ministero del lavoro e della previdenza sociale, ai lavoratori delle imprese soggette alla disciplina dell’intervento straordinario di integrazione salariale, nei casi in cui la dichiarazione di fallimento, di emanazione del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa ovvero di sottoposizione all’amministrazione straordinaria, qualora la continuazione dell’attività non sia stata disposta o sia cessata. Il trattamento straordinario di integrazione salariale è altresì concesso nel caso di ammissione al concordato preventivo consistente nella cessione dei beni. In caso di mancata omologazione, il periodo di integrazione salariale fruito dai lavoratori sarà detratto da quello previsto nel caso di dichiarazione di fallimento. Il trattamento viene concesso su domanda del curatore, del liquidatore o del commissario, per un periodo non superiore a dodici mesi»*³⁹⁸.

³⁹⁷ Sul tema vedi M.L. VALLAURI, Il lavoro nella crisi d’impresa, cit, p.71 ss

³⁹⁸ A tale ipotesi si aggiunge quella prevista dall’art.182-bis l.fall. degli accordi di ristrutturazione del debito. Sul punto si veda la nota del ministero del lavoro del 17 marzo 2009 Prot. 14/4314, il quale ammette l’operatività della CIGS concorsuale assimilando detto istituto al concordato preventivo.

Da tale disposizione, dunque, si evince che la cassa concorsuale interveniva in caso di dichiarazione di fallimento, provvedimento di liquidazione coatta amministrativa, di sottoposizione all'amministrazione straordinaria ovvero ammissione al concordato preventivo. Tuttavia, la dottrina³⁹⁹ ha sempre considerato come il dettato dell'art.3 delineasse un'eventualità completamente autonoma rispetto all'art.1 l. n. 223/1991⁴⁰⁰, considerato che quest'ultima sottintende la reversibilità della crisi⁴⁰¹ ed il derivante risanamento dell'azienda⁴⁰².

Orbene, appariva del tutto inconcepibile – proprio per un contrasto logico ancor prima che di diritto - pensare che in una situazione di stato di dissesto dell'impresa potesse reperirsi il requisito della reversibilità. Tale ragionamento, d'altra parte, riscontrava supporto in assunti letterali quali la sistemazione topografica della disposizione in apposito e distinto articolo rispetto all'art.1, per di più il requisito di accesso alla integrazione fondato nella non continuazione dell'attività perché disposta o cessata. E esattamente tale ultimo ragionamento veniva ribadito e rafforzato nel confronto con il

³⁹⁹ si rimanda a: MISCIONE M., *I licenziamenti per riduzione del personale e la mobilità*, in F. Carinci (a cura di), *La disciplina dei licenziamenti dopo le leggi 108/90 e 223/91*, Jovene, 1991, p. 317 ss; FERRARO G., *Crisi aziendale e mobilità*, in *Riv. giur. lav.*, 1992, p. 53 ss.; FIMMANÒ F., *Fallimento e circolazione dell'azienda socialmente rilevante*, Giuffrè, 2000, p. 104; GHERA E., *Diritto del lavoro*, Cacucci, 2002, p. 700

⁴⁰⁰ Le cause integrabili sono la crisi aziendale (d.m. n. 31826 del 18 dicembre 2002) e la riorganizzazione aziendale o la conversione aziendale (d.m. n. 31444 del 20 agosto 2002).

⁴⁰¹ In realtà, come posto in evidenza da parte della dottrina (si cita MENGHINI L., *I contratti in corso di esecuzione nelle procedure concorsuali*, in AA.VV., *I contratti di lavoro*, a cura di L. Guglielmucci, Cedam, 2006, pp. 682-683) nella procedura di amministrazione straordinaria al tempo dell'emanazione della l. n. 223 del 1991: «la prosecuzione dell'attività era solo eventuale e di conseguenza l'integrazione salariale poteva essere ottenuta in base all'art. 3 in caso di cessazione dell'attività ed in base all'art. 1 in caso di prosecuzione dell'attività, qualora ricorsero le condizioni richieste in ciascun caso». Nell'ambito della disciplina successiva, introdotta nel 1999, che implicava sempre la continuazione dell'attività, non era possibile ricorrere alla CIGS ex art. 3, posto il requisito della non continuazione dell'attività. Con l'emanazione del D.p.R. n. 218 del 2000 il problema è stato risolto, atteso che l'art. 6 prevede che per le imprese assoggettate ad amministrazione straordinaria vi possa essere indifferentemente la continuazione o meno dell'attività. Per quanto riguarda le altre procedure, con riferimento al fallimento in linea meramente teorica non si sarebbe potuto escludere il ricorso alla CIGS ex art. 1 l. n. 223 del 1991

⁴⁰² Nell'ipotesi di crisi aziendale, infatti, il rigore iniziale per cui il Legislatore aveva (correttamente) escluso che rientrasse in tale ipotesi la cessazione dell'attività, è venuto meno proprio con il D.m. n. 31826 del 2000. Come è stato osservato in dottrina, l'apparente solidità della causa d'intervento in esame in base ai rigidi parametri economici-finanziari è stata compromessa «dagli stessi pronunciamenti del Ministero del Lavoro del 2002, che associano al rigore dei criteri generali segnalati la previsione della possibilità di accedere alla C.i.g.s. persino in situazioni caratterizzate dalla fine certa dell'impresa. [Omissis] Si vuol dire che l'apertura ministeriale, prevista dall'art. 2 d.m. 18 dicembre 2002, sancisce l'ammissione alla C.i.g.s. anche delle imprese o degli stabilimenti destinati a chiudere per mere scelte di delocalizzazione, finalizzate ad uno sviluppo imprenditoriale in luoghi diversi. Finisce così per riemergere, in via surrettizia, l'asservimento della cassa all'attuazione di processi di mobilità, peraltro senza garanzia di una nuova occupazione per il lavoratore» (VERGARI S., *Diritto del lavoro - Commentario*, diretto da F. Carinci, 3, Il rapporto di lavoro subordinato: garanzie del reddito, estinzione e tutela dei diritti, a cura di M. Miscione, Giappichelli, 2007, pp. 118-120)

requisito richiesto dall'art.3, comma 2, per la proroga della cassa concorsuale decorso il periodo iniziale: in tali casi, infatti, non era contemplato che dovessero «*sussistere fondate prospettive di continuazione o ripresa dell'attività e di salvaguardia, anche parziale, dei livelli di occupazione tramite la cessione, a qualunque titolo, dell'azienda o di sue parti*». Si concludeva dunque, che il trattamento iniziale dovesse essere giustificato unicamente sulla cessazione dell'attività, rilevando quale *ratio* della disposizione il sostegno del reddito dei lavoratori in vista di una conservazione del posto di lavoro nell'ottica di un eventuale trasferimento d'azienda⁴⁰³. È logico che una tale esposizione racchiudeva in sé una concezione della cassa concorsuale meramente assistenziale, senza tenere in alcuna considerazione lo sviluppo produttivo aziendale. Con la Legge Fornero tale forma di assistenzialismo sarebbe stata abbandonata.

Di fatto vi erano pronunce di segno opposto che avevano respinto il ricorso alla cassa concorsuale basandosi sull'irrealizzabilità di un risanamento produttivo dell'impresa dissestata, argomentazione che, con l'emanazione del D.P.R. n. 218/2000- finalizzato a disciplinare le modalità di concessione della CIGS - aveva acquisito maggiori consensi. Infatti, l'art.6 del citato decreto, ha disposto che “ *Nel caso di imprese assoggettate alla procedura di amministrazione straordinaria, sia nel caso in cui vi sia prosecuzione dell'esercizio d'impresa, sia nel caso in cui la continuazione dell'attività non sia disposta o sia cessata, nonché nei casi di dichiarazione di fallimento, di omologazione del concordato preventivo consistente nella cessione dei beni, di liquidazione coatta amministrativa, previo svolgimento dell'esame congiunto, secondo le modalità di cui all'art. 2, il commissario il curatore ovvero il liquidatore presentano o inviano, all'ufficio indicato nell'art. 11, la domanda intesa ad ottenere il trattamento straordinario di integrazione salariale o le eventuali proroghe...* ” . E' il caso di notare che la domanda del curatore, o del commissario o del liquidatore deve essere preceduta dall'esame congiunto con i sindacati; anche in questi casi si rinvia all'art.2, comma 5, del medesimo D.P.R. il quale esamina l'esame congiunto stabilendo che “ *Costituisce oggetto dell'esame congiunto il programma che l'impresa intende attuare, comprensivo della durata e del numero dei lavoratori interessati alla sospensione, nonché delle misure previste per la gestione di eventuali eccedenze di personale, i criteri di individuazione dei lavoratori da sospendere e le modalità della rotazione tra i lavoratori occupati nelle*

⁴⁰³ GHERA, Op.cit.

unità produttive interessate dalla sospensione. L'impresa è tenuta ad indicare le ragioni tecnico-organizzative della mancata adozione di meccanismi di rotazione.”.

Da tale norma scaturisce che, nell'esame congiunto con le organizzazioni sindacali, durante la procedura sindacale, inevitabilmente imposta per la concessione della CIGS, venisse sondato il programma che l'impresa intendesse mettere in atto. Così, procedendo in tal modo, si arrivava a considerare che se un programma veniva imposto per legge anche per le procedure concorsuali – mentre prima dell'entrata in vigore del D.P.R. n. 218/2000 era fuori discussione la non obbligatorietà di tale dato - ciò implicava, necessariamente, l'inserimento di un momento valutativo con riguardo alle prospettive di continuazione, anche parziale, dell'attività produttiva. Questo ha indotto alcuni a ritenere che, nel momento in cui non sia ipotizzabile una forma di ripresa dell'attività produttiva, e quindi per l'impresa non sia presumibile alcun recupero e di conseguenza alcun programma, il curatore non possa domandare l'assegnazione della Cassa Integrazione Guadagni Straordinaria, con la conseguenza che dovrebbe proseguire immediatamente ai licenziamenti collettivi *ex art. 24* legge n. 223 del 1991. Ciò nonostante, tale argomentazione non sembra condivisibile, ciò in virtù sia della natura regolamentare del D.P.R. rispetto alla norma *ex art.3 l. n. 223/1991*, sia perché l'art.6 menziona espressamente che la continuazione dell'attività d'impresa non sia disposta o sia cessata. È anche evidente, del resto, che il programma non potrebbe concernere il numero di lavoratori da sospendere, che combaciano con l'intero organico aziendale, né potrebbe riguardare le misure considerate per coordinare le eccedenze di personale o i parametri per identificare i lavoratori da sospendere, né le procedure della rotazione tra i lavoratori occupati nelle unità produttive coinvolte dalla sospensione. Si deve quindi evincere che l'accenno al programma sia derivato da una lacuna di coordinamento, e che, perciò, l'esame che il curatore è comunque chiamato a portare a termine, congiuntamente con i sindacati, riguarderà unicamente l'accertamento dei presupposti per valersi della Cassa Integrazione Guadagni Straordinaria *cd. Concorsuale*.

Pertanto, la l. n.92 del 2012, nel portare man mano a termine il sistema della Cassa Integrazione in deroga, modifica il comma 1 dell'art.3 della l. n.223/1991, ammettendo CIGS concorsuale in caso di dichiarazione di fallimento, concordato preventivo con cessione di beni, emanazione del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa e di sottoposizione alla amministrazione straordinaria *“quando sussistono prospettive di*

*continuazione o di ripresa dell'attività o di salvaguardia anche parziale dei livelli di occupazione, da valutare in base a parametri oggettivi definiti con decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali”*⁴⁰⁴.

Una radicale inversione di prospettiva che- come sopra accennato- provocava il venir meno di questa misura di accompagnamento nella versione più assistenziale. Ma non è finita qui. Nel 2015 si è avuto un ulteriore intervento, mediante un'altra riforma che, dopo la Legge Fornero, è stata di notevole rilevanza, vale a dire il Jobs Act.

Come anticipato nelle prime pagine di questo capitolo, infatti, la l' intervento in oggetto ha profondamente rivisitato la sostanza degli ammortizzatori sociali, dettando una nuova disciplina per la Cassa Integrazione (sia Ordinaria che Straordinaria) e per i fondi di solidarietà, abrogando, in tutto o in parte, molti provvedimenti normativi che interessavano la disciplina delle prestazioni in essa contenuta, e, tra cui la l. 20 maggio 1973, n. 164 (“provvedimenti per la garanzia del salario”), la l. 6 agosto 1975, n.427 (“norme in materia di garanzia del salario e di disoccupazione speculare in favore dei lavoratori dell'edilizia e affini”), la l.23 luglio 1991, n.223 (“norme in materia di cassa integrazione, mobilità, trattamenti di disoccupazione, attuazione di direttive della comunità europea, avviamento al lavoro e altre disposizioni in materia del mercato del lavoro”) e, per ultima, la l.28 giugno 2012, n. 92 recante la “riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita”.

L'impiego della CIGS è storicamente indirizzato a soddisfare le esigenze gestionali e di risanamento dell'organismo produttivo e le relative occasioni di intervento si sono proposte, sempre più incisivamente, come strumenti di politica economica a sostegno delle imprese operanti in situazioni di crisi⁴⁰⁵. Attualmente, si tratta di un sostegno economico che, anche a causa della contingente situazione economica degli ultimi anni, ha visto incrementare la propria importanza e per la cui utilizzazione è necessario che il lavoratore abbia maturato un'anzianità aziendale di almeno 90 giorni presso l'unità produttiva per la quale è richiesto il trattamento e che vi sia la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato alle dipendenze di un'azienda destinataria della normativa CIGS, ai sensi di quanto stabilito dal D.lgs. 148/2015, indipendentemente dall'inquadramento,

⁴⁰⁴ Sul punto: ZOLI C., RATTI L., *La disciplina dei rapporti di lavoro e l'esercizio provvisorio nel fallimento*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2017, p. 202.

⁴⁰⁵ Cfr. G. FERRARO, F. MAZZOTTI, F. SANTONI (a cura di), *Integrazioni salariali, eccedenze di personale e mercato del lavoro*, cit

e sono destinatari del trattamento operai, impiegati, quadri, soci e non soci di cooperative di produzione e lavoro, lavoratori poligrafici e giornalisti, dipendenti da imprese industriali (comprese quelle edili ed affini); imprese cooperative e loro consorzi che trasformano, manipolano e commercializzano prodotti agricoli e zootecnici, per i dipendenti a tempo indeterminato, imprese artigiane il cui fatturato nel biennio precedente dipendeva per oltre il 50% da un solo committente destinatario di CIGS; aziende appaltatrici di servizi di mensa o ristorazione le cui imprese committenti siano interessate da CIGS; imprese appaltatrici di servizi di pulizia la cui impresa committente sia destinataria di CIGS; imprese editrici di giornali quotidiani, periodici e agenzie di stampa a diffusione nazionale per le quali si prescinde dal limite dei 15 dipendenti⁴⁰⁶. Per quanto riguarda, invece, i requisiti per l'azienda essa deve aver occupato, mediamente, nel semestre precedente la richiesta, più di quindici dipendenti (in tale computo sono conteggiati anche gli apprendisti, i lavoratori part-time, i lavoratori a domicilio e i dirigenti).

Dal 1° gennaio 2013 (introdotto dall'art.3, comma 1, l. n. 92/2012) spetta anche alle imprese esercenti attività commerciali con più di cinquanta dipendenti, agenzie di viaggio e turismo, compresi gli operatori turistici, con più di cinquanta dipendenti; imprese di vigilanza con più di quindici dipendenti, imprese del trasporto aereo a prescindere dal numero di dipendenti.

Da tale trattamento sono esclusi i dirigenti, gli apprendisti, i lavoratori a domicilio e gli autisti alle dipendenze del titolare d'impresa.

Con il Jobs Act, la riforma del diritto del lavoro volta a ridurre la disoccupazione e flessibilizzare il mercato del lavoro, dal 24 dicembre 2015 la Cassa Integrazione Straordinaria può essere concessa per tre motivi specifici:

- ristrutturazione, riorganizzazione e riconversione aziendale;
- crisi aziendale; (fino al 31.12.2015 e comunque solo dietro la sussistenza di prospettive di continuazione o di ripresa dell'attività e di salvaguardia, anche parziale, dei livelli di occupazione):
- contratti di solidarietà;

⁴⁰⁶ L'elenco completo è consultabile sul sito INPS <https://www.inps.it>

Con riguardo alla gestione del personale in concomitanza con l'apertura di procedure concorsuali è notoriamente centrale l'integrazione salariale, ora, rispetto al regime introdotto dal Jobs Act, denominata quale Cassa Integrazione Guadagni Straordinaria per crisi aziendale (art. 21 lett. b, D. Lgs. 14 settembre 2015)⁴⁰⁷. Tale ruolo centrale scaturisce dalla possibilità di garantire il sostegno al reddito del personale, allorché la crisi imponga decisioni rispetto all'azienda che necessitino di tempo per essere assunte, ma le economie non consentano la prosecuzione tout court e quindi vi sia la necessità di sospensione, in tutto o in parte, dell'attività produttiva. La suddetta norma destina l'istituto alle ipotesi in cui *“la sospensione o la riduzione dell'attività lavorativa sia determinata da (...) crisi aziendale, ad esclusione (...) dei casi di cessazione dell'attività produttiva dell'azienda o di un ramo di essa”*.

Da un punto di vista testuale, la CIGS, dovrebbe quindi essere autorizzata anche quando la sospensione o la riduzione dell'attività lavorativa preesistano ad essa, ma l'azienda, o parte di essa, non possano dirsi ancora dissolte e, quindi, non ancora “definitivamente” cessate, purché siano perseguibili, in base al piano di risanamento, gli obiettivi di continuazione dell'impresa e di salvaguardia occupazionale di cui all'art.21, comma 3, del D.lgs. già menzionato.

Peraltro, con riguardo all'ambito fallimentare è il caso di menzionare la Circolare del Ministero del Lavoro del 26 luglio 2016, n.24⁴⁰⁸, con la quale il Ministero ammette la fruizione del beneficio - per la causale di crisi aziendale ex art. 21, lett.b) del D.lgs. n.148/2015- per quei lavoratori dipendenti di imprese soggette a fallimento, con esercizio provvisorio, volto alla cessione dell'attività, al fine di mantenere il più possibile integro il complesso aziendale sia in termini dimensionali che di capacità di reddito⁴⁰⁹. Nel

⁴⁰⁷ Sulla nuova disciplina della C.I.G.S. si rimanda a GAROFALO D., *La riforma della CIGS*, in *La riforma della Cassa Integrazione Guadagni nel Jobs Act 2*, op. cit., p. 79 ss.

⁴⁰⁸ Circolare del Ministero del Lavoro, n.24/2016, del 28 luglio 2016, consultabile su: www.dottrinalavoro.it

⁴⁰⁹ Si riporta di seguito il testo integrale della circolare *“In riscontro a ulteriori e diversi quesiti presentati alla Direzione Generale degli Ammortizzatori sociali e incentivi all'occupazione, concernenti la richiesta di chiarimenti in merito alla possibilità per le imprese soggette a fallimento, con esercizio provvisorio volto alla cessione di attività, e in concordato con continuità aziendale di richiedere per i propri dipendenti il trattamento straordinario di integrazione salariale, si rappresenta quanto segue. In primo luogo, ferme restando le indicazioni generali già fornite con la circolare n. 1 del 22 gennaio 2016, si ritiene possibile la fruizione del trattamento di CIGS - per la causale di crisi aziendale ex articolo 21, lett. b), del D.lgs. n. 148/2015 - per quei lavoratori dipendenti di imprese soggette a fallimento, con esercizio provvisorio volto alla cessione di attività, al fine di mantenere il più possibile integro il complesso aziendale sia in termini dimensionali che di capacità di reddito. Ove, dunque, - il giudice delegato o l'autorità che esercita il*

momento in cui, dunque, il giudice delegato o l'autorità che esercita il controllo, autorizzi l'esercizio provvisorio dell'impresa, al fine di salvaguardare il complesso aziendale e per favorire, alle migliori condizioni, la cessione dell'attività, e vi sia il parere favorevole del comitato dei creditori, occorre, nel programma di liquidazione di cui all'art.104-ter l.fall., dar conto in modo circostanziato delle concrete ragioni per le quali appare probabile la cessione unitaria dell'impresa, o di singoli rami, in tempi compatibili con il godimento della CIGS per crisi. Qualora, quindi, sussistendo le predette condizioni, l'impresa sottoposta a fallimento, presenti un programma di crisi aziendale, ove il piano di risanamento è volto alla concreta e rapida cessione dell'azienda, o di parte di essa, la stessa può essere ammessa al trattamento di CIGS. In tal modo, si nota come la fattispecie del fallimento o procedura concorsuale dell'impresa, con prosecuzione dell'attività, non sia causa ostativa al riconoscimento del trattamento di integrazione salariale straordinario, qualora sia richiesto per le causali previste dalla previgente normativa nonché dall'art.24 del D.lgs. n.148/2015 e nel momento in cui gli organi della procedura si impegnino a concludere il programma inizialmente presentato. Tale argomentazione, si basa sulla considerazione che, in assenza di esercizio provvisorio e in un momento anteriore rispetto alla decisione della curatela riguardo al personale, i rapporti di lavoro già entrano in una fase di sospensione *ex lege* (art.72 l.fall.), nella quale la retribuzione non viene

controllo autorizzi l'esercizio provvisorio dell'impresa per salvaguardare il complesso aziendale e per favorire, alle migliori condizioni, la cessione dell'attività, - nel programma di liquidazione di cui all'articolo 104-ter della legge fallimentare si dia conto in modo circostanziato delle concrete ragioni per le quali appare probabile la cessione unitaria dell'azienda o di singoli rami in tempi compatibili con il godimento della cassa integrazione guadagni straordinaria per crisi - e il comitato dei creditori approvi specificamente la valutazione sulle probabilità di cessione espresse dal curatore, è ravvisabile la possibilità di sostenere i lavoratori sospesi con l'intervento dell'integrazione salariale. Qualora, pertanto, sussistendo le predette condizioni, l'impresa sottoposta a fallimento presenti un programma di crisi aziendale, ove il piano di risanamento è volto alla concreta e rapida cessione dell'azienda o di parte di essa con il trasferimento dei lavoratori, la stessa può essere ammessa al trattamento di CIGS. Quanto al concordato con continuità aziendale, in cui il piano di concordato prevede, ai sensi dell'articolo 186-bis della legge fallimentare, la prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore o la cessione dell'azienda o il suo conferimento in una o più società anche di nuova costituzione, qualora l'impresa presenti un programma di crisi aziendale in cui il piano di risanamento è volto, appunto, alla concreta e rapida cessione dell'azienda o di parte di essa con il trasferimento dei lavoratori ed il concordato sia omologato, la stessa può essere ammessa al trattamento di CIGS. Nelle suddette ipotesi, in effetti, il programma di liquidazione o il piano di concordato articolati in modo da garantire nell'arco del periodo di fruizione della CIGS autorizzata ai sensi dell'articolo 21, lett. b), del D.lgs n. 148/2015 per dodici mesi la cessione del complesso aziendale o di una sua parte, mirano alla salvaguardia dei livelli occupazionali e alla continuazione in tutto o in parte dell'attività svolta pur se da soggetto terzo e diverso rispetto al richiedente l'intervento di CIGS".

corrisposta⁴¹⁰, per cui ciò potrebbe spiegare l'assenza del diritto surrogato all'integrazione salariale. Sospensione *ex lege* che non è, invece, considerata con riguardo alle procedure concordatarie, in confronto alle quali, se pure vi sia sospensione temporanea della produzione, l'obbligo retributivo non viene meno e dunque può concedersi la copertura previdenziale.

Tuttavia, dalla suddetta circolare emergono delle criticità in sede fallimentare, dove non vi sia esercizio provvisorio, in quanto ciò finisce per sottrarre il sostegno proprio nei casi in cui ve ne sarebbe maggior bisogno, in quanto le economie aziendali non consentono di proseguire l'attività produttiva, pur non essendo in ipotesi l'azienda disgregata, sicché il personale resta a disposizione, per effetto dei rapporti ex art.72 l.fall., ma non viene pagato. A tale discrepanza, sembra porre rimedio, in un primo momento, la riforma Rordorf, la quale aveva istituito una nuova copertura previdenziale, denominata Naspi-LG (ossia la Naspi nella liquidazione giudiziale), con la quale l'erogazione della Naspi veniva anticipata a favore dei dipendenti sospesi di impresa fallita, per importi corrispondenti a quelli dell'ordinaria Naspi, con durata complessiva non superiore ad essa e destinata ad essere sottratta dalla medesima nel caso in cui la curatela decida per il recesso dal rapporto di lavoro⁴¹¹, ma in un secondo momento tale misura è stata soppressa da parte del governo. La Cgil riporta la necessità di inserire una forma di tutela per i lavoratori delle imprese soggette a liquidazione giudiziale e precisa⁴¹² che *“per evitare seri problemi di illegittimità costituzionale e di contrarietà all'art. 25 della Carta Sociale europea, sarebbe opportuno inserire immediatamente l'istituto della Naspi-lg”*

Ad ogni modo, l'ammissione alla CIGS per ragioni di crisi nell'ambito di una procedura concorsuale, ivi compresa l'amministrazione straordinaria, non comporta (art. 8, comma 8 bis, L. n. 160/1988, non abrogato dal *Jobs Act*) l'applicazione del contributo addizionale di cui all'art.5, D.lgs. n. 148/2015 ma è soggetta, coerentemente con un'impostazione non assistenziale già impressa dalla Legge Fornero, al ricorrere di un piano di risanamento (art. 22, comma 3, D.lgs. n. 148/2015) e quindi di una proiezione futura dell'attività

⁴¹⁰ Cass. 30 maggio 2018, n. 13693; Cass. 11 gennaio 2018, n. 522, in www.ilfallimentarista.it, 2018; Cass. 14 maggio 2012, n. 7473, in *Foro it.*, 2012, I, 2357, con nota di A.M. Perrino, *Contratto di lavoro in corso e fallimento: strumenti antichi e questioni nuove*.

⁴¹¹ RIVA A., *I rapporti di lavoro nella prospettata riforma: molte luci e (poche) ombre*, in *Il fallimentarista*, 2018.

⁴¹² Si veda in tal senso “Naspi-lg” in *Rassegna sindacale*, 6 dicembre 2018

produttiva, così ribadendosi l'inutilizzabilità nelle ipotesi di definitiva cessazione dell'attività, destinate a confluire nel frattempo nell'istituto Naspi (D.lgs. n.22/2015).

Per i settori economici non coperti da CIGS vi è infine da considerare la possibilità di accesso, con analoghe funzioni, ai fondi di solidarietà di cui all'art.26, D.lgs. n. 148/2015⁴¹³, al fine dell'erogazione dell'assegno di cui all'art.30 della medesima fonte normativa.

Da ultimo, per quanto riguarda la durata del trattamento straordinario di integrazione salariale, nel primo caso ha un limite di fruibilità di 24 mesi in un quinquennio (conteggiando anche la CIGO); limite che può essere innalzato a 36 mesi nel caso di contratti di solidarietà⁴¹⁴. Le imprese che invece affrontano una crisi aziendale o un piano di risanamento possono usufruire del trattamento straordinario per ciascuna unità produttiva per 12 mesi, sempre nell'arco di cinque anni. Per le imprese industriali e artigiane dell'edilizia (ed affini) e per le imprese di cui all'articolo 10, comma 1, lettere n) e o), invece, per ciascuna unità produttiva il trattamento straordinario di integrazione salariale (CIGS+CIGO) non può superare la durata massima complessiva di 30 mesi in un quinquennio mobile.

Per quanto riguarda invece la misura in cui spetta il trattamento di integrazione salariale, essa ammonta all'80% della retribuzione totale che sarebbe spettata al lavoratore per le ore di lavoro non prestate, in ogni caso non oltre le 40 ore settimanali.

4.3 Il ruolo delle OO.SS. nella gestione delle crisi aziendali:

ulteriore elemento necessario al fine della concessione dell'integrazione è l'avvio di una fase di consultazione sindacale il cui oggetto sarà principalmente il programma di ristrutturazione. Pertanto, alla luce delle novità introdotte in tema di CIGS, in presenza delle nuove "cause integrabili" (contemplate nell'art.21, comma 1, lett.a) e b), ad esclusione quindi delle ipotesi c) dei contratti di solidarietà), l'impresa "è tenuta a

⁴¹³ GHEIDO M. R., CASOTTI A., *Ammortizzatori sociali, nuovi adempimenti*, Ipsoa, 2016, p. 69 ss.

⁴¹⁴ su questi ultimi, ma anche relativamente ai fondi di solidarietà, alla materia del prepensionamento, etc., si rinvia a: M. MARTONE, *Il diritto del lavoro alla prova del ricambio generazionale*, in *Arg. Dir. Lav.*, n. 1, 2017.

*comunicare, direttamente o tramite l'associazione imprenditoriale cui aderisce o conferisce mandato, alle rappresentanze sindacali aziendali o alla rappresentanza sindacale unitaria, nonché alle articolazioni territoriali delle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale, le cause di sospensione o di riduzione dell'orario di lavoro, l'entità e la durata prevedibile, il numero dei lavoratori interessati*⁴¹⁵.

A differenza del quadro precedentemente vigente, in virtù del quale, in base all'art.1, comma 7, l.n.223/1991, era stabilita la regola in virtù della quale “*criteri di individuazione dei lavoratori da sospendere nonché le modalità della rotazione [del personale] devono formare oggetto delle comunicazioni*” e non solo “*dell'esame congiunto*”, ora da tale statuizione si nota la mancata riproposizione di quest'ultima.

Quindi, nell'informativa da inoltrare alle OO.SS., l'impresa può astenersi dall'individuazione delle qualifiche professionali dei dipendenti considerati (provvisoriamente) eccedentari, nonché gli eventuali sistemi di rotazione degli stessi. Tale assunto sembra racchiudere, quindi, un'attenuazione del contenuto dell'informativa indirizzata alle organizzazioni sindacali, che agevola l'onere del datore di lavoro, ma che può spiegare i suoi effetti negativi su alcuni dei lavoratori coinvolti dalla sospensione dei rapporti di lavoro a causa del contenimento del controllo compiuto dai sindacati nelle scelte imprenditoriali in materia di personale.

Ma prima di soffermarci su tali aspetti “critici”, conviene prima completare l'esame dell'art.24, in quanto la norma prosegue con la fase della consultazione congiunta: “*Entro tre giorni dalla predetta comunicazione è presentata dall'impresa o dai soggetti di cui al comma 1, domanda di esame congiunto della situazione aziendale. Tale domanda è trasmessa, ai fini della convocazione delle parti, al competente ufficio individuato dalla regione del territorio di riferimento, qualora l'intervento richiesto riguardi unità produttive ubicate in una sola regione, o al Ministero del lavoro e delle politiche sociali, qualora l'intervento riguardi unità produttive ubicate in più regioni. In tale caso il Ministero richiede, comunque, il parere delle regioni interessate*”⁴¹⁶.

⁴¹⁵ Ai sensi di quanto sancito dall'art. 24, comma 1, D.Lgs. n. 148/2015

⁴¹⁶ MASSI E., *La riforma dell'integrazione salariale ordinaria e straordinaria*, in *Dir. prat. lav.*, n. 46, 2015, ricorda che in base al disposto di cui all'art. 2, comma 6, D.L. n. 158/2001, conv. in L. n. 248/2001, “*il parere degli Enti regionali interessati deve pervenire entro 0 giorni dalla conclusione della procedura di consultazione sindacale: trascorso tale termine il Dicastero del Lavoro può procedere a prescindere (circolare Ministero Lavoro n. 53/2002)*”.

Nello specifico- come già era previsto dall'art.2 D.P.R. n. 218/2000, abrogato come le altre disposizioni che disciplinavano la materia delle procedure di consultazione sindacale finalizzate all'ottenimento delle integrazioni salariali per collocamento in cassa (artt. 1-7 e 9-17, L. n. 164/1975; 1, 2, 12 e 14, L. n. 223/1991, s.m.i.), dai commi dell'art.46, D.lgs.n. 148/2015- la domanda deve essere inviata anche alla Regione competente per territorio ovvero alla Direzione Generale della Tutela delle Condizioni di Lavoro e delle Relazioni industriali del Ministero del Lavoro⁴¹⁷.

Proseguendo nell'analisi dell'art.24, comma 3, viene analizzato il contenuto dell'esame congiunto, il quale ha ad oggetto *“il programma che l'impresa intende attuare, comprensivo della durata e del numero dei lavoratori interessati alla sospensione o riduzione di orario e delle ragioni che rendono non praticabili forme alternative di riduzioni di orario, nonché delle misure previste per la gestione delle eventuali eccedenze di personale, i criteri di scelta dei lavoratori da sospendere, che devono essere coerenti con le ragioni per le quali è richiesto l'intervento, e le modalità della rotazione tra i lavoratori o le ragioni tecnico-organizzative della mancata adozione di meccanismi di rotazione”*. in tale caso si dimostra come, il numero dei lavoratori e le modalità della loro rotazione, sono dati ed informazioni che vengono analizzati in sede di esame congiunto, con gli stessi sindacati, ma non devono più essere portati anticipatamente a conoscenza delle OO.SS.

Tale punto ha suscitato delle perplessità da parte di alcuni autori⁴¹⁸, in quanto non condividono l'idea per cui, attraverso l'esposizione di suddetti dati in un momento successivo, si verrebbe a instaurare una specie di effetto sorpresa, con riguardo ad aspetti direttamente incidenti la posizione dei dipendenti.

Come espresso dal legislatore all'art.24, comma 4, costituisce condizione di validità e correttezza della procedura di consultazione sindacale la dichiarazione (ad esclusione delle imprese edili ed affini) delle parti di *“non percorribilità della causale di contratto*

⁴¹⁷ Come precisa MASSI E., *La riforma dell'integrazione salariale ordinaria e straordinaria, op. cit.*, in parte il legislatore ha mutuato principi già contenuti in precedenti provvedimenti (art. 3, comma 2, D.Lgs. n. 469/1997); quanto alla “sede” dell'incontro, la riunione è da tenersi presso l'Ufficio individuato dalla Regione competente *“(cosa importante, atteso che la Provincia è destinata a perdere le funzioni già delegate), qualora l'intervento riguardi unità produttive ubicate in una sola Regione o presso il Ministero del Lavoro se la richiesta riguardi unità produttive ubicate in più ambiti regionali”* (così il testo al quale si rinvia).

⁴¹⁸ Si rimanda all'interessante articolo a firma di SCARANO L., *Le procedure di consultazione sindacale sulla cassa integrazione guadagni dopo il Jobs Act*, in *il Lavoro nella giurisprudenza*, n. 6/2016, p. 53

di solidarietà di cui all'articolo 21, comma 1, lettera c)". Sempre con riguardo a quest'ultimo, anche il successivo comma ci si riferisce, il quale definisce il contratto di solidarietà quale l'accordo sindacale aziendale "stipulato dall'impresa attraverso contratti collettivi aziendali ai sensi dell'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81, che stabilisce una riduzione dell'orario di lavoro al fine di evitare, in tutto o in parte, la riduzione o la dichiarazione di esubero del personale anche attraverso un suo più razionale impiego".

Con riguardo, il richiamo all'art.51, D.lgs. n.81/2015⁴¹⁹, circoscrivendo la possibilità di stipulare l'accordo alle RSA e alle RSU, esclude i sindacati aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale- a differenza della disciplina previgente- confermando la tendenza a decentrare, anzi ad "aziendalizzare"⁴²⁰ il livello negoziale, di fatto espellendo dalla stipulazione del contratto organizzazioni sindacali che nulla vieta possano partecipare alle trattative. Anche se il canale del contratto di solidarietà costituisce un'autonoma causa integrabile della CIGS⁴²¹, nulla vieta che lo stesso possa essere concluso all'esito dell'avvio della procedura sindacale in presenza di altra ipotesi di accesso alla cassa (che invece impone la comunicazione a tali OO.SS); è per questo motivo che, a parere di chi scrive ed alla dottrina già richiamata⁴²², occorre segnalare quest'anomalia.

Per altro verso, trattandosi – com'è noto- di un mero obbligo di negoziare che la legge impone in capo all'impresa interessata ad accedere alla CIGS e non di obbligo di concludere un accordo sindacale con le parti sociali, l'esito della procedura di consultazione ed informazione non deve necessariamente essere un accordo o tantomeno perfezionarsi come un contratto di solidarietà difensivo.

In questa fase, il ruolo della *public agency* (sia essa l'attore nazionale ovvero l'ente territoriale) deve ovviamente essere orientato ad agevolare e stimolare (anche

⁴¹⁹ Sul quale si rinvia alle considerazioni di RECCHIA G.A., *Il ruolo dell'autonomia collettiva*, in E. Ghera - D. Garofalo (a cura di), *Contratti flessibili, mansioni e conciliazione vita-lavoro nei secondi decreti attuativi del Jobs Act 2*, Cacucci, 2015, p. 117 ss.; SCARANO L., *Legge e autonomia collettiva ai tempi del Jobs Act*, in E. Ghera - D. Garofalo (a cura di), *Contratti flessibili, mansioni e conciliazione vita-lavoro nei secondi decreti attuativi del Jobs Act 2*, op. cit., p. 91 ss.

⁴²⁰ *Amplius* ALLAMPRESE A., *Sindacato e potere dispositivo*, Cacucci, 2015; BAVARO V., *Azienda, contratto, sindacato*, Cacucci, 2012.

⁴²¹ NICOLINI C.A., *La nuova disciplina in materia di cassa integrazione guadagni*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT n. 269, 2015, p. 17 ss.

⁴²² SCARANO L., *Le procedure di consultazione sindacale sulla cassa integrazione guadagni dopo il Jobs Act*, in *Il Lavoro nella giurisprudenza*, op. cit., p. 540

evidenziando gli incentivi economici e normativi previsti) le parti nella valutazione della possibilità di concludere un accordo di solidarietà- atteso il fondamentale principio e criterio direttivo, contenuto nell'art. 1 , comma 2, n.3, l. n. 183/2014, costituito dalla “necessità di regolare l'accesso alla cassa integrazione guadagni solo a seguito di esaurimento delle possibilità contrattuali di riduzione dell'orario di lavoro”- ma sono i soggetti privati che hanno la disponibilità di sfruttare ovvero accantonare lo strumento negoziale.

Il problema⁴²³ la presenza di eventuali dichiarazioni dissenzienti in ordine alla praticabilità di soluzioni contrattuali (riduzione dell'orario di lavoro, utilizzo della prestazione con modalità multiperiodali, sfruttamento di ipotesi negoziali previste nel CCNL ovvero in accordi decentrati).

Lo si definisce un problema in quanto diventa complesso capire cosa fare nell'ipotesi in cui l'azienda dichiara tale impraticabilità e le OO.SS affermino, viceversa, la percorribilità di strumenti contrattuali di gestione della crisi senza ricorrere alla CIGS, ovvero nei casi in cui solo alcuni sindacati si esprimeranno in tal senso. Nelle ipotizzate eventualità, pertanto, a meno di non voler bloccare l'utilizzo della CIGS attribuendo alle parti sociali un vero e proprio potere di veto ed assolutizzando in maniera irragionevole ingessante la disposizione di cui sopra, la necessità posta dalla norma di prendere posizione sulla praticabilità di una soluzione condivisa nella gestione dell'eccedenza di personale temporanea dev'essere interpretata nel senso che tutte le parti debbano assumersi l'impegno di cercare un'ipotesi alternativa alla CIGS, ma senza che l'utilizzo dell'ammortizzatore sociale in parola possa essere condizionato al comune mancato

⁴²³ egrazione guadagni, op. cit., spec. § 9.1; CINELLI M. - NICOLINI C.A., *L'attuazione del Jobs Act nei decreti di settembre - il nuovo assetto delle discipline degli ammortizzatori sociali in costanza di rapporto*, in *Riv. it. dir. lav.*, III, 2015, p. 245 ss. In relazione alla legge delega: BALLETTI E., *La riforma degli ammortizzatori sociali*, op. cit., p. 18 (l'Autore qui richiamato esclude la configurabilità in capo ai sindacati di “sostanziali prerogative unilaterali d'interdizione rispetto al riconoscimento del trattamento CIG”); BARBIERI M., *Prime osservazioni sui principi e criteri direttivi della legge delega con particolare riferimento all'integrazione salariale*, in M. Rusciano - L. Zoppoli (a cura di), *Jobs Act e contratti di lavoro dopo la legge delega 10 dicembre 2014 n. 183*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT - Collective Volumes 2014, n. 3, p. 42 ss; MISCIONE M., *Armonizzare gli ammortizzatori sociali*, in F. Carinci (a cura di), *La politica del lavoro del governo Renzi. Atti del X Seminario di Bertinoro-Bologna del 23-24 ottobre 2014*, Adapt Labour Studies e-book series, University press, n. 40, 2015, p. 360 ss.; CARINCI F., *Jobs act, atto II: la legge delega sul mercato del lavoro*, in F. Carinci - M.Tiraboschi (a cura di), *I decreti attuativi del Jobs Act: prima lettura e interpretazioni*, Adapt Labour Studies e-book series, University press, n. 37, 2015, p. 20.

accordo, essendo in ultima istanza affidato alla discrezionalità – e responsabilità (anche giuridica, sul piano delle conseguenze)- del datore di lavoro, che può comunque avviare il procedimento amministrativo di concessione del beneficio⁴²⁴ .

La durata dell'intera procedura di consultazione sindacale è fissata in “25 giorni successivi” alla data della richiesta di esame congiunto, “ridotti a 10 per le imprese che occupano fino a 50 dipendenti” ed il ruolo delle OO.SS. non si esaurisce nel momento in cui l'impresa ottiene la cassa straordinaria, perché il datore di lavoro può chiedere una modifica del programma di ristrutturazione, riconversione o riorganizzazione aziendale, nel corso della sua attuazione, “sentite le rappresentanze sindacali aziendali o la rappresentanza sindacale unitaria, o in mancanza le articolazioni territoriali delle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale” (art. 25, comma 7).

Quanto alla procedura di consultazione ed informazione sindacale⁴²⁵, dunque, le novità rilevanti concernono l'individuazione dei rapporti di lavoro da sospendere (o da ridurre nell'impegno orario contrattualmente dovuto) e gli aspetti relativi alla eventuale - rotazione del personale.

⁴²⁴ SCARANO L., *Le procedure di consultazione sindacale sulla cassa integrazione guadagni dopo il Jobs Act*, in *il Lavoro nella giurisprudenza*, op. cit., p. 541.

⁴²⁵ Cfr. AA. VV., *Ammortizzatori sociali e politiche attive per il lavoro*, op. cit., p. 24 ss

CAPITOLO V

Conseguenze della pandemia da COVID-19 in vista dell'entrata in vigore del nuovo Codice della Crisi e dell'Insolvenza

Alla luce dell'attuale situazione socio-economica che l'intero pianeta sta attualmente affrontando non si può prescindere da un'analisi delle relative ripercussioni sulla normativa fallimentare e, di conseguenze, sulle misure dettate a tutela dei livelli occupazionali.

Se l'entrata in vigore del nuovo codice della crisi era prevista in data 15 agosto 2020, lo shock economico da pandemia ha, infatti, necessariamente condotto a una posticipazione della stessa.

Le misure adottate dallo stato, al fine di limitare la diffusione del contagio, hanno mutato, incisivamente, le normali condizioni di mercato, riflettendosi, inevitabilmente, sulla situazione economica-finanziaria delle imprese.

In uno studio intitolato *Impact of the Coronavirus on the Italian non-financial corporates*, la Cerved Rating Agency, nell'intento di delineare i possibili orizzonti per il ritorno alla normalità e la ripresa delle attività, ha stimato un'ingente perdita di fatturato a danno delle imprese italiane, prevedendo, nella peggiore delle ipotesi, un rischio di *default* di circa il 10,4 per cento, un tasso doppio rispetto al normale⁴²⁶. Alle medesime conclusioni è giunto anche il Comitato esecutivo di CERIL (*Conference of European Restructuring and Insolvency Law*)⁴²⁷, il quale ha espresso preoccupazioni sull'effettiva idoneità dell'attuale normativa europea e di quella dei singoli Stati, nell'affrontare una nuova ed inattesa crisi economica. Il comitato esecutivo evidenzia l'esigenza di far fronte alla crisi di liquidità, non solo con interventi diretti anche in deroga al generale divieto di aiuti di stato, ovvero mediante l'acquisto straordinario di titoli effettuato dalla BCE, ma anche con una moratoria generalizzata delle azioni esecutive contro le imprese insolventi⁴²⁸.

Pertanto, in linea con l'attuale situazione delineata dai sopracitati studi, e sulla premessa della carenza di liquidità inevitabilmente generata dal *lockdown*, sul piano legislativo, il

⁴²⁶ Il documento è in <https://know.cerved.com>.

⁴²⁷ Lo statement, pubblicato il 20 marzo 2020, è reperibile sul sito <http://www.ceril.eu/>.

⁴²⁸ in tema v. Corno- Panzani, *I prevedibili effetti del coronavirus sulla disciplina delle procedure concorsuali*, in www.ilcaso.it.

D.L. n. 23 del 2020⁴²⁹ ha introdotto numerose misure temporanee per le aziende, con effetti sia sulla disciplina fallimentare, sia su quella delle imprese. La materia societaria e concorsuale è stata disciplinata, all'interno del suddetto d.lgs. negli artt. da 5 a 10.

Come sopra accennato, l'esigenza di prorogare l'entrata in vigore del Nuovo Codice della Crisi e dell'Insolvenza è stata recepita all'interno dell'art.5 del dlgs.23/2020. La posticipazione è stata motivata su diversi piani: il primo riguarda le misure di allerta, finalizzate, come già trattate nel primo capitolo, a promuovere l'emersione anticipata della crisi e trattative degiurisdizionalizzate tra creditori e debitori, nell'ottica della prevenzione della stessa. Le suddette misure, e le finalità da esse perseguite, nell'attuale scenario di crisi economica, risulterebbero frustrate e incapaci di assolvere le proprie funzioni. Infatti, assumendo operanti fin da oggi gli indici di allerta, la maggior parte delle imprese si troverebbero ad affrontare la situazione conseguente alle segnalazioni previste qualora si manifestino i primi sintomi della crisi. Riassumendo quanto affrontato nei primi capitoli di tale analisi, lo scopo degli strumenti di allerta, previsti nel CCI, è quello di rilevare precocemente una situazione di crisi che possa condurre all'insolvenza, dunque, prima ancora che l'insolvenza stessa si sia manifestata, sul presupposto di risanare l'impresa prima di arrivare all'insolvenza irreversibile, con l'inevitabile apertura della procedura di liquidazione giudiziale. Tali strumenti di allerta prevedono, infatti, degli obblighi di segnalazione da parte degli organi di controllo (collegio sindacale, revisore contabile, società di revisione), ovvero da determinati creditori pubblici (INPS, Agenzia delle Entrate, Agente della riscossione), nei confronti dell'imprenditore, al fine di adottare le necessarie contromisure. È su questo impianto teleologico che si inseriscono le regole sulla negoziazione "protetta" della crisi. Si tratta di una somma di finalità che nel dilaniato contesto economico attuale sarebbero evidentemente inappagate.

La posticipazione del CCI è stata motivata anche dall'opportunità di consentire alle imprese di fronteggiare la drammaticità del momento continuando ad operare seguendo il consueto apparato dei loro strumenti, dispensandoli, dunque, dalle difficoltà, anche interpretative, di quelli di nuova matrice.

All'interno del d.lgs. 23/2020, riveste una particolare importanza, nell'ottica di una conciliazione delle istanze creditorie con la situazione di profonda crisi affrontata dal

⁴²⁹ D.lgs n.23 del 2020 "*Misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga dei termini amministrativi e processuali*"

tessuto industriale e societario, l'art. 10. Esso sancisce l'improcedibilità delle domande di fallimento depositate tra il 9 marzo 2020 e il 30 giugno 2020, ad eccezione esclusivamente di quelle proposte dal pubblico ministero e corredate da istanze cautelari o conservative *ex art. 15 l.fall.*, Il legislatore intende così privilegiare una misura eccezionale e temporanea, volta a bloccare sia le istanze dei creditori, sia quelle in proprio del debitore, permettendo così a quest'ultimo di *“valutare con maggior ponderazione la possibilità di ricorrere a strumenti alternativi alla soluzione della crisi di impresa senza essere esposti alle conseguenze civili e penali connesse ad un aggravamento dello stato di insolvenza che in ogni caso sarebbe in gran parte da ricondursi a fattori esogeni”*⁴³⁰. Oltre al d.lgs. 23/2020, con il Decreto Cura Italia⁴³¹, l'esecutivo ha stanziato 11 miliardi di euro di ammortizzatori sociali e ha esteso la Cassa Integrazione in Deroga (CIGD) a tutto il paese. Valorizzando così, ulteriormente, la funzione di sostegno al reddito posta a fondamento della natura stessa degli ammortizzatori sociali.

Si nota in definitiva come l'organo legislativo non abbia potuto fare a meno di prendere atto dell'attuale shock economico che sta attraversando il nostro Paese, non solo prorogando l'entrata in vigore del nuovo Codice della Crisi e dell'Insolvenza; ma altresì adottando misure straordinarie, in deroga alla normativa generale.

CONCLUSIONI:

Dall'analisi sopra svolta emerge dunque che, nonostante permanga l'esigenza di rispettare il principio fondamentale, sancito anche a livello Costituzionale, relativo al ruolo primario del lavoro all'interno della società e, della conseguente tutela occupazionale, la situazione socio-economica del Paese ha subito profondi cambiamenti dall'anno di entrata in vigore della Costituzione ai nostri giorni.

La situazione di crisi viene oggi vista come una fase fisiologica nel ciclo di vita delle imprese e di ciò sembra prenderne atto anche la nuova normativa delineata dal Codice della Crisi e dell'Insolvenza.

⁴³⁰ Relazione illustrativa al d.lgs. 23/2020

⁴³¹ D. L. 17 marzo 2020, n. 18

Esso registra dunque quell'inversione di tendenza nei confronti della crisi dell'impresa: se secondo l'attuale disciplina, destinata nel 2021 ad essere sostituita dal CCI, il fallimento assumeva i connotati di una colpa imputabile al debitore-imprenditore, il legislatore, con il nuovo Codice, ha voluto promuovere una cultura di risanamento, nell'ottica di una continuità aziendale delle imprese piuttosto che di eliminazione delle stesse dal mercato.

il CCI porta avanti quest'inversione di tendenza, da un lato, prevedendo nuovi strumenti e modificando i vecchi, dall'altro promuovendo un diverso atteggiamento nei confronti del "fallito" e del fallimento, operando così direttamente sul piano socio-culturale. Relativamente a quest'ultimo aspetto, non è da sottovalutare la circostanza per cui viene eliminato dalla normativa il termine "fallimento", che ha da sempre assunto un significato dispregevole nella stessa cultura di massa, sostituendolo con il più neutro termine di "*liquidazione giudiziale*". Ciò a testimonianza del fatto che, la situazione di crisi, qualora non connotata da profili penalistici, è una fase fisiologica della vita delle imprese.

Sul piano pratico, il legislatore ha operato anche su strumenti e misure volte alla prevenzione della crisi. Tra questi, rilevanza primaria rivestono gli indici di allerta, volti, da un lato ad anticipare l'emersione della situazione di crisi vera e propria, e dall'altro, qualora risulti inevitabile, a rendere meno traumatici gli effetti della cd. liquidazione giudiziale.

Non deve dunque sorprendere come, l'entrata in vigore del nuovo Codice, comporterà inevitabilmente effetti sui lavoratori subordinati, nei confronti dei quali si pongono problematiche di duplice natura: relative, da un lato, alla tutela del credito, e, dall'altro, alla tutela dei livelli occupazionali.

Relativamente a questo, risulta doveroso sottolineare come l'ultima importante riforma del diritto fallimentare, la quale evidenzia l'attuale fine precipuo delle procedure concorsuali quale quello di individuare "*la soluzione che massimizza il ricavato dei creditori*"⁴³², presenti uno spirito nuovo, maggiormente ispirato alla volontà di salvaguardare, qualora ciò sia possibile e vantaggioso, l'impresa, in quanto *going concern*, nel senso di insieme avviato ed organizzato di beni e rapporti.

⁴³² STANGHELLINI L., *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, Il Mulino, 2007, p. 10.

Ebbene, proprio tale aspetto ha dato seguito a quel dovere di solidarietà, prima illustrato, con ciò che consegue in termini di tutela dell'occupazione.

Al fine di raggiungere tali scopi, il Codice promuove, infine, ove risulti possibile, tutti quegli istituti volti alla conservazione del complesso aziendale, con l'obiettivo, dunque, di ritardare la liquidazione stessa. L'andamento di cui sopra, si ripercuote anche sulla disciplina relativa agli ammortizzatori sociali che, come analizzato, nel corso dei decenni hanno vissuto in Italia una vera e propria evoluzione. Il riordino di tali strumenti, compiuto col Jobs Act, la CIGS concorsuale e le nuove politiche attive per il lavoro, cambiano totalmente, infatti, le prospettive dei dipendenti delle aziende in crisi.

Infine, non è da sottacere la circostanza per cui il nuovo Codice sembra aver recepito la tendenza europea alla cd. *flexicurity*⁴³³.

Dall'analisi sopra svolta emerge dunque la circostanza per cui la situazione socio-economica di un Paese impatta fortemente sulla disciplina relativa alla crisi d'impresa: le mutate circostanze dall'adozione della Costituzione ad oggi hanno infatti evidenziato l'esigenza di instaurare un nuovo dialogo tra il diritto del lavoro e il diritto fallimentare, in quanto discipline strettamente connesse tra loro. Preso atto di ciò, non deve sorprendere come il forte shock economico generato dalla pandemia da COVID-19 abbia cambiato le carte in tavola, costringendo il legislatore, ancora una volta, a una temporanea inversione di tendenza. Si è infatti analizzato come l'impatto della pandemia sulla situazione delle imprese abbia portato a una posticipazione dell'entrata in vigore del nuovo Codice e all'adozione di strumenti in deroga sia all'attuale disciplina delle procedure concorsuali, sia rispetto alla nuova disciplina.

Nel presupposto, e auspicando che, si ristabilisca una situazione di normalità, con l'adozione del nuovo Codice si dovrebbe raggiungere quell'effettivo dialogo tra i due rami del diritto: il diritto del lavoro e il diritto fallimentare. Mantenendo ferma l'esigenza

⁴³³ Tale termine nasce dall'unione di *flexibility* e *security*, da intendersi quale politica proattiva di gestione del mercato del lavoro, nel senso di strategia politica indirizzata a renderlo flessibile però assicurando, allo stesso tempo, una forte protezione sociale, specialmente per i lavoratori più precari. In tal senso, PANZERI A., DI NARDO F., *Nuovi lavori, flexicurity e rappresentanza politica*, Editoriale Jaca Book, 2008, p. 97 ss.

di soddisfazione dei creditori, e apportando una piena ed effettiva tutela nei confronti della parte debole del contratto, i lavoratori.

BIBLIOGRAFIA

Monografie, periodici, documenti in rete

AIMO M., *Le garanzie individuali dei lavoratori*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 1999.

ALLAMPRESE A., *Sindacato e potere dispositivo*, Cacucci, Bari, 2015.

AMBROSINI S., *L'amministrazione dei beni, l'esercizio provvisorio e l'affitto di azienda*, in *Il Fallimento*, a cura di S.Ambrosini, G.Cavalli, A.Jorio, *Trattato di diritto commerciale*, Cedam, Padova, 2009.

BALLETTI E., GAROFALO D., *La riforma della Cassa Integrazione Guadagni nel Jobs Act 2*, Cacucci, Bari, 2016.

BALLETTI E., *La legittimazione passiva nel procedimento di repressione della condotta antisindacale*, in *Dir. lav.*, I, 1991.

BARACHINI F., *La nuova disciplina dell'esercizio provvisorio: continuità dell'impresa in crisi nel (e fuori dal) fallimento*, in *Società, Banche e Crisi d'Impresa*, Utet Giuridica, Milano, 2014.

BARBANTI V., *In ordine al trasferimento dell'azienda (in crisi) e ai suoi effetti sui rapporti di lavoro: vecchie e nuove normative a confronto*, nota a Cass. 23 ottobre 1995, n. 11004 in *Giur. it.*, I, 1997.

BARBIERI M., *Prime osservazioni sui principi e criteri direttivi della legge delega con particolare riferimento all'integrazione salariale*, in M. Rusciano - L. Zoppoli (a cura di), *Jobs Act e contratti di lavoro dopo la legge delega 10 dicembre 2014 n. 183*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - Collective Volumes, III, 2014.

BARBONI L., *La nuova disciplina del trasferimento di azienda e il recepimento delle fonti comunitarie*, in *Studium iuris*, Cedam, Padova, 2002.

BASSI, *Riflessioni sull'affitto d'azienda e sull'affitto di opificio nel fallimento*, in *Riv. Dir. civ.*, II, 1982.

BAVARO V., *Azienda, contratto, sindacato*, Cacucci, Bari, 2012.

BELLÈ R., *Il lavoro come variabile del risanamento concordatario*, in *Il Fallimento*, 2017.

BELLE' R. - A. Cardino (a cura di), *La custodia giudiziale*, Giuffrè, Milano, 2014.

BELLE' R., *Strumenti giuridici di gestione del personale nell'azienda in procedura concorsuale*, in *il Fallimento*, X, 2018.

BOLLINI R., *Protezione del lavoro nel trasferimento d'azienda: il d.l. 135/2009 e il c.d. «caso Alitalia» alla luce della disciplina comunitaria*, in *Riv. it. dir. lav.*, II, 2010.

BONFANTE G. commento a D.lgs 12 gennaio 2019 n.14 (Codice della crisi e dell'Insolvenza); *il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza*, in *Giurisprudenza Italiana*, fasc. VIII-IX, 2019.

BOZZA G., *Le condizioni soggettive ed oggettive del nuovo concordato*, in *Fall.*, 2005.

BRECCIA U., *Le obbligazioni*, Giuffrè, Milano, 1991.

BRIZZI S., *Il trasferimento d'azienda in crisi tra diritto interno e diritto comunitario*, in *Giur. it.*, 2010.

BUFFA F., G. DE LUCIA, *Il lavoratore nel trasferimento d'azienda*, in Halley Editrice, Matelica, 2006.

BUFFELLI G., *Riforma della crisi di impresa: riflessi aziendalistici e fiscali della delega*, in *Norme & Tributi*, 2016.

CAIAFA A., *I rapporti di lavoro nelle crisi di impresa*, Cedam, Padova, 2004.

CAIAFA A., *La liquidazione dell'attivo nel fallimento*, Cedam, Padova, 1987.

CAIAFA A., *Mantenimento dei diritti dei lavoratori*, in *Nuove leggi civili*, 2001.

CAIAFA A., R. COSIO, *il trasferimento dell'azienda nell'impresa in crisi o insolvente*, Cedam, Padova, 2005.

CAIAFA A., ROMEO S., *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, vol. III, Cedam, Milano, 2014.

CANAVESI G., *Mercati del lavoro e operatori privati*, Giappichelli, Torino, 2017.

CANNATA C.A., *Le obbligazioni in generale*, in P. RESCIGNO (a cura di), *Trattato di diritto privato*, IX, I, Utet, Torino, 1984.

CARABELLI U., *Trasferimenti di azienda: la nuova direttiva europea*, in *Lav. inf.*, 1998.

CARABELLI U., *Alcune riflessioni sulla tutela dei lavoratori nei trasferimenti d'azienda: la dimensione individuale*, Relazione presentata al XII Seminario internazionale di Pontignano, in *Riv. it. dir. lav.*, 1995.

CARABELLI U., B. VENEZIANI, *Il trasferimento di azienda in Italia*, in AA. VV., Cacucci, Bari, 1999.

CARDINO A., BELLE' R., *I poteri sostanziali del custode giudiziario*, in *La Custodia Giudiziale*, (a cura di), Giuffrè, Milano, 2014.

CARINCI F., *Jobs act, atto II: la legge delega sul mercato del lavoro*, in F. Carinci - M. Tiraboschi (a cura di), *I decreti attuativi del Jobs Act: prima lettura e interpretazioni*, Adapt Labour Studies e-book series, University press, n. 37, 2015.

CARINCI M.T., *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento d'azienda e di ramo*, Giappichelli, Torino, 2010.

CARINGELLA F., L. BUFFONI, *Manuale di diritto civile*, Dike Giuridica Editrice, Roma, 2018.

CAROTTI S., *Jobs Act e costo del lavoro. Due variabili indipendenti?* In e-book, 2014.

CASOTTI A., GHEIDO M. R., *Ammortizzatori sociali: Guida alle nuove misure dopo il Job Act*, Ipsoa, Assago, 2016.

CESTER C., *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.*, II, 2010.

CESTER C., *La fattispecie: la nozione di azienda, di ramo d'azienda e trasferimento, fra norme interne e norme comunitarie*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 2004.

CESTER C., *Trasferimento d'azienda e rapporti di lavoro: la nuova disciplina*, in *Lav. giur.*, 6, 2001.

CIAN G., A. TRABUCCHI, (a cura di) *Commentario breve al codice civile*, Cedam, Padova, 2020.

CINELLI M. - NICOLINI C.A., *L'attuazione del Jobs Act nei decreti di settembre - il nuovo assetto delle discipline degli ammortizzatori sociali in costanza di rapporto*, in *Riv. it. dir. lav.*, III, 2015.

CINELLI M. *Diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, Torino, 2001.

CIUCCIOVINO S., *La nozione di «azienda trasferita», alla luce dei recenti sviluppi della giurisprudenza interna e della disciplina comunitaria*, in *Arg. dir. lav.*, 1998.

CNDCEC, *L'esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento (art. 104 L. F.)*, in *Quaderno dei dottori commercialisti*, maggio 2016.

COEN A., *I crediti di lavoro in senso lato ex art. 2751-bis c.c.*, in *I crediti nel fallimento*, Cedam, Vicenza, 2015.

COLLIA F., *Trasferimento di azienda e condotta antisindacale*, nota a Pret. Milano 19 giugno 1998, in *Lav. giur.*, 1999.

COLOMBO E., *L'azienda e il mercato*, Cedam, Padova, 1979.

COMPORITI M., *Gli effetti del fallimento sui contratti di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1961.

CORNO- PANZANI, *I prevedibili effetti del coronavirus sulla disciplina delle procedure concorsuali*, in www.ilcaso.it, 2020.

CORRADO A. - D. CORRADO, *I rapporti di lavoro nel fallimento*, Giappichelli, Torino, 2007.

CORRADO A. - D. CORRADO, *L'accertamento dei crediti di lavoro dipendente e previdenziali del fallimento, Crisi d'impresa e rapporti di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2016.

CORRADO A., *Il trasferimento d'azienda in crisi «all'italiana» non è conforme alla direttiva europea*, in *Or. giur. lav.*, 2009.

COSIO R., *Discipline del trasferimento d'azienda. Differenziazione e unità dell'ordinamento giuridico*, F. Angeli, Milano, 1995.

COSIO R., *Il trasferimento dell'impresa in crisi: nell'art. 19 quater del D.L n. 135/2009, conv. In L. 166/2009*, in *Innovazione tecnologica, esternalizzazione dei servizi e professionalità*, in *Lav. giur., speciale* 2010.

COSIO R., *La cassa integrazione guadagni straordinaria*, in Amoroso G., Di Cerbo V., Maresca A., (a cura di), *Il diritto del lavoro, Vol. I, Costituzione, codice civile e leggi speciali*, Giuffrè, Torino, 2004,

COTTINO G., *Lineamenti di diritto Commerciale*, Zanichelli, Milano, 2014.

D'ANTONA M., *Contrattazione collettiva e autonomia individuale nei rapporti di lavoro atipici*, in *Opere*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2000.

DE ANGELIS L. *Informazione e consultazione sindacale nel trasferimento d'azienda: regime sanzionatorio e tutela processuale*, in *il Foro it.*, vol.122, n.IX, 1999.

DE CRISTOFARO M., *Trasferimento d'azienda e successive dimissioni del lavoratore*, in AA. VV., *Scritti in onore di Giuseppe Suppiej*, Cedam, Padova, 2005.

DE FERRA G., *Manuale di diritto fallimentare*, Giuffrè, Milano 2002.

DE LUCA TAMAJO R., *La disciplina del trasferimento di ramo d'azienda dal codice civile al decreto legislativo n. 276 del 10 settembre 2003*, in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO e L. ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del Lavoro, riforma e vincoli di sistema*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2004.

DE MARCHIS C., *Aspetti vecchi e nuovi del trasferimento d'azienda alla luce del decreto legislativo 2 febbraio 2001 n.18*, in *Riv. giur. lav.*, I, 2001.

DE MARINIS N., *Fallimento dell'impresa e rapporti di lavoro subordinato*, in F. DI MARZIO (a cura di), *Contratti in esecuzione e fallimento*, Milano, 2007.

DE SANTIS F., *Il processo uniforme per l'accesso alle procedure concorsuali*, in *Fall.*, 10, 2016.

DEL PUNTA R., *I licenziamenti collettivi*, in AA.VV. *La nuova cig e la mobilità*, Cedam, Padova, 1993.

DI CERBO V., in G. AMOROSO, V. DI CERBO, A. MARESCA *Diritto del lavoro, lo Statuto dei lavoratori e la disciplina dei licenziamenti*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2009.

DI STASI A., *Diritto del lavoro e della previdenza sociale*, Giuffrè, Milano, 2015.

DI STASI A., *Obblighi di informazione, condotta antisindacale e rimozione degli effetti. Il caso del trasferimento d'azienda*, in *Riv. giur. lav.*, I, 1992.

DIMUNDO A., *Struttura e funzione dei contratti pendenti nelle procedure concorsuali*, in *Il Fallimento*, X, 2018.

FABBIO P., *L'esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento*, Ed. Scientifiche Italiane, Napoli, 2011.

FABIANI M., *Diritto fallimentare*, Zanichelli, Bologna, 2011.

FAIOLI M., *Il sostegno al reddito attuato mediante fondi bilaterali di solidarietà*, in ZILIO GRANDI G., BIASI M. (a cura di), *Commentario breve alla riforma "Jobs Act"*, Cedam, Padova, 2016.

FERRARO G., *Ammortizzatori sociali e licenziamenti collettivi nella riforma del mercato del lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, n. 143, 2012.

FERRARO G., *Crisi aziendale e mobilità*, in *Riv. giur. lav.*, 1992.

FERRARO G., *Crisi occupazionali e tecniche di tutela*, in *Centre for the Study of European Labour Law*, Massimo D'Antona, 2013.

FERRARO G., F. MAZZOTTI, F. SANTONI (a cura di), *Integrazioni salariali, eccedenze di personale e mercato del lavoro. Commento sistematico alla L.223/1991*, Jovene, Napoli, 1992.

FIMMANÒ F., *Fallimento e circolazione dell'azienda socialmente rilevante*, Giuffrè, Milano, n.203, 2000.

FIMMANÒ F., *L'affitto endofallimentare dell'azienda*, in *Dir. Fall.*, I, 2007.

FIMMANÒ F., *Retrocessione dell'azienda affittata e responsabilità del concedente per i debiti dell'affittuario*, in *Dir. Fall.*, II, 2007.

FIMMANO' F., *sub.art.104-bis in il nuovo diritto fallimentare*, diretto da A. JORIO, II, Bologna, 2007.

FOGLIA R., *il trasferimento d'azienda nell'Unione Europea: la normativa comunitaria*, in www.diritto-lavoro.it.

FOGLIA R., *L'armonizzazione comunitaria in materia di trasferimento d'azienda*, in *Il Diritto del Lavoro nell'Unione Europea* a cura di R. FOGLIA e R. COSIO, Giuffrè Editore, Milano, 2011

FOGLIA R., *La cessione del ramo d'azienda*, in AA.VV., *Il diritto del lavoro nell'Unione Europea* (a cura di R. Foglia - R. Cosio), Giuffrè, Milano, 2011.

FOGLIA R., *La fattispecie trasferimento d'azienda alla luce della nuova direttiva 98/50: profili definitivi e interpretativi*, in *Foro it.*, I, 2000.

FOGLIA R., *Trasferimenti d'azienda ed effetti sui rapporti di lavoro*, in *Mass. Giur.lav.*, 1991.

FRANCESCHINIS L. *Le recenti modifiche legislative in materia di trasferimento d'azienda*, in *Approfondimenti*, www.di-elle.it, 2001.

GALANTINO L., *Diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2006.

GALGANO F., *Diritto commerciale. L'imprenditore*, Zanichelli, Bologna, 1974.

GALLETTI D., *La ripartizione del rischio di insolvenza. Il diritto fallimentare tra diritto ed economia*, il Mulino, Bologna, 2006.

GARILLI A., GAROFALO L., GHERA F., *Lineamenti di diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2018.

GAROFALO D. e M. MARAZZA, *Insolvenza del datore di lavoro e tutela previdenziale dei lavoratori*, in *Insolvenza del datore di lavoro e tutele dei lavoratori*, Giappichelli, Torino, 2015. GAROFALO D., *Appalti e lavoro: Volume secondo. Disciplina lavoristica*, Giappichelli, Torino, 2017.

GAROFALO D., *La riforma della CIGS*, in *La riforma della Cassa Integrazione Guadagni nel Jobs Act 2*, a cura di E. Balletti - D. Garofalo, Cacucci, Bari, 2016.

GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Esi, Napoli, 1987.

GHEIDO M. R., CASOTTI A., *Ammortizzatori sociali, nuovi adempimenti*, Ipsoa, Assago, 2016.

GHERA E., *Diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2002.

GHEZZI G., *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1965.

GIUBBONI S., *I fondi bilaterali di solidarietà nel prisma della riforma degli ammortizzatori sociali*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2014.

GIUSTINIANI M., E. GERGALE, *Trasferimento d'azienda e cessione di singole unità produttive*, in *Guida lav.*, VIII, 2006.

GOMBIA L., *La nuova disciplina del trasferimento d'azienda*, in www.uilca.it

GOTARDI D., *Legge e sindacato nelle crisi occupazionali*, Cedam, Padova, 1995.

GRECO M.G., *Il rapporto di lavoro nell'impresa multidatoriale*, Giappichelli, Torino, 2017.

GUAGLIANONE L., *Le procedure di informazione e consultazione*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1992.

GUGLIELMUCCI L., *La riforma in via d'urgenza della legge fallimentare*, Giappichelli, Torino, 2005.

GUGLIELMUCCI L., *Lezioni di diritto fallimentare*, Giappichelli, Torino, 2003.

INGLESE I., *Il trasferimento dell'azienda in crisi di nuovo al vaglio della corte di giustizia*, in *Arg. dir. lav.*, 2009.

IRTI N., *Norme e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Laterza, Bari, 2004.

JORIO A., *Le crisi d'impresa: il fallimento*, Giuffè, Milano, 2000.

L. DE ANGELIS, *Informazione e consultazione sindacale nel trasferimento d'azienda: regime sanzionatorio e tutela processuale*, in *Foro it.*, IV, 1999.

LAMA L., *Il trasferimento di azienda in crisi tra ordinamento comunitario e ordinamento italiano*, in *Boll. ADAPT*, 111, 2010.

LAMBERTUCCI P., *Diritto del Lavoro*, Giuffrè, Milano, 2010.

LAMBERTUCCI P., *La configurazione dell'azienda nel diritto comunitario e nel diritto interno ai fini del suo trasferimento*, in *ADL*, IV, 1997.

LAMBERTUCCI P., *Le procedure sindacali nel trasferimento d'azienda*, in G. SANTORO PASSARELLI e R. FOGLIA (a cura di) *La nuova disciplina del trasferimento d'impresa*, Commento al D.lgs. 2 febbraio 2001, n. 18, Ipsoa, Milano, 2002.

LAMBERTUCCI P., *Le tutele del lavoratore nella circolazione dell'azienda*, Giappichelli, Torino, 1999.

LAMBERTUCCI P., *Sulla nozione di trasferimento d'azienda nel diritto comunitario*, in *Riv.it.dir.lav*, II, 2002.

LAMBERTUCCI P., *Trasferimento d'azienda e problemi occupazionali*, in *Dir. rel. ind.*, II, 2010.

LEPORE A., *Il trasferimento d'azienda tra diritto interno e disciplina comunitaria*, in *Mass.giur.lav.*,2001.

LICONTI F., *L'esercizio provvisorio dell'impresa*, in *Il diritto fallimentare riformato*, a cura di G. SCHIANO-DI PEPE, Cedam, Padova, 2007.

LIEBMAN S., *Garanzie dei diritti individuali ed autotutela sindacale nel trasferimento d'azienda*, in *Arg. dir. lav.*, II, 1995.

LO CASCIO G., *Le procedure di crisi delle imprese: una riforma internazionale ed interna senza fine*, in *Fall.*,V, 2017.

LO CASCIO G., *Legge fallimentare vigente e prospettive future*, in *Fall.*,IV, 2016.

LO CASCIO G., *Lineamenti generali della riforma societaria e fallimentare: luci ed ombre*, in *Fall.*, 9, 2009.

LUCIANI V., *Il ruolo del sindacato nella nuova disciplina sul trasferimento d'azienda*, in *Dir. rel. ind.*,II, 1993.

LUNARDON F., *Avvicendamento delle discipline collettive e continuità del rapporto di lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 1999.

M. GRANDI, *Trasferimento d'azienda*, in *Encic. Giur. Treccani*, vol. XXXI, 1995.

MAFFEI ALBERTI A., *Commentario breve alla legge fallimentare*, Cedam, Padova, 2013. MAGNANI M., *L'uso allargato della Cassa integrazione tra emergenza e ricerca di una logica di sistema*, in *An. Giur. Ec.*, 2010.

MAGNO A., *La nuova disciplina del trasferimento d'azienda*, in *Dir. lav.*, I, 1991.

MANCINI G.F., *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1957.

MANDRIOLI L., *sub art. 104-bis*, in *Commentario breve alla legge fallimentare*, a cura di A. MAFFEI ALBERTI, Cedam, Padova,2013.

MARAZZA M., *Impresa ed organizzazione nella nuova nozione di azienda trasferita*, in *Arg. dir. lav.*, II, 2001.

MARAZZA M., *La disciplina (speciale) del rapporto di lavoro nell'impresa insolvente*, in M. Marazza - D. Garofalo, *Insolvenza del datore di lavoro e tutela del lavoratore*, Giappichelli, Torino, 2015.

MARAZZA M., *Organizzare, collaborare, produrre*, in M. DELL'OLIO (a cura di), *Diritto e libertà*, Giappichelli, Torino, 2008.

MARESCA A. *Gli obblighi di informazione e consultazione nel trasferimento d'azienda*, in *Dir. rel. ind.*, 1992. PARRAVICINI G.P., *Fruibilità della tutela sindacale nel trasferimento d'azienda*, in *Enc. Del diritto*, VI, Giuffrè, Milano, 2000.

MARESCA A. *Gli obblighi di informazione e consultazione nel trasferimento d'azienda*, in *Dir. rel. ind.*, 1992.

MARESCA A., *Le "novità" del legislatore nazionale in materia di trasferimento d'azienda*, in *Arg. dir. lav.*, II, 2001.

MARESCA A., *Trasferimento d'azienda e inadempimento dell'obbligo di informazione al sindacato*, in *Mass. giur. lav.*, VI, 2000.

MARESCA A., *Tutela collettiva e garanzie individuali del lavoratore nel trasferimento d'azienda* in *AA.VV.*, 1992.

MARINELLI M., *Il perdurante contrasto tra diritto interno e diritto comunitario sulla tutela dei lavoratori nel trasferimento di azienda*, in *Eur. dir. priv.*, 2003.

MARIUCCI L., *Le fonti del diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 1988.

MARTONE M., *Il diritto del lavoro alla prova del ricambio generazionale*, in *Arg. Dir. Lav.*, n. 1, 2017.

MARTORANO F., *L'azienda*, in *Trattato di diritto commerciale*, I, Giappichelli, Torino, 2010.

MASSI E., *La riforma dell'integrazione salariale ordinaria e straordinaria*, in *Dir. prat. lav.*, n. 46, 2015.

MAZZIOTTI, *Il problema dell'occupazione nel diritto del lavoro*, in *Dir. lav.*, I, 1995.

MENGHINI L., *I contratti di lavoro*, in L. GUGLIELMUCCI (a cura di), *I contratti in corso di esecuzione nelle procedure concorsuali*, Cedam, Padova, 2006.

MENGHINI L., *I contratti in corso di esecuzione nelle procedure concorsuali*, in *AA.VV.*, *I contratti di lavoro*, a cura di L. Guglielmucci, Cedam, Padova, 2006.

MENGHINI L., *L'attenuazione delle tutele individuali dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda di impresa in crisi o soggetta a procedure concorsuali dopo la direttiva 50/98 e il D.Lgs. 270/99*, in *Riv. giur. lav.*, I, 2000.

MENGONI L., *Il contratto di lavoro nel diritto italiano*, in G. BOLDT, G. CAMERLYNCK, P. HORION, A. KAYSER, M.G. LAVEMBACH, L. MENGONI (a

cura di), *Il contratto di lavoro nel diritto dei paesi membri della CECA*, Giuffr , Milano, 1965.

MENGONI L., *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi (studio critico)*, in Riv. dir. comm., I.

MEOLI B.- S. SICA, *Effetto sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Gli organi, gli effetti, la disciplina penalistica, Trattato di Diritto fallimentare*, vol.II. Cedam, Padova, 2010.

MIELE C., *sub art. 104-bis*, in *La legge fall.*, a cura di M. FERRO, Cedam, Padova, 2007.

MINERVINI A. *Le vicende del rapporto di lavoro nella fase del trasferimento d'azienda*, in Dir. lav. I, 1992.

MINUTOLI G., *L'Autonomia privata nella crisi d'impresa tra giustizia contrattuale e controllo di merito (o di meritevolezza)*, in Fall., IX, 2008.

MISCIONE M., *Armonizzare gli ammortizzatori sociali*, in F. Carinci (a cura di), *La politica del lavoro del governo Renzi. Atti del X Seminario di Bertinoro-Bologna del 23-24 ottobre 2014*, Adapt Labour Studies e-book series, University press, n. 40, 2015.

MISCIONE M., *I licenziamenti per riduzione del personale e la mobilit *, in F. Carinci (a cura di), *La disciplina dei licenziamenti dopo le leggi 108/90 e 223/91*, Jovene, Napoli, 1991.

MOBIGLIA M., *Trasferimento d'azienda e di ramo aziendale: le modifiche apportate alla normativa italiana per l'attuazione della direttiva n. 98/50/CE*, in Dir. rel. ind., 2001.

NAPPI S., *Diritti d'informazione e potere del sindacato nel trasferimento d'azienda*, in Dir. lav, II, 1993.

NAPPI S., *Le vicende traslative e la tutela dei lavoratori*, in Dir. merc. lav., I-II, 2009.

NAPPI S., *Negozi traslativi dell'impresa e rapporti di lavoro*, Editoriale scientifica, Napoli, 1999.

NICOLINI C.A., *La nuova disciplina in materia di cassa integrazione guadagni*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT n. 269, 2015. NICOLOSI M., *Il lavoro esternalizzato*, in *Collana del Dipartimento di Studi Europei e della Integrazione Internazionale*, vol.II, Giappichelli, Torino, 2012.

NICOLOSI M., *Risoluzione per mutuo consenso del contratto a termine illegittimo, attivit  lavorativa presso terzi e offerta della prestazione*, in Riv. It. dir. lav., II, 2007.

NIGRO A., D. VATTERMOLI, *Diritto Della crisi delle Imprese: Le Procedure Concorsuali*, il Mulino, Bologna, 2009.

NOCERA I.L., *Autonomia privata e insolvenza*, in *Rivista il Diritto Fallimentare e delle Società Commerciali*, III-IV, 2014.

NOVELLA M. – M.L. VALLAURI, *Il nuovo art. 2112 c.c. e i vincoli del diritto europeo*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2005.

NUZZO V., *La disciplina dei contratti pendenti di lavoro nella liquidazione giudiziale*, in *Le nuove leggi civili commentate*, VI, 2019.

NUZZO V., *Sul trasferimento di aziende in crisi: cronaca di una condanna annunciata*, in *Dir. rel. ind.*, III, 2009.

NUZZO V., *Trasferimento di azienda e rapporto di lavoro*, Cedam, Padova, 2002.

ORLANDINI G., *Il trasferimento d'azienda nelle imprese in stato di crisi tra dibattito teorico e prassi sindacale*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2005.

PACIELLO A., *sub art. 104-bis*, in *Commentario alla legge fallimentare*, a cura di A. CAIAFA, Giuffrè, Milano, 2010.

PAJARDI P., PALUCHOWSKI A., *Manuale di diritto fallimentare*, Giuffrè, Milano, 2008.

PALUCHOWSKY A., *La liquidazione dell'attivo*, in *Manuale di diritto fallimentare* a cura di P. PAJARDI- A. PALUCHOSWKY, Giuffrè, Milano, 2008.

PANZANI L., *L'affitto d'azienda e procedure diverse dall'Amministrazione straordinaria*, in *Fall.*, 1998.

PASSALACQUA P., *Trasferimento d'azienda e ruolo del sindacato* in *Dir. lav.*, I, 2000.

PASSALACQUA, *Successione nell'appalto, trasferimento d'azienda e definizione legale della fattispecie*, in *MGL*, 2001.

PATTI A., *Affitto d'azienda e finanziamento dell'impresa fallita*, in *Fall.*, I, 2009.

PATTI A., *Rapporto di lavoro e trasferimento d'azienda nelle procedure concorsuali*, in *Il Fallimento*, X, 2018;

PELAGGI L., *Le procedure sindacali per il trasferimento d'azienda, a cinque anni dall'entrata in vigore dell'art. 47, l. 29 dicembre 1990, n. 428*, in *Mass. giur. lav.*, 1995.

PELISSERO P., *Il trasferimento di azienda tra diritto comunitario e diritto interno. L'individuazione della fattispecie*, in *Riv. giur. lav.*, I, 1999.

PELLICCIARI M., *Trasferimento di azienda in crisi e diritto comunitario*, in *Mass. giur. lav.*, 2009.

PERA G., *Movimenti del capitale e libertà dei lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 2000.

PERRINO A.M., *Le deroghe alle tutele dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda d'imprenditore in crisi o insolvente*, in Foro it., 2007.

PERRINO M., *La liquidazione dei beni nel fallimento e nei concordati mediante cessione*, in Giur. comm., I, 2009.

PERSIANI M., *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, Padova, 1966.

PERSIANI M., *Diritto del lavoro e razionalità*, in Arg. dir. lav., I, 1995.

PERSIANI M., M. D'ONGHIA, *Fondamenti di diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, Torino, 2018.

PERULLI A. - SPEZIALE V., *La contrattazione di prossimità e l'aziendalizzazione delle relazioni industriali*, in L. Fiorillo - A. Perulli (a cura di), *Le relazioni industriali*, Giappichelli, Torino, 2014.

PERULLI A., *I rinvii all'autonomia collettiva: mercato del lavoro e trasferimento d'azienda*, in Dir. lav. rel. ind., 1992.

PERULLI A., *Obbligazioni di lavoro, diligenza e rendimento, in il rapporto di lavoro subordinato: Costituzione e svolgimento*, a cura di C. CESTER, Utet giuridica, Milano, 2007.

PETACCIA F., *Ancora in tema di trasferimento di aziende in crisi ed effetto dell'accordo collettivo*, in Giur. lav. Lazio, 1996.

PICCININNO S., *La tutela dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda nell'ordinamento italiano*, in Dir. lav., I, 1992.

PICCININNO V., *I presupposti e i riflessi previdenziali della flessibilizzazione dei rapporti di lavoro nella prospettiva comunitaria*, in Dir. lav., III, 2000.

PICCIOLI S., *Il trasferimento d'azienda*, Adapt, www.csmb.unimo.it, 2006.

PIZZOFERRATO A., *I riflessi della direttiva 98/50/CE sull'ordinamento italiano*, in Dir. lav. rel. ind., 1999.

PIZZOFERRATO A., *La nozione "giuslavoristica" di trasferimento d'azienda fra diritto comunitario e diritto interno*, in Riv. it. dir. lav., I, 1998.

PONTE F.V., *La disciplina italiana sul trasferimento dell'azienda in crisi non supera il vaglio della Corte di Giustizia*, in Dir. merc. lav., I-II, 2009.

PRESTI G., *Rigore è quando arbitro fischia?*, In Fall., I, 2009.

PROIA G., *Sull'intenzione di trasferire l'azienda, nella procedura sindacale prevista dall'art. 47 Legge n. 428 del 1990*, in Arg. dir. lav., I, 1995.

QUARANTA E., *La liquidazione dell'attivo*, in *Fallimento e concordati*, a cura di P. CELENTANO, E. FORGILLO, Utet Giuridica, Torino, 2008.

RAFFI A., *Tutela del lavoratore nel trasferimento di azienda tra normativa nazionale e normativa comunitaria*, Giuffrè, Milano, 2004.

RECCHIA G.A., *Il ruolo dell'autonomia collettiva*, in E. Ghera - D. Garofalo (a cura di), *Contratti flessibili, mansioni e conciliazione vita-lavoro nei secondi decreti attuativi del Jobs Act 2*, Cacucci, Bari, 2015.

RENGA S., *Mercato del lavoro e diritto*, Franco Angeli, Milano, 1996.

RESCIGNO P., *Obbligazioni (diritto privato)*, in Encic. dir., XXIX, Giuffrè, Milano, 1979.

RIVA A., *I rapporti di lavoro nella prospettata riforma: molte luci e (poche) ombre*, in *Il fallimentarista*, 2018.

RIVOLTA G.M., *L'affitto e la vendita dell'azienda nel fallimento*, Giuffrè, Milano, 1975.

ROMEI R., *Azienda, impresa, trasferimento*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2003.

ROMEI R., *Cessione di ramo d'azienda e appalto*, in *Dir. lav. rel. II-III*, 1999.

ROMEI R., *Il rapporto di lavoro nel trasferimento d'azienda Art. 2112*, in *Il Codice Civile*, Commentario diretto da P. SCHLESINGER, Giuffrè, Milano, 1993.

ROMEI R., *Il trasferimento dell'azienda in crisi dinanzi alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee*, in *Mass. giur. lav.*, 1995.

ROMEI R., *La nuova legge sul trasferimento di azienda: prime osservazioni*, in *Lav. dir.*, 1991.

ROTONDIF., F. COLLIA, *La comunicazione nel trasferimento d'azienda*, in *Dir. & Prat. Lav.* 19, 2001.

ROVATI B., *L'esercizio provvisorio e l'affitto di azienda*, in AA.VV., *Le nuove procedure concorsuali*, a cura di S. AMBROSINI, Zanichelli, Bologna, 2008.

SALIMBENI M.T., *La procedura e i criteri di scelta nei licenziamenti collettivi*, in F. BIANCHI D'URSO e R. DE LUCA TAMAJO (a cura di) *I licenziamenti individuali e collettivi nella giurisprudenza della cassazione*, Giuffrè, Milano, 2006.

SALIMBENI M.T., *Trasferimento d'azienda e conservazione dei diritti dei lavoratori*, in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del Lavoro, riforma e vincoli di sistema*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2004.

SALIMBENI M.T., *Violazione degli obblighi procedurali e posizione dei singoli lavoratori nel trasferimento di azienda*, nota a Cass. 22 agosto 2005, n. 17072, in Riv. it. dir. lav., II, 2006.

SANDULLI M., *La crisi dell'impresa*, in *Manuale di diritto commerciale*, Giappichelli, Torino, 2000.

SANTAGATA R., *Gli obblighi di informazione nel trasferimento d'azienda: la giurisprudenza di merito*, in Mass. giur. lav., II, 2000

SANTORO C., *Cessione di ramo d'azienda: la Cassazione insiste sulla preesistenza*, in BollettinoAdapt.it, 2014.

SANTORO PASSARELLI G., *Ancora sul trasferimento d'azienda*, in Dir. lav., 1994, I, p. 155.

SANTORO PASSARELLI G., *Fattispecie e interessi tutelati nel trasferimento d'azienda e di ramo d'azienda*, in Riv. it. dir. lav., I, 2003.

SANTORO PASSARELLI G., *Il trasferimento di azienda rivisitato* in Mass. giur. lav., 1991.

SANTORO PASSARELLI G., *La nozione di azienda trasferita tra disciplina comunitaria e nuova normativa nazionale*, in Arg.dir.lav., 2001.

SANTORO PASSARELLI G., *Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro*, Giappichelli, Torino, 2004.

SANTORO PASSARELLI G., *Trasferimento d'impresa: un delicato compromesso tra tutela individuale, mercato del lavoro e sviluppo economico*, in Arg. dir. lav., III, 2005.

SANZO S., VITIELLO M., *Il nuovo concordato preventivo*, Giuffrè, Milano, 2008.

SCARANO A., *La sorte dei rapporti di lavoro nell'affitto d'azienda*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, a cura di G. FAUCEGLIA, L. PANZANI, Giappichelli, Torino, 2009.

SCARANO L., *Le procedure di consultazione sindacale sulla cassa integrazione guadagni dopo il Jobs Act*, in *il Lavoro nella giurisprudenza*, VI, 2016.

SCARANO L., *Legge e autonomia collettiva ai tempi del Jobs Act*, in E. Ghera - D. Garofalo (a cura di), *Contratti flessibili, mansioni e conciliazione vita-lavoro nei secondi decreti attuativi del Jobs Act 2*, Cacucci, Bari, 2015.

SCARPELLI F. *Nuova disciplina del trasferimento d'azienda* in Dir. prat. lav., 2001.

SCARPELLI F., *Procedure di consultazione sindacale nel trasferimento d'azienda e trattative dirette (con transazioni in giudizio) fra impresa e lavoratori: problemi e contenuto dell'intervento giudiziale ex art. 28 s.l.*, in *Dir. lav.*, 1995.

SCARPELLI F., *Il mantenimento dei diritti del lavoratore nel trasferimento d'azienda*, in *Il trasferimento d'azienda*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 28, 2004.

SCARPELLI F., *Nuova disciplina del trasferimento d'azienda*, in *Dir. prat. lav.*, 2001.

SCHIAVON G., *La nuova disciplina del concordato preventivo in seguito al decreto-legge n. 35 del 2005*, Giuffrè, Milano, 2005.

SGUBIN C., *Crisi industriali complesse e accordi di programma*, Giappichelli, Torino, 2013.

SILVAGNA L., *Il diritto di informazione nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1977.

SIMI, *L'estinzione del rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1948.

STANGHELLINI L., *Le crisi di impresa tra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, Il Mulino, Bologna, 2007.

STERN P., *Jobs act. I nuovi ammortizzatori sociali: NASPI, ASDI e DIS-COLL*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2015.

TEDESCHI G.U., *Le procedure concorsuali: Il fallimento*, artt. 1-91 L.F., Giappichelli, Torino, 1996.

TERRANOVA G., *Insolvenza stato di crisi sovra indebitamento*, Giappichelli, Torino, 2013.

TERRANOVA G., *La liquidazione fallimentare: prassi, giurisprudenza e dottrina*, in *Riv. dir. fall.*, I, 2003

TOSIP., *Due nodi della legge: informazione e consultazione sindacale*, in *Lav. inf.*, 1991.

VALLAURI M.L., *La nozione di ramo d'azienda nella giurisprudenza nazionale più recente*, in *Innovazione tecnologica, esternalizzazione dei servizi e professionalità. Lav. giur.*, speciale, 2010.

VALLAURI M.L., *Trasferimento d'azienda e garanzie collettive*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 28, 2004. VALLAURI M.L., *Il lavoro nella crisi dell'impresa. Garanzia dei diritti e salvaguardia dell'occupazione nel fallimento e nel concordato preventivo*, Franco Angeli, Milano, 2013.

VALLAURI M.L., *La tutela dell'occupazione nel nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza dell'impresa* Lavoro e diritto Fascicolo II, 2020.

VALLEBONA A., *La riforma dei Lavori*, Cedam, Padova, 2004.

VALLEBONA A., *Successione nell'appalto e tutela dei posti di lavoro*, in Riv. it. dir. lav., II, 1999.

VASSALLI F., *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, Giappichelli, Torino, I, 2013.

VERGARI S., *Diritto del lavoro - Commentario*, diretto da F. Carinci, 3, Il rapporto di lavoro subordinato: garanzie del reddito, estinzione e tutela dei diritti, a cura di M. Miscione, Giappichelli, Torino, 2007.

VILLANI G., *Trasferimento d'azienda. Profili di diritto del lavoro e della previdenza sociale*, Utet, Torino, 2000. PIZZOFERRATO A., *Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro*, in AA. VV., *il lavoro subordinato*, a cura di F. CARINCI, Tomo II, Trattato di diritto privato, diretto da M. BESSONE, Giappichelli, Torino, 2007.

ZAMBELLI A., *Trasferimento di azienda in crisi e diritti dei lavoratori*, in *Giur. lav.*, 2009.

ZILIO GRANDI e M. SFERRAZZA, *La tutela del lavoratore nei confronti dell'insolvenza del datore di lavoro*, in *Diritto delle relazioni industriali*, III, Giuffrè, Milano, 2013.

ZOLI C., *La procedura di partecipazione sindacale in tema di trasferimento d'azienda*, in AA.VV., *Trasferimento d'azienda e rapporti di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2005;

ZOLI C., RATTI L., *La disciplina dei rapporti di lavoro e l'esercizio provvisorio nel fallimento*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2017.

Provvedimenti e sentenze

Corte di Giustizia

Corte Giust. 10 aprile 1984, causa C- 79/1983, in Raccolta, 1984.

Corte Giust. 10 aprile 1984, causa C14/1983, in Foro it., IV, c.59,1985.

Corte di Giustizia, 10 luglio 1986, C-235/84.

Corte Giust. 13 ottobre 1990, causa C-106/1989, in *Foro it.*, IV, c.173, 1992.
Corte Giust. CE, 25 luglio 1991, C-362/89, *Racc.*, I, 1991.
Corte Giust. 25 luglio 1991, causa C-362/89, in *Giust. Civ.*, I, 1992.
Corte Giust. 19 novembre 1991, n. 6 e 9/90
Corte Giust. 14 aprile 1994, causa C392/92 in *Riv. it. dir. lav.*, II, 1995.
Corte Giust. CE, 7 dicembre 1995, C-472/93, *Racc.*, I, 1995.
Corte Giust. 7 dicembre 1995, causa C-472/93, in *Mass. Giur. Lav.*, 1996.
Corte Giust. 10 luglio 1997, n.373/95, 1997.
Corte Giust. 10 dicembre 1998, cause riunite C-127/96, C-229/96, e C-74/97 in *Dir. lav.*, IV, 1999.
Corte Giust. 25 gennaio 2001, causa C-172/99, in *Mass. giur. lav.*, 5, 2001.

Cassazione

Cass., 10 dicembre 1979, n. 6416, in *Mass. Giust. civ.*, fasc.12, 1979.
Cass., 7 dicembre 1981, n. 6482, in *Mass. giur. lav.*, 1981,
Cass., 8 febbraio 1982, n. 746, in *Riv. it. dir. lav.*, II, 1982.
Cass., 21 novembre 1984, n. 5971, in *Foro it.*, I, c.102, 1985.
Cass., 20 aprile 1985, n. 2644, in *Rep. Foro it.*, 1985, voce Lavoro, n. 1878, 1985.
Cass., 14 ottobre 1985, n. 5024, in *Informaz. Previd.*, 1986.
Cass., 29 luglio 1986, n.4855, in *Giust.civ.Mass*, 1986.
Cass., 9 gennaio 1987, n.71, in *Giur. comm.*, II, 1987.
Cass., 5 agosto 1988, n. 4845, in *Or. giur. lav.*, 1988.;
Cass., 17 aprile 1990, n. 3167, in *Rep. Foro it.*, 1990, voce Lavoro, n. 1569, 1990.
Cass., 13 giugno 1990, n. 5739, in *Rep. Foro it.*, 1990, voce Lavoro, n. 1567, 1990.
Cass., 15 dicembre 1990, n. 11925, in *Giust.civ.Mass*, fasc.12, 1990.
Cass., 27 novembre 1992, n. 12665, in *Riv. it. dir. lav.*, II, 1993.
Cass., 17 marzo 1993, n. 3148, in *Riv. it. dir. lav.*, II, 1994; nonché in *Mass. giur. it.*, 1993.
Cass., 18 maggio 1995, n. 5483, in *Not. giur. lav.*, 1995.
Cass., sez.lav., 6 giugno 1998, n.5591, in *Giust. civ. Mass.*, 1998.
Cass., sez.lav. 20 giugno 1998, n. 6164, in *Giust. civ. Mass.*, 1998.
Cass., 9 febbraio 1999, n.1106, in *D.L.Riv.crit.dir.lav.*, 1999.

Cass., 10 febbraio 1999, n. 1124, in *Fallimento*, 2000.

Cass., sez. lav., 4 giugno 1999, n. 5524, in *Foro.it*, I, c 3248, 1999.

Cass., 15 giugno 1999, n.5960, in *Giust.civ.Mass.*,1999.

Cass., 8 settembre 1999 n. 9545, in *Foro it.*, I, c.1261, 2001

Cass., 20 ottobre 1999, n. 11760, in *Dir.fall.*, II, 2000.

Cass., 4 gennaio 2000, n. 23, in *Mass. giur. lav.*, 2000.

Cass., 5 maggio 2000, n. 5643, in *Dir.fall.*, II, 2000.

Cass., 29 gennaio 2001, n.38, in *Dir.e prat.soc.*, 2000

Cass., 21 marzo 2001, n. 4073, in *Riv. It. dir. lav.*, II, 2001; ed in *Lav.giur.*, 2002.

Cass., sezlav., 29 gennaio 2002, n.1136, in *Notiz.giur.lav.*,2002.

Cass., sez.lav., 15 marzo 2002, n. 3841, in *Riv.it.dir.lav.*, II, 2003.

Cass., 5 giugno 2003, n. 9015, in *Riv. it. dir. lav.*, II, 2004.

Cass., 6 giugno 2003, n. 9130, in *Not. giur. lav.*, 2003.

Cass., 10 gennaio 2004, n. 206, in *Riv. it. dir. lav.*, II, 2004.

Cass., 22 agosto 2005, n. 17072 in *Riv. it. dir. lav.*, II, 2006.

Cass.,10 aprile 2006, n. 8292, in *Mass. giur. it.*, 2006.

Cass., 15 giugno 2006, n. 13783, in *Not. giur. lav.*, 2006.

Cass., 7 dicembre 2006, n. 26215, in *Lav. giur.*, 5, 2007.

Cass.,1° febbraio 2008, n. 2489, in *Riv.Lav. giur.*, 2008.

Cass., 5 marzo 2008, n. 5932, in *Lav. giur.* 7, 2008.

Cass., 28 marzo 2008, n. 1760, in www.ilcaso.it, 2008

Cass.,1° febbraio 2008, n. 2589, in *Riv.Lav. giur.* 6, 2008.

Cass., 17 marzo 2009, n. 6452, in *Dir. prat. lav.*, 35, 2009.

Cass., 8 giugno 2009, n. 13171, in *Foro it.*, II, c.448, 2010.

Cass., 13 ottobre 2009, n. 21697, in *Dir. prat. lav.*,47,2009; nonché in *Foro it.*, II, C.448, 2010.

Cass., 13 novembre 2009, n. 24093, in *Arg. dir. lav.*, 4-5, 2010.

Cass., 17 febbraio 2012 n. 2315.

Cass., 14 maggio 2012, n. 7473, in *Foro it.*, I, 2012.

Cass., 8 agosto 2013, n. 19027, in *Fall.*, 5, 2015.

Cass., 15 gennaio 2015, n. 576, in *Fall.*, 5, 2015.

Cass., 31 luglio 2017, n. 19034, disponibile online (http://www.lavorosi.it/fileadmin/user_upload/Cassazione-sentenza-n-19034-2017.pdf).

Cass., 11 gennaio 2018, n. 522, in www.ilfallimentarista.it, 2018.

Cass., Civ. Sez. lav., 11 gennaio 2018, n.522., 2018

Cass., 11 gennaio 2018, n. 522, in Riv. it. dir. lav., II, 2018.

Cass., 19 gennaio 2018, n. 1383, in *Il Fallimento*, 10, 2018.

Corti d'Appello

Corte d'Appello di Milano, 11 maggio 2001, in *Or. giur. lav.*, I, 2001.

Corte d'Appello di Roma, 12 aprile 2007, in *Riv. crit. Dir. lav.*, 4, 2007.

Corte d'Appello di Torino, 15 giugno 2010, in www.ilcaso.it, 2010.

Corte d'Appello di Brescia, 9 luglio 2010, in www.ilcaso.it, 2010.

Corte d'Appello di L'Aquila, 12 aprile 2017, in www.ilcaso.it, 2017

Tribunali e preture

Tribunale Siena 7 ottobre 1991, in *Dir. fall.*, II, 1991.

Pret. Torino 9 maggio 1992, in *GPiem.*, 1992.

Tribunale di Roma, 7 gennaio 1993, in *Dir.fall.*, II, 1993.

Pret. Napoli 7 dicembre 1993, in *Foro it.*, I, c.407, 1995.

Pret. Milano 16 dicembre 1993, in *Dir. lav.*, 1994.

Trib. Napoli, 3 marzo 1994, in *Dir. fall.*, 1995.

Pret. Milano 27 ottobre 1994, in *Or. giur. lav.*, 1995.

Pret. Lodi 28 luglio 1995, in *Riv. it. dir. lav.*, II, 1996.

Pret. Udine 9 agosto 1995, in *Lav. giur.*, 1996.

Pret. Firenze 10 novembre 1995, in *Rep. Foro it.*, voce Lavoro, n. 1427, 1998.

Pret. Milano 2 aprile 1996, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1995.

Pret. Brindisi 5 ottobre 1996, in *Mass. giur. lav.*, 2000.

Pret. Milano 16 febbraio 1998, in *Arg. dir. lav.*, 1999.

Pret. Genova 22 ottobre 1998, *Mass. Giur. Lav.*, 1998.

Pret. Milano 19 gennaio 1999, in *Or. giur. lav.*, 1999.

Trib. Genova 19 luglio 1999, in *Giorn. dir. lav. rel ind.*, n. 2-3, 1999.

Trib. Genova 7 settembre 1999, *ibidem*, p. 422;

Tribunale Frosinone 18 ottobre 1999, in *Giust.civ.*, I, 2000.
Trib. Genova 4 novembre 1999, in *Arg. dir. lav.*, 2000.
Trib. Milano, 20 settembre 2002, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2003.
Trib. Milano 14 gennaio 2003, in *Lav. giur.*, 2003
Trib. Benevento 26 settembre 2005, in *Dir. rel. ind.*, 2006.
Trib. Milano 2 maggio 2006, in *Or. giur. lav.*, I, 2006.
Trib. Milano 10 ottobre 2006, in *Or. giur. lav.*, 4, 2006.
Trib. Ancona, 31 dicembre 2007, in www.ilcaso.it, 2007.
Trib. Arezzo 11 febbraio 2008 in *Riv. it. dir. lav.*, II, 2009.
Trib. Roma 14 gennaio 2010 in *Riv. giur. lav.*, 2, 2010.
Trib. Forlì, 22 ottobre 2014, in www.ilcaso.it, 2014.
Trib. Milano 5 maggio 2015, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 4, 2015.

Riferimenti normativi

L. 20 maggio 1970, n. 300 (Statuto dei Lavoratori)
L. 12 agosto 1977, n. 675 *“Provvedimenti per il coordinamento della politica industriale, la ristrutturazione, la riconversione e lo sviluppo del settore”*
L. 29 dicembre 1990, n. 428 con riguardo all’art.47 (trasferimenti d’azienda)
L. 23 dicembre 1996, n. 662 *“Misure di razionalizzazione della finanza pubblica”* L. 14 febbraio 2003, n. 30, 2003 (Legge Biagi)
D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276 *“Attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro, di cui alla legge 14 febbraio 2003, n.30”*
L. 28 giugno 2012, n. 92 *“Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita”* (Legge Fornero)
D. Lgs., 18 ottobre 2012, n. 179 *“Ulteriori misure urgenti per la crescita del paese”* in *Gazz. Uff.*
D.lgs. 14 settembre 2015, n. 148, *“Disposizioni per il riordino della normativa in materia di ammortizzatori sociali in costanza di rapporto di lavoro, in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n. 183”*.
Circolare del Ministero del Lavoro, n.24/2016, del 28 luglio 2016, consultabile su: www.dottrinalavoro.it

CERVED RATING AGENCY, *Impact of the Coronavirus on the Italian non-financial corporates*, 2020 in <https://know.cerved.com>.

COMITATO ESECUTIVO di CERIL, *Conference of European Restructuring and Insolvency Law*, 20 marzo 2020 in <http://www.ceril.eu/>.

D.LGS 23 MARZO 2020 n.23 “*Misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga dei termini amministrativi e processuali*”.

D. L. 17 marzo 2020, n. 18 (Decreto Cura Italia), 2020.

Direttive Europee

Direttiva del 20 ottobre 1980, n. 80/987/CEE

Direttiva n.98/50/CE

Direttiva n.23/2001/CE.

