

Tesi di dottorato

Tutela occupazionale nelle procedure concorsuali

Chiara Conedera

CAPITOLO I
TUTELA OCCUPAZIONALE NEL DIRITTO DEL LAVORO E NEL DIRITTO
FALLIMENTARE

SOMMARIO: 1. L'occupazione come valore costituzionalmente protetto. – 2. La funzione ispiratrice della Comunità Europea in materia di occupazione. – 3. Il diritto fallimentare nel solco dei diritti sociali. – 4. Il principio di uguaglianza fra diritto del lavoro e diritto fallimentare. – 5. Art. 4 Cost. e art. 41 Cost.: un dialogo possibile.

1. *L'occupazione come valore costituzionalmente protetto.*

La presenza durante la prima industrializzazione di una concorrenza illimitata fra lavoratori come fra imprenditori determinò il sorgere della c.d. questione sociale. L'ineluttabile necessità di appianare il conflitto sociale ed evitare forme di sfruttamento delle forze di lavoro inaccettabili, si pone alla base dell'embrionale diritto del lavoro. Le prime leggi in materia furono indirizzate alla parte debole dei lavoratori, le "mezze forze di lavoro", per garantirne una protezione elementare (L. 11 febbraio 1886, n. 3657 e L. 19 giugno 1902, n. 242 per la tutela dei fanciulli e delle donne; L. 17 marzo 1898, n. 90 che introduce l'assicurazione obbligatoria sugli infortuni sul lavoro; L. 7 luglio 1907, n. 489, per il riposo settimanale e festivo). Il diritto del lavoro nacque quindi come "legislazione sociale minima", la cui formazione richiese l'emanazione di provvedimenti segnati dal carattere dell'inderogabilità¹.

Si percepisce come a fondamento della nascita del diritto del lavoro vi sia l'esigenza di contemperare ragioni del capitale e quelle del lavoro e come la presenza di due interessi contrapposti (quello del lavoro e quello dell'impresa) abbia inevitabili ripercussioni prima di tutto a livello sociale. Quando ancora il diritto del lavoro non era considerato materia a sé stante, dovendo il rapporto di lavoro essere

¹ L. MARIUCCI, *Le fonti del diritto del lavoro*, Torino, 1988, 21.

disciplinato alla stregua di qualsiasi altro contratto di diritto privato, il legislatore non poté ignorare come il potere imprenditoriale potesse, se non debitamente regolato, finire per ledere i diritti fondamentali della persona.

L'introduzione dei provvedimenti sociali sopra segnalati, rappresenta il primo segnale di un ruolo attivo dello Stato per il soddisfacimento delle esigenze dell'individuo in quanto persona umana, esigenze messe in pericolo dalla presenza di disuguaglianze sociali. Tutto ciò senza che venisse sconvolta la concezione del rapporto di lavoro quale contratto fra due parti libere ed uguali, fondato sul libero scambio. Il periodo storico è infatti segnato dallo Stato liberale in cui il singolo opera in piena libertà senza alcun condizionamento da parte del soggetto pubblico. L'inesistenza di una legislazione volta a garantire all'individuo condizioni migliori trova conferma nell'assenza nello Statuto Albertino di disposizioni in materia di diritti sociali. Il fatto che il sistema normativo della seconda metà dell'Ottocento non disciplinasse il lavoro come rapporto diseguale, ponendolo invece all'interno dello schema formale del libero contratto e quindi consentendo un rinvio in bianco all'autonomia dei privati, aveva come inevitabile conseguenza l'assoggettamento del lavoratore alla volontà contrattuale del datore². Come non ricordare a tal proposito le affermazioni di Ludovico Barassi sul dovere del civilista di guardare al contratto di lavoro come a tutti i contratti ovvero come risultato di volontà libere e uguali.

L'unitarietà e l'immodificabilità del diritto civile predicata da Barassi e la conseguente negazione di uno spazio giuslavorista, presenta i primi segni di cedimento con le leggi speciali sopra viste. L'esigenza di intervenire nel sociale da queste rappresentata porta ad un vasto processo di "decostituzionalizzazione del codice"³, per poi cedere definitivamente di fronte alla centralità del diritto del lavoro nella Costituzione. Il sempre più sentito scollamento fra diritto immobile e realtà sociale caratterizzata da un crescente grado di complessità, rende indefettibile l'esigenza di fornire delle risposte al mutamento.

Ed è infatti dalla presa di coscienza dell'incapacità del mercato di appianare le disuguaglianze economiche e sociali che deriva la crisi del modello liberale tra la fine del XIX secolo e inizio del XX sec e la conseguente trasformazione dello stato

² G. CAZZETTA, *Scienza giuridica e trasformazioni sociali. Diritto del lavoro in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, 2007, 27.

³ G. CAZZETTA, *Scienza giuridica e trasformazioni sociali, op.cit.*, 29.

liberale in stato sociale. Si ha quindi il passaggio da un comportamento negativo di non ingerenza a quello positivo di tutela delle esigenze del singolo⁴.

Il momento di maggiore discontinuità rispetto il passato è sicuramente rappresentato dall'emanazione della Costituzione con la quale i diritti all'organizzazione, alla lotta sindacale, al giusto salario, alla protezione della donna, assumono il proprio riconoscimento a livello politico. Il diritto del lavoro riveste un ruolo centrale tanto da essere individuato quale base dell'ordinamento repubblicano all'art. 1, mentre all'art. 4 la costituzione riconosce un "diritto al lavoro"⁵.

L'art. 4 della Costituzione sancisce un diritto e un dovere al lavoro tutelato da un intervento attuativo del legislatore che renda effettivo tale diritto. L'interesse all'occupazione viene quindi socializzato in quanto interesse collettivo. L'art. 4 fu il frutto di una lunga discussione all'epoca dell'Assemblea Costituente, espressamente si parlò di "diritto" (sia pure avvertendo che occorreva in futuro renderlo attuale) per sottolineare l'imperatività dell'esigenza costituzionale, morale e civile⁶, rimanendo comunque una norma programmatica, data l'impossibilità da parte dello Stato di garantire un posto di lavoro ad ogni cittadino.

La necessità di un'ingerenza dello Stato nell'economia non cessa di sentirsi anche in tempi recenti. L'espansione del commercio mondiale e la mobilità dei flussi finanziari internazionali mettono in pericolo la tutela dei diritti fondamentali dei lavoratori e rendono necessaria una maggiore competitività delle politiche sociali nazionali⁷. In un panorama caratterizzato dall'apertura al globale e allo stesso tempo dai localismi, ci si deve chiedere a quali principi debba sottostare l'intervento

⁴ Il riconoscimento da parte delle istituzioni dei diritti sociali arriva quindi solo in tarda età, dopo l'affermazione dei diritti di libertà e di partecipazione politica. V. G. ZILLIO GRANDI, *Diritti sociali e diritti nel lavoro*, Torino, 2006, 13.

⁵La sola introduzione dei diritti, seppur estremamente importante e significativa, non basta. Gioca un ruolo importantissimo il contributo della Corte Costituzionale il cui compito è di rendere attuabile la materia sociale attraverso il costante adeguamento delle norme di legge ai principi della Costituzione. V. G. ZILLIO GRANDI, *Diritti sociali e diritti nel lavoro, op.cit.*, 13. Viene qui in evidenza il problema della scarsità delle risorse e il difficile contemperamento esigenze sociali e bilancio dello stato per permettere di contenere le conseguenze finanziarie delle pronunce della Corte. V. Corte Cost. n. 509/2000.

⁶ P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 2002, 340.

⁷ A. PERULLI, *Diritti sociali e mercato globale*, in *Riv. giur.lav.*, 2000, 939.

politico nel mondo del lavoro, a quali valori esso si debba ispirare, quali linee direttrici debba prendere. Ad un contesto che pone al centro il mercato, la competitività la flessibilità, si contrappone la debolezza di quelle forze che da sempre si sono fatte portatrici delle istanze sociali ossia lo Stato e le forze collettive. Il primo indebolito dal processo di globalizzazione e di decentramento federale *in fieri*, l'altro danneggiato dai processi di frammentazione sociale e culturale in atto che hanno fatto prevalere una dimensione individuale del lavoro⁸.

Il rispetto dell'art. 4 si pone con maggiore enfasi in periodi di recessione economica e disoccupazione di massa, in cui l'autorità pubblica è quindi chiamata ad attivarsi per rendere effettivo questo diritto. Nasce qui il problema delle misure da adottare. Accanto alle tutele passive (il ricorso agli ammortizzatori sociali) che non permettono un sostegno dinamico, non perseguendo l'obiettivo del reinserimento del lavoratore nel sistema produttivo, si rinviene la presenza di sostegni attivi quali la formazione (che agisce dal lato dei soggetti dando la possibilità di ambire a tipologie di lavoro ulteriori grazie alla formazione ricevuta), e le politiche attive. Quest'ultime intervengono alla radice del problema cercando l'incontro fra domanda e offerta. Il sistema assistenzialistico di sostegno del reddito dovrebbe quindi avere solo una funzione temporanea⁹, dovendo nel lungo termine lasciare spazio ad interventi più strutturali che modificano la composizione dell'offerta.

Al soggetto pubblico è dato il compito non solo di assistere ma anche di adeguare la forza lavoro alle esigenze del mercato attraverso la qualificazione del personale per consentire un loro spostamento all'interno delle imprese. Qui viene in rilievo l'importante ruolo dell'art. 35 Cost. che promuove la formazione e l'elevazione professionale dei lavoratori¹⁰.

Si è quindi delineato un quadro di pubblicizzazione del diritto del lavoro ovvero di attenzione da parte del legislatore giuslavorista non solo alla dimensione individuale ma anche e soprattutto a quella collettiva, a testimonianza del fatto che il mercato del lavoro non può essere lasciato libero. Rimane quindi attuale il dilemma fra autoregolamentazione del mercato e interventismo sociale, che sembra risolversi

⁸ R. DEL PUNTA, *Ragioni economiche tutela dei lavori e libertà del soggetto*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, I, 401.

⁹ M. TIRABOSCHI, *Istituzioni di diritto del lavoro*, Milano, 2007, 361.

¹⁰ M. DELL'OLIO, *Mercato del lavoro, decentramento, devoluzione*, in *Arg. dir. lav.*, 2002, 176.

con un maggior favore verso il secondo. La c.d. teoria neoclassica che sostiene la tendenza dei mercati perfettamente competitivi a trovare naturalmente un livello di equilibrio fra domanda e offerta attraverso il meccanismo dei prezzi¹¹ non tiene conto delle pesanti asimmetrie informative presenti nel mercato del lavoro che deve quindi essere aiutato tramite le politiche per l'occupazione "pena un suo tendenziale fallimento"¹². Lo squilibrio fra domanda e offerta si risolve sempre a sfavore del lavoratore, vista la maggior offerta rispetto la domanda¹³. Dal lato della domanda è quindi necessario agire con strumenti, come la cassa integrazione, i prepensionamenti, i contratti di solidarietà difensivi che consentono la conservazione del numero degli occupati anche penalizzando le ore di occupazione.

Ma di fronte ad un diritto del lavoro come quello attuale, che non si identifica più nel prototipo normativo, ma che deve sempre più guardare a forme di lavoro atipico ed ampliare l'analisi all'intera gamma dei contratti presenti, il "diritto al lavoro" diverrà piuttosto un "diritto all'occupazione". Sarà necessario, in altre parole un diritto alle tutele conferito alla persona che lavora indipendentemente dalla caratteristica subordinata o autonoma dell'attività svolta¹⁴.

2. *La funzione ispiratrice della Comunità Europea in materia di occupazione.*

Intervento pubblico diretto a promuovere l'occupazione attraverso le politiche attive del lavoro si inserisce in un panorama europeo che punta ad aumentare non solo quantità ma anche e soprattutto la qualità dei posti di lavoro. La strategia europea per l'occupazione i cui quattro pilastri (occupabilità, imprenditorialità, adattabilità, pari opportunità), testimoniano la volontà europea non solo di aumentare quantitativamente l'occupazione ma soprattutto di voler creare una forza lavoro qualificata e competente ed adattabile, in grado di rispondere ai mutamenti

¹¹ R. F. ELIOTT, *Labor economics*, London, 1991, 187; R.S. SMITH, *Modern labour economics theory and public policy*, Reading Mass., 1997.

¹² R. DEL PUNTA, *Ragioni economiche tutela dei lavori e libertà del soggetto*, op.cit., 401.

¹³ M. DELL'OLIO, *Mercato del lavoro, decentramento, devoluzione*, op.cit., 175.

¹⁴ M. D'ANTONA, *Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi d'identità?*, in *Riv.giur.lav.*, 1998, 315.

economici del mercato¹⁵, si inquadra nella volontà del legislatore comunitario affinché la crescita economica venga finalizzata al miglioramento della condizione degli individui¹⁶. Con la definizione dei quattro pilastri per l'occupazione durante il vertice di Lussemburgo la comunità non dà solo indicazioni di massima ma detta principi ben precisi ai quali gli stati membri devono adeguarsi. L'azione dei governi deve essere diretta a politiche attive capaci di aumentare e stimolare gli investimenti delle imprese e dare formazione professionale ai lavoratori per far sì che questi siano in grado di rispondere alle dinamiche. L'intento è quello di favorire il passaggio da una politica assistenziale a una politica attiva per l'occupazione, costituire una stretta connessione fra impiegabilità e occupazione agevolando le esperienze di formazione lavoro.

Ma il percorso attuato dalla comunità per il riconoscimento dei diritti sociali si presenta lento e faticoso. La finalità enunciate al momento della sua nascita erano soprattutto economiche, e nessun spazio era dato agli aspetti sociali. L'assenza di riferimenti alla protezione dei diritti sociali all'interno del Trattato di Roma del 1957, che alcuni autori ben rappresentarono con il termine di "frigidità sociale"¹⁷, rende evidente come Europa guardasse solo alla libertà economiche quale struttura del mercato comune senza cercare anche un rafforzamento della protezione sociale, che veniva totalmente lasciata al livello nazionale. Con la crescente liberalizzazione degli scambi e la globalizzazione nasce la consapevolezza dell'importanza dei diritti

¹⁵ E. ALES, *La modernizzazione del modello di protezione sociale europeo: la lotta all'esclusione sociale attraverso l'open method of co-ordination*, in *Quad.dir.lav.rel.ind.*, 2004, fasc. 27, 37.

¹⁶ In materia di politiche sociali nella Comunità Europea V.: F. SANTONI, *Il dialogo fra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale del lavoro: la legislazione*, in AA.VV., *Il dialogo fra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale del lavoro*, in Atti delle giornate di studio Aidlass di Pavia, 6-7 novembre 1992, Milano, 1994, 14; F. CARINCI, *Dal dialogo sociale al negozio europeo. Gli interventi degli Stati e delle parti sociali*, in AA.VV., *Protocollo sociale di Maastricht: realtà e prospettive*, supp. a *Not. giur. lav.*, 1995, 12; F. CARINCI, A. PIZZOFRERATO, *Costituzione europea e diritti sociali fondamentali*, in *Lav. dir.*, 2000, 281; P. MAGNO, *Tutela dei lavoratori nel diritto comunitario*, Padova, 2000; R. FOGLIA, G.S. PASSARELLI, *Profili di diritto comunitario del lavoro*, Torino, 2006; M. ROCELLA, M. AIMO, D. IZZI, *Diritto comunitario del lavoro*, Torino, 2006.

¹⁷ G.F. MANCINI, *Profili fondamentali del diritto del lavoro nell'ordinamento delle comunità europee*, in AA.VV., *Il lavoro nel diritto comunitario e l'ordinamento italiano*, Padova, 1988, 26.

sociali, che le libertà economiche finivano per mettere in pericolo¹⁸. Di fronte al capitalismo, all'economia della concorrenza i diritti sociali rappresentano un "argine" contro la prepotenza dell'economia¹⁹, tanto che anche a livello europeo inizia a sentirsi la necessità di uscire dalla logica meramente economica per dare un'uguale importanza al campo sociale.

La conferenza di Parigi del 19-20 ottobre 1972 apre la strada, affermando che nell'ordinamento comunitario l'espansione economica non è fine a sé stessa ma rivolta ad attenuare le disparità nelle condizioni di vita e al miglioramento di esse. Il primo riconoscimento ufficiale si ha con la Carta sociale europea del 1961 che revisionata nel 1996 contiene il diritto al lavoro, alla sicurezza sociale, all'assistenza medica. Con il Regolamento del Consiglio del 26 maggio 1975 viene istituita la Fondazione Europea per il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, contenente misure rivolte al miglioramento delle condizioni normative dei lavoratori comunitari, tanto che nel trattato di Maastricht sull'Unione Europea del 1992 ed in particolare nell'Accordo sulla politica sociale ad esso allegato, fanno la loro comparsa dei traguardi di livello sociale come il miglioramento tenore di vita, l'aumento del livello di occupazione e protezione sociale.

Ma la svolta decisiva si ha con il trattato di Amsterdam del 1997 in quanto solo ora i principi contenuti nella Carta sociale europea del 1961 e della Carta comunitaria del 1989 si trovano inseriti nel trattato. Si affermano così per la prima volta in maniera esplicita i vincoli sociali posti alla libertà economica²⁰. All'art. 126 secondo comma, il trattato definisce l'occupazione una "questione di interesse comune". I sei articoli che compongono il capitolo dell'occupazione tutti di carattere programmatico, tranne quello che prevede l'istituzione del comitato per l'occupazione, confermano il ruolo propulsore della comunità nei confronti degli

¹⁸ S. GIUBBONI, *Da Roma a Nizza. Libertà economiche e diritti sociali fondamentali nell'unione europea*, in F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU (diretto da), *Ordinamento comunitario e rapporti di lavoro*, Torino, 2004.

¹⁹ R. DEL PUNTA, *I diritti sociali come diritti fondamentali: riflessioni sulla Carta di Nizza*, in *Dir. relazioni ind.*, 2001, 335.

²⁰ S. GIUBBONI, *Da Roma a Nizza. Libertà economiche e diritti sociali fondamentali nell'unione europea*, *op.cit.*

stati membri in una versante non più prettamente economico. L'interesse all'occupazione quindi raggiunge una dimensione sopranazionale ²¹.

L'attenzione del legislatore comunitario alla salvaguardia dell'occupazione non può non passare attraverso la tutela l'interesse dei lavoratori alla conservazione del posto di lavoro in ipotesi di crisi e/o modifiche strutturali dell'impresa. Da qui i vari interventi diretti ad armonizzare le discipline nazionali in materia di licenziamenti collettivi, trasferimento d'azienda e insolvenza del datore di lavoro. Se per quanto riguarda i licenziamenti collettivi il provvedimento europeo (direttiva del Consiglio CEE n. 129 del 1975) costrinse il nostro legislatore ad adeguarsi mediante l'emanazione della legge 23 luglio 1991, n. 223²², materia fino a quel momento lasciata all'autonomia contrattuale delle organizzazioni sindacali, nel caso del trasferimento d'azienda in crisi o soggetto a procedure concorsuali l'intervento delle direttive comunitarie (direttiva 77/187/CEE del Consiglio delle Comunità Europee 14 febbraio 1977 e direttiva 98/50/CE del Consiglio dell'Unione Europea 29 giugno 1998, strasfusa nella direttiva 2001/23/CE del Consiglio dell'Unione Europea 12 marzo 2001), va ad influire in modo sostanziale sul contenuto dell'art. 2112 cod. civ. Il testo originario dell'articolo è stato infatti modificato dalla legge n. 428/90 (art. 47), dal d.lgs. n. 18/2001 (emanato in attuazione della direttiva 98/50/CE relativa al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di stabilimenti) e da ultimo dal d.lgs. n. 276/2003.

Per quanto riguarda invece l'insolvenza del datore di lavoro la direttiva n. 80/987 del 20 ottobre 1980, recentemente modificata dalla direttiva 23 settembre 2002, n. 74 pone l'obbligo ad ogni Stato membro di garantire il pagamento delle retribuzioni dei lavoratori in caso di insolvenza del datore di lavoro, attraverso l'istituzione di appositi organismi di garanzia. Per tale motivo l'emanazione della legge n. 297 del 1982 che all'art. 2 ha istituito presso l'Istituto Nazionale della Previdenza Sociale, il Fondo di garanzia per il trattamento di fine rapporto (art. 2120 cod. civ.) con lo scopo di sostituirsi al datore di lavoro in caso di insolvenza del medesimo nel

²¹ C. LA MACCHIA, *Profili della politica comunitaria in tema di occupazione*, in *Riv.giur.lav.*, 2000 915.

²² Per un'analisi più approfondita in materia di Cassa integrazione guadagni, mobilità, e licenziamenti collettivi si rinvia al Capitolo II.

pagamento del trattamento di fine rapporto²³, non può considerarsi norma attuativa della direttiva n. 80/987 CEE, in quanto prende in considerazione il pagamento del T.f.r e non anche delle retribuzioni²⁴. Attuativo della direttiva CEE n. 80/987 è invece il d.lgs. n. 80/1992 il cui art. 2 prevede che l'intervento del Fondo di garanzia istituito con la legge n. 297/82 abbia ad oggetto anche i crediti di lavoro (retribuzione, ratei di tredicesima, quattordicesima, ferie, indennità di preavviso, ecc...)²⁵ inerenti agli ultimi tre mesi²⁶ del rapporto di lavoro, rientranti nei dodici mesi che precedono l'apertura della procedura concorsuale.

3. *Il diritto fallimentare nel solco dei diritti sociali.*

E' indubbio che la necessità di garantire ai lavoratori una protezione sociale si manifesti soprattutto in presenza di eventi non fisiologici del rapporto di lavoro, in momenti cioè di patologia ove le difficoltà dell'impresa mettono in gioco l'esistenza stessa del rapporto lavorativo. Qui, la materia giuslavoristica non basta, occorre che essa si "allei" con la disciplina fallimentare.

Il diritto dell'impresa in crisi è sicuramente permeato di istanze socialmente rilevanti dato l'interesse della forza lavoro ad essere protetta soprattutto nei casi in cui l'insolvenza conduce alla liquidazione del patrimonio. Non sembra però che la

²³ La normativa non ha effetto retroattivo e quindi il Fondo di garanzia interviene solo per i rapporti cessati successivamente al 1° giugno 1982.

²⁴ M. FEVERATI, *Il fondo di garanzia per i crediti di lavoro diversi dal T.f.r.*, in F. CARINCI (diretto da), *Commentario del lavoro, Vol III*, Torino, 1998, 686.

²⁵ Con circolare n. 118 del 28 luglio 2004 l'INPS ha stabilito che nei crediti di lavoro riferiti agli ultimi tre mesi si includono i ratei di tredicesima e delle altre eventuali mensilità aggiuntive previste contrattualmente, le somme dovute dal datore a titolo di prestazioni di malattia, mentre vanno escluse le indennità di preavviso (fa riferimento a Cass. n. 13939/2000), gli importi relativi a ferie non godute, le indennità di malattia a carico dell'INPS ma da corrispondere dal datore di lavoro e ogni altra voce che non costituisca retribuzione propriamente detta.

²⁶ La Corte di Giustizia con sentenza 10 luglio 1997 ha precisato che l'espressione "ultimi tre mesi del rapporto di lavoro" si riferisce agli ultimi tre mesi di calendario, sicchè il trattamento di garanzia dovrà riguardare gli ultimi 90 giorni di lavoro non retribuiti.

disciplina fallimentare si conformi a pieno ai principi costituzionali che mettono in primo piano la tutela dell'occupazione quale interesse collettivo.

Il contesto sociale ed economico in cui nasce la legge fallimentare (R.D. n. 267/1942) è il modello classico liberale che ha come realtà di riferimento un tessuto imprenditoriale di dimensioni modeste e limitate sul territorio nazionale. In un sistema come quello dell'epoca, embrionale e parcellare, le procedure concorsuali incidevano su imprese di modeste dimensioni, in uno Stato liberale che ignorava le aspettative individuali e collettive di cui la legislazione in materia di lavoro iniziava a farsi portatrice²⁷.

L'impresa era vista semplicemente come operatore del mercato privo di qualsiasi valenza sociale. L'unico interesse collettivo tutelato era quello di punire l'imprenditore per la sua cattiva gestione²⁸. Il diritto commerciale tradizionale infatti vedeva la crisi d'impresa come il risultato della disonestà dell'imprenditore, da qui la caratteristica punitiva del fallimento.

La legge fallimentare del '42 aveva quindi una struttura fondamentale privatista, avendo come unico scopo la migliore soddisfazione dei creditori sul patrimonio del debitore nel rispetto della *par condicio creditorum*. La connotazione pubblicistica veniva in rilievo solo con l'interesse di evitare quei fenomeni che rappresentavano delle turbative ad un ordinato sviluppo dei mercati, attraverso un'attività di pulizia del mercato delle imprese insolventi e loro punizione mediante sanzioni penali che dovevano fungere da deterrente²⁹.

Il fallimento quale figura centrale della disciplina delle procedure concorsuali (amministrazione controllata e concordato preventivo erano per così dire, le eccezioni legate a situazioni o di meritevolezza o di dissesto parziale), adottava e adotta tutt'oggi, una concezione atomistica dei beni del fallito, mentre nessuna considerazione, vi era e vi è per la conservazione dell'impresa. Lo testimonia *in primis* il ruolo assolutamente marginale assolto dall'esercizio provvisorio, la cui

²⁷ M. BIONE, *Crisi d'impresa e tutela dei lavoratori*, in *Giur. comm.*, 1974, I, 597.

²⁸ F. FIMMANÒ, *Fallimento e circolazione dell'azienda socialmente rilevante*, Milano, 2000, 12. Sostiene il marcato pubblicismo della legge fallimentare: P. PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1999, 53.

²⁹ A. JORIO, *Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna, 2006, 3.

autorizzazione può avvenire solo nei casi in cui l'interruzione dell'attività provochi un danno grave ed irreparabile ai creditori.

Una struttura così delineata, tesa a favorire l'espulsione dal mercato delle imprese marginali e non concorrenziali, come in una selezione naturale operata dal mercato, senza nessun riguardo alla conservazione dell'impresa, si traduce, dal lato lavoristico, in una denuncia della scarsa attenzione della legislazione nei confronti degli interessi dei lavoratori, soprattutto come soggetti portatori di un'istanza di conservazione del complesso produttivo quale premessa indispensabile per la garanzia occupazionale³⁰.

Da più parti è stato quindi affermato come si tratti di una struttura che appare del tutto inadeguata, in quanto non coglie la vastità di interessi che ruotano intorno all'impresa quale componente attiva di un tessuto economico in cui convergono, interessi dei lavoratori, dei creditori, degli enti finanziari, degli istituti previdenziali, ecc.³¹.

Di fronte a dimensioni d'impresa rilevanti, l'ottica dell'eliminazione si dimostra superata, in quanto non coglie la rilevanza dell'interesse collettivo all'occupazione. La libertà di iniziativa dell'imprenditore si trova quindi messa in discussione in presenza di imprese "socialmente rilevanti"³².

E' ovviamente nelle crisi di dimensioni maggiori che si coglie una maggiore attenzione pubblicistica per il dissesto. Di qui la tendenza a privilegiare sempre più, rispetto ai meccanismi di liquidazione, il risanamento dell'impresa mediante la riorganizzazione del complesso produttivo, coerentemente ad un nuovo modo di

³⁰ G. FERRARO, *Crisi dell'impresa, procedure concorsuali e tutela dei lavoratori*, in *Riv.it.dir.lav.*, 1985, I, 142.

³¹ S. PACCHI PEDUCCI, *Dalla Meritevolezza dell'imprenditore alla meritevolezza del complesso aziendale*, Milano, 1989.

³² Per individualizzazione del requisito numerico al fine di capire se l'impresa sia o meno socialmente rilevante vi è chi fa riferimento all'impresa con più di quindici dipendenti perché è a questa impresa alla quale il legislatore si riferisce in molte occasioni, prima fra tutte, il ricorso agli armonizzatori sociali: F. FIMMANÒ, *Fallimento e circolazione dell'azienda socialmente rilevante*, *op.cit.*, 14.

gestire la crisi nel quale le esigenze collettive devono essere coniugate con l'interesse dei creditori³³.

I primi decenni del '900 furono caratterizzati da un ampio intervento pubblico nell'economia soprattutto successivamente alla crisi del '29. Lo loro scopo era quello di evitare il crollo del sistema bancario e dare sostegno dell'industria. La costituzione dell'IRI nel 1933 quale ente di gestione e finanziamento delle imprese industriali nelle quali lo Stato aveva assunto una partecipazione di controllo, il cui intervento doveva essere solo temporaneo, ha in realtà rappresentato per molti anni l'apice della intervento pubblico nell'economia. In questa cornice si collocano gli interventi legislativi degli anni settanta quali la legge 22 marzo 1971 n. 184 che istituisce il GEPI, la legge 12 agosto 1977, n. 675 sulla riconversione industriale, la legge 5 dicembre 1978, n. 787 sul risanamento finanziario delle imprese industriali.

Vi è quindi una forte discontinuità fra le linee ispiratrici della legge fallimentare e i provvedimenti speciali nati per "curare" l'economia di fronte ai danni sociali causati dalle crisi economiche. Accanto ad una disciplina tesa all'eliminazione del complesso produttivo dal mercato, si trovano una serie di provvedimenti speciali che vedono la crisi in un'ottica di mantenimento dei livelli occupazionali quindi nella tutela dei dipendenti anziché dei creditori.

Gli interventi diretti alla sostegno dell'economia e delle classi più deboli non si inseriscono infatti in un disegno unitario frutto di una scelta organica. Il legislatore interviene di volta in volta sulla spinta di pressioni contingenti³⁴. E' un panorama settoriale³⁵, in cui si nota l'inesistenza di un coordinamento della legislazione speciale di diritto concorsuale con la legislazione lavoristica.

La chiave di volta è rappresentata dall'introduzione della legge 3 aprile 1979 n. 95. Con la legge Prodi la necessità di un intervento pubblico in caso di crisi rilevanti viene disposto non a seguito di una verifica delle possibilità di successo ma bensì solo in virtù della constatazione della rilevanza economico e sociale della crisi in ragione delle dimensioni aziendali. Il rigido automatismo che caratterizzava l'accesso alla procedura ogni qualvolta si fossero presentati i requisiti dimensionali

³³ S. PACCHI PEDUCCI, *Dalla Meritevolezza dell'imprenditore alla meritevolezza del complesso aziendale*, *op.cit.*, 14.

³⁴ A. JORIO, *Il nuovo diritto fallimentare*, *op.cit.*, 6.

³⁵ G. FERRARO, *op.cit.*, 1985, I, 146.

e di esposizione debitoria richiesti ebbe in alcune occasioni come conseguenza l'inutile protrarsi del tentativo di risanamento verso imprese in cui non vi erano possibilità di una ripresa economica. L'atteggiamento assistenzialistico così adottato oltre a concretizzarsi in un forte intervento dello Stato mediante aiuti alle imprese, portava ad un'ingiustificata compressione delle ragioni del ceto creditorio, che a causa dell'aumento delle spese prededucibili, finiva per "finanziare" il recupero economico dell'impresa.

Di fronte ai dubbi di legittimità costituzionale per contrarietà a principio di uguaglianza e ragionevolezza e per sottrazione della procedura al giudice naturale portati avanti da parte della dottrina³⁶, la giurisprudenza dal canto suo, vedeva nell'interesse pubblico alla salvaguardia del gruppo d'impresе quale produttore di ricchezza e di posti di lavoro, la ragione giustificatrice alla sottrazione del dissesto alla tutela giudiziale³⁷.

Ma la constatazione della violazione delle norme comunitarie in materia di aiuti di stato non tarda ad arrivare tanto che la disciplina dell'amministrazione straordinaria come prevista originariamente dalla legge n. 95 del 1979, fu ripetutamente oggetto di censura da parte delle Corti di Giustizia che identificava nella procedura una violazione dell'art. 92 del Trattato CE concernente il divieto di concessione di aiuti di stato idonei a distorcere le regole della concorrenza³⁸. Sia la mancanza di prospettive di risanamento necessarie per l'ammissione alla procedura sia la concessione di vantaggi economici quali la riduzione dell'aliquota dell'imposta e l'esenzione dall'obbligo di pagare ammende o sanzioni pecuniarie, configuravano un sistema incompatibile con la normativa comunitaria³⁹. La necessità di una riforma

³⁶ P. SCHLESINGER, *Provvedimenti urgenti per l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1979, 750; P. SCHLESINGER, *Imprese insolventi e credito bancario: considerazioni introduttive*, in *Fall.*, 1985, 243. Per la violazione del diritto di difesa ai sensi dell'art. 24 Cost. riguardo l'azione esecutiva V. E. RICCI, *La tutela dei creditori dell'imprenditore in amministrazione straordinaria: problemi di legittimità costituzionale*, in *Fall.*, 1984, 100.

³⁷ Cass. 20 aprile 1985, n. 2619, in *Dir. fall.*, 1985, II, 326.

³⁸ Corte Giustizia, 1 dicembre 1998. Seguita da altra pronuncia di identico tenore del 17 giugno 1999.

³⁹ M. GALIOTO. *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, Milano, 2003, 4.

dell'istituto, rilevata a livello comunitario, viene colta con l'emanazione del d.lgs. n. 270/1999 che nel delineare i presupposti di assoggettamento alla procedura include, oltre ai requisiti dimensionali e di indebitamento, anche l'indefettibile prospettiva di un recupero dell'equilibrio economico, da attuare entro termini rigidi (un anno in caso di cessione dei beni, due in caso di ristrutturazione economico-finanziaria). La diversa natura dell'insolvenza, o meglio il fatto che vi siano o meno prospettive di ripresa determina la scelta fra l'assoggettamento a fallimento o ad amministrazione straordinaria, che non rappresenta più come in passato l'unica via perseguibile in presenza di una grande impresa.

La disciplina dell'amministrazione straordinaria è stata recentemente modificata dal d.l. 23 dicembre 2003, n. 347 (c.d. decreto Marzano) e successiva legge di conversione 18 febbraio 2004, n. 39, la quale prevede una disciplina speciale per regolare le conseguenze dello stato di insolvenza in situazioni di crisi particolarmente rilevanti⁴⁰. Presupposto per l'ammissione alla procedura è comunque quello delle concrete possibilità di recupero dell'equilibrio economico delle attività aziendali. Se infatti la crisi è irreversibile sarà aperta una procedura liquidativa. Non basta quindi si individui un interesse pubblico alla conservazione, la compressione dell'interesse privatistico in favore di quello collettivistico al mantenimento in vita del compresso⁴¹, è possibile solo in presenza di una ripresa.

Gli ultimi interventi legislativi dimostrano ancora una volta come la procedura di amministrazione straordinaria faccia propria la concezione di rilevanza sociale della grande impresa distogliendola (in presenza di prospettive di ripresa economica) dall'ambito di applicazione del fallimento, incapace di rispondere alle esigenze sociali che il dissesto di un gruppo d'impresе porta con sé.

⁴⁰ Il decreto Marzano è stato infatti emanato a seguito del dissesto che ha colpito il gruppo Parmalat al fine di ampliare gli strumenti per superare la crisi del gruppo, anche se l'onorevole Marzano ha sostenuto in un'intervista al Sole 24ore (27 dicembre 2003) che il decreto "non doveva essere considerato una misura legislativa *ad hoc* ma un nuovo strumento di politica industriale riservato alle grandi imprese". Vedi: R. ROSSI, *L'amministrazione straordinaria fra Prodi bis, decreto Marzano e legge 18 febbraio 2004, n. 39*, in *Dir. fall.*, 2004, I, 634.

⁴¹ L'esigenza della collettività ad un nuovo tipo di scelte economico-politiche deve però trovare una limitazione nell'assistenzialismo dispendioso quanto improduttivo: S. PACCHI PEDUCCI, *Dalla Meritevolezza dell'imprenditore alla meritevolezza del complesso aziendale, op.cit.*, 27.

Alla base di questo nuovo modo di vedere la crisi si pone la necessità di lasciare distinti gli atti di impresa dalla titolarità dell'azienda⁴². Scindere fra come l'attività è gestita dall'imprenditore e il complesso aziendale in cui confluiscono interessi diversi, significa tenere distinto sorte dell'imprenditore e della azienda ovvero del complesso dei beni e delle forze lavoro che possono nonostante la crisi, sopravvivere e trovare un nuovo gestore. L'azienda per quanto possibile va salvata, tenendo insieme le sue componenti ed evitando così la distruzione di ricchezza. Vi è la netta separazione fra impresa come attività organizzativa, gestita da un certo imprenditore e complesso aziendale quale aggregato di beni, rapporti, contratti, che potenzialmente ha un valore di per sé superiore alla somma degli elementi che lo compongono e può sussistere nonostante la crisi dell'attività⁴³.

Con l'introduzione della procedura di amministrazione straordinaria il diritto fallimentare⁴⁴ riconosce che i lavoratori non sono semplici creditori ma portatori di un interesse giuridicamente tutelato a non perdere il posto di lavoro⁴⁵. L'attenzione quindi si sposta dal lato fisiologico del lavoro (la garanzia della attività sindacale, la difesa del salario), alla necessità che il posto di lavoro sia salvaguardato, elemento indispensabile affinché tutte le altre tutele non sia vanificate. Si capisce subito come per la grande impresa il fallimento non rappresenti più il posto centrale. La procedura fallimentare riveste una posizione residuale, rimanendo operante per quelle aziende

⁴² G.C. RIVOLTA, *Gli atti di impresa*, in *Riv.dir.civ.*, 1994, 107.

⁴³ Rileva non tanto come l'attività esercitata dall'imprenditore ma quanto organizzazione di beni e persone: G. LO CASCIO, *Rapporto di lavoro inerente all'esercizio dell'impresa e procedimenti concorsuali*, in *Fall.*, 1981, 65. Conforme: S. PACCHI PASUCCI, *Alcune riflessioni in tema di insolvenza presa e complesso aziendale derivanti dalla lettura della legge delega per l'emanazione della nuova legge sull'amministrazione straordinaria*, in *Giur. comm.*, 1999, I, 299.

⁴⁴ Inizialmente al lavoratore di impresa insolvente era data solo una tutela pecuniaria, mediante il riconoscimento al lavoratore di una posizione privilegiata nel riparto dell'attivo. In un secondo momento invece la giurisprudenza si è orientata verso la tutela del posto di lavoro, riconoscendo nei lavoratori una posizione di creditori meno uguali degli altri in quanto soprattutto su questi si hanno le più pesanti ripercussioni dell'insolvenza: S. PACCHI PEDUCCI, *Dalla Meritevolezza dell'imprenditore alla meritevolezza del complesso aziendale*, *op.cit.*, 19.

⁴⁵ M. PERSIANI, *L'interesse del lavoratore alla conservazione del posto e crisi dell'impresa*, in *Giur. comm.*, 1979, I, 262.

per le quali, in ragione delle dimensioni o per obsolescenza tecnica non vi è un interesse alla conservazione⁴⁶, o per la grande impresa non risanabile.

Il problema del salvataggio dell'impresa coinvolge non solo e non tanto argomentazioni di tipo giuridico ma anche e soprattutto una problematica di contemperamento fra i vari interessi che la crisi inevitabilmente coinvolge (soddisfazione dei creditori contro tutela dell'occupazione). Si pone il problema di come assicurare il diritto di garanzia che i creditori hanno sul patrimonio dell'imprenditore e allo stesso tempo dare risposta all'interesse dei lavoratori (interesse la quale viene conferita rilevanza pubblica), alla conservazione dell'impresa, che potrebbe porsi in contrasto con la normativa tradizionale che vede nella liquidazione del patrimonio la realizzazione del diritto del ceto creditorio⁴⁷.

All'interrogativo verrà data risposta in relazione alle dimensioni della crisi, e quindi agli interessi in gioco, ma soprattutto in relazione all'atteggiamento presente nell'ordinamento nei confronti delle crisi imprenditoriali⁴⁸.

La riforma della legge fallimentare intervenuta a partire dal 2005⁴⁹ recepisce molte delle soluzioni pensate dalla commissione Trevisanato ma manca di coraggio in quanto non adotta in pieno quello spirito innovatore presente nel testo redatto dalla commissione, che soprattutto mediante la previsione dei c.d. istituti di allerta e prevenzione per una gestione tempestiva della crisi, esprimeva una volontà di

⁴⁶ M. LIBERTINI, *Sulla funzione della revocatoria fallimentare*, in *Giur. comm.*, 1977, I, 88.

⁴⁷ F. D'ALESSANDRO, *Interesse pubblico alla conservazione dell'impresa e diritti privati sul patrimonio dell'imprenditore*, in *Giur. comm.* 1984, I, 53. L'autore identifica nell'art. 42 Cost. il metro al quale rivolgersi se ci si chiede se sia possibile far gravare sui creditori le perdite derivanti da un artificioso mantenimento in vita dell'impresa decotta. Perché questo sia possibile occorre che vi sia un interesse generale e sia corrisposto un indennizzo. Ma l'art. 42 prevede che non solo che fra interesse pubblico e ablazione del diritto privato ci sia una relazione di mezzo a fine ma anche che questa relazione sia infungibile per i soddisfacimento di quel interesse. Ne deriva che non sono costituzionalmente legittimi quei provvedimenti ablativi dei diritti dei creditori in quanto essi mirano a devolvere ai fini dell'interesse pubblico non beni specifici indispensabili per tale interesse ma genericamente denaro privato.

⁴⁸ A. JORIO, *Salvataggio o liquidazione delle imprese in crisi?*, in *Giur. comm.* 1983, I, 451.

⁴⁹ D.l. 14 marzo 2005 n. 35 convertito con l. 14 maggio 2005, n. 80; d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5; d.gs. 12 settembre 2007, n. 169.

perseguire l'interesse collettivo consentendo di percepire con tempestività l'insorgere della crisi per affrontarla.

L'impulso riformatore dato al concordato preventivo e l'istituzione degli accordi di ristrutturazione dei debiti, se da una parte confermano ancora una volta la perdita di centralità della procedura fallimentare, non contengono alcuna previsione che dimostri che il legislatore abbia voluto privilegiare interessi diversi da quelli dei creditori⁵⁰. Sia nell'approvazione del concordato che negli accordi di ristrutturazione totalmente assente è l'attenzione alla conservazione del complesso come condizione per la tutela occupazionale, in considerazione del fatto che la salvaguardia del complesso produttivo vi può essere solo e soltanto se i creditori vi abbiano interesse.

4. Il principio di uguaglianza fra diritto del lavoro e diritto fallimentare.

La protezione del lavoratore in quanto soggetto-contraente più debole viene posto a fondamento ideologico della Carta costituzionale⁵¹. La presenza accanto a tale finalità protettiva di quella, ulteriore e più ampia, della garanzia dei diritti sociali⁵², fa rientrare il *diritto al lavoro* tra i diritti sociali, in quanto interesse per la cui tutela è necessario un intervento protettivo dei pubblici poteri. I principi costituzionali in materia di lavoro non hanno quindi solo la funzione di tutela di una posizione contrattualmente debole ma anche e soprattutto funzione di protezione della dignità e della libertà sociale del cittadino-lavoratore, riconosciuto in situazione di sottoprotezione sociale.

La Corte Costituzionale con sentenza n. 45 del 1965 nell'analizzare il contenuto dell'art. 4 Cost. individua al suo interno due diritti. Un diritto sociale affinché siano create occasioni di lavoro e un diritto di libertà, a contenuto negativo, che si sostanzia nell'astensione da qualsiasi interferenza nella scelta, nel modo di esercizio e nello svolgimento, dell'attività lavorativa⁵³. Quanto al diritto al lavoro quale diritto

⁵⁰ A. JORIO, *Il nuovo diritto fallimentare*, op.cit., 19.

⁵¹ R. SCOGNAMIGLIO, *Il lavoro nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1978.

⁵² G. PERA, *Diritto del lavoro*, Padova, 2002.

⁵³ C. MORTATI, *Il diritto al lavoro secondo la costituzione della Repubblica: natura giuridica, efficacia, garanzie*, in *Atti della Commissione Parlamentare d'inchiesta sulla disoccupazione*, IV, I,

sociale si pongono inevitabili interrogativi in merito a quale debba essere la natura e la portata dell'intervento pubblico. Pare ovvio che questo non possa tradursi in una garanzia di lavoro per tutti i cittadini, pena la realizzazione di forme di stato inammissibili. Si può invece affermare che i lavoratori subordinati siano titolari di un interesse autonomo e giuridicamente rilevante⁵⁴.

Quanto invece alla concezione di diritto al lavoro come diritto di libertà si sottolinea come questa, dovendo richiedere un'astensione della pubblica utilità, stoni con il ruolo attivo attribuito allo Stato affinché questo renda effettivo il diritto al lavoro⁵⁵. Inoltre la libertà di disporre della propria forza lavoro è già assicurata dall'art. 2 secondo comma della Costituzione.

Il diritto al lavoro è quindi riconosciuto al cittadino, in quanto tale e non in quanto contraente. Egli deve essere titolare dei diritti soggettivi idonei a realizzare l'obiettivo dell'uguaglianza sostanziale garantita dall'art. 3, secondo comma, della Costituzione.

La centralità del principio di uguaglianza non compare solo nel diritto del lavoro quanto anche, seppur con un'accezione diversa, nel diritto fallimentare, incentrato sulla *par condicio creditorum*. La parità di trattamento fra creditori è una delle manifestazioni del principio di uguaglianza del nostro ordinamento che ritrova la sua ragion d'essere in una esigenza più di carattere etico- filosofico che giuridico⁵⁶, la necessità di trattare in modo uguale soggetti uguali. Nella procedura concorsuale l'esigenza è quella di disciplinare la concorrenza di più diritti su un oggetto limitato e incapiente, ne deriva l'ineluttabile soddisfazione proporzionale dei diritti stessi. La *par condicio* è quindi la guida che consente lo svolgimento del concorso.

Dall'uguaglianza in senso formale si deve però passare a quella in senso sostanziale. Non tutti i creditori sono uguali. Lo testimonia l'esistenza di un vasto

81; C. SMURAGLIA, *La costituzione e il sistema del diritto del lavoro*, Milano, 1958, 62; V. DEL GIUDICE, *Diritto e dovere del lavoro*, in *Dir.lav.*, 1960, I, 48; G. SUPPIEJ, *Diritto di sciopero e potestà di sciopero*, in *Riv.dir.lav.*, 1965, I, 48.

⁵⁴ In questo senso, U. NATOLI, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Milano, 1955, 90.

⁵⁵ G.F. MANCINI, *Art. 4*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione. Principi fondamentali, Art.1-12*, Bologna, 1982, 209.

⁵⁶ J. M. GARRIDO, *Preferenza e proporzionalità nella tutela del credito*, Milano, 1998, 281.

numero di cause di prelazione che riconoscono come i creditori siano portatori di interessi e aspettative assolutamente divergenti. Nascono infatti esigenze di tutela preferenziale del credito, si riconoscono le disuguaglianze esistenti tramite la creazione di una scala di privilegi riconosciuti ai creditori in ragione della sola natura del credito. E' il caso del credito da lavoro subordinato al quale l'art. 2571 *bis* n. 1 cod. civ. riconosce un privilegio mobiliare generale di primo grado⁵⁷. Si arriva ad una "autonegazione della *par condicio creditorum*"⁵⁸ dato che la vera uguaglianza è quella sostanziale e non quella formale.

5. Art. 4 Cost. e art. 41 Cost.: un dialogo possibile.

Quanto visto nei precedenti paragrafi testimonia come diritto commerciale e diritto del lavoro si evolvono spesso in modi differenti, a volte contrapposti. Sia l'una che l'altra materia però si incontrano quotidianamente nell'impresa⁵⁹.

Quale che sia il contenuto dell'art. 4 una sua analisi non può sicuramente prescindere da quella sfera di interessi, rappresentata dal mondo imprenditoriale che con la sua libertà di iniziativa privata inevitabilmente influisce sul diritto al lavoro.

⁵⁷ Nella disciplina precedente al codice civile del 1942, il rilievo attribuito ai crediti di lavoro era molto esiguo dato che erano assistite da privilegio solo le retribuzioni e le indennità di anzianità degli impiegati (senza limiti di tempo), nonché le retribuzioni delle persone di servizio per gli ultimi sei mesi, e degli operai per l'ultimo mese. V. M. MISCIONE, *Il rapporto di lavoro subordinato: garanzie del reddito, estinzione e tutela dei diritti*, in F. CARINCI, *Diritto del lavoro, Vol III*, Torino, 1998, 667.

Oggi sono compresi nel privilegio: 1) le retribuzioni dovute sotto qualsiasi forma ai prestatori di lavoro subordinato; 2) tutte le indennità dovute per effetto della cessazione del rapporto di lavoro; 3) il credito del lavoratore per i danni conseguenti alla mancata corresponsione, da parte del datore di lavoro, dei contributi previdenziali e assicurativi obbligatori 4) il credito per il risarcimento del danno subito per effetto di un licenziamento inefficace, nullo o annullabile.

⁵⁸ J. M. GARRIDO, *Preferenza e proporzionalità nella tutela del credito*, *op.cit.*, 291.

⁵⁹ S. PACCHI PEDUCCI, *Dalla Meritevolezza dell'imprenditore alla meritevolezza del complesso aziendale*, *op.cit.*, 30.

L'art. 41 Cost. riconosce ai privati la libertà di organizzare l'attività produttiva e quindi di decidere cosa e come produrre⁶⁰. Se da una parte tale libertà riceve una tutela costituzionale, nello stesso momento in cui la riconosce, il legislatore ha avvertito il bisogno di regolamentarla, influenzando i poteri dell'imprenditore di assumere e licenziare. L'esercizio del potere imprenditoriale trova infatti la sua limitazione nel rispetto di quella utilità sociale stabilita dallo stesso art. 41 che rappresenta la linea di demarcazione per un'iniziativa privata legittima. Lo Stato può spostare questo limite aumentando o diminuendo il proprio intervento ma mai togliendo quella che è la libertà d'iniziativa dell'imprenditore in quanto si arriverebbe ad un'inaccettabile funzionalizzazione dell'impresa all'interesse collettivo⁶¹.

Occorre sottolineare però come il diritto all'iniziativa privata non riceva quel carattere di diritto inviolabile che è invece attribuito alle libertà civili, non essendo menzionato fra i principi fondamentali. La preoccupazione maggiore del nostro costituente è stata piuttosto quella di evitare che il suo esercizio leda valori sociali o umani⁶².

Sullo scontro ideologico fra art. 4 e art. 41 Cost. il legislatore nel corso dell'ultimo secolo ha dato risposte diverse. Gli anni sessanta- settanta vedono un forte intervento statale con l'emanazione di numerosi provvedimenti atti a ristrutturare quelle imprese industriali sull'orlo del dissesto al fine di evitare conseguenze a livello occupazionale. Il sistema di partecipazioni statali per il mantenimento e accrescimento dei livelli di occupazione aveva come scopo quello di garantire il diritto al lavoro, bene talmente importante da far sì che si sopportassero i forti oneri che lo Stato si addossava per mantenere in vita imprese non produttive al solo scopo di evitare i licenziamenti⁶³.

Dal lato della disciplina lavoristica la limitazione al potere imprenditoriale si manifestava invece mediante la disciplina del collocamento e delle assunzioni

⁶⁰ F. GALGANO, *Art. 41*, in G. BRANCA (a cura di) *Commentario alla Costituzione. Rapporti economici*, II, Bologna, 1987, 13.

⁶¹ G.F. MANCINI, *Art. 4*, *op.cit.*, 215.

⁶² F. GALGANO, *Art. 41*, *op.cit.*, 15.

⁶³ C. MORTATI, *Il diritto al lavoro secondo la costituzione della Repubblica*, *op.cit.*, 82.

obbligatorie⁶⁴, la cui introduzione perde di effettività data la persistenza del licenziamento *ad nutum*. Qui il limite dell'utilità sociale dell'art. 41 Cost. ricopri un ruolo importantissimo, in quanto consentiva al giudice di sindacare sui motivi del licenziamento e dichiararlo nullo se fosse prevalso l'interesse alla conservazione del posto sulle esigenze dell'impresa⁶⁵. Era quindi già presente l'idea che nel rapporto di lavoro dovesse essere perseguito un interesse collettivo superiore all'interesse individuale delle parti⁶⁶.

Il passo successivo si realizza negli anni settanta in cui si fa piena la consapevolezza che il diritto a conservare il posto diventa effettivo solo quando i limiti posti al potere di recesso del datore siano di carattere reale e non solo obbligatorio. Nonostante ciò lo scontro fra l'art. 41 e art. 4 Cost., fra libertà dell'imprenditore di decidere se, quanto e come produrre e diritto al lavoro, non perde la sua importanza ma si sposta coinvolgendo ora i limiti del controllo giudiziale sulla ricorrenza del giustificato motivo oggettivo di licenziamento⁶⁷. Il problema resta quindi quello di contemperare i criteri di efficienza ed economicità dell'azione economica con la necessità che il licenziamento sia legittimo (meglio socialmente accettabile?).

Interpretare in modo ampio le limitazioni poste dal rispetto della dignità umana e libertà porterebbe a considerare il licenziamento come *extrema ratio*⁶⁸ di cui è simbolo l'obbligo di *repèchage*, con il pericolo di cadere nell'accusa di un'eccessiva "rigidità" nell'impiego della forza lavoro⁶⁹. Se invece si avesse il contrario il rischio

⁶⁴ Sul tema vedi: E. GHERA, *Collocamento e autonomia privata*, Napoli, 1969, 117; U. PROSPERETTI, *Sul diritto al lavoro*, in *Problemi di diritto del lavoro*, Milano, 1958, 44.

⁶⁵ U. NATOLI, *Diritto al lavoro, inserzione del lavoratore nell'azienda e recesso ad nutum*, in *Riv.giur.lav.*, 1951, I, 112; C. SMURAGLIA, *La costituzione e il sistema del diritto del lavoro*, Milano, 1958, 143.

⁶⁶ M. PERSIANI, *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto*, in *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, II Padova, 1971, 602.

⁶⁷ G. FONTANA, *Discrezionalità imprenditoriale e tutela giurisdizionale nei licenziamenti motivati da ragioni economiche*, in *Riv.giur.lav.*, 2001, 323.

⁶⁸ G.F. MANCINI, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di) *Commentario del cod. civ., Statuto dei diritti dei lavoratori*, sub art. 18, 258.

⁶⁹ M. PERSIANI, G. PROIA, *Contratto e rapporto di lavoro*, Padova, 2001, 154.

sarebbe quello di non salvaguardare adeguatamente una tutela dei livelli occupazionali.

In merito, la Suprema Corte ha negato la possibilità di invocare le clausole generali di correttezza e buona fede in sede di risoluzione del contratto quale mezzo per effettuare un controllo di merito sulle scelte dell'imprenditore⁷⁰, ponendo quindi un limite ad una interpretazione eccessivamente estensiva delle restrizioni poste in capo al datore in merito alla giustificazione del licenziamento.

⁷⁰ Cassazione S.U. 29 maggio 1993, n. 6030, in *Dir.prat. lav.*, 1993, 1935; Cassazione S.U. 17 maggio 1996, n. 4570, in *Giur. civ.*, 1996, I, 1899; Cassazione 16 ottobre 1996, n. 9027, in *Mass. giur. lav.*, 1996, 1417.

CAPITOLO II
CRISI D'IMPRESA E CASSA INTEGRAZIONE GUADAGNI
NEL MERCATO DEL LAVORO

SOMMARIO: 1. Crisi aziendale e cassa integrazione guadagni. - 1.1. L'ipotesi di cassa integrazione per crisi in caso di cessazione dell'attività e per eventi imprevisti. - 2. Cassa integrazione per crisi e per procedure concorsuali: due fattispecie a confronto. - 3. La cassa integrazione nelle procedure concorsuali fra tutela dell'occupazione e libertà di iniziativa privata. - 4. Responsabile della procedura e richiesta di intervento della cassa integrazione: ampiezza e limiti del potere discrezionale. - 4.1. Sulla diversità del potere della procedura in materia di richiesta rispetto l'imprenditore in bonis: l'obbligatorietà. - 4.2. Interessi pubblicistici e intervento della cassa integrazione. - 5. La rilevanza della discrezionalità amministrativa per la concessione del trattamento. - 6. Concessione della cassa integrazione e autorizzazione del giudice delegato. - 7. Obbligatorietà e automaticità nella giurisprudenza. - 8. Proroga del trattamento e condizioni economiche dell'impresa. - 9. La procedura sindacale: le peculiarità in caso di procedure concorsuali. - 10. Concordato preventivo: dubbi interpretativi alla luce della riforma fallimentare. - 11. I costi della procedura. - 12. CIGS ed esercizio provvisorio. - 13. Problemi di coordinamento fra concessioni successive. - 14. CIGS nelle procedure non menzionate dall'art. 3 della legge n. 223/91: il particolare caso del concordato con garanzia. - 15. Gli interventi delle leggi finanziarie.

1. Crisi aziendale e cassa integrazione guadagni.

A testimonianza della sempre presente necessità del legislatore di non ignorare le conseguenze sociali della crisi d'impresa, la regolamentazione degli ammortizzatori sociali intrapresa con la legge n. 223/91 e sue successive modifiche, dedica molta attenzione alla causale "crisi aziendale" nonché alla concessione della Cassa integrazione straordinaria nelle procedure concorsuali.

La disciplina attuale della cassa integrazione straordinaria (d'ora in poi CIGS) si compone di due essenziali articoli, rispettivamente l'art. 1 e l'art. 3 della legge n. 223/91, che vedono contrapporsi le due fattispecie di CIGS oggetto del presente studio.

Soffermandoci inizialmente sull'ipotesi prevista dall'art. 1 legge n. 223/91 ovvero la possibilità dell'imprenditore di fare ricorso alla cassa integrazione in presenza di una crisi aziendale, nasce innanzitutto l'esigenza di individuare quando si sia in presenza della crisi. A tale proposito la legge n. 223/91 rimane del tutto muta.

I criteri da utilizzare per l'accertamento dello stato di crisi sono infatti individuati dal d.m. 18 dicembre 2002, n. 31826 che, se da una parte conferma la rilevanza ai fini dell'accertamento di detto stato degli indici già previsti nei precedenti provvedimenti amministrativi¹ ovvero il risultato di impresa, il fatturato, il risultato operativo e l'indebitamento, dall'altra intraprende una forte innovazione stabilendo che non vi debba essere il rispetto formale di ogni singolo indice ma che lo stato di crisi possa essere dedotto da una valutazione complessiva di tali indicatori. Ne deriva che, a differenza del passato, l'andamento positivo di un fattore non pregiudica la concessione della CIGS, dovendo il ministero effettuare una valutazione complessiva sull'andamento involutivo dell'impresa².

Sempre secondo la fonte ministeriale, oltre all'indagine sull'andamento negativo degli indici sopra detti nel biennio precedente alla formulazione della domanda, è necessario che, con riferimento allo stesso arco temporale vi sia un ridimensionamento dell'organico aziendale o almeno una sua stabilità. Nuove assunzioni di lavoratori non escludono però a priori la concessione del trattamento in quanto il requisito potrebbe verificarsi lo stesso a patto che l'impresa giustifichi la necessità di queste assunzioni e la loro compatibilità con la finalità dell'istituto della CIGS³. E' infatti considerata ammissibile l'assunzione di personale con qualifica diversa da quello sospeso⁴.

Appurato che l'impresa soddisfi i due requisiti previsti (andamento involutivo e stabilità o ridimensionamento dell'organico) deve essere presentato da parte della stessa un piano di risanamento che definisca le azioni intraprese o da intraprendere

¹ Il d.m. 18 dicembre 2002 n. 31826 è intervenuto in sostituzione del d.m. 2 maggio 2000 a sua volta emanato in sostituzione della delibera del CIPI 18 ottobre 1994 la quale per prima ha individuato precisi indicatori economici-finanziari il cui rispetto era necessario per rientrare nella definizione di impresa in crisi.

² G. ORLANDINI, *Stato di crisi aziendale e cassa integrazione guadagni straordinaria: vincoli sostanziali e procedurali di fronte alla "domande" comunitarie*, in *Riv.dir.sic.soc.*, 2006, 142.

³ Art. 1, primo comma, lett. b) d.m. 18 dicembre 2002 n. 31826.

⁴ Circolare Min. Lavoro n. 50 del 2000.

per il superamento delle difficoltà, facendo distinzione per ogni settore di attività e per ciascuna unità interessata dall'intervento di cassa integrazione⁵. La presenza di un piano di risanamento sottolinea la necessità che la CIGS sia concessa in situazioni in cui vi è la possibilità di un risanamento dell'impresa e non si riduca invece in un intervento prettamente assistenziale. L'ottica della legge n. 223/91 è appunto quella di rimodellare lo strumento della CIGS, divenuto, con la normativa precedente, un "aiuto di Stato" elargito senza nessun criterio. L'intento della legge in commento è appunto quello di prevedere l'intervento della CIGS solo in limitati casi, in cui vi è un'effettiva possibilità di risanamento e comunque per archi temporali limitati. Con il passare del tempo però si è progressivamente tornati ad una situazione non molto distante da quella ante-riforma viste le continue proroghe alla concessione e l'ampliamento dei soggetti interessati, tanto da protrarre la vita di imprese senza nessuna possibilità di ripresa al solo scopo di ammortizzatore sociale.

Nonostante questo il piano di risanamento rimane un elemento fondamentale per la concessione della cassa integrazione straordinaria. Esso dovrà contenere le indicazioni sul numero dei lavoratori coinvolti, la durata della sospensione, nonché le misure previste per la gestione di eventuali eccedenze di personale, i criteri di individuazione del personale da sospendere e le modalità di rotazione dei lavoratori occupati nelle unità operative interessate alla sospensione⁶.

1.1. L'ipotesi di cassa integrazione per crisi in caso di cessazione dell'attività e per eventi imprevisti.

Nel particolare caso di cessazione dell'attività non è previsto né l'accertamento degli indicatori economico-finanziari, né la predisposizione di un piano di risanamento. In presenza della cessazione dell'attività che può riguardare l'intera azienda o anche solo un settore della stessa o uno stabilimento o parte di questi, l'imprenditore dovrà dimostrare solo la soddisfazione delle condizioni previste alla lettera b) del d.m. 31826 del 2002 ovvero la stabilità o il ridimensionamento dell'organico, nonché predisporre un piano di gestione dei lavoratori in esubero teso

⁵ Art. 1, primo comma, lett. c) d.m. 18 dicembre 2002 n. 31826.

⁶ Art. 2, quinto comma, d.m. 10 giugno 2000, n. 218.

a ridurre il ricorso alla mobilità. Tale piano non è obbligatorio nel caso in cui la mobilità assuma, durante il periodo di cassa integrazione o nei dodici mesi successivi, il ruolo di ricollocare anche parzialmente i lavoratori in esubero.

Il ricorso alla CIGS è ulteriormente incentivato dalla non applicazione in questi casi delle cause di esclusione previste dall'art. 3 del d.m. 18 dicembre 2002 (inizio dell'attività nel biennio precedente, il non effettivo avvio dell'attività, trasformazioni societarie significative subite nel bienni precedenti).

Tutti questi elementi ci inducono a riflettere come una concessione della cassa integrazione di questo tipo, essenzialmente scollegato dalla verifica di prospettive di recupero e di riavvio dei lavoratori sospesi, caratteristica questa che, come vedremo in seguito, distingue la concessione della CIGS per crisi aziendale da quella in presenza di procedure concorsuali, avvicini molto questo caso alla tipologia prevista dall'art. 3 piuttosto che a quella dell'art. 1. E' stato infatti sottolineato come l'intervento di CIGS in caso di cessazione dell'attività assuma il carattere di ammortizzatore sociale, perseguendo "finalità sociali di ricollocazione di personale in esubero"⁷.

La dimostrazione di un andamento involutivo è altresì non necessaria nel caso crisi aziendale conseguente ad un evento improvviso ed impreveduto. L'azienda non dovrà quindi presentare nessuna documentazione né in riferimento agli indicatori né tanto meno in riferimento all'andamento dell'organico. Rimarrà però l'obbligo di predisporre il piano di risanamento e il piano degli esuberi. L'elemento critico di questa fattispecie sarà quindi l'individuazione della natura imprevedibile e improvvisa della causa della crisi⁸.

A testimonianza della natura ibrida di queste due concessioni, quella per cessazione dell'attività e per crisi improvvisa e imprevedibile si è dubitato dell'ammissibilità di accordi in deroga all'art. 2112 cod. civ. data la mancanza di un vero e proprio accertamento della crisi aziendale⁹.

⁷ G. ORLANDINI, *op.cit.*, 2006, 146.

⁸ La circolare Min. Lavoro n. 50 del 2000 porta come esempio il caso di un'azienda che per lo svolgimento della propria attività dipenda quasi esclusivamente da un'altra impresa la quale, senza congruo preavviso, interrompe tale affidamento.

⁹ G. ORLANDINI, *op.cit.*, 2006, 148.

2. Cassa integrazione per crisi e nelle procedure concorsuali: due fattispecie a confronto.

Il carattere di specialità della concessione della CIGS per procedure concorsuali deriva essenzialmente dall'esistenza in questi casi di una crisi il più delle volte non reversibile ed insanabile. L'avvio di una procedura concorsuale fra quelle richiamate dall'art. 3 si presenta come principale, se non unico, presupposto per la concessione della CIGS, non essendo richiesto il rispetto di particolari indici come nel caso di crisi, ove l'inesistenza di un accertamento giudiziale dello stato di insolvenza deve essere sostituito da un accertamento di natura amministrativa e con nessuna rilevanza esterna. In virtù proprio della gravità della situazione aziendale al momento della sottoposizione a procedura concorsuale e del fatto che non sia necessaria una prospettiva di risanamento, si è sempre ritenuto che la domanda per la concessione ex art. 3 non dovesse contenere un piano di risanamento¹⁰.

Ma il d.p.r. n. 218/2000 nel formulare l'art. 6 stabilisce che le modalità di effettuazione dell'esame congiunto si debbono svolgere, anche nel caso di procedure concorsuali, secondo quanto disposto dall'art. 2 dello stesso decreto, articolo che prevede la formulazione di un piano di risanamento quale oggetto del confronto fra imprenditore e le rappresentanze sindacali.

Si assottiglia così la distanza che divide l'art. 1 dall'art. 3 anche se, come sostenuto da autorevole dottrina, la necessità di elaborare un programma non elimina la differenza principale fra le due ipotesi, ossia che in mancanza di un risanamento dell'impresa la domanda ex art. 1 dovrebbe essere respinta¹¹.

Ci si trova però di fronte ad una situazione a dir poco paradossale. La sola crisi dell'impresa accompagnata dalla chiusura dell'attività di tutto o parte dell'impresa stessa, non solo esonera l'imprenditore dall'accertamento degli indicatori economico-finanziari volti ad individuare se vi sia o meno la crisi, ma non prevede nemmeno l'esistenza di un piano di ristrutturazione. Non si capisce quindi perché un'impresa il

¹⁰ Cassazione 12 marzo 2003, n. 3597, in *Foro. Amm.*, 2004, 483.

¹¹ L. MENGHINI, *Il contratto di lavoro*, in L. GUGLIELMUCCI, *I contratti in corso di esecuzione nelle procedure concorsuali*, Padova, 2006, 670.

cui stato di crisi o di insolvenza è stato giudizialmente accertato debba, anche in caso di cessazione dell'attività, sottostare alla procedura sindacale maggiormente articolata prevista per le imprese ancora *in bonis* in cui rimane sicuramente la possibilità di una ripresa o comunque di una iniziativa privata che è ancora in mano all'imprenditore stesso e non agli organi della procedura concorsuale.

3. La cassa integrazione nelle procedure concorsuali fra tutela dell'occupazione e libertà di iniziativa privata.

L'art. 3 della legge n. 223/91 ha abrogato l'art. 2 della legge n. 301/1979 e l'art. 2 della legge n. 143/1985 regolando *ex novo* l'intervento di integrazione straordinario nel caso di procedure concorsuali. Il cambiamento apportato dalla legge n. 223/91 si sostanzia nel fatto che mentre nella legislazione precedente a rilevare non erano tanto le cause della crisi quanto i suoi possibili effetti sotto il profilo occupazionale, data la difficoltà del mercato a riassorbire le eccedenze, con la legge del 1991 l'intenzione del legislatore è stata quella di abbandonare definitivamente l'utilizzo assistenziale degli ammortizzatori sociali. Intento questo largamente frustrato dapprima con l'emanazione di leggi sospensive dell'operatività della stessa legge e, in un secondo momento, con tutta una serie di interventi tesi a derogare la normativa generale. In particolare sino al 31 dicembre 1995 sono state concesse proroghe fino a ventiquattro mesi del trattamento nelle aziende che avessero raggiunto un accordo collettivo che prevedesse programmi idonei a fronteggiare le eccedenze di personale¹². Inoltre è stata ripetutamente differita la definitiva cessazione dei trattamenti erogati ex art. 2 della legge n. 143/1985 nonostante l'abrogazione della norma¹³.

La ragione di un tale dietro front può essere ricercata nel contesto economico in cui la legge n. 223/91 fu emanata, periodo in cui si prospettava una stabilizzazione del sistema economico. La situazione congiunturale sfavorevole che contrariamente alle ipotesi seguì l'emanazione non ha permesso alla legge in commento di esprimere a pieno le sue potenzialità innovatrici¹⁴. Alla volontà di creare un sistema produttivo

¹² Art. 1, comma primo *bis*, legge n. 56/1994, e art. 4 sesto comma d.l. n. 39/1996.

¹³ Art. 2 legge n. 460/1992 e art. 6 legge n. 236/1993.

¹⁴ G. FERRARO, *Crisi aziendale e mobilità*, in *Riv.giur.lav.*, 1992, I, 53.

più elastico e con una maggiore dinamicità della forza lavoro si è contrapposta, data la presenza di una situazione di contrazione, la preoccupazione che i meccanismi di flessibilità così introdotti avrebbero potuto portare ad una massiccia espulsione dei lavoratori dal sistema produttivo con un incremento consistente dei tassi di disoccupazione. Come trovare quindi un equilibrio fra un intervento puramente assistenzialistico di congelamento dei rapporti di lavoro in eccedenza e una indifferenziata possibilità di licenziamento?

L'integrazione salariale in presenza di procedure concorsuali realizza una erogazione di denaro pubblico nei confronti di un'impresa che versa in stato di difficoltà, si deve quindi in questo caso uscire dalla logica privatistica che normalmente conforma la materia per farla rientrare nella quadro pubblicistico degli aiuti dello Stato in materia di crisi d'impresa. Si tratta quindi non di un aiuto verso i lavoratori ma piuttosto un finanziamento indiretto all'attività d'impresa realizzata nell'ottica della salvaguardia dei livelli occupazionali¹⁵.

Alla luce degli interventi successivi alla legge n. 223/91, non sembra quindi che tale riforma abbia concretamente portato all'abbandono della concezione della crisi aziendale come evento di importante valenza socio-politica. Considerare la crisi non come semplice concetto economico-gestionale, ma come fatto che incide in modo pesante sulla realtà economico-sociale, significa passare da un intervento della cassa integrazione limitato ai soli casi in cui vi siano, anche se limitate, delle speranze di ripresa, ad un sistema di concessioni in cui la valutazione non verte, se non in minima parte sulla verifica dei presupposti di ripresa dell'impresa, in quanto ad acquisire maggiore rilevanza sono le considerazioni in merito al contesto sociale e produttivo in cui l'impresa opera¹⁶. Un intervento dai caratteri appena delineati si inserisce perfettamente nel quadro delle politiche e delle tecniche di salvataggio delle imprese medio grandi che hanno quindi una "particolare rilevanza sociale"¹⁷ (vedi Capitolo 1).

¹⁵ R. ROMEI, *Impresa in crisi e cassa integrazione*, in M. CINELLI (a cura di), *Il fattore occupazionale nelle crisi d'impresa. Commento alla legge n. 223/1991*, Torino, 1993, 123.

¹⁶ G. FERRARO, *Crisi dell'impresa, procedure concorsuali e tutela dei lavoratori*, in *Riv.it.dir.lav.*, 1985, I, 160.

¹⁷ M. MAGNANI, *Imprese in crisi nel diritto del lavoro*, in *Riv.it.dir.lav.*, 1991, I, 148.

4. Responsabile della procedura e richiesta di intervento della cassa integrazione: ampiezza e limiti del potere discrezionale.

Una diversa concezione della necessità/obbligatorietà di un intervento dello Stato in situazioni di crisi anche irreversibili si pone alla base di un altro importante dibattito in materia di concessione della cassa integrazione in presenza di procedure concorsuali. Si tratta dell'esistenza o meno di un obbligo in capo al curatore di richiedere l'intervento della CIGS, senza quindi che questo debba, almeno per il periodo iniziale di dodici mesi, effettuare una valutazione delle possibilità di ripresa dell'attività.

Lasciando in disparte la considerazione di ordine pratico per la quale il curatore avrà nella maggior parte dei casi un interesse all'intervento della CIGS sia per il maggior tempo a disposizione ai fini di una valutazione della situazione aziendale sia per non fare ricadere sulla massa il peso delle retribuzioni che altrimenti andrebbero pagate in prededuzione, la questione interpretativa concerne se vi sia o meno una discrezionalità in capo al curatore e, se questa vi fosse, su quali basi essa si dovrebbe esprimere.

Dare risposta alla *querelle* significa innanzitutto scontrarsi con un testo, quello dell'art. 3, ambiguo e di non facile comprensione. Con l'affermazione abbastanza neutrale "Il trattamento viene concesso su domanda del curatore, del liquidatore o del commissario per un periodo non superiore a dodici mesi", il legislatore non si esprime in modo chiaro verso o contro l'obbligatorietà dell'intervento.

4.1. Sulla diversità del potere della procedura in materia di richiesta rispetto l'imprenditore in bonis: l'obbligatorietà.

Una parte dominante della dottrina risolve la questione prevedendo un obbligo in capo al curatore, liquidatore o commissario¹⁸, per il quale l'unica discrezionalità

¹⁸ G. VILLANI, *Relazioni industriali e procedure concorsuali*, Torino, 1996, 176, che porta a sostegno dell'obbligatorietà la previsione di utilizzazione della cassa durante il periodo che precede l'omologazione del concordato e la sua successiva detrazione dall'integrazione salariale fruibile a

consisterebbe nella determinazione del periodo di fruizione che non necessariamente deve estendersi al periodo massimo di dodici mesi ma potrebbe riguardare un tempo minore in relazione al tempo necessario per valutare la situazione. Il momento in cui il curatore o il responsabile della procedura è chiamato ad affrontare il problema delle eccedenze di personale sarebbe quindi differito al termine del periodo di CIGS¹⁹, in modo tale che il curatore, il liquidatore o il commissario che assume l'incarico abbia la possibilità di conoscere meglio la situazione aziendale e valutarne le potenzialità. L'incaricato della procedura, al momento dell'assunzione dell'incarico potrebbe infatti non essere a conoscenza della situazione e delle opportunità del mercato, e quindi, non essere in grado di fare delle scelte nell'immediato. Da qui la necessità di un intervento della CIGS, in modo tale che al termine di essa l'organo della procedura sia in grado di fare valutazioni più corrette sulla prospettiva di ripresa dell'attività²⁰.

seguito di fallimento, sottolineando quindi come il legislatore ritenga il godimento nel periodo di fallimento una certezza. Conformi: F. SCARPELLI, *La nozione e il controllo del giudice*, in *Quad. dir.lav.rel.ind., I licenziamenti collettivi*, n. 19, 1997, 29; P. RIZZO, *Intervento straordinario e procedure concorsuali*, commento a Trib. Napoli 24 marzo 1997, in *Dir. e giur.*, 1997, 179; A. CAIAFA, *I contratti di lavoro*, in *I rapporti giuridici pendenti*, Milano, 1998, 43; A. CAIAFA, *I rapporti di lavoro nelle crisi d'impresa*, Padova, 2004, 38; L. CAIAFA, *Concordato preventivo e diritto all'indennità supplementare per licenziamento del dirigente*, in *Dir.merc.lav.*, 2005, 303, in nota a Corte d'appello Aquila, 4 giugno 2004: la Corte in questa occasione non ha reputato estendibile anche al caso di concordato preventivo l'applicazione dell'art. 36 Ccnl dei dirigenti che prevede la corresponsione di una indennità supplementare al dirigente licenziato per cause di ristrutturazione, riorganizzazione e riconversione aziendale. Alla base della decisione sta secondo i giudici la differenza sostanziale fra i due tipi di licenziamento, quello in virtù di una riorganizzazione "la cui giustificazione è oggettivamente fonte di dubbi ed incertezze", il secondo, in ragione della procedura concorsuale in cui la giustificazione è sicura, dato che normalmente la procedura porta alla conclusione dell'attività. In giurisprudenza si segnala Cassazione S.U., 29 settembre 1994, n. 7914, in *Foro it.*, 1994, I, 3012, nella quale la Corte facendo riferimento ad una fattispecie soggetta all'applicazione dell'art. 2 legge n. 301/1979, ha affermato che la disciplina della legge 223/91 "prevede la prosecuzione dei rapporti di lavoro (pur sempre con la sospensione della prestazione e della retribuzione) e la possibilità del licenziamento soltanto all'esito dell'integrazione salariale".

¹⁹ A. CORRADO, D. CORRADO, *I rapporti di lavoro nel fallimento*, Torino, 2007, 57.

²⁰ F. SCARPELLI, *op. cit.*, 1997, 66. In questo senso anche M. RICCI, *Trasferimento di azienda in crisi e rapporti di lavoro*, in F. CARINCI (diretto da), *Dialoghi fra dottrina e giurisprudenza, Vol II*, Milano, 2004, 248, il quale aggiunge come il caso di messa in mobilità dei lavoratori

La concessione ex art. 3 viene quindi vista come una moratoria concessa all'impresa. Solo al termine di questo periodo vi è infatti la possibilità di dare corso ai licenziamenti²¹. In altre parole alla procedura concorsuale è concesso un *tempus deliberandi* che consente all'organo la verifica della praticabilità di un piano di ripresa dell'attività²², alla cui realizzazione effettiva è subordinata la concessione della proroga.

Unica condizione necessaria per la concessione della CIGS nella prima fase sarebbe la mancata continuazione dell'attività con conseguente obbligatorietà da parte degli organi della procedura in relazione alla proposizione dell'istanza, anche in presenza di un esubero definitivo di personale. Ne deriva che, per le imprese rientranti nel campo della cassa integrazione sarebbe escluso il ricorso al licenziamento collettivo se non dopo un periodo di CIGS, in quanto l'unica modalità di licenziamento sarebbe quindi quella della messa in mobilità²³.

Si tratta sicuramente di una visione della CIGS sostanzialmente assistenziale, la cui unica funzione è di operare quale sostegno del reddito in attesa di un trasferimento d'azienda. Vi sarebbe in questo caso una notevole differenza fra il potere discrezionale dell'imprenditore *in bonis* e potere dell'organo procedurale che ne prende il posto. La procedura diversamente dall'imprenditore, non potrebbe agire in modo insindacabile in base esclusivamente a delle esigenze tecnico organizzative o produttive ma dovrebbe, sia quando procede ai licenziamenti, sia quando decide per la richiesta di proroga, "valutare prudenzialmente alcune circostanze". Dovrebbe cioè successivamente al periodo di CIGS ha il vantaggio di lasciare i lavoratori coperti nei trenta giorni necessari per la procedura di consultazione.

²¹ M. MISCIONE, *I licenziamenti per riduzione del personale e la mobilità*, in F. CARINCI (a cura di), *La disciplina dei licenziamenti*, Napoli, 1991, 317.

²² Diversamente da quanto succede per i casi di cassa integrazione al di fuori delle procedure concorsuali e per la proroga, per la concessione del primo periodo di integrazione l'analisi della situazione aziendale sarebbe di competenza degli organi fallimentari e non del Ministero del lavoro, la cui discrezionalità parrebbe totalmente assente. Critico su questo punto M. GENGHINI, *Intervento straordinario di integrazione salariale e procedure concorsuali*, in *Mass. giur.lav.*, 1991, 716, in cui l'autore solleva dubbi sulla capacità degli organi fallimentari di valutare la crisi aziendale, reputando migliore una devoluzione della competenza al CIPI. *Contra*: G. PERA, *Fallimento e rapporti di lavoro*, in *Riv.it.dir.lav*, 1999, I, 246.

²³ P. CHIECO, *La disciplina delle eccedenze di personale nelle procedure concorsuali*, in *Riv. giur. lav.*, 2001, 186.

dare una rilevanza, cosa che l'imprenditore non è obbligato a fare, ai risvolti pubblicistici della crisi ossia ai risvolti occupazionali e svolgere il proprio potere in conformità con la ratio dell'art. 3 letto in coordinamento con l'art. 47 della legge n. 428/1990²⁴. La ragione dell'obbligatorietà va quindi ricercata non nel pericolo di un aggravio di costi della procedura ma in virtù della rilevanza pubblicistica che viene data al salvataggio dell'impresa. Come sottolineato da autorevole dottrina²⁵ appare riduttivo pensare che obbligatorietà e automaticità della cassa abbiano come unico scopo quello di sollevare la massa dai costi del personale, in quanto l'obiettivo della ripresa dell'attività produttiva e il conseguente mantenimento dei livelli occupazionali attraverso la cessione dell'azienda impernia tutto l'art. 3 legge 223/91. Inoltre, nonostante l'obbligatorietà non viene leso comunque il diritto di iniziativa privata in quanto il fallimento conserva il potere di recedere dai rapporti anche durante la sospensione del lavoro con intervento della cassa integrazione.

Non manca chi però, pur sostenendo l'obbligatorietà del ricorso alla CIGS e il conseguente divieto di licenziamento prima del trascorrere di tale periodo, ammette che la mobilità possa essere utilizzata immediatamente, senza previo ricorso alla CIGS, nei casi in cui questo sia utile ai fini della ricollocazione del personale, come ad esempio quando sia stato trovato un acquirente che condizioni la cessione alla previa messa in mobilità²⁶.

A sostegno della tesi dell'obbligatorietà veniva inoltre portata l'assenza, in caso di CIGS ex art. 3 di un obbligo alla presentazione del programma di risanamento imposto invece per gli altri casi di concessione²⁷. Si tratta di una giustificazione ormai superata visto l'introduzione ad opera del d.p.r. n. 218/2000 della procedura di consultazione anche nel caso di CIGS nelle procedure concorsuali.

Inoltre contro chi vede nel riferimento all'art. 24 della legge n. 223/91 (ovvero ai licenziamenti per riduzione di personale che non avvengono al termine di un periodo di CIGS) una dimostrazione della non obbligatorietà del ricorso alla cassa

²⁴ A. TOPO, *La gestione dei rapporti di lavoro nelle procedure concorsuali*, in *Dir. merc. lav.*, 2005, 85.

²⁵ A. TOPO, *op. cit.*, 2005, 86.

²⁶ M. MISCIONE, *L'indennità di mobilità*, Napoli, 1993, 47.

²⁷ G. SANTORO PASSARELLI, *Commento all'art. 3*, in M. PERSIANI (a cura di), *Legge 23 luglio 1991, n. 223, Commentario*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1994, 904.

integrazione, si è affermato che esso trova giustificazione in riferimento all'ipotesi in cui l'attività sia continuata tramite l'esercizio provvisorio (con esclusione quindi della CIGS) e al termine dello stesso non sia stato possibile il sub-ingresso di un nuovo imprenditore con la conseguente necessità di provvedere al licenziamento collettivo. Più correttamente, visto quanto si dirà in seguito (vedi § 12) il doppio riferimento sia all'art. 4 che all'art. 24 trova la sua spiegazione per quelle imprese che pur avendo più di quindici dipendenti e quindi rientranti nell'ambito dei licenziamenti collettivi, siano escluse dalla cassa integrazione.

4.2. *Interessi pubblicistici e intervento della cassa integrazione.*

A favore invece della non obbligatorietà²⁸ della concessione si pone prima di tutto una considerazione di ordine sistematico. Con la legge n. 223/91 si è voluto superare ogni vieto assistenzialismo²⁹ eliminando in particolare la *fictio iuris*, prima ampiamente imposta, di dichiarare per legge la formale continuità dei rapporti di lavoro anche in mancanza di qualsiasi possibilità di reinserimento³⁰ in modo tale da favorire il dinamismo del sistema economico e produttivo attraverso una flessibilizzazione del fattore lavoro.

La *ratio* sottesa alla legge 223/91 è quella di favorire l'immediata messa in mobilità dei lavoratori nelle ipotesi in cui vi sia un'effettiva e non procrastinabile eccedenza di personale. La finalità che il legislatore si è proposto è dunque quella di avvantaggiare la impresa che è in grado di riprendere l'attività produttiva e conseguentemente riassorbire la forza lavoro.

²⁸ M. DE LUCA, "Nuove" integrazioni salariali straordinarie e procedure concorsuali, in M. CINELLI (a cura di), *Il fattore occupazionale nelle crisi d'impresa*, Torino, 1993, 51; M. LUZZANA, *Insolvenza dell'imprenditore e diritti dei lavoratori*, in *Dir.rel.ind.*, 1995, 59; G. PERA, *op.cit.*, 1999, I, 239.

²⁹ La finalità di evitare l'uso della CIGS in funzione assistenziale nei confronti di lavoratori strutturalmente eccedenti viene testimoniata in maniera diretta dalla previsione contenuta nell'art. 5, comma 6 della legge n. 223/91 in cui viene sanzionata la negligenza del datore di lavoro che attiva con ritardo le procedure di mobilità.

³⁰ F. LISO, *La nuova legge sul mercato del lavoro: un primo commento*, in *Lavoro e informazione*, 1991, 7.

Il riferimento contenuto nell'art. 3 all'art. 24, ovvero la possibilità del curatore di procedere ai licenziamenti collettivi senza una precedente concessione della CIGS, troverebbe dunque soluzione in quanto la mancanza di prospettive di ripresa avrebbe come conseguenza i licenziamenti collettivi che si possono verificare sia dopo la concessione, quando l'impresa non è più in grado di ripiegare i lavoratori, sia immediatamente. Da qui la facoltà del curatore alla richiesta in virtù del richiamo non solo all'art. 4 ma anche all'art. 24³¹. Se così non fosse si giungerebbe ad una ingiustificabile differenziazione di trattamento fra dipendenti di un'impresa sottoposta a fallimento e quelli di un'impresa sana che da avvio ad un processo di ristrutturazione che comporta una riduzione dell'organico³².

La valutazione delle condizioni aziendale dovrebbe quindi essere fatta dal curatore o dal responsabile di altra procedura già al momento dell'apertura della procedura, non solo dopo un periodo di *prorogatio*, in quanto in senso diverso risulterebbe privo di significato il riferimento alla procedura di licenziamento ex art. 24.

Verso la non obbligatorietà si esprime anche la giurisprudenza di merito, sostenendo come la lettura combinata del primo e del secondo comma dell'art. 3 imponga che per la concessione della CIGS vi siano almeno dei "momenti, anche se non coronati in seguito da risultati concreti, di ripresa dell'attività produttiva". In mancanza quindi di alcun barlume di ripresa non si verificherebbe la *ratio* propria della CIGS con la conseguenza che non si palesa un obbligo del curatore a chiedere l'intervento³³.

³¹ Pret. Milano, 24.1.1994, in *Orient. Giur. Lav.*, 1994, 109; Pret. Milano, 29.6.1994, *ivi*, 651; Trib. Napoli 22.1.1997, inedito.

³² S. LIEBMAN, *Liquidazione e conservazione dell'impresa nelle procedure concorsuali: insolvenza dell'imprenditore e strumenti di tutela del lavoro subordinato*, in *Dir. rel. ind.*, 1995, 34. L'autore però ritiene possibile che nel caso in cui il curatore decida immediatamente per i licenziamenti con conseguente applicazione della procedura ex art. 24 vi sia un intervento della CIGS per il periodo necessario per il decorso della procedura. Ipotesi che viene avvalorata dall'orientamento giurisprudenziale che permette il decorso del periodo di preavviso di licenziamento intimato ex art. 4 legge n. 223/91 durante la sospensione per CIG: v. Cassazione 20 novembre 1997, n. 11569, in *Mass.*, 1997; Cassazione 23 dicembre 1997, n. 12989, *ivi*.

³³ Trib. Napoli, 24 marzo 1997, , in *Dir. lav.*, 1997, II, 582, con nota conforme di S. NAPPI.

Non vi sarebbe quindi nessuna differenza fra il potere discrezionale dell'imprenditore *in bonis* e potere dell'organo procedurale che ne prende il posto.

Nel caso di procedure concorsuali si può però evidenziare che il sostegno dato dalla cassa si inquadra più in un aiuto all'impresa e ai lavoratori che all'imprenditore, ormai spossessato del complesso produttivo. Ci si potrebbe domandare quindi se questa realtà non possa giustificare una maggiore favore verso il sostegno dell'attività produttiva per una sua non disgregazione in vista di una sua futura rinascita magari nelle mani di un altro imprenditore data la rilevanza degli interessi pubblici nella crisi d'impresa. L' art. 3 testimonia la attenzione verso la salvaguardia dell'impresa in funzione di conservazione almeno parziale dei posti di lavoro è necessario favorire l'uso della cassa quando vi è la possibilità di recuperare qualcosa dall'azienda con la ripresa dell'attività o sua affitto o acquisto da parte di terzi, così permettendo alla procedura un periodo di riflessione per valutare le offerte senza far gravare sul passivo gli oneri relativi alla retribuzioni.

La seppur in parte condivisibile ottica di "recisione di rami secchi" si presta quindi ad una constatazione critica. Prevedere specificatamente una CIGS nel caso di procedure concorsuali avrebbe, intraprendendo una tale visione, un campo di applicazione molto imitato visto che in queste ipotesi, dovendosi comunque effettuare una verifica delle condizioni aziendali, solo in limitati casi si potrà trovare una situazione tale da permettere una ripresa e quindi prevedere un intervento della cassa integrazione, tanto più se si è in presenza di procedure liquidatorie per eccellenza (fallimento, liquidazione coatta, concordato con cessione dei beni) che rispecchiano, tranne che per l'amministrazione straordinaria, le ipotesi previste dall'art. 3.

Sembra quindi che il legislatore abbia voluto creare un'area di deroga nel caso di procedure concorsuali, quasi un favore verso situazioni particolarmente gravi ove l'analisi delle possibilità di ripresa, se effettuate porterebbero nella maggior parte dei casi ad una non applicazione dell'istituto e al licenziamento immediato dei lavoratori³⁴.

³⁴ In questo senso L. MENGHINI, *op. cit.*, 2006, 669.

5. *La rilevanza della discrezionalità amministrativa per la concessione del trattamento.*

Aspetto diverso dall'obbligatorietà ma ad esso strettamente collegato, è quello dell'automaticità. Mentre il primo ha come protagonista il curatore o altro responsabile della procedura (liquidatore o commissario), il secondo fa riferimento al potere discrezionale del Ministero per la concessione del trattamento³⁵.

Sull'ampiezza del potere discrezionale del Ministro si è molto dibattuto in dottrina³⁶. La questione della natura automatica della cassa integrazione se inizialmente veniva ribadita data la mancanza di qualsiasi tipo di programma e senza quindi alcuna particolare giustificazione da parte del curatore, ora data l'introduzione della previsione contenuta nell'art. 6 d.p.r. n. 218/2000, si pone in termini totalmente diversi. Non sarà più possibile affermare che l'assenza di una discrezionalità amministrativa nella concessione sia desumibile dalla mancata previsione, diversamente dalle ipotesi ordinarie, di un programma. Al contrario si potrebbe invece pensare che la rivoluzione apportata dal decreto possa portare ad interpretare la disciplina nel senso di un maggior potere di controllo del Ministero data l'obbligatorietà di un esame congiunto con i sindacati e un programma sulle possibilità di risanamento da presentare insieme alla domanda³⁷. Non sembra però corretto ritenere che la discrezionalità si ampli fino a ricomprendere la verifica sostanziale delle condizioni di ripresa, in quanto non vi sarebbe nessuna differenza fra la CIGS ex art. 1 ed ex art. 3.

La dottrina dominante si esprime verso l'inesistenza di un potere discrezionale da parte del Ministero che quindi deve concedere l'intervento in base ad un controllo del requisito soggettivo (elemento dimensionale) ed oggettivo (mancato esercizio

³⁵ L'art. 11 del d.p.r. n. 218/2000 stabilisce infatti che le domande relative ai trattamenti di integrazione salariale disciplinati dal regolamento stesso sono presentate o inviate, anche per via telematica, al competente ufficio della Direzione generale della previdenza e assistenza sociale.

³⁶ S. NAPPI, *Sul ricorso delle cassa integrazione guadagni*, in *Dir. lav.*, 1997, II, 583, la concessione della cassa necessiterebbe sempre di una decisione del Ministero del lavoro e quindi dovrebbe essere frutto di una valutazione con rilevanti elementi di discrezionalità politica.

³⁷ L'art. 8 stabilisce infatti che il decreto di concessione del trattamento straordinario è emanato sulla base del programma approvato con decreto almeno dieci giorni prima il termine del procedimento.

dell'attività)³⁸. Il controllo non si estende invece alla verifica della possibilità di risanamento o ripresa dell'attività interrotta³⁹. I presupposti per la concessione saranno quindi la presenza di un'impresa rientrante in settori per i quali è previsto l'intervento della cassa, che abbia almeno 15 dipendenti, sottoposta ad una delle procedure concorsuali previste (fallimento, liquidazione coatta, amministrazione straordinaria, concordato preventivo con cessione dei beni) la cui l'attività sia cessata (in merito al requisito della cessazione vedi le riflessioni § 12).

La dottrina appare conforme nel sostenere l'automatismo⁴⁰ della concessione del trattamento integrativo nelle procedure concorsuali, data la mancanza di una valutazione da parte del CIPI⁴¹ per il periodo iniziale (come nella legislazione precedente e attualmente in caso di proroga). La concessione avviene infatti con decreto del Ministro del Lavoro⁴², tanto che la dottrina ha escluso l'esigenza di un programma⁴³ pur ritenendo opportuno che la domanda debba essere pur sempre formulata esplicitando le ragioni legittimanti la proposizione della stessa al fine di riservare alla competenza governativa una specifica sfera di controllo⁴⁴.

Nonostante l'eliminazione della valutazione del CIPI si sottolinea come rimanga comunque un'area di discrezionalità, che consiste, non nella valutazione se vi siano o meno possibilità di ripresa, ma semmai nella determinazione del periodo di sospensione⁴⁵. Infatti, l'art. 3, primo comma della legge n. 223/91 nel definire in

³⁸ M. MISCIONE, *op. cit.*, 1991, 229; G. SANTORO PASSARELLI, *Art. 3, in Legge 23 luglio 1991*; Commentario a cura di M. PERSIANI, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1994, 906; G. FERRARO, *Le integrazioni salariali*, in G. FERRARO, F. MAZZIOTTI, F. SANTORI (a cura di), *Integrazioni salariali, eccedenze di personale e mercato del lavoro*, Napoli, 1992, 19.

³⁹ L. MENGHINI, *op. cit.*, 2006, 673.

⁴⁰ M. PAPALEONI, R. DEL PUNTA, M. MARIANI, *La nuova cassa integrazione guadagni e la mobilità*, Padova, 1993, 126; P. ALLEVA, *op. cit.*, 2000, 36; F. SCARPELLI, *op. cit.*, 1997, 64.

⁴¹ L'art. 1 legge 24 dicembre 1993, n. 573 ha soppresso il CIPI, le cui competenze originarie sono state devolute a seguito dell'emanazione del d.p.r. 20 aprile 1994, n. 373, al Comitato Interministeriale per la Programmazione Economica.

⁴² Art. 3, primo comma, L. 223/91.

⁴³ G. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, 1994, 902; M. GRANDI, G. PERA, *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Padova, 1996, 1019.

⁴⁴ M. PAPALEONI, R. DEL PUNTA, M. MARIANI, *op. cit.*, 1993, 127.

⁴⁵ M. MISCIONE, *op. cit.*, 1991, 317.

dodici mesi⁴⁶ la durata della procedura, pone un limite massimo. Ne deriva quindi che la concessione da parte del Ministero potrebbe avvenire anche per un periodo inferiore.

6. *Concessione della cassa integrazione e autorizzazione del giudice delegato.*

Diversamente da quanto avviene nel caso di proroga l'art. 3 primo comma non fa riferimento alla necessità di un'autorizzazione del giudice delegato per la richiesta di cassa integrazione. Si potrebbe quindi porre la riflessione se anche per questo periodo sia necessario un intervento del giudice delegato.

Qualora si ritenesse obbligatorio l'intervento della cassa integrazione, si dovrebbe giungere ad affermare l'esclusiva competenza del curatore⁴⁷, con conseguente impotenza del giudice delegato, mentre in caso contrario, configurandosi un potere discrezionale del curatore nel presentare la domanda, il ruolo del giudice potrebbe rivestire maggior rilevanza.

Vi è stato chi, nonostante la mancanza di una precisazione in tal senso, ha affermato che anche per la concessione del primo periodo l'autorizzazione fosse dovuta, non in quanto disposta dall'art. 3 ma in quanto rispondente alle logiche dell'amministrazione fallimentare, data l'esistenza di un patrimonio sotto la

⁴⁶ Il d.m. 20 agosto 2002, n. 31447, ha però previsto che il limite massimo di fruizione della CIGS (trentasei mesi nell'arco di un quinquennio) possa essere superato nelle singole unità aziendali in cui siano in corso procedure concorsuali a condizione che:

1) l'attività produttiva sia iniziata almeno ventiquattro mesi prima dell'avvio degli interventi di integrazione salariale, protrattasi per il triennio di riferimento;

2) l'attività sia continuata fino a dodici mesi antecedenti l'ammissione della procedura concorsuale.

La deroga del termine temporale deve essere espressamente richiesta nella domanda del trattamento straordinario di integrazione salariale presentata dal curatore, liquidatore o commissario. Alla domanda deve essere allegata la documentazione comprovante la sussistenza delle condizioni sopraindicate.

Tali disposizioni sul superamento del limite massimo non si applicano nei confronti delle imprese editrici di giornali quotidiani e agenzie di stampa a diffusione nazionale, nonché editrici e/o stampatrici di giornali periodici, considerata la specialità della normativa (art. 7. terzo comma, d.l. 148/93 convertito in legge 236/93).

⁴⁷ F. SPENA, *La cassa integrazione guadagni straordinaria e le procedure concorsuali*, in *Dir. merc. lav.*, 2005.

direzione del giudice delegato⁴⁸. Un simile considerazione deve ora essere riconsiderata tenendo conto della riforma intervenuta recentemente nella procedura fallimentare. Il questione in realtà non cambia ma semmai si spostano i termini di paragone. L'autorizzazione, infatti, se si ritiene necessaria, non sarà dovuta dal giudice delegato ma semmai dal comitato dei creditori, in quanto organo al quale viene ora affidata la gestione della procedura e l'emanazione di autorizzazioni e pareri. La maggior parte dei poteri di autorizzazione, in precedenza attribuiti al tribunale e al giudice delegato, è stata trasferita al comitato dei creditori. E' infatti ora competenza del comitato dei creditori l'autorizzazione necessaria al curatore per il subentro nei contratti in corso di esecuzione o il compimento degli atti di straordinaria amministrazione. Mentre prima del d.lgs. n. 5/2006 al curatore era attribuita l'amministrazione del patrimonio del debitore "sotto la direzione del giudice delegato" che assumeva così un ruolo di centralità nelle scelte riguardanti la gestione economica della procedura, con la riforma si è attuato uno spostamento di poteri e responsabilità dagli organi giudiziari della procedura all'organo rappresentativo degli interessi dei creditori quale il comitato dei creditori ed all'organo esterno, il curatore.

7. Obbligatorietà e automaticità nella giurisprudenza.

Come visto per la dottrina anche all'interno della giurisprudenza la questione dell'obbligatorietà e dell'automaticità dell'intervento non riceve un'interpretazione unanime. Per quanto riguarda la giurisprudenza di legittimità essa avvalorava la tesi dell'automaticità e obbligatorietà della CIGS nelle procedure concorsuali sostenendo che "il licenziamento si potrà verificare soltanto all'esito dell'integrazione salariale, nel caso in cui non si sia pervenuti al recupero dell'attività"⁴⁹. Per quanto riguarda

⁴⁸ S. NAPPI, *Sul ricorso alla cassa integrazione guadagni straordinaria nell'ambito delle procedure concorsuali*, in *Dir. lav.*, 1997, II, 582, nota a Trib. Napoli 24 marzo 1997, *ivi*, 582. Conforme G. FERRARO, *Le integrazioni salariali*, in A.A.V.V., *Integrazioni salariali, eccedenze di personale e mercato del lavoro*, Napoli, 1993, 3.

⁴⁹ Cassazione 29 settembre 1994, n. 7914, in *Foro it.*, 1994, I, 3012.

invece la giurisprudenza di merito vediamo come una parte di questa⁵⁰ sostenga l'inesistenza di un obbligo a richiedere preventivamente l'integrazione salariale straordinaria, con la conseguenza che nel caso in cui la ripresa dell'attività aziendale sia impossibile sarà necessario ricorrere immediatamente ai licenziamenti collettivi. Secondo tale orientamento la finalità della normativa sulla CIGS nelle procedure concorsuali (ovvero salvaguardare i livelli occupazionali) non può essere realizzata nel caso in cui l'attività sia definitivamente cessata e non vi siano possibilità di una cessione d'azienda⁵¹. Il curatore ha quindi la facoltà di porre i lavoratori in CIGS o alternativamente optare per il licenziamento immediato⁵², ma non può licenziare i lavoratori nel momento in cui chiede la CIGS, sospendendo l'efficacia del recesso fino all'ultimazione del godimento del beneficio⁵³. A sostegno di tale ipotesi la giurisprudenza si appoggia, come in precedenza visto per la dottrina, al riferimento contenuto nell'art. 3 della legge n. 223/91 all'art. 24 in materia licenziamenti collettivi per riduzione di personale che prescindono dal ricorso alla CIGS. Sentenze recenti⁵⁴ mostrano però la tendenza a conformarsi alla tesi avanzata dai giudici di legittimità, affermando che "il presupposto della continuazione o della ripresa dell'attività o della cessazione dell'azienda è richiesto solo per la proroga".

8. Proroga del trattamento e condizioni economiche dell'impresa.

⁵⁰ Pret. Milano 29 giugno 1994, in *Orient. Giur. Lav.*, 1994, 561; Pret. Milano 24 gennaio 1994, in *Orient. Giur. Lav.*, 1994, 106.

⁵¹ Trib. Roma 11 luglio 2002, in *Dir. fall.*, 2002, II, 880.

⁵² Trib. Napoli 27 ottobre 1994, in *Fallim.*, 1994, 675.

⁵³ Trib. Napoli 13 novembre 1996, in *Fallim.*, 1997, 324.

⁵⁴ Trib. Palmi 25 marzo 2004, in *Fallim.*, 2005, 193.

In caso di proroga del trattamento⁵⁵ (per un massimo di sei mesi⁵⁶) non vi sono dubbi sull'onere del curatore di dimostrare l'effettiva presenza di condizioni economico-finanziarie dell'impresa tali da garantire una futura attività, mediante la predisposizione di una relazione approvata dal giudice delegato o dall'autorità che esercita il controllo, contenente le prospettive di cessione dell'azienda o di sue parti e suoi riflessi sull'occupazione. Il ruolo della relazione diviene quindi in quest'occasione di fondamentale importanza in quanto contenete le valutazioni di tipo tecnico-discrezionale in base alle quali il ministero del lavoro formulerà le proprie considerazioni.

Se dunque si potrebbe ipotizzare in questa sede un potere di controllo dell'autorità amministrativa non meramente formale come previsto per la concessione ma di carattere sostanziale, allo stesso tempo si deve sostenere un aggravio del dovere del curatore di valutare in modo serio le effettive prospettive. La giurisprudenza è infatti arrivata a sostenere un obbligo di deliberazione *ex ante* da parte degli organi della procedura in quanto la valutazione rigorosa della situazione aziendale è esigenza "immanente e indeffettibile", dato che un provvedimento di diniego da parte del Ministero del Lavoro comporterebbe una grave lesione alle aspettative di tutela soddisfacente dei creditori e una lesione della *par condicio creditorum*⁵⁷.

Pare quindi che una volta usufruito dei primi dodici mesi, la successiva verifica delle condizioni di ripresa debba essere non solo probabile ma concretamente realizzabile. Solo quindi in presenza di reali prospettive di vendita o affitto dell'azienda sarà possibile la concessione della proroga e delle ulteriori.

Da qui lo stretto legame fra fruizione della cassa nelle procedure concorsuali e trasferimento d'azienda in crisi, presente all'interno della legge 223/91, anche in riferimento al diritto di precedenza concesso all'affittuario in caso di vendita.

⁵⁵ La domanda di proroga deve essere presentata nel rigoroso rispetto dei termini contrariamente a quanto stabilito dalla direttiva ministeriale 28 maggio 1992, n. 68529 per la concessione del primo periodo del trattamento. V. Circolare n. 64/2000 della Direzione Generale della Previdenza e Assistenza Sociale Direzione Generale dei Rapporti di Lavoro, in G.U. n. 258 del 4 novembre 2000.

⁵⁶ Alla scadenza è possibile chiedere ulteriori proroghe, nel limite dei 36 mesi di fruizione massima per unità produttiva nel quinquennio, limite che il d.m. 20 del 2002 ha ulteriormente esteso per le unità soggette a procedure concorsuali.

⁵⁷ Trib. Palermo 4 marzo 2004 in *Fallim.*, 2005, 195 con nota di B. MIOLI.

Su punto si segnalano due contrapposte pronunce della Suprema Corte. Un primo orientamento⁵⁸ limita il diritto di prelazione ai soli casi in cui l'intervento dell'affittuario riesca a far evitare l'erogazione da parte dello Stato della cassa integrazione, collegando in questo modo l'incentivazione solo a quelle aziende con almeno quindici dipendenti. La seconda pronuncia⁵⁹, maggiormente condivisibile, al contrario non pone come condizione il fatto che la prosecuzione dell'attività abbia risparmiato il ricorso alla CIGS, in quanto non si trova dalla lettura del testo di legge nessun presupposto alla presenza del diritto di prelazione se non quello della permanenza del rapporto di affitto all'atto di definitiva determinazione del prezzo di vendita⁶⁰.

Diventa quindi palese come la ragione dell'intervento della cassa sia quello di permettere una conservazione del patrimonio aziendale tramite procedure di trasferimento ad altro imprenditore, privilegiando così la continuità dei livelli occupazionali al dissolvimento del patrimonio aziendale⁶¹. Del resto il favore verso la vendita del complesso aziendale nella sua unitarietà viene espresso grazie alla riforma intervenuta recentemente, anche dalla stessa legge fallimentare che all'art. 105 dispone vi sia la liquidazione dei beni singolarmente solo e solo quando l'alternativa della vendita in *toto* sia meno conveniente.

Si noti però come, se è vero che anche nella nuova formulazione legislativa vi è una maggiore attenzione alla conservazione del patrimonio produttivo e delle risorse in esso contenuto, cercando quindi di evitare la disgregazione quando possibile, la scelta verso la conservazione non è a priori ma dovrà necessariamente fare i conti con gli interessi dei creditori. Anche se una scelta verso la conservazione avesse il

⁵⁸ Cassazione 27 aprile 2006 n. 9694 in *Rep.foro.it.*, 2006, *Fallimento*, n. 563, che stabilisce come il diritto di prelazione "non costituendo un istituto di carattere generale suscettibile di applicazione a qualsiasi procedura concorsuale, non può essere riconosciuto quando per difetto dei necessari presupposti di legge all'impresa fallita non può essere applicato il trattamento di intervento straordinario"; Cassazione 3 novembre 1994, n. 9052, in *Giur. comm.*, 1995, I, 963, con nota di G. LO CASCIO, *Cassa integrazione alle imprese in procedura concorsuale e la relazione dell'affittuario*.

⁵⁹ Cassazione 25 marzo 1995, n. 3579, in *Fallim.*, 1996, 26 con nota di M. NALDINI, *Prelazione dell'affittuario: prime innovazioni della Cassazione*.

⁶⁰ F. SPENA, *op. cit.*, 2005, 119, che su punto richiama Cassazione 10 febbraio 1999, n. 1124, in *Fallim.*, 2000, 293.

⁶¹ G. PERA, *Fallimento e rapporti di lavoro, op. cit.*, 245.

sicuro vantaggio di una salvaguardia dei livelli occupazionali, essa non si potrà verificare se il soddisfacimento di creditori non sia almeno pari a quello che essi avrebbero con la liquidazione. Ciò testimonia il fatto che nella diatriba fra interessi dei creditori e interessi dei lavoratori a vincere sono sempre i primi e che la modifica della visuale del legislatore più favorevole alla conservazione deriva non tanto o non solo da una maggiore sensibilità verso dei problemi che la procedura crea a livello di occupazione, ma semmai dalla presa di coscienza che in alcuni casi è interesse degli stessi creditori che il complesso non si disgreghi potendo la procedura ricavare un maggior introito dalla vendita dell'intera azienda piuttosto che delle sue parti.

9. La procedura sindacale: le peculiarità in caso di procedure concorsuali.

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 ristrutturazione⁶². L'impresa che intende fare ricorso alla cassa integrazione straordinaria deve infatti darne comunicazione alle rappresentanze sindacali unitarie, o in mancanza di queste, alle organizzazioni sindacali più rappresentative sul territorio provinciale. L'esame congiunto, che può essere chiesto dalle rappresentanze sindacali entro tre giorni dalla comunicazione si effettua presso la regione o nel caso di unità produttive ubicate in più regioni, presso il Ministero del lavoro.

Una volta trascorso il termine dei venticinque giorni (dieci giorni per le imprese con meno di cinquanta dipendenti) entro cui deve avere termine l'esame congiunto, il responsabile della procedura deve inoltrare apposita domanda alla Direzione generale della previdenza e assistenza sociale in conformità al modello stabilito dal Ministero del lavoro entro venticinque giorni dalla fine del periodo di paga in corso al termine della settimana in cui ha avuto inizio la sospensione o la riduzione dell'orario di lavoro. In caso di presentazione tardiva della domanda, l'eventuale trattamento straordinario di integrazione salariale decorre dall'inizio della settimana anteriore alla data di presentazione della domanda stessa⁶³. Alla domanda deve essere allegata

⁶² Vedi art. 2, quinto comma, d.p.r. 218 del 2002.

⁶³ Art. 3 secondo comma, d.p.r. n. 218/2000.

copia del verbale dell'incontro, l'indicazione della causa della sospensione nonché il numero di lavoratori interessati. In caso di diniego vi è la possibilità per il datore di presentare un'istanza di riesame davanti al ministro del lavoro, il quale attiva, in fase di istruttoria, il servizio ispettivo della DPL per verificare la sussistenza di un diritto alla concessione della CIGS.

Il presenza di una procedura concorsuale influenza inevitabilmente lo svolgersi del confronto. Una prima peculiarità si ritrova nel fatto che il curatore a differenza dell'imprenditore in *bonis* non è tenuto a rispettare il termine dei venticinque giorni dalla fine del periodo di paga e non soggiace quindi alle rigorose conseguenze derivanti dal non rispetto di tale termine previste dall'art. 3 sesto comma. A differenza del datore di lavoro che abbia inoltrato tardivamente la domanda⁶⁴, il curatore non sarà tenuto verso i dipendenti che dovessero risultare danneggiati, al pagamento in favore degli stessi di un importo pari al contributo loro spettante⁶⁵.

Al di là delle ripercussioni di ordine tecnico, la presenza di una procedura concorsuale si ripercuote soprattutto sul ruolo della procedura sindacale, che potrebbe in queste occasioni di disgregazione apparire maggiormente superflua.

A porre l'accento sull'importanza del ruolo della parte sindacale anche in casi di liquidazione è il d.p.r. n. 218/2000, il cui art. 6 rinviando all'art. 2 dello stesso, estende ai casi di procedure concorsuali lo svolgimento di un esame congiunto con le rappresentanze sindacali che verterà sul 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

Si debbono a questo punto analizzare una serie di considerazioni. In primo luogo l'obbligo di un programma per il curatore, liquidatore o commissario al pari di quanto avviene per dell'imprenditore *in bonis*, senza nessuna distinzione nemmeno per il contenuto del programma da redigere, completamente coincidente con quello richiesto in caso di crisi, sembra porsi a favore delle tesi della non obbligatorietà del

⁶⁴ L'art. 7, l. 164/75 prevede infatti che in caso di domanda presentata in ritardo il datore è tenuto a corrispondere a titolo di risarcimento danni ai lavoratori stessi una somma pari all'integrazione salariale non percepita.

⁶⁵ A. CAIAFA, *op. cit.*, 1998, 53.

ricorso alla cassa in quanto se un programma non fosse possibile per la mancanza di prospettive di risanamento che lo giustificano, il curatore dovrebbe procedere subito al licenziamento⁶⁶. Ci si chiede quindi se il legislatore con l'introduzione dell'art. 6 del d.p.r. n. 218/2000 abbia consapevolmente dato origine ad una "rivoluzione copernicana"⁶⁷, ovvero se prevedendo l'obbligo di preventiva comunicazione alle organizzazioni sindacali per la verifica del programma, abbia voluto muoversi verso un'interpretazione restrittiva dell'art. 3 della legge n. 223/91, sostenendo quindi non vi sia diversità fra le due fasi di intervento di integrazione salariale, essendo entrambe possibili solo in presenza di un risanamento e non in assenza di concrete prospettive di salvataggio dei posti di lavoro.

Se l'articolo in questione venisse interpretato in questo senso verrebbe a cadere la teoria che ritiene la concessione della CIGS automatica ed obbligatoria e prevarrebbe invece l'orientamento secondo cui al di fuori dell'ipotesi di una possibilità di realizzare una vicenda circolatoria temporanea o definitiva dell'azienda o qualora all'apertura della procedura concorsuale segua la cessazione dell'attività produttiva, l'organo è tenuto alla risoluzione di tutti i rapporti di lavoro.

Non manca chi, nonostante il rinvio dell'art. 6 all'art. 2, sostiene il carattere prettamente formale⁶⁸ dell'esame congiunto in considerazione dell'obbligatorietà e automaticità dell'intervento, che deriverebbero direttamente dalla norma contenuta nella legge 223/91. L'esame congiunto non avrebbe quindi ad oggetto il programma che l'impresa intende attuare in quanto il presupposto oggettivo per la concessione è

⁶⁶ A. CAIAFA, *Nuove regole per la crisi d'impresa:risanamento e conservazione*, in *Dir.lav.*, 2001, 67. *Contra*: A. CORRADO, D. CORRADO, *op. cit.*, 2007, 81, secondo gli autori un'interpretazione in tal senso non potrebbe palesarsi in quanto in questo modo si sosterebbe una modifica, se non l'abrogazione della legge n. 223/91 ad opera del d.p.r. n. 218/2000, fonte legislativa di rango inferiore. Il riferimento al programma dovrebbe invece ritenersi un difetto di coordinamento potendo l'esame congiunto con i sindacati limitarsi semplicemente a prendere atto dell'impossibilità di perseguire un piano di risanamento.

⁶⁷ A. CAIAFA, *op. cit.*, 2001, 834. L'autore mette in evidenza come rimanga di difficile comprensione il fatto che l'art. 6 d.p.r. 218/2000 preveda che la continuazione dell'attività non sia disposta o sia cessata solo per le imprese ammesse alla procedura di amministrazione straordinaria visto che la norma ha lo scopo di garantire il reddito dei lavoratori in attesa della possibile ripresa dell'attività lavorativa.

⁶⁸ A. CORRADO, D. CORRADO, *op. cit.*, 2007, 89.

proprio l'intervenuta cessazione totale dell'attività. Ne deriverebbe che i riferimenti al numero dei dipendenti, ai metodi di rotazione e alla durata dell'intervento sarebbero privi di rilevanza nel caso di procedure concorsuali in quanto tutti i dipendenti saranno interessati alla procedura di cassa integrazione.

10. *Concordato preventivo: dubbi interpretativi alla luce della riforma fallimentare.*

In virtù delle modifiche introdotte all'art. 3 dalla legge 236/1993 l'intervento della cassa integrazione viene esteso anche al periodo intercorrente fra l'ammissione alla procedura di concordato preventivo e la sua omologazione, a differenza di quanto prima previsto ove l'intervento si aveva solo successivamente all'omologazione restando scoperto il periodo precedente. Nel caso in cui il giudizio di omologazione non giunga ad un esito positivo la legge è intervenuta prevedendo che il periodo già usufruito venga detratto da quello previsto in caso di dichiarazione di fallimento. Rileva qui un primo punto di criticità.

In seguito all'introduzione del d.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito nella legge 4 maggio 2005, n. 80 di riforma del concordato preventivo, viene meno l'automaticità del fallimento in caso di diniego di omologa. La riforma del 2005 ha infatti definitivamente superato la concezione del concordato preventivo come beneficio per l'imprenditore e eliminando i requisiti di ammissibilità previsti originariamente dall'art. 160 legge fall. nonché il requisito della meritevolezza, ha fatto emergere la aprioristica esigenza dei creditori a scendere a patti con il debitore. E' stata quindi data massima libertà e autonomia alle pattuizioni concordatarie e ampliato notevolmente il loro ambito di applicazione, non essendo più necessaria la presenza di una vera e propria insolvenza ma essendo sufficiente un più generico "stato di crisi". Da qui la rottura dell'unione fra mancata omologazione e dichiarazione di fallimento. Alla luce di quanto qui interessa si pone quindi il problema della legittimità della concessione della cassa integrazione precedente all'omologa nel caso in cui questa non venga poi raggiunta e non vi sia una successiva dichiarazione di fallimento.

Nella stesura della legge 236/1993 la decisione del legislatore di estendere la copertura al periodo che precede l'omologa in modo da non far gravare sull'imprenditore i costi del personale, si rivelava essenzialmente "a costo zero", in quanto sarebbe andata in caso di non omologazione a gravare sul periodo dei dodici mesi previsti in caso di fallimento. Dunque il venir meno del presupposto per la concessione della cassa in caso di concordato (ossia l'omologa) non andava ad inficiare quanto ricevuto dai lavoratori in precedenza in quanto sarebbe divenuto un'anticipazione del periodo concesso in conseguenza del fallimento. Nel panorama attuale questo ragionamento non può più funzionare dato che al venir meno del presupposto dell'omologa può non conseguire automaticamente la dichiarazione di fallimento. Si potrebbe quindi ipotizzare che con la legge n. 236/1993 in realtà si sia voluto modificare il presupposto necessario per la concessione spostandolo nel tempo dall'omologa all'apertura. Se così non fosse la concessione della cassa successivamente all'apertura ma non seguita dall'omologa potrebbe divenire illegittima per mancanza delle condizioni necessarie.

11. *I costi della procedura.*

Il ricorso alla CIGS nelle procedure concorsuali viene favorito dal legislatore mediante la previsione di una serie di esenzioni e condizioni favorevoli.

La legge n. 223/91 nell'intento di non far gravare sull'attivo della procedura gli oneri che vanno a beneficio esclusivo di una categoria circoscritta di creditori, ha previsto una serie di agevolazioni per rendere del tutto gratuito il ricorso agli ammortizzatori salariali. La procedura concorsuale viene infatti esentata dal pagamento dei contributi normalmente dovuti dall'imprenditore *in bonis* secondo l'art. 8, primo comma del d.l. n. 86/1988 e art. 1, quarto e ottavo comma, legge n. 223/91⁶⁹. L'art. 3 terzo comma prevede inoltre che in caso di messa in mobilità

⁶⁹ Le imprese (*in bonis*) che si avvalgono della procedura di CIGS devono infatti versare un contributo addizionale pari al 3% (se occupano fino a cinquanta dipendenti) o al 4.5% (se occupano oltre 50 dipendenti) ex art. 8, d.l. n. 86/1988, contributo che è dovuto in misura doppia a decorrere dal primo giorno del venticinquesimo mese successivo alla decorrenza del trattamento o nel caso in cui l'azienda non rispetti i criteri di rotazione stabiliti dal decreto ministeriale (ai sensi dei commi 4 e 8

durante una procedura concorsuale non sia dovuto il contributo previsto dall'art. 5 della stessa legge⁷⁰.

Ciò si spiega sia con il fatto che in caso di procedura concorsuale non è necessario disincentivare il ricorso alla mobilità, sia perché non avrebbe senso addossare questo onere alla massa fallimentare visto il danno che ne deriverebbe ai creditori⁷¹.

Inoltre la quota di T.f.r. maturata durante il periodo di CIGS⁷² è a carico dell'INPS, ai sensi dell'art. 2 secondo comma, legge n. 464/1972⁷³, mentre il trattamento maturato nel periodo antecedente all'apertura della procedura concorsuale costituisce credito concorsuale coperto dal Fondo di garanzia previsto dalla legge n. 297/1982. L'intervento del Fondo di garanzia quindi non potrà essere richiesto nel periodo di CIGS in quanto il rapporto di lavoro è ancora in esecuzione seppur in una fase di sospensione⁷⁴.

dell'art. 1, l. n. 223/91). Inoltre è previsto un ulteriore aumento del 150% qualora l'azienda protragga il trattamento oltre i 24 mesi.

⁷⁰ Il datore di lavoro che avvia la procedura di mobilità deve versare all'INPS il c.d. contributo d'ingresso pari ad una mensilità di massimale lordo CIGS per ogni lavoratore che intende licenziare. Tale contributo verrà poi detratto da quanto dovuto dal datore visto il numero di lavoratori effettivamente licenziati.

⁷¹ M. MISCIONE, *op. cit.*, 1993, 48; G. U. TEDESCHI, *Le procedure concorsuali: Il fallimento, artt. 1-91 L.F.*, Torino, 1996, 634.

⁷² L'integrazione salariale infatti presuppone la permanenza del rapporto dipendente con conseguente maturazione del T.f.r. Il periodo di CIGS non sono invece utili nei casi in cui la legge richieda lo svolgimento di lavoro effettivo come ad esempio i sei mesi di lavoro effettivo necessari per il conseguimento dell'indennità di mobilità.

⁷³ All'art. 8 tale legge ribadisce anche per i dipendenti di imprese soggette alle procedure concorsuali il divieto di cumulare il trattamento di cassa integrazione con redditi di lavoro autonomo o subordinato. Essi inoltre in base all'art. 1 secondo comma del d.l. n. 328/2003 sono tenuti a dare la propria disponibilità alla frequentazione regolare di corsi di formazione professionale e ad essere impiegati in opere o servizi di pubblica utilità, purchè le attività lavorative o di formazione non distino più di cinquanta chilometri dalla residenza del lavoratore o comunque siano raggiungibili in ottanta minuti con i mezzi di trasporto pubblico, pena la decadenza dal beneficio del trattamento di cassa integrazione.

⁷⁴ L'intervento del fondo poteva invece essere richiesto precedentemente alla legge n. 223/91 in quanto la sospensione dell'efficacia del licenziamento avveniva ai solo fini dell'intervento della CIGS.

Rimangono quindi a carico della procedura solo i costi inerenti alla presentazione della pratica nonché i successivi periodici adempimenti volti ad attestare la permanenza delle condizioni di usufruibilità della CIGS⁷⁵, anche se una prassi affermata in ambito milanese prevede che gli accordi sul ricorso alla CIGS contengano l'impegno delle organizzazioni sindacali a farsi carico degli oneri di gestione amministrativa della domanda di cassa integrazione al fine di non gravare la procedura⁷⁶.

Per quanto riguarda il pagamento dell'assegno di integrazione salariale straordinario l'art. 2 sesto comma legge 223/91 fa salva l'ipotesi che il Ministero del lavoro e della previdenza sociale (oggi ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali) possa disporre il pagamento diretto ai lavoratori da parte dell'Inps (comprensivo del connesso assegno per il nucleo familiare), quando ricorrano comprovate difficoltà di ordine finanziario accertate dalla Direzione regionale del lavoro.

La procedura di concordato preventivo presenta inoltre della particolarità da analizzare con maggiore attenzione. Le modificazioni apportate al testo dell'art. 3 legge 223/91 dall'art. 7 d.l. n. 148/1993 convertito in legge n. 236/1993 che estende l'esenzione per il pagamento dei contributi anche alla procedura di concordato, riguardano solo l'istituto della cassa integrazione guadagni e non la collocazione in mobilità ed il relativo contributo. Ci si chiede quindi se in caso di licenziamenti collettivi in un concordato preventivo non ancora omologato sia o meno possibile l'esonero del contributo per la mobilità. Accogliere una soluzione negativa ossia che la norma di vantaggio spetterebbe solo quando ad attivare la procedura di mobilità dei lavoratori eccedenti sia il liquidatore⁷⁷, appare troppo riduttivo, in quanto la finalità dell'esenzione che è quella di rendere meno gravosa per i creditori la procedura di licenziamento collettivo, non può subire distinzioni temporali. Si condivide invece l'interpretazione che prevede come la modifica apportata all'art. 3, per ovvie ragioni di coerenza del sistema, abbia prodotto i suoi effetti non solo in materia di cassa integrazione ma anche di licenziamenti collettivi, esoneri entrambi

⁷⁵ A. CAIAFA, *Fallimento e collocazione in cassa integrazione del personale dipendente*, in *Dir. fall.*, 2001, II, 830 in commento a Trib. Napoli 14 luglio 2000.

⁷⁶ F. SCARPELLI, *op. cit.*, 1997, 67.

⁷⁷ Cassazione 28 giugno 2001, n. 8874, in *Fallim.*, 2002, 671.

richiedibili una volta emanato il decreto di ammissione alla procedura di concordato, in virtù “dell’intima connessione esistente fra commi primo e terzo dell’art. 3”⁷⁸, connessione che non è stata scalfita dalla modifica legislativa del 1993.

La finalità di evitare che la massa si trovi appesantita da costi dovuti alla mancata concessione della cassa integrazione il curatore avrà interesse a sospende immediatamente alla data di fallimento i rapporti di lavoro in attesa della concessione della cassa integrazione che, una volta concesso retroagisce al momento della dichiarazione di fallimento. Per evitare quindi i problemi che possono sorgere nel momento in cui la domanda non fosse accettata e quindi che i lavoratori avanzino pretese retributive per il periodo di sospensione la giurisprudenza ha ammesso che il responsabile della procedura proceda al licenziamento del personale subordinando la sua efficacia alla mancata concessione del trattamento⁷⁹.

E’ invece escluso che il trattamento possa estendersi anche al periodo intercorrente fra la dichiarazione dello stato di insolvenza e la data del fallimento⁸⁰. Il TAR del Lazio ha infatti respinto il ricorso presentato da una società dichiarata fallita contro il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali che aveva concesso alla società ricorrente la cassa integrazione guadagni straordinaria a partire dalla dichiarazione di fallimento e non da quella dello stato di insolvenza. I giudici amministrativi hanno chiarito che il trattamento straordinario di integrazione salariale in base alla legge è concesso solo in casi tassativi tra i quali non è compreso lo stato di insolvenza. Il periodo che decorre dallo stato di insolvenza è infatti coperto dalla cassa integrazione guadagni solo per le imprese che sono ammesse alla procedura di amministrazione straordinaria con la nomina di un commissario straordinario e per le quali sussiste effettiva possibilità di recuperare la capacità economica e produttiva.

12. CIGS ed esercizio provvisorio.

⁷⁸ Cassazione 5 maggio 2003, n. 6771, in *Fallim.*, 2004, 419, con nota di P. TRADATI.

⁷⁹ Trib. Roma 17 novembre 2001, in *Dir. fall.*, 2002, II, 314, che ha ritenuto legittimo il licenziamento intimato dal curatore condizionatamente al provvedimento di autorizzazione del Ministero del lavoro di un ulteriore periodo di proroga del trattamento.

⁸⁰ Tar Lazio 9 aprile 2003, n. 3287.

Se la cessazione dell'attività ben si concilia con la previsione di un intervento pubblico di cassa integrazione si pone il dubbio se altrettanto si possa affermare nell'ipotesi di esercizio provvisorio, in cui il giudice autorizza la continuazione anche solo parziale e temporanea dell'attività. La cessazione di ogni attività d'impresa quale presupposto per la concessione può portare a situazioni non eque⁸¹ in quanto può impedire il ricorso alla cassa integrazione nel caso di continuazione dell'attività diretta semplicemente alla liquidazione (il caso appunto dell'esercizio provvisorio) il cui scopo è quello di mantenere in vita temporaneamente il complesso produttivo evitando una perdita di valore che potrebbe compromettere la successiva vendita.

Sarebbe quindi penalizzante non ritenere che in questi casi possa operare la cassa integrazione. Al contrario si condivide la tesi che vede l'intervento in caso di procedure concorsuali sia nelle ipotesi in cui non sia stata disposta la continuazione dell'attività sia in quella in cui la continuazione è cessata⁸², dovendo semmai ritenere che la mancata concessione sia necessaria quando la cessazione dell'attività sia accompagnata da una situazione aziendale tale da non far prospettare un suo trasferimento.

Una simile interpretazione avrebbe inoltre come vantaggio un miglioramento in termini di coerenza del testo di legge dell'art. 3 legge n. 223/1991 che prevede la cessazione come presupposto per la concessione iniziale per poi richiede come elemento essenziale per la proroga la continuazione dell'attività. La dottrina dal canto suo, cercando di spiegare la discordanza fra le due previsioni, ha previsto che il riferimento contenuto all'interno della disciplina della proroga alla continuazione dell'attività (che farebbe presupporre che mai ci sia stata un'interruzione) deve essere interpretato nel senso che la attività potrebbe essere solo parzialmente cessata e la sua ripresa permetta il riassorbimento dei lavoratori originariamente sospesi⁸³.

Anche nel caso di esercizio provvisorio si può quindi affermare una possibilità di intervento della cassa ex art. 3 non essendo invece condivisibile l'applicazione dell'art. 1, ritenuta da alcuni autori giustificata della diversità di fini che distinguerebbe l'esercizio provvisorio dalla fase di liquidazione vera e propria.

⁸¹ L. MENGHINI, *op. cit.*, 2006, 684.

⁸² F. SPENA, *op. cit.*, 2005, 114; M. MACCHIA, *Cassa integrazione e mobilità nelle procedure concorsuali*, in *Giur. lav. Lazio*, 1994, 253.

⁸³ M. MACCHIA, *Lavoro e previdenza nel concordato preventivo*, in *Fallim.*, 1999, 735.

L'affermazione che la continuazione dell'attività non possa perseguire finalità di risanamento dell'impresa ma solamente una sua conservazione ai fini di una successiva cessione non è da ritenere talmente forte da ripercuotersi sul provvedimento di cassa integrazione cambiandone la natura.

Altrettanto criticabile si pone il ragionamento che ritiene opportuno un ricorso alla CIGS ex art. 1 in ipotesi di fallimento in cui vi è la possibilità di una revoca⁸⁴.

Va sottolineato come la giurisprudenza in caso di revoca della dichiarazione di fallimento si sia espressa in favore della salvezza dei provvedimenti del Ministero a concessione della cassa integrazione. Tali decreti non sono scalfiti in caso di sentenza di appello che annulli la dichiarazione di fallimento⁸⁵. Ne deriva che una valutazione prudentiale da parte del curatore, il quale dovrebbe in caso di possibile revoca, ricorrere dall'art. 1, oltre a non trovare riscontro normativo, si dimostra priva di utilità visto l'orientamento giurisprudenziale conservativo degli effetti del provvedimento di concessione.

13. Problemi di coordinamenti fra concessioni successive.

Nel caso in cui l'impresa assoggettata ad una procedura concorsuale menzionata dalla disciplina in esame godesse già precedentemente all'ammissione alla procedura della CIGS in quanto rientrante in una delle ipotesi previste dall'art. 1 della legge n. 223/91, si verrà a creare un problema di coordinamento fra l'intervento della CIGS prima della procedura ex art. 1 della legge n. 223/91 e il successivo intervento ex art. 3 della stessa legge.

Si sostiene che, in caso di cessazione dell'attività, si darà luogo immediatamente, senza soluzioni di continuità, all'applicazione della CIGS ex art. 3 legge n. 223/91, senza che il periodo già usufruito anteriormente alla procedura sia detratto dalla durata dei dodici mesi, data la diversità di struttura e finalità dei due istituti l'uno (quello previsto dall'art. 1 legge n. 223/90) rivolto ad alleggerire i costi di gestione dell'impresa, in previsione di un possibile risanamento, l'altro (ex art. 3 legge n.

⁸⁴ A. CORRADO, D. CORRADO, *op. cit.*, 2007, 82.

⁸⁵ Cons. Stato, 24 luglio 1996, n. 1659, in *Cons. Stato*, 1997, I, 1780, in riferimento alla concessione della cassa integrazione ai sensi della legge 27 luglio 1979, n. 301.

223/91) diretto invece ad operare come puro ammortizzatore sociale, concesso anche in assenza di prospettive di salvataggio⁸⁶.

Per quanto riguarda poi il pagamento della CIGS in riferimento ai periodi anteriori alla procedura concorsuale, che avrebbe dovuto avvenire da parte del datore di lavoro obbligato ad anticipare le somme per conto dell'INPS in quanto suo mandatario, si osserva come il datore di lavoro *in bonis* è mandatario *ex lege* dell'INPS all'anticipazione dell'integrazione salariale ma poiché la dichiarazione di fallimento determina l'estinzione di tale mandato, ai sensi dell'art. 78 legge fall., ne consegue che i dipendenti in CIG hanno titolo per pretendere il pagamento dell'integrazione salariale nei confronti dell'INPS e non anche della massa fallimentare⁸⁷.

In tal senso si è espressa la Corte di Cassazione⁸⁸ che ha affermato lo scioglimento del mandato in capo all'imprenditore, senza che vi sia il trasferimento al curatore non essendo questo né un rappresentante né un avente causa del fallito. La sentenza in commento afferma inoltre che per quanto riguarda i crediti già maturati prima della dichiarazione di fallimento, riguardanti le somme anticipate dal datore di lavoro *in bonis* per conto dell'INPS nel legittimo adempimento del mandato, esse verranno rimborsate dall'ente previdenziale e acquisite quindi come poste attive della massa.

In caso di trasferimento dell'azienda soggetta a procedure concorsuali i limiti temporali di durata previsti per la CIGS si riferiscono solo ai lavoratori di imprese assoggettate a procedure concorsuali mentre non sono vincolanti per l'impresa cessionaria, che potrà presentare un autonomo programma di ristrutturazione. Non sembra però che il trasferimento possa permettere di non considerare il periodo di cassa integrazione già usufruito ai fini dell'applicazione del limite temporale complessivo dei 36 mesi riferibile all'unità produttiva⁸⁹, in quanto tale deroga è espressamente prevista solo nel caso di significativa trasformazione dell'assetto proprietario che abbia determinato rilevanti apporti di capitale ed investimenti produttivi⁹⁰.

⁸⁶ A. CAIAFA, *op. cit.*, 1998, 53.

⁸⁷ B. QUATRARO, S. D'AMORA, *op. cit.*, Tomo I, 1999, 733.

⁸⁸ Cassazione 21 marzo 1983, n. 1998, in *Lavoro e prev. oggi*, 1983, 801.

⁸⁹ M. PAPALEONI, R. DEL PUNTA, M. MARIANI, *op. cit.*, 1993, 130.

⁹⁰ Art. 1, primo comma, l. 223/91.

14. *CIGS nelle procedure non menzionate dall'art. 3 della legge n. 223/91: il particolare caso del concordato con garanzia.*

Si discute se il mancato riferimento all'amministrazione controllata e al concordato preventivo con garanzia debba venire interpretato nel senso della loro esclusione dalla CIGS oppure se essi siano da ricondurre alla disciplina dell'art. 1 anziché dell'art.3 della legge n. 223/91⁹¹. A favore di quest'ultima ipotesi si afferma come sarebbe ingiusto concedere la CIGS in caso di procedure tipicamente liquidative come il fallimento e la liquidazione coatta amministrativa dove la continuazione dell'esercizio riveste carattere eccezionale, e non prevederlo invece in ipotesi come quella dell'amministrazione controllata o di concordato con garanzia il cui scopo è proprio quello di dare un periodo di respiro all'imprenditore che si trova in una situazione di temporanea difficoltà nell'adempiere alle proprie obbligazioni⁹².

Tanto più che la situazione aziendale oggetto di concordato con garanzia o amministrazione controllata potrebbe presentare le stesse caratteristiche che legittimano la CIGS secondo l'art. 1⁹³. Risulterebbe quindi assolutamente irrazionale escluderle dall'ambito di applicazione della cassa integrazione.

L'esclusione del concordato con garanzia dei beni dal novero delle procedure concorsuali ammesse alla cassa integrazione come dai licenziamenti collettivi, per la mancanza della finalità prettamente liquidative (presenti invece delle altre procedure), si presenta ora più che mai in contrasto con il mutato panorama giuridico.

In primo luogo l'art. 6 del d.p.r. 218/2000, che eliminando il requisito della cessazione dell'attività nel caso di amministrazione straordinaria va ad infrangere la distinzione prima presente fra procedure dirette alla conservazione del patrimonio (escluse dall'ambito di applicazione) e quelle prettamente liquidatorie. Ma soprattutto il cambiamento intervenuto nella nuova legge fallimentare il cui intento di procedere alla conservazione delle unità produttive trova evidente riscontro nel ridisegnato istituto dell'esercizio provvisorio e nella regolamentazione del contatto di

⁹¹ In questo senso: G. SANTORO PASSERELLI, *op. cit.*, 1994, 905.

⁹² M. RICCI, *op. cit.*, 2004, 248.

⁹³ In questo senso S. LIEBMAN, *op. cit.*, 1995, 23.

affitto d'azienda⁹⁴, porta ancor più ad un assottigliamento di quella distinzione, una volta molto più marcata, fra procedure volte alla disgregazione aziendale e procedure con finalità conservative.

A quanto detto fin qui si aggiunge l'importante novità introdotta dal d.l. 14 marzo 2005, n. 35 convertito in l. 14 maggio 2005, n. 80, che nel modificare il concordato preventivo abbandona una visione incentrata sull'essenziale soddisfacimento dei creditori, per acquisire la consapevolezza che la soddisfazione delle ragioni del ceto creditorio può passare attraverso l'elaborazione di un piano di regolazione della crisi⁹⁵. Il nuovo art. 160 legge fall. prevede la possibilità che l'imprenditore proponga ai propri creditori un concordato preventivo sulla base di un piano il cui contenuto può essere il più vario, dal risanamento dell'impresa o la conservazione mediante trasferimento a terzi, alla liquidazione atomistica del patrimonio. Il soddisfacimento dei creditori potrebbe quindi essere raggiunto sia con l'utilizzo degli schemi tradizionali quali il concordato con garanzia e il concordato con cessione dei beni, sia mediante ad esempio l'attribuzione ai creditori di obbligazioni o altri titoli di debito ovvero la conversione dei crediti in capitale della società in crisi, o ancora attraverso l'incorporazione della società oggetto di concordato in un'altra società.

Non esistendo più l'originaria bipartizione (concordato con cessione dei beni, concordato con garanzia), nasce il problema della disciplina applicabile nei casi ibridi ossia non perfettamente classificabile in uno dei due tipi di concordato. Comprendere tali fattispecie nell'ambito dell'art. 1 o nell'ambito dell'art. 3 richiederà da parte del commissario giudiziale uno sforzo valutativo volto a verificare se il piano di concordato si avvicini più alla fattispecie del concordato con garanzia (in questo caso vi sarà applicazione dell'art. 1) o del concordato con cessione dei beni (con adozione dell'art. 3). Sicuramente non sfugge il fatto che, in virtù di quanto appena detto sulla maggior attenzione del legislatore verso la conservazione del patrimonio aziendale, dover ricondurre il piano di concordato a canoni prestabiliti, rappresenta di certo una forzatura.

⁹⁴ A. CAIAFA, *Esercizio provvisorio dell'impresa e contratti di lavoro*, in *Dir.prat.lav.*, 2008, 1572.

⁹⁵ L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare. La nuova disciplina delle procedure concorsuali giudiziali*, Torino, 2006, 322.

15. *Gli interventi delle leggi finanziarie.*

La possibilità di proroga contenuta già nell'art. 3, 137° comma della legge finanziaria 2004 che recita : “il Ministero del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, può disporre, entro il 31 dicembre 2004, proroghe ai trattamenti di cassa integrazione guadagni straordinaria, di mobilità e di disoccupazione speciale, già previsti da disposizioni di legge, anche in deroga alla normativa vigente in materia”, conferma quanto detto in precedenza (vedi § 2) in merito al susseguirsi di provvedimenti tesi ad allungare le ipotesi di concessione della cassa integrazione in considerazione delle sempre più diffuse situazioni di difficoltà economica nelle imprese.

La questione che qui si pone trae spunto dall'affermazione contenuta nella finanziaria 2004 “anche in deroga alla normativa vigente in materia”. Previsione che si ripete di anno in anno nelle leggi finanziarie fino ad arrivare a quella più recente. La giurisprudenza di merito⁹⁶ a tale proposito ritiene che la dicitura “anche in deroga alla normativa vigente in materia”, non possa snaturare le peculiarità di ciascun istituto giuridico, con la conseguenza che non è mai possibile prescindere dall'esistenza di fondate prospettive di continuazione e ripresa dell'attività.

A ben vedere però nel testo di legge non si trova nessun riferimento alle prospettive di risanamento, ma l'accento sembra porsi invece sul ruolo di sindacati.

La Finanziaria per il 2008 prevede infatti che in attesa della riforma degli ammortizzatori sociali, il Ministro del lavoro e della previdenza sociale, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, possa disporre, entro il 31 dicembre 2008, in deroga alla vigente normativa, concessioni, anche senza soluzione di continuità, dei trattamenti di cassa integrazione guadagni straordinaria, di mobilità e di disoccupazione speciale, nel caso di programmi finalizzati alla gestione di crisi occupazionale, anche con riferimento a settori produttivi e ad aree regionali, ovvero

⁹⁶ Trib. Palmi 25 marzo 2004, *cit.*

miranti al reimpiego di lavoratori coinvolti in detti programmi definiti in specifici accordi in sede governativa intervenuti entro il 15 giugno 2008 che recepiscono le intese già stipulate in sede territoriale ed inviate al Ministero del lavoro e della previdenza sociale entro il 20 maggio 2008. Inoltre i trattamenti concessi ai sensi dell'articolo 1, comma 1190, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, possono essere prorogati, con decreto del Ministro del lavoro e della previdenza sociale, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, qualora i piani di gestione delle eccedenze già definiti in specifici accordi in sede governativa abbiano comportato una riduzione nella misura almeno del dieci per cento del numero dei destinatari dei trattamenti scaduti il 31 dicembre 2007.

CAPITOLO III

PROCEDURE CONCORSUALI E SISTEMA DEI LICENZIAMENTI

SOMMARIO: 1. Licenziamenti collettivi e procedura sindacale nelle procedure concorsuali. - 2. La piena inclusione delle procedure concorsuali nel sistema comune dei licenziamenti. - 3. Licenziamenti collettivi e stato di insolvenza: profili di specialità. - 4. Procedura di riduzione del personale: modalità e tempi. - 5. Fallimento e licenziamento per giustificato motivo oggettivo. - 6. L'indennità di preavviso. - 7. Il contratto di lavoro a termine.

1. Licenziamenti collettivi e procedura sindacale nelle procedure concorsuali.

La necessità di una disciplina sui licenziamenti collettivi, poco sentita prima dell'emanazione della legge n. 223/91 in quanto ritenuta quasi inopportuna, come se regolando il licenziamento collettivo si finisse per incentivarlo¹, ha trovato soddisfazione grazie alla spinta degli organi comunitari (la Corte di Giustizia con sentenza 8 giugno 1982² ha dichiarato il nostro Stato inadempiente agli obblighi comunitari per non aver ottemperato alla direttiva n. 75/129 del 17 febbraio 1975 relativa al ravvicinamento delle legislazioni in materia di licenziamenti collettivi).

L'art. 24 della legge n. 223/91 definisce il licenziamento collettivo quello effettuato da un datore di lavoro che occupi più di quindici dipendenti in conseguenza di una riduzione o trasformazione dell'attività o di lavoro o di

¹ M. MAGNANI, *op. cit.*, 1991, 161. L'autrice trova il fondamento ad una simile affermazione, tanto da parlare di "marginalizzazione del licenziamento collettivo", nella difesa avanzata dal nostro governo nel secondo procedimento avviato a suo carico per la inattuazione della direttiva CEE sui licenziamenti collettivi, nella quale si legge: "nell'attuale momento socio-economico, in Italia, l'attività legislativa deve innanzitutto mirare a garantire la conservazione del livello dell'occupazione e sarebbe inopportuno emanare una disciplina relativa ai licenziamenti collettivi nella situazione di urgenza che si vuol fronteggiare a tutela dell'occupazione".

² In *Foro it.*, 1982, IV, 363, con nota di O. MAZZOTTA, e in *Dir. lav.*, 1982, II, 426, con nota di R. FOGLIA.

cessazione dell'attività, quando i licenziamenti coinvolgano almeno cinque licenziamenti nell'arco di centoventi giorni in ciascuna unità produttiva o in più unità nell'ambito del territorio di una stessa provincia³.

Qualora non sussista il requisito quantitativo o quello temporale o in assenza di entrambi si configura l'ipotesi di licenziamento individuale plurimo disciplinato dalla normativa sui licenziamenti individuali per giustificato motivo oggettivo⁴.

Quello che qui interessa in particolar modo è il riferimento contenuto all'interno dell'art. 24 alla cessazione dell'attività, che insieme alla trasformazione e alla riduzione dell'attività, rappresenta una causale per l'applicazione della disciplina del licenziamento collettivo e quindi della procedura sindacale che lo precede. Elemento questo (l'inclusione della cessazione nella causali del licenziamento) che rappresenta una novità rispetto alla normativa precedente visto che sotto il vigore degli accordi interconfederali per l'industria del 20 dicembre 1950 e del 5 maggio 1965 l'ipotesi di cessazione di attività non era assimilabile a quelle di riduzione o trasformazione dell'attività ma dava luogo a una pluralità di licenziamenti individuali⁵.

L'art. 24 della legge n. 223/91 nello stabilire che i criteri di cui all'art. 4 e dell'art. 5, trovano applicazione anche nell'ipotesi in cui le imprese intendano cessare l'attività, senza però precisare se sia incluso il caso di cessazione conseguente all'apertura di una procedura concorsuale, pone delle incertezze interpretative non di facile soluzione. Se infatti l'obbligo di seguire la procedura rappresenta condizione normale se si ha come riferimento un'impresa *in bonis*, altrettanto non si può dire nel caso di procedure concorsuali e in special modo in quelle fattispecie aventi carattere liquidatorio. L'oggetto della *querelle* ha origine dalla pur condivisibile riflessione sulla bassa utilità pratica di una procedura di confronto sindacale nel caso di

³ In materia di licenziamenti collettivi nella legge n. 223/1991 vedi: L. MONTUSCHI, *Mobilità e licenziamenti primi appunti ricostruttivi ed esegetici in margine alla legge n. 223/1991*, in *Riv.it.dir.lav.*, 1991, I, 413; F. MAZZIOTTI, *Riduzione del personale e messa in mobilità*, in G. FERRARO, F. MAZZIOTTI, F. SANTONI (a cura di), *Integrazioni salariali, eccedenze di personale e mercato del lavoro*, Napoli, 1992, 95.

⁴ G. PERA, *I licenziamenti collettivi*, in *Giust. civ.*, 1992, 207, sostiene non vi sia una differenza ontologica fra licenziamenti collettivi e licenziamenti individuali plurimi.

⁵ Vedi: Cassazione 9 dicembre 1992, n. 12998, in *Rep.foro.it.* 1992, Lavoro (rapporto), n. 1800; Cassazione 29 gennaio 1988, n. 796, in *Foro it.*, 1989, I, 3184; Cassazione 5 maggio 1984, n. 2732, in *Rep. foro it.*, 1984, Lavoro (rapporto), n. 1903.

cessazione dell'attività, in quanto decisione presa dall'autorità giudiziale in situazioni che testimoniano indubbiamente una crisi irreversibile.

Nell'originaria stesura del testo come approvato dal Senato le disposizioni dell'articolo in commento non si applicavano alle ipotesi di cessazione dell'attività per provvedimenti dell'autorità giudiziaria. Il fatto che tale previsione sia stata tolta con l'approvazione alla Camera dei Deputati ha indotto a pensare che la volontà del legislatore fosse quella di estendere le procedure conciliative di cui all'art. 4 legge n. 223/91 anche al caso di cessazione dell'attività in conseguenza di una procedura concorsuale. E' stato messo in evidenza però come si tratti di una procedura molto articolata che, se trova ragione nel momento in cui l'impresa sia interessata da un procedimento di riduzione o trasformazione di attività o di lavoro, difficilmente può essere efficace nel caso in cui vi sia la cessazione dell'attività in seguito all'ammissione ad una procedura concorsuale che comporta la liquidazione dell'impresa⁶.

Per tali motivi parte della dottrina⁷ sostiene che il curatore, se provvede al licenziamento totale, non sarebbe tenuto a seguire il procedimento di consultazione sindacale disciplinato dall'art. 4 della legge n. 223/91 richiamato dall'art. 24. Questo perché il procedimento, che ha lo scopo di far tornare sulle sue decisioni l'imprenditore *in bonis*, è privo di fondamento in caso di fallimento. La procedura dovrebbe infatti trovare applicazione solo nei confronti del personale dipendente di un'impresa attiva che intenda permanere sul mercato. Nel caso di procedure concorsuali invece, al di fuori del caso di esercizio provvisorio, non essendovi alcuna prosecuzione dell'attività non appare possibile applicare le disposizioni, avendo queste la caratteristica di dover disciplinare situazioni di difficoltà temporanea⁸. Ne deriverebbe che se i licenziamenti riguardassero l'intera forza lavoro essi dovrebbero essere sempre considerati come licenziamenti individuali e non collettivi con applicazione dell'art. 3 della legge n. 604/1966 che impone al curatore di indicare

⁶ A. CAIAFA, *Sopravvivenza dell'impresa nelle procedure concorsuali e sorte dei rapporti di lavoro*, in *Dir. fall.*, 1992, 597.

⁷ A. CAIAFA, *op. ult. op. cit.*, 1992, 597.

⁸ A. CAIAFA, *Fallimento del datore di lavoro e licenziamenti collettivi per riduzione di personale: competenza del giudice del lavoro o del tribunale fallimentare?*, in *Mass.giur.lav.*, 1997, 921. Trib. Roma 11 luglio 2002, in *Dir.fall.*, 2002, 880.

all'atto di licenziamento i motivi per i quali si ritiene antieconomica la prosecuzione dell'attività nonché i motivi del licenziamento. Pertanto se il curatore non ravvisa i presupposti per la continuazione dell'attività egli non sarebbe tenuto né a chiedere l'intervento della cassa né ad ottemperare alla procedura prevista dall'art. 24 in quanto ci si trova di fronte ad una fattispecie di licenziamento individuale plurimo per giustificato motivo oggettivo. Le procedure previste dall'art. 4 e art. 24 opererebbero invece solo nei casi in cui occorre procedere ad una riduzione del personale senza che ciò precluda la struttura operativa dell'impresa che rimane attiva⁹.

Un orientamento in tal senso, che come si dirà di seguito appare criticabile in vari punti, viene avvalorato dalla presa di posizione in materia della Suprema Corte¹⁰ la quale individua come ambito di applicazione dell'art. 24 della legge n. 223/91 solo i casi in cui sia possibile lo svolgimento sia pure parziale o provvisorio di alcune attività, con conseguente salvaguardia di posti di lavoro, mentre esclude la sua applicabilità quando sia cessata l'attività. Secondo i giudici il curatore sarà tenuto ad osservare la procedura per la dichiarazione di mobilità solo nel caso in cui i livelli occupazionali possano essere salvaguardati parzialmente (ovvero nel caso di esercizio provvisorio), mentre in caso di cessazione totale dell'attività, comportando questa l'impossibilità di proseguire tutti i rapporti di lavoro, non vi è ragione di applicare la normativa di cui al secondo comma dell'art. 24 della legge n. 223/91, che è dettata per imprese in cui vi è una possibilità di scelta da parte dell'imprenditore, elemento assente in caso di un provvedimento dell'autorità giudiziaria. Nella sentenza in commento la Corte sostiene infatti come nel fallimento il curatore fallimentare non abbia la possibilità di scelta ma debba svolgere un atto dovuto nell'interesse, non tanto dell'impresa quanto dei creditori. Per tale motivo viene esclusa la fattispecie di licenziamento collettivo, costituendo questo caso una figura residuale di licenziamento individuale plurimo per giustificato motivo oggettivo. Il fatto che il curatore non debba seguire le procedure di mobilità in caso di licenziamenti conseguenti alla cessazione dell'attività non deriva quindi, secondo la Corte, dall'inutilità della stessa in caso di fallimento, quanto piuttosto dal fatto che

⁹E. FORGILLO, *Il salvataggio dell'impresa e la tutela dei livelli occupazionali quali interessi prevalenti rispetto alla tutela dei creditori*, in *Dir. mercato lav.*, 2004, 512.

¹⁰ Cassazione 12 maggio 1997, n. 4146, in *Foro it.*, 1997, I, 2490.

non si è in presenza di un licenziamento collettivo. A supporto delle proprie considerazioni la Corte sostiene come l'inosservanza della procedura da parte del curatore comporterebbe l'inefficacia dei licenziamenti stessi con due conseguenze negative; la reintegra dei lavoratori in un'impresa ormai inesistente e la creazione di un danno ai creditori.

Di fronte al rilievo di chi vede nella soppressione da parte della Camera dei Deputati dell'inapplicabilità della normativa in esame nell'ipotesi di cessazione di attività per provvedimento dell'autorità giudiziaria, la volontà del legislatore di estendere la normativa dell'art. 24 legge n. 223/91 anche all'ipotesi di cessazione dell'attività a seguito di provvedimento giudiziario, la Corte sostiene come "queste vicende legislative non possono essere considerate univoche e non possono essere utilizzate per giustificare sia un'interpretazione estensiva, sia un'interpretazione restrittiva della norma in esame".

Concludendo si può dire che, secondo l'interpretazione data dalla giurisprudenza di legittimità, l'iter procedurale fissato dall'art. 4 della legge n. 223/91 e l'avvio di una fase di consultazione, la cui omissione determina ai sensi dell'art. 5, terzo comma della stessa legge l'inefficacia dei licenziamenti, appare logica in due occasioni: qualora sia stato attuato un trasferimento dell'azienda che non abbia però consentito l'integrale mantenimento dei livelli occupazionali; o quando l'attività sia temporaneamente proseguita, pur se ai fini di una migliore realizzazione dell'attivo, e si verifichi la necessità di ridurre il personale occupato. In questi casi si dovrà seguire la procedura conciliativa e i criteri di scelta previsti dall'art. 5¹¹.

La mobilità così come il licenziamento collettivo potrà quindi essere concessa solo nel caso in cui l'impresa sia ancora attiva, per eliminare il personale eccedente o per consentire il generale licenziamento, e non quando l'attività sia definitivamente cessata e non vi siano prospettive di una sua ripresa o di cessione. Questo perché la finalità della normativa è di consentire per quanto possibile, la salvaguardia dei livelli occupazionali permettendo un periodo di sospensione del rapporto, al fine di un reimpiego del lavoratore o la sua collocazione altrove¹².

¹¹ A. CAIAFA, *Fallimenti, cigs e mobilità: un nodo ancora da sciogliere*, in *Dir. fall.*, 2002, II, 881, in commento a Trib. Roma 11 luglio 2002; A. CAIAFA, *Fallimento e risoluzione condizionata dei rapporti di lavoro*, in *Dir. fall.*, 2002, II, 317, in commento a Trib. Roma 17 novembre 2001

¹² Trib. Roma 11 luglio 2002, in *Dir. fall.*, 2002, II, 881.

Trattandosi di licenziamento individuale plurimo per giustificato motivo oggettivo il curatore dovrà dimostrare la sussistenza del giustificato motivo oggettivo e delle ragioni poste a fondamento del recesso, ma non dovrà dimostrare l'impossibilità di utilizzare i lavoratori in mansioni equivalenti, né il nesso di causalità fra le esigenze richiamate e la risoluzione di alcuni rapporti di lavoro, dal momento che la risoluzione riguarda tutto il personale in organico¹³.

Parte della giurisprudenza di merito aderisce completamente all'orientamento della Suprema Corte. I giudici affermano come al di fuori dell'ipotesi della concreta realizzazione di una vicenda circolatoria temporanea o definitiva dell'azienda, qualora all'apertura della procedura concorsuale segua la cessazione di ogni attività produttiva e non sia quindi possibile il ricorso a misure alternative, l'organo responsabile della procedura sarà tenuto alla immediata e contemporanea risoluzione dei rapporti di lavoro senza peraltro osservare le disposizioni sui licenziamenti collettivi¹⁴.

2. La piena inclusione delle procedure concorsuali nel sistema comune dei licenziamenti.

Altra parte della dottrina come della giurisprudenza ritiene invece vi sia un dovere del curatore di procedere ai sensi dell'art. 4 legge 223/91, in quanto previsto espressamente dalla legge e quindi non derogabile¹⁵. Il curatore, il liquidatore o il commissario nel mettere in mobilità i lavoratori eccedenti, al pari di qualsiasi altro

¹³ Cassazione 3 ottobre 1996, n. 8670, in *Fallim.*, 1997, 402.

¹⁴ Trib. Napoli 14 luglio 2000, in *Dir. fall.*, 2001,830; Trib. Roma 17 novembre 2001, in *Dir. fall.*, 2002, 317, in cui il giudice delegato autorizza il curatore a presentare l'istanza diretta ad ottenere la proroga della CIGS ma allo stesso tempo lo autorizza alla immediata comunicazione dei recessi, pur se subordinata, nell'efficacia alla mancata concessione della proroga. In caso di mancata proroga i recessi (che hanno come data quella di termine dal trattamento di CIGS) del curatore saranno efficaci, non andando così a gravare sulla procedura.

¹⁵ P. ALLEVA, *op. cit.*, 2000, 39. A. CORRADO, D. CORRADO, *I rapporti di lavoro nel fallimento*, Torino, 2007, 113. Secondo l'autore le procedure di collocamento in mobilità e licenziamenti collettivi sono sostanzialmente identiche tanto per le imprese *in bonis* quanto per quelle in stato di insolvenza.

datore di lavoro dovrebbero procedere alla consultazione prevista dall'art. 4 della legge n. 223/91 con tempi ridotti (da quarantacinque a trenta giorni) superati i quali ai lavoratori va comunicato il recesso nel rispetto dei termini di preavviso¹⁶ (ai sensi dell'art. 2118 cod. civ.)¹⁷. E' quindi necessario venga svolto l'esame congiunto¹⁸ previsto dal quinto comma dell'art. 4 della legge n. 223/91 in quanto lo scopo del legislatore è quello di conservare il più possibile i livelli occupazionali pena l'inefficacia del licenziamento¹⁹.

¹⁶ M. RICCI, *op. cit.*, 2004, 246.

¹⁷ Secondo l'orientamento della Cassazione (Cassazione 29 settembre 1994, n. 7914, in *Foro it.*, 1994, I, 3012) l'indennità di mancato preavviso non è cumulabile con il trattamento di integrazione salariale in quanto "per effetto della sospensione del licenziamento l'indennità sostitutiva del preavviso assume un carattere assimilabile ad un preavviso con dispensa della prestazione di lavoro". Quindi, secondo la Cassazione il fatto che si verifichi in quel periodo lo svolgimento di un'attività remunerata impedisce la contemporanea corresponsione dell'integrazione straordinaria.

¹⁸ P. CHIECO, *La disciplina delle eccedenze di personale nelle procedure concorsuali*, in *Riv. giur. lav.*, 2001, 193.

¹⁹ Cassazione 8 luglio 2004, n. 12645, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, II, 217; Trib. Urbino 30 gennaio 2004, in *Rep. foro.it.*, Lavoro (rapporto), n. 1568. Nello stesso senso: M. TATARELLI, *Licenziamento individuale e collettivo*, Padova, 2006, 461. Pret. Milano, 24 settembre 1996, *cit.* Nasce qui l'ulteriore problema dell'identificazione della competenza del giudice del lavoro o di quello fallimentare. L'orientamento predominante sostiene che ogni pretesa creditoria del lavoratore vada devoluta alla competenza del tribunale fallimentare, foro che attrae anche le controversie derivanti dal fallimento, non avendo a ciò derogato l'entrata in vigore della l. 533/1973, mentre restano escluse e quindi ricadono nella competenza del giudice del lavoro, le controversie di cui all'art. 6 della l. 604/1966 integrato dall'art. 18 l. 300/1970. Nel caso quindi di licenziamento individuale, la decisione riguardante l'ingiustificatezza o meno del licenziamento spetta solo al giudice del lavoro, essendo questa un'azione che non trova nel fallimento la sua causa determinante (l'art. 2119 cod. civ. infatti afferma che il fallimento non costituisce giusta causa di risoluzione del rapporto di lavoro) e pertanto non deroga la competenza del giudice del lavoro. V. da ultime Cass. 27 febbraio 2004, n. 4051, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, II, 242; Cass. 28 aprile 2003, n. 6612, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2003, 815; Cass. 3 marzo 2003, n. 3129, in *Lavoro e prev. oggi*, 2003, 1260. Una ripartizione di competenze che vede affidate al giudice del lavoro le attribuzioni in ordine alla declaratoria di illegittimità del licenziamento ed eventuale reintegra ex art. 18 e al giudice fallimentare tutte le pretese creditorie di contenuto patrimoniale correlate alla dichiarazione di illegittimità, sussiste anche nel caso di cessazione dell'attività d'impresa. Anche in tal caso infatti il lavoratore può avere interesse ad ottenere una pronuncia giudiziale di reintegra per poi rinunciarvi dietro la corresponsione di una somma pari a quindici mensilità secondo quanto disposto dall'art. 18. Così Cassazione 12 maggio 1997, n. 4146, *cit.*

Gli organi della procedura concorsuale sono quindi onorati di un vero e proprio obbligo di esperire la procedura prevista dall'art. 4 non solo nel caso in cui, autorizzato l'esercizio provvisorio si trovino nella necessità di diminuire l'organico ma anche nel caso di intervenuta cessazione con conseguente inevitabile licenziamento di tutti i lavoratori, essendo la procedura obbligatoria anche se non sussistono prospettive di continuazione dell'attività. Il motivo di una simile interpretazione è da ricercare in *primis* nella "vocazione" della normativa in esame, che è quella di cercare soluzioni alternative alla disgregazione del complesso aziendale²⁰.

In contrasto con l'orientamento della Corte di Cassazione si pone la stessa giurisprudenza di legittimità²¹ la quale ha sostenuto la necessità di esperire la procedura anche nell'ipotesi in cui durante una procedura concorsuale risulti impossibile la continuazione dell'attività aziendale, sulla base anche della posizione assunta dalla Corte Costituzionale la quale, a più riprese, ha confermato la portata generale degli artt. 4, 5, e 24²².

Anche la giurisprudenza di merito sembra arrivare alla stessa conclusione, sostenendo come i licenziamenti in caso di procedura concorsuale ed a causa di cessazione dell'attività debbano sempre effettuati con il rispetto della procedura di cui all'art. 4 della legge n. 223/91, anche nel caso in cui il curatore proceda ai licenziamenti collettivi senza previo ricorso alla CIGS²³.

Si può quindi giustamente affermare la piena inclusione del fallimento nel sistema comune dei licenziamenti. In maniera analoga rispetto il licenziamento individuale (dove non è il fallimento, quanto la cessazione dell'attività dell'impresa a giustificare la dichiarazione di recesso da parte del curatore²⁴) anche per il licenziamento collettivo non si possono individuare delle ragioni che ci portino ad affermare una

²⁰ A. CORRADO, D. CORRADO, *op. cit.*, 2007, 108.

²¹ Cassazione 8 luglio 2004, n. 12645, *cit.*

²² Corte Costituzionale 21 gennaio 1999, n. 6, in *Riv.crit.dir.lav.*, 1999, 283; Corte Costituzionale 13 giugno 2000, n. 190, in *Giust. civ.*, 2001, 1492.

²³ Trib. Busto Arsizio 12 aprile 2006, in *Riv.crit.dir.lav.*, 2006, 766; Trib. Milano 19 ottobre 1996, in *Lav.giur.*, 1997, 2457; Trib. Milano 28 settembre 1996, in *Riv. crit. dir.lav.*, 1997, 81; Pret. Milano 24 settembre 1996, *ivi*, 1996, 9; Pret. Milano 27 settembre 1994, in *Not.giur.lav.*, 1995, 96; Pret. Milano 24 gennaio 1994, in *Orient.giur.lav.*, 1994, 106; Trib. Napoli 27 ottobre 1994, in *Fallim.*, 1994, 675.

deviazione dalla disciplina generale. Non sembra infatti che la lettura della normativa in esame possa portare, come fatto dalla Suprema Corte nella sentenza in commento, a distinguere i licenziamenti in relazione al fatto che essi si palesino o meno nel corso una procedura concorsuale. Se è infatti vero che le causali del licenziamento rilevano per la sua classificazione come licenziamento collettivo, fra queste non è compresa la diversa natura del datore di lavoro quale imprenditore non in stato di insolvenza o responsabile di una procedura concorsuale.

La distinzione effettuata dalla Corte non emerge dalla lettera della legge. La procedura di mobilità con la partecipazione delle rappresentanza sindacali e della direzione provinciale del lavoro ha la funzione non solo di rendere trasparente e controllabile il procedimento di espulsione del personale ma anche e soprattutto quella di verificare se la situazione aziendale sia effettivamente e irrimediabilmente compromessa tanto da giustificare un ricorso al licenziamento²⁵. Ne deriva che anche all'interno di una procedura concorsuale sia necessario seguire la procedura dettata dall'art. 24 in modo tale da verificare in concreto che non vi siano alternative valide alla liquidazione e se queste vi fossero, che tutti i dipendenti possano passare al cedente o se i livelli occupazionali possano essere salvaguardati solo parzialmente come espressamente previsto all'interno dell'art. 2112 cod. civ. La funzione del confronto con le rappresentanza sindacali non perde quindi di senso nemmeno all'interno di una procedura concorsuale, ove semmai, quello che cambia è solo la visuale di riferimento. L'alternativa si pone non più, come un'impresa normale, fra licenziamento e riorganizzazione dell'attività produttiva ma fra liquidazione delle singole parti e trasferimento con relativa salvaguardia parziale o totale dei livelli occupazionali.

Un giudizio in tal senso (fra le due alternative) non può essere affidato solo al curatore e al nuovo organo ora sovrano della procedura quale il comitato dei creditori, ma sarà necessario l'intervento delle rappresentanze sindacali in modo da

²⁴ Per l'inidoneità del fallimento a costituire da solo motivo di licenziamento si veda, anche antecedentemente alla legge n. 223/1991: Cassazione 15 novembre 1991, n. 12249, in *Foro amm.*, 1992, 377; Cassazione 9 novembre 1982, n. 5913, *ivi*, 1983, 557.

²⁵ F. MUTARELLI, *Cessazione dell'attività di impresa fallita e obbligo di svolgere la procedura ex art. 4 e 24, l. n. 223/1991*, in *Riv.it.dir.lav.*, 1997, 851, in nota a Cassazione 12 maggio 1997, n. 4146.

permettere un contemperamento delle esigenze dei creditori con quelle dei lavoratori quali primi portatori di un'aspettativa alla prosecuzione dell'attività dell'impresa. Ne risulta che il recesso intimato dal curatore lungi dal potersi commisurare sul mero interesse dei creditori troverà la sua ulteriore condizione di legittimazione nel rispetto degli oneri procedurali previsti.

Da non sottovalutare è anche il fatto che, l'applicazione della disciplina in esame ai licenziamenti derivanti da decisione dell'autorità giudiziaria è stata espressamente esclusa nel corso dei lavori parlamentari sul disegno di legge che avrebbe poi dato origine alla legge n. 223/1991²⁶. Inoltre come sottolineato da autorevole dottrina²⁷ la Direttiva europea 75/129 CEE del 17 febbraio 1975 che prevedeva espressamente l'esclusione dall'obbligo della procedura per i licenziamenti derivanti da cessazione dell'attività in conseguenza di decisione giudiziaria è stata espressamente modificata dalla direttiva 92/56 CEE del 24 giugno 1992 la quale, non prevede più un esonero in tal senso. Non è possibile in nessun modo cogliere all'interno della normativa nazionale né comunitaria la distinzione prefigurata dalla Corte. Negare l'obbligo della procedura rappresenta infatti non solo un'interpretazione non conforme al dettato normativo ma anche una lettura della dicotomia fra interessi dei creditori e dei lavoratori tutta in favore dei primi. Si tratta però di una visione decisamente incoerente con la nuova direzione presa dal legislatore sempre più attento alla partecipazione delle forze di lavoro alla crisi aziendale.

3. *Licenziamenti collettivi e stato di insolvenza: profili di specialità.*

Nonostante quanto fin qui detto si deve sottolineare come il licenziamento collettivo in presenza di procedure concorsuali presenti indubbiamente dei profili di specialità, tanto che è stato affermato come “il fondamento causale del

²⁶ A. CAIAFA, *Licenziamento collettivo e procedura*, in nota a Corte giust. Comunità europee, 17 dicembre 1998, n. 250/97, Dansk Metalarbejderforbund c. Lonmodtagernes Garantifond), in *Mass. giur. lav.*, 1999,763.

²⁷ L. MENGHINI, *op. cit.*, 2006, 691.

licenziamento collettivo nelle procedure concorsuali vada ricercato entro orizzonti concettuali e riferimenti normativi diversi da quelli relativi all'impresa *in bonis*²⁸.

Una prima e significativa distinzione rispetto al regime normale può essere identificata nel dovere del curatore di verificare se sussistano prospettive di ripresa e salvaguardia dell'organizzazione aziendale tramite cessione o trasferimento di tutta l'azienda o di sue parti, nel rispetto di quel favore che il legislatore più volte esprime verso una gestione conservativa supportata anche dalla concessione della cassa integrazione guadagni, doverosa o meno che sia.

Condivisibile è quindi l'affermazione secondo la quale l'obbligo di giustificazione dei recessi assuma un contenuto più intenso rispetto a quanto avviene in un'impresa non in stato di insolvenza²⁹, in quanto la continuazione dell'attività anche tramite la cessazione parziale o totale dell'azienda non appartiene più all'area delle libere scelte dell'imprenditore ma si tratta di una prospettiva fortemente voluta dal legislatore e quindi doverosa quando possibile³⁰. Ne deriva che l'organo della procedura dovrà adeguatamente motivare l'assenza di fondate prospettive di salvaguardia dell'occupazione, pena l'illegittimità dei recessi³¹. Il potere di recesso infatti, a differenza di quanto accade per l'imprenditore³² non è libero ma limitato dalla necessità di contemperare l'interesse dei creditori con quello dei lavoratori entro i limiti del mantenimento dell'occupazione, con la conseguenza che il licenziamento

²⁸ P. CHIECO, *op. cit.*, 2001, 190

²⁹ F. SCARPELLI, *op. cit.*, 1997, 67.

³⁰ G. FAVALLI, F. ROTONDI, *Licenziamenti collettivi*, Milano, 2000, 62.

³¹ F. SCARPELLI, *op. cit.*, 1997, 67; i recessi di cui si parla sono riferiti ai licenziamenti operati al termine del periodo di CIGS visto che l'autore si adegua all'orientamento dottrinale prevalente che sostiene l'obbligatorietà della CIGS; G. RAGUSA MAGGIORE, *op. cit.*, 1997, 364, in cui l'autore sostiene l'onere del curatore di motivare l'impossibilità di una gestione conservativa della crisi aziendale che, a differenza di quanto affermato da F. SCARPELLI (1997) può avvenire anche immediatamente dopo la dichiarazione di fallimento, non essendoci un obbligo di ricorso alla CIGS.

³² Si noti infatti come, in caso di procedura concorsuale, il potere di iniziativa economica normalmente riconosciuto all'imprenditore dall'art 41 della Costituzione che legittima i licenziamenti intimati dallo stesso, libero di determinare le dimensioni della propria impresa, è un potere che è stato tolto all'imprenditore in quanto non idoneo a gestirlo senza recare danno alla collettività.

per riduzione del personale attuato in violazione di questa esigenza di contemperamento viene ritenuto annullabile³³.

Sull'esistenza di una specialità della normativa in occasione di una procedura concorsuale si pronuncia anche la stessa Corte di Cassazione che individua nella legge 223 “non solo gli elementi comuni alla materia disciplinata dalla legge fallimentare bensì elementi specializzanti dettati per disciplinare una particolare e specifica contingenza della situazione concorsuale regolata in via generale dalla legge sul fallimento”. La legge n. 223/91 secondo la Corte ha come finalità la tutela dei lavoratori che per suo specifico contenuto e per il suo rilievo costituzionale (artt. 1 e 4 Cost.) prevale sulle pur importanti finalità alle quali è diretta la disciplina del fallimento. Pertanto non è norma speciale la disciplina del fallimento nei confronti della legge 223 bensì è questa che nei confronti della prima costituisce norma speciale. L'obbligo del curatore di tutelare gli interessi del fallimento non esclude quindi il suo obbligo di osservare le procedure previste dalla legge.

Coerente con una simile impostazione, che vede una predominanza della tutela dei lavoratori sulla *par condicio creditorum*, si pone la tesi che ritiene ammissibile la collocazione in mobilità sia ai sensi dell'art. 4 sia ai sensi dell'art. 24 soltanto come rimedio estremo³⁴ cioè quando non è possibile in nessun modo la ricollocazione del personale in esubero tramite misure alternative come una redistribuzione degli orari, il prepensionamento, il riassetto professionale.

Se quindi in una situazione quale quella delineata dalla legge n. 675/1977 viste le forti misure volte alla continuazione dei rapporti di lavoro e a favorire l'esodo volontario dei lavoratori, si poteva parlare di licenziamenti impossibili data la possibilità di mantenere in vita i rapporti tramite la cassa integrazione a tempo indeterminato di personale, nella situazione attuale si potrebbe invece parlare di licenziamento “temporaneamente impossibile”³⁵.

Ulteriore profilo di specialità riguarda l'obbligo del versamento dell'importo previsto dall'art. 5 quarto comma legge n. 223/91 per il quale è prevista l'esenzione

³³ A. TOPO, *I poteri dell'imprenditore nelle riduzioni di personale*, Padova, 1996, 150, in cui l'autrice sottolinea come la domanda di annullamento vada proposta davanti il giudice del lavoro come previsto dalla sentenza della Corte Costituzionale del 7 luglio 1988, n. 778.

³⁴ M. MISCIONE, *op. cit.*, 1991, 299.

³⁵ G. FERRARO, *Crisi aziendale e mobilità*, *op. cit.*, 1992, 62.

in presenza di procedure concorsuale anche nel caso in cui la procedura iniziata dall'imprenditore fosse conclusa dal commissario nell'ambito di un concordato preventivo³⁶. L'esonero si estende anche all'ipotesi di messa in mobilità disposta da commissario giudiziale prima della sentenza di omologa del concordato³⁷.

Per quanto riguarda il preavviso si discute se l'indennità di mancato preavviso gravi sulla massa o costituisca per i lavoratori un credito privilegiato da insinuare al passivo fallimentare. Parte della dottrina sostiene che in caso di licenziamento collettivo dovrà essere riconosciuto il preavviso, che se lavorato verrà pagato in prededuzione, mentre se non lavorato, la relativa indennità sarà credito concorsuale in quanto maturata in conseguenza di un atto del fallimento³⁸. Altra parte della dottrina sostiene invece che l'indennità di preavviso, non essendo riferibile ad un momento precedente alla dichiarazione di fallimento ma semmai ad una decisione del curatore, graverà sulla massa³⁹.

4. Procedura di riduzione del personale: modalità e tempi.

Sia nel caso di licenziamenti collettivi ex art. 24 legge n. 223/91 sia per la messa in mobilità di lavoratori in CIGS ex art. 4 della stessa legge, è necessario seguire una procedura di riduzione del personale nella quale datore di lavoro e sindacati tentano dapprima tra loro (fase c.d. sindacale) ed eventualmente poi presso la Direzione del lavoro⁴⁰, di trovare soluzioni alternative al licenziamento dei lavoratori. Qualora le parti non raggiungano alcun accordo, la procedura si conclude con il recesso da parte del datore di lavoro e la messa in mobilità dei lavoratori. In capo all'imprenditore infatti vi è un semplice dovere di consultazione, tanto che egli non è tenuto ad

³⁶ Pret. Bergamo 9 luglio 1999, in *Lav. Giur.*, 1999, 864.

³⁷ Cassazione 12 marzo 2003, n. 3597, in *Foro Amm.*, 2004, 483.

³⁸ A. CAIAFA, *op. cit.*, 2004, 129.

³⁹ S. LIEBMAN, *op. cit.*, 1995, 36; M. MASTROGIACOMO, *L'indennità sostitutiva del preavviso nel fallimento fra privilegio e prededuzione*, in *Dir.fall.*, 1995, I, 675.

⁴⁰ Presso la DPL se l'eccedenza strutturale di personale riguarda unità produttive ubicate nella medesima provincia; presso l'amministrazione regionale se le unità produttive interessate si trovano in diverse province; presso la Direzione generale del lavoro se l'eccedenza riguarda unità aziendali dislocate in più regioni.

accogliere le istanze dei sindacati essendo legittimato, pur non avendo concluso un accordo, ad effettuare comunque i licenziamenti⁴¹. Il licenziamento intimato senza il rispetto della procedura menzionata sarà inefficace, mentre il mancato rispetto dei criteri di scelta stabiliti dall'art. 5 della legge n. 223/91 comporta l'annullabilità dei licenziamenti. In entrambi i casi il lavoratore ha diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro, dato il rinvio dell'art. 5, terzo comma, all'art. 18 dello statuto dei lavoratori.

Lo spirito di buona fede e correttezza che deve contornare le decisioni imprenditoriali, tanto che la giurisprudenza ha riconosciuto in capo al datore un ampio onere di motivazione a carico delle imprese nell'esercizio dei poteri di gestione del personale, nonché la sindacabilità dei motivi secondo canoni di equità e razionalità⁴², rappresentano elementi che dovranno essere presenti anche nel caso di uno stato di insolvenza.

Non solo, il potere di licenziamento risulta in queste ipotesi assoggettato a limiti non totalmente coincidenti con i limiti normalmente applicati al licenziamento collettivo in quanto il licenziamento nella procedura concorsuale è subordinato al fatto che non sia più possibile la continuazione dell'attività anche tramite cessione dell'azienda o di sue parti⁴³. Ne deriva che a differenza dell'imprenditore *in bonis* i responsabile della procedura sarà appesantito da un ulteriore onere prima di attuare il licenziamento, verificare che non vi siano soluzioni quali l'affitto o la vendita che permettano la salvaguardia dei livelli occupazionali.

Il responsabile della procedura (curatore, commissario giudiziale o liquidatore) dovrà informare le rappresentanze in merito alle indicazioni contenute nell'art. 4 ossia: i motivi che determinano la situazione di eccedenza; i motivi tecnici organizzativi e produttivi per i quali si ritiene di non poter adottare misure idonee a porre rimedio alla predetta situazione ed evitare in tutto o in parte la dichiarazione di mobilità; il numero, la collocazione, ed i profili professionali del personale eccedente. In aggiunta a quanto detto fin qui dovrà quindi porre particolare

⁴¹ G. FONTANA, *op. cit.*, 2002, 31.

⁴² V. sull'argomento C. ZOLI, *La tutela delle posizioni strumentali del lavoratore*, Milano, 1988; G. FERRARO, *Poteri imprenditoriali e clausole generali*, in *Dir.rel.ind.*, 1991, 159.

⁴³ A. TOPO, *op. cit.*, 2005, 95.

attenzione all'esistenza di proposte provenienti da altri imprenditori su di un possibile trasferimento o vendita dell'impresa.

La finalità della comunicazione di garantire il diritto proprio delle organizzazioni sindacali di avviare con l'azienda una discussione piena ed aperta e vagliare di conseguenza con questa le possibilità di evitare o ridurre i prospettati licenziamenti nonché individuare misure alternative, non sembra quindi priva di utilità in presenza di procedure di insolvenza, dovendo i sindacati esprimere la "voce dei lavoratori" troppe volte poco ascoltata all'interno della procedura concorsuale.

La salvaguardia degli interessi dei creditori lavoratori viene quindi affidata alle rappresentanze sindacali mediante la procedura di consultazione e non al singolo lavoratore che non è destinatario della comunicazione di avvio della procedura né è legittimato a partecipare all'esame della situazione di crisi⁴⁴.

Una volta esaurito l'accordo sindacale nel caso in cui durante l'esame congiunto non siano state trovate soluzioni alternative alla riduzione del personale, il curatore è tenuto a collocare in mobilità i lavoratori, con applicazione dell'art. 5 per la scelta⁴⁵. Vale qui ricordare che secondo l'interpretazione giurisprudenziale dominante la comunicazione alle organizzazioni sindacali e agli uffici competenti che rechi solo un'indicazione formale di criteri di scelta ripetitivi di quelli indicati dell'art. 5 e difetti della puntuale indicazione delle modalità di individuazione dei lavoratori da collocare, comporta l'inefficacia dei licenziamenti⁴⁶.

⁴⁴ L'impugnazione del licenziamento da parte del singolo lavoratore per vizi della procedura prevede che egli sia tenuto a provare, oltre all'incompletezza o insufficienza delle informazioni rese con la comunicazioni, anche la rilevanza di esse ossia la loro idoneità a forviare l'esercizio del controllo preventivo attribuito all'organizzazione. V. Cassazione 5 aprile 2000, n. 4228, in *Foro it.*, 2000, I, 2842; Cassazione 13 novembre 2000, n. 14679, in *Riv.giur.lav.*, 2001, 583.

⁴⁵ I lavoratori licenziati al termine della procedura dell'art. 24 hanno diritto ad essere iscritti alle liste di mobilità ma non anche a percepire la relativa indennità di cui all'art. 7 come disposto dall'art. 24 primo comma bis inserito dall'art. 1 primo comma, d.lgs. 8 aprile 2004 n. 110. ma hanno invece diritto al trattamento di disoccupazione ordinario se ricorrono i requisiti.

⁴⁶ Cassazione 17 gennaio 1998, n. 419, in *Riv.crit.dir.lav.*, 1998, 359; Cassazione 22 marzo 1999, n. 2701, in *Not.giur.lav.*, 1999, 532; Cassazione 21 luglio 1998, n. 7169, in *Riv.giur.lav.*, 1999, 101; Cassazione 14 novembre 1998, n. 11480, in *Foro it.*, 1999, I, 476; Trib. Napoli 9 febbraio 1999, in *Foro napoletano*, 1999, 59; Pret. Milano 27 febbraio 1999, in *Riv.crit.dir.lav.*, 1999, 309; *contra* Cassazione 8 aprile 1998, n. 3610, in *Riv.crit.dir.lav.*, 1999, 101; Cassazione 25 febbraio 1999, n. 1649, in *Not. giur. lav.*, 1999, 373.

Quanto al rigoroso rispetto dei termini secondo la giurisprudenza di legittimità l'accordo sindacale intervenuto nell'ambito di una procedura di mobilità avviata da un'impresa *in bonis* oltre i limiti temporali è inefficace. Poiché la finalità degli accordi sindacali previsti dall'art. 4 e 5 è quella di evitare il ricorso al licenziamento collettivo e di individuare i lavoratori da licenziare non può essere efficace un accordo sindacale intervento oltre il termine⁴⁷.

Sia la dichiarazione di inefficacia che quella di invalidità del licenziamento determinano a favore del lavoratore la reintegrazione nel posto di lavoro e il risarcimento del danno ex art. 18. Nasce qui un ulteriore profilo critico. Non vi sono dubbi infatti su come gli effetti dalla declaratoria di inefficacia dei licenziamenti intimati senza il rispetto degli art. 4 e 5 della legge n. 223/91, potendo comportare un danno grave alla procedura concorsuale, mal si conciliano con tempi e finalità della procedura stessa.

Quanto invece alla tempistica, il curatore, il liquidatore o il commissario dovrà procedere alla messa in mobilità almeno sessantasette giorni⁴⁸ (trentasette se i lavoratori da licenziare sono meno di dieci) prima del termine della CIGS, in modo tale che i recessi avvengano prima o in coincidenza con il termine dalle CIGS, evitando così il pagamento di retribuzioni senza lavoro che andrebbero a gravare sulla massa.

Alla scadenza della cassa integrazione guadagni senza che sia iniziata la procedura di mobilità i lavoratori, in virtù dell'art. 4 tredicesimo comma della legge n. 223/991 hanno diritto a ritornare in azienda e a percepire la retribuzione che andrà quindi a gravare i debiti della massa. Per evitare un simile aggravio il responsabile

⁴⁷ Cassazione 3 giugno 2000, n. 7446, in *Giust.civ. Mass.*, 2000, 1208, in cui la maggior parte dell'accordo era intervenuto dopo l'intimazione del licenziamento. La giurisprudenza di merito invece assegna al termine del sesto comma carattere ordinatorio anche in conseguenza delle mancate conseguenze sanzionatorie nel caso in cui le procedure siano comunque esperite, V. Pret. Milano 2 marzo 1999, in *Dir. lav.*, 1999, 327; Pret. Torino 5 gennaio 1993, in *Giur. Piemonte*, 1993, 198.

⁴⁸ Dati dalla somma dei 7 giorni per la richiesta dell'esame congiunto con i 30 giorni dell'esame sindacale e i 30 giorni dell'esame amministrativo presso la DPL, l'amministrazione regionale o la direzione generale del lavoro a seconda dell'estensione territoriale dei licenziamenti. Gli ultimi due termini sono ridotti alla metà in caso in cui i licenziamenti siano meno di 10. I 67 giorni corrispondono quindi all'ipotesi più pessimistica. Se infatti i sindacati sono d'accordo la procedura si può esaurire in poche ore.

della procedura dovrà iniziare la procedura di mobilità durante il periodo di cassa integrazione in modo tale che il periodo di integrazione salariale vada a coprire anche il periodo di preavviso, che altrimenti dovrà essere pagato ai dipendenti in prededuzione.

Chiamata a decidere in merito ad una controversia instaurata dai lavoratori di un'impresa in concordato preventivo con cessione dei beni ammessa alla cassa integrazione la Suprema Corte ha infatti affermato che la cessazione del trattamento comporta il venir meno dello stato di quiescenza del rapporto di lavoro con il conseguente obbligo di corrispondere la retribuzione, salvo che il rifiuto di ricevere la prestazione lavorativa sia giustificato da fatti esterni alla volontà come il caso di forza maggiore derivanti da eventi naturali o provvedimenti dell'autorità. Se quindi da un lato la cessazione dell'attività è idonea a giustificare un licenziamento per giustificato motivo oggettivo dall'altro, essa non incide sul diritto del lavoratore ai crediti inerenti il rapporto primo fra tutti il diritto alla retribuzione⁴⁹.

La stipulazione di un contratto individuale di lavoro determina infatti il sorgere di un'obbligazione che vincola il debitore della prestazione lavorativa fino a quando non si saranno determinate le condizioni che l'ordinamento ritiene necessarie per la sua legittima interruzione senza che la cessazione materiale dell'impresa possa portare *sic et simpliciter* la dissoluzione del rapporto obbligatorio⁵⁰.

5. Fallimento e licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

Si pone ora il problema di verificare quali adempimenti il curatore sia tenuto ad compiere nei casi in cui l'impresa sia esonerata dall'ambito di applicazione dei licenziamenti collettivi perché ha meno di quindici dipendenti o anche avendone più di quindici licenzi meno di cinque dipendenti nell'arco di centoventi giorni senza aver richiesto per tali dipendenti la cassa integrazione. Saremo in queste ipotesi in presenza di un licenziamento per giustificato motivo oggettivo con preavviso. Anche qui l'oggetto del presente studio verte sull'analisi di eventuali elementi di continuità o di specialità in presenza di procedure concorsuali rispetto alla disciplina tipica.

⁴⁹ Cassazione 18 gennaio 2001, n. 673, in *Giust.civ., mass.*, 2001, 114.

⁵⁰ S. LIEBMAN, *La mobilità del lavoro nella l. 223/1991*, op. cit., 148.

Se gli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali si dividono in merito alle conseguenze che il fallimento porta sulla continuità del rapporto di lavoro⁵¹, è pacifico che il fallimento, in virtù del disposto dell'art. 2119 cod. civ., non giustifica di per sé la risoluzione del rapporto, come nemmeno può essere usato quale giusta causa di recesso. Il licenziamento avvenuto in conseguenza all'apertura della procedura potrà quindi semmai essere intimato per giustificato motivo oggettivo. La decisione del curatore di procedere al licenziamento di tutti o parte dei lavoratori avviene previo consenso del giudice delegato o del tribunale (in sede di autorizzazione dell'esercizio provvisorio), scelta che non può essere sindacata da altro giudice che altrimenti si arrogerebbe la decisione se continuare o meno l'attività⁵².

Se licenziamento non rispetta i requisiti previsti per i licenziamenti collettivi, ci troveremo di fronte a dei licenziamenti individuali plurimi, con la conseguente non applicabilità della normativa prevista dalla legge n. 223/91 ma con la necessità che il curatore segua le disposizioni contenute nella legge n. 604/66, ed in particolare, visto

⁵¹ In merito si segnalano due orientamenti contrapposti. Parte della dottrina sostiene che alla data di dichiarazione di fallimento il rapporto di lavoro entra in una fase di quiescenza, con conseguente sospensione anche dell'obbligo retributivo, in conformità della natura sinallagmatica del contratto di lavoro, in quanto si verifica una sospensione *ex lege* del contratto di lavoro in attesa di una decisione da parte del curatore circa l'opportunità di proseguire o no il rapporto di lavoro. Si tratta di una soluzione che, visto quanto detto, soddisfa l'interesse della massa dei creditori, dato che non permette che la procedura, in mancanza dell'approvazione dell'esercizio provvisorio, sia gravata da costi relativi al personale. V. C. GRASSETTI, *Fallimento e rapporto di lavoro*, in *Giur. comm.*, 1974, 41; G. LO CASCIO, *Rapporto di lavoro subordinato inerente all'esercizio dell'impresa e procedimenti concorsuali*, in *Giur. comm.*, 1980, 665. A questo orientamento si contrappone quella parte di dottrina che abbraccia invece la tesi secondo cui il rapporto di lavoro continua automaticamente con la curatela: M. COMPORI, *Effetti del fallimento sui rapporti di lavoro*, Milano, 1961, 110; A. CESSARI, *Trasferimento d'azienda e rapporti di lavoro*, in *Riv.dir.civ.*, 1975, I, 225; L. GUGLIELMUCCI, *Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Commentario Scialoja-Branca: legge fallimentare, Artt. 72-83*, Bologna, 1979, 95; G. PERA, *La cessazione del rapporto di lavoro*, Padova, 1980, 64; P. PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1993, 500, che sostiene la prosecuzione del contratto anche se il fallimento è evento di tale importanza da legittimare il curatore a recedere dal contratto; G. MELIADO', *Fallimento e rapporto di lavoro subordinato*, in G. RAGUSA MAGGIORE (diretto da), *Le procedure concorsuali. Il fallimento*, Torino, 1997, II, 355.

⁵² A. JORIO, *Le crisi d'impresa: il fallimento*, Milano, 2000, 553.

quanto detto in precedenza, le norme relative ai licenziamenti per giustificato motivo oggettivo.

La dottrina è infatti concorde nel ritenere che il licenziamento debba avvenire per giustificato motivo oggettivo per la verificata impossibilità di una prosecuzione dell'attività d'impresa⁵³. Il licenziamento quindi non trae il suo fondamento nella dichiarazione di fallimento, in quanto essa potrebbe non portare alla cessazione dell'attività vista l'opportunità dell'esercizio provvisorio o di un trasferimento d'azienda, ma semmai in quelle ragioni organizzative a cui fa riferimento l'art. 3 della legge n. 604/66. Tali presupposti possono consistere, oltre che nella cessazione dell'attività, anche nella decisione del curatore di ristrutturare e trasformare l'attività d'impresa a fini meramente conservativi. Il fallimento quindi, pur non essendo causa del licenziamento, può determinare quelle modificazioni dell'attività produttiva lo giustificano, visto che, con l'apertura della procedura si ha un passaggio dalla precedente fase di produzione ad una nuova fase condotta i fini liquidatori. Tale fase non porta alla risoluzione dei contratti visto che essi potrebbero essere ancora utili anche durante la liquidazione (ad esempio per la conservazione o la custodia dei beni aziendali), ma giustifica una risoluzione per giustificato motivo oggettivo, al pari di qualsiasi altra ragione inerente all'attività produttiva che consente all'imprenditore *in bonis* di risolvere il rapporto di lavoro. Fermo restando l'insindacabilità delle scelte datoriali (in questo caso quindi della curatela), la cessazione dell'attività aziendale potrà integrare gli estremi del giustificato motivo soltanto se effettiva e definitiva, tale cioè da determinare la reale soppressione delle posizioni di lavoro⁵⁴. Secondo l'orientamento predominante, il recesso da parte del curatore dovrà avvenire con un vero e proprio atto di licenziamento⁵⁵, secondo quanto stabilito dall'art. 3 della legge n. 604/66, in virtù del quale il licenziamento per giustificato motivo è determinato da

⁵³ L. PANZANI, *Il fallimento e le altre procedura concorsuali*, Torino, 1999, 133; A. CAIAFA, *I rapporti di lavoro nelle crisi d'impresa*, Padova, 2004, 23; R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, 1974, 1293, per il quale l'azienda conserva la sua unitarietà e continua anche dopo la dichiarazione di fallimento. Si nega un'efficacia disintegratrice del fallimento sull'unità e vitalità dell'azienda, rapporti di lavoro compresi, pur ammettendo che il fallimento eserciti su questa vitalità una specie di paralisi, che segna il transito della sua attività dalla fisiologia alla patologia, dall'efficienza alla liquidazione.

⁵⁴ G. LUDOVICO, *Impugnazione del licenziamento e fallimento: questioni in tema di continuità del rapporto di lavoro e di competenza*, in *Riv.it.dir.lav.*, 2005, 245.

ragioni inerenti all'attività produttiva e produce un obbligo del preavviso oltre all'obbligo di provare l'esistenza delle circostanze oggettive sulle quali il giustificato motivo si fonda⁵⁶. La motivazione addotta dal curatore potrà quindi essere incentrata sull'impossibilità di ripresa dell'attività⁵⁷ oppure sulla constatazione che il danno derivante dalla prosecuzione dei rapporti a carico della massa è superiore all'interesse dei lavoratori al mantenimento del posto⁵⁸. Non manca però chi, pur ritenendo che il licenziamento debba avvenire con un atto formale, sostiene che il curatore può liberamente decidere di proseguire o no il rapporto senza l'obbligo di motivazione, essendo il giustificato motivo intrinseco al dissolvimento aziendale dovuto alla dichiarazione di fallimento⁵⁹. Tale tesi è sostenuta da quella parte di dottrina che prevede anche per i rapporti di lavoro, l'applicazione dell'art. 72 legge fall. ovvero che il rapporto con la dichiarazione di fallimento entri in una fase di quiescenza. Il meccanismo disciplinato dall'art. 72 legge fall. non può, secondo tale orientamento essere ricondotto ad un vero e proprio recesso⁶⁰ in quanto il curatore non è mai subentrato nel rapporto ma è rimasto in posizione di terzo, per poi decidere se subentrarvi o rendere definitivo l'"arresto" provocando quindi lo scioglimento del contratto. A critica di una tale tesi si pone innanzitutto la considerazione che il lavoratore non avrebbe il diritto di impugnare la cessazione del suo rapporto non essendo questa avvenuta per licenziamento ma per il venir meno della sua efficacia,

⁵⁵ G.U. TEDESCHI, *Le procedure concorsuali: Il fallimento, artt. 1-91 L.F.*, Torino, 1996, 627; L. RIVA-SANSEVERINO, *Commentario del codice civile a cura di A.Scialoja -B.Branca*, Bologna, 1986, in cui l'autore ritiene che ove sia necessario, i lavoratori dovranno essere licenziati secondo l'ordinamento generalmente stabilito (ovvero ex art. 2118 cod. civ.) e quindi non pregiudicando in nessun modo il diritto all'indennità sostitutiva del preavviso e al trattamento di fine rapporto. Per la giurisprudenza vedi: App. Torino 29 novembre 2001, in *Riv.crit.dir.lav.*, 2002, 197.

⁵⁶ G. NARDO, M. LAZZARA, A. BUONSIGNORI, *I contratti nelle procedure concorsuali*, Milano, 1992, 326; A. CESSARI, *Trasferimento d'azienda e rapporti di lavoro*, in *Riv. dir. civ.*, 1975, I, 225.

⁵⁷ S. ALVARO, A. CAIAFA, *I rapporti di lavoro subordinato*, in L. PANZANI (diretto da), *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, 2000, 202.

⁵⁸ G. NARDO, M. LAZZARA, A. BUONSIGNORI, *I contratti nelle procedure concorsuali*, Milano, 1992, 737.

⁵⁹ A. PELLIZZONI, *Effetti del fallimento sul rapporto di lavoro subordinato*, in *Fallim.*, 1992, 610.

⁶⁰ P. ALLEVA, *Sorte del rapporto di lavoro nelle procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2000, 676.

come non potrebbe nemmeno chiedere il risarcimento del danno da parte della massa fallimentare visto quanto appena detto⁶¹.

6. *L'indennità di preavviso.*

In caso di licenziamento per giustificato motivo, sia nel caso in cui il curatore decida di non subentrare nel contratto, sia nel caso in cui il contratto prosegua dopo il fallimento e il curatore decida in un secondo momento di recedere, è pacifico il diritto del lavoratore all'indennità di preavviso ai sensi dell'art. 2118 cod. civ. (nel caso naturalmente che il preavviso non sia lavorato). Tale indennità che ha o scopo di ristorare il prestatore del danno subito dall'estinzione del rapporto per cause rientranti nell'esclusiva sfera dell'impresa⁶², si discosta dalla funzione generale del preavviso⁶³ che è quella di dare al datore di lavoro il tempo sufficiente per sostituire il lavoratore dimissionario e di contro al dipendente licenziato di trovare un altro lavoro⁶⁴.

Per quanto riguarda il problema della collocazione dell'indennità di preavviso nella procedura fallimentare, se è pacifico che essa vada pagata in prededuzione nel caso in cui il curatore decida successivamente alla dichiarazione di fallimento di proseguire il rapporto durante l'esercizio provvisorio⁶⁵, nel caso in cui il curatore si sciolga dal rapporto dopo la dichiarazione di fallimento senza che abbia manifestato

⁶¹ B. QUATRARO, S. D'AMORA, *op. cit.*, 1999, 722.

⁶² F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, *Diritto del lavoro, Vol II, Il rapporto di lavoro subordinato*, Torino, 1992, 396; G. AMOROSO, V. DI CERBO, A. MARESCA, *Il diritto del lavoro, Vol II, Statuto dei lavoratori e disciplina dei licenziamenti*, Milano, 2001, 934; G. GIUGNI, *Dottrina e giurisprudenza del diritto del lavoro*, Torino, 1988, 119.

⁶³ In questo senso: M. MISCIONE, *Dialoghi di diritto del lavoro*, Milano, 2001, 340, in cui l'autore sottolinea come in caso di fallimento l'indennità del preavviso cambia natura in quanto funge da "modesto aiuto in un momento di difficoltà per il lavoratore".

⁶⁴ La Suprema Corte ha infatti escluso il diritto all'indennità di preavviso nel caso in cui alla risoluzione del rapporto faccia seguito, senza che sia trascorso alcun intervallo temporale, la riassunzione presso un nuovo datore di lavoro. V. Cassazione S.U. 29 settembre 1994, n. 7914, in *Foro it.*, 1994, I, 3012; Cassazione 22 aprile 1995, n. 4553, in *Not. giur. lav.*, 1995, 754. La giurisprudenza ha inoltre escluso il diritto all'indennità in caso di recesso durante il periodo di prova o anche nel caso di risoluzioni di contratti per i quali è stata prevista una durata minima.

la volontà di subentrarvi, vi sono incertezze se la natura del credito sia concorsuale privilegiato o prededucibile ai sensi dell'art. 111 legge fall.

Per alcuni autori lo scioglimento da parte del curatore, in quanto facoltà legittimamente riconosciuta al curatore, non comporta oneri risarcitori a carico della massa, ma fa sorgere il diritto del lavoratore al preavviso e quindi, ove non lavorato, all'indennità sostitutiva⁶⁶ che ha natura di credito concorsuale. E' stato infatti sostenuto come tale credito, pur sorgendo cronologicamente dopo il fallimento, ha la propria radice causale nel rapporto di lavoro intrattenuto dal lavoratore con il fallito. La massa non è mai subentrata, grazie allo scioglimento operato dal curatore e quindi si tratterà di un credito concorsuale che deve essere ammesso allo stato passivo in via privilegiata ai sensi dell'art. 2751 *bis* n. 1 cod. civ.⁶⁷. Si dovrebbe quindi escludere la collocazione in prededuzione in quanto la legge fallimentare definisce crediti prededucibili⁶⁸ quelli "contratti per l'amministrazione dell'esercizio dell'impresa se questo è stato autorizzato" (art. 111 legge fall.), e non è questo il caso dei lavoratori licenziati a seguito della dichiarazione di fallimento, dato che il curatore non è subentrato nel rapporto ex art. 72 legge fall.

All'interno della dottrina troviamo però chi, sostenendo la prosecuzione automatica del rapporto di lavoro, argomenta la prededucibilità dell'indennità di preavviso⁶⁹. Partendo dall'assunto che il fallimento non è giusta causa di recesso, il che comporta la continuazione del rapporto con la curatela, si arriva a stabilire

⁶⁵ Se infatti il curatore decide di subentrare nel contratto assumendosene quindi gli obblighi derivanti, lo scioglimento sarà senza dubbio un atto dell'amministrazione fallimentare e come tale pagabile in prededuzione.

⁶⁶ L. PANZANI, *op. cit.*, 395; A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2000, 287.

⁶⁷ Trib. Torino 27 agosto 1992, in *Fallim.*, 1993, 318. In questo senso anche: A. CAIAFA, *op. cit.*, 2004, 128.

⁶⁸ In dottrina: C. TRENTINI, *L'accertamento dei crediti di massa nelle procedure concorsuali*, in, *Fall.*, 1994, 113. Si è inoltre sottolineato come la natura prededucibile non discende dal momento in cui sorge l'obbligazione visto che possono essere prededucibili anche crediti sorti prima della dichiarazione di fallimento. Gli artt. 74 e 82 legge fall. impongono infatti al curatore che sia subentrato nei contratti rispettivamente di somministrazione o di assicurazione di pagare in prededuzione anche i crediti anteriori all'apertura del concorso.

⁶⁹ In questo senso: S. SATTA, *Diritto fallimentare*, Padova, 1974, 227; E. PINNA, *Effetti del fallimento sui rapporti di lavoro subordinato*, in *Dir. fall.*, 1977, I, 70.

un'aspettativa del lavoratore alla prosecuzione del rapporto di lavoro anche dopo la dichiarazione di fallimento e quindi un vero e proprio diritto alla continuazione fino alla scadenza del preavviso. Se il curatore, con un legittimo atto di licenziamento motivato, procede allo scioglimento, il venir meno di questa aspettativa e comunque l'esistenza di questo diritto alla prosecuzione temporanea, determina l'effetto che la massa verrà gravata dell'indennità, da pagare in prededuzione⁷⁰.

La giurisprudenza contiene al suo interno orientamenti contrapposti. La Suprema Corte⁷¹ ha sostenuto che per determinare la natura dell'indennità ha esclusiva rilevanza il momento in cui sorge il diritto a tale indennità, ovvero la risoluzione del contratto (quindi in un momento successivo al fallimento), con la conseguenza che l'indennità risulta prededucibile ex art. 111 legge fall., non rilevando invece il momento della sua previsione normativa ossia alla stipula del contratto. L'orientamento non è però consolidato in quanto in altre sentenze si sostiene, supposta la sospensione del contratto, la facoltà del curatore di scegliere il rapporto di lavoro per giustificato motivo oggettivo senza che questo comporti oneri per la massa⁷².

7. Il contratto di lavoro a termine.

In materia di rapporti di lavoro a termine la giurisprudenza sostiene la possibilità del curatore di recedere dal contratto, non diversamente da un contratto di lavoro a tempo indeterminato, invocando il giustificato motivo oggettivo⁷³. Tale affermazione

⁷⁰ M. MASTROGIACOMO, *op. cit.*, 1995, I, 674.

⁷¹ Cassazione 9 gennaio 1987, n. 71, in *Dir. fall.*, 1987, II, 351. Sostengono la prededucibilità anche: Trib. Milano 10 luglio 1985, in *Fallim.*, 1987, 115; Trib. Milano 7 febbraio 2000 in *Lav.giur.*, 2000, 677, che afferma come nel caso in cui il curatore non manifesti in un tempo ragionevole la facoltà di sciogliersi dal contratto e quindi il lavoratore si dimetta per giusta causa, il lavoratore ha diritto di pretendere la corresponsione delle relative spettanze, maturate dopo l'inizio della procedura, in prededuzione.

⁷² Trib. Torino, 20 aprile 2000, in *Gius.*, 2000, 1488; Trib. Torino, 27 agosto 1992, in *Fallim.*, 1993, 318, dove si afferma che il licenziamento non è fonte di risarcimento dei danni.

⁷³ Cassazione 5 febbraio 1980, n. 799.

si pone però in contrasto con quanto previsto dalla normativa riguardante il contratto a termine, secondo la quale il recesso prima della scadenza del termine è consentito solo per giusta causa, e come più volte affermato, il fallimento non costituisce giusta causa di recesso (ex art. 2119 cod. civ.). E' stato infatti autorevolmente sostenuto che, a rigor di logica, al lavoratore sarebbe dovuto tutto l'intero importo dei compensi previsti fino alla scadenza del termine⁷⁴.

Per quanto riguarda invece il risarcimento dei danni dovuti in caso di risoluzione anticipata del rapporto di lavoro la giurisprudenza ha ritenuto che la clausola che prevede l'attribuzione al dipendente del risarcimento danni in caso di risoluzione anticipata del rapporto di lavoro a termine non può vincolare la massa fallimentare, sia perché essa riguarda l'ipotesi di risoluzione per volontà del datore, sia perché questa clausola, per essere vincolante per l'avente causa, deve essere da questo assunto, e il curatore non può mai considerarsi un avente causa del fallito né un rappresentante del fallito. Se si sostenesse il risarcimento del danno significherebbe riconoscere al debitore la legittimazione a disciplinare, con efficacia vincolante per la massa, l'incidenza del suo fallimento sui rapporti giuridici che lo riguardano e quindi attribuirgli, con palese violazione dei principi fondamentali, la disponibilità di effetti che sono predeterminati inderogabilmente per legge. Ne deriva che al lavoratore a termine che vede risolversi il rapporto di lavoro prima dello scadere del termine, in conseguenza della cessazione dell'attività o di ragioni inerenti all'attività conseguenti al fallimento, non competerà nessuna indennità risarcitoria come nemmeno avrà il diritto a fruire della Cassa integrazione guadagni straordinaria prevista dall'art. 3 della legge n. 223/91 in quanto esso è previsto per i lavoratori con un'anzianità minima di dodici mesi e comunque mai per i lavoratori a termine⁷⁵.

⁷⁴ P. ALLEVA, *op. cit.*, 2000, 677, in cui l'autore sostiene che l'apposizione del termine ad un contratto di lavoro non ha solo lo scopo e l'effetto di porre un limite fisso temporale alla durata del contratto, ma anzitutto quello di far assumere alle parti il rischio della sopravvenuta antieconomicità del contratto, rischio per il quale normalmente l'ordinamento conferisce il diritto di recesso.

⁷⁵ A. CAIAFA, *I rapporti di lavoro nelle procedure concorsuali*, Padova, 1994, 41.

CAPITOLO IV

ESERCIZIO PROVVISORIO, TRASFERIMENTO D'AZIENDA E FUNZIONE RIALLOCATIVA DEL PLUSVALORE AZIENDALE

SOMMARIO: 1. Il nuovo esercizio provvisorio come regolato dall'art. 104 legge fall. - 2. Esercizio provvisorio fra tutela dei creditori e tutela occupazionale. - 3. La funzione traghettatrice dell'esercizio provvisorio. - 4. La posizione del lavoratore dipendente nell'esercizio provvisorio. - 4.1. Il licenziamento. - 4.2. Il trattamento di fine rapporto fra privilegio e prededuzione. - 4.3. L'indennità di preavviso. - 5. Il trasferimento d'azienda: la nozione. - 5.2. La fattispecie derogatoria: il trasferimento d'azienda in crisi o soggetta a procedure concorsuali. - 6. L'importante ruolo dell'accordo collettivo. - 6.1. Il caso dell'azienda con meno di sedici dipendenti. - 6.2. Sull'applicabilità dell'art. 2112 cod. civ. ai trasferimenti coattivi. - 7. Contemperamento delle esigenze di creditori e lavoratori nell'affitto d'azienda. - 7.1 Affitto d'azienda ed esercizio del diritto di prelazione. - 7.2. retrocessione dell'azienda alla procedura concorsuale. - 8. La vendita dell'azienda: profili di specialità. - 8.1. Passaggio solo parziale dei lavoratori e conformità al diritto europeo. - 9. Recenti evoluzioni: il caso Alitalia.

1. Il nuovo esercizio provvisorio come regolato dall'art. 104 legge fall.

Il fallimento, così come previsto dell'impostazione classica della legge fallimentare, è uno strumento di esecuzione collettiva del patrimonio del debitore, necessario per affrontare l'insolvenza irreversibile di quelle imprese che non sono più in grado di trovare una loro collocazione sul mercato. L'esigenza primaria è la liquidazione dei beni dell'impresa diretta al soddisfacimento dei creditori secondo un principio di *par condicio*¹. La continuazione dell'esercizio d'impresa è invece prevista solo in casi eccezionali e comunque in via temporanea, al fine di assicurare un vantaggio ai creditori concorrenti. L'art. 90 legge fall., ante- riforma prevedeva infatti la possibilità che il tribunale fallimentare autorizzasse l'esercizio provvisorio dell'impresa quando la cessazione traumatica dell'attività avesse comportato un

¹ A. CAIAFA, *op. cit.*, 1994, 4.

“danno grave ed irreparabile” e a condizione che vi fosse il parere favorevole del comitato dei creditori.

Alcuni autori² hanno sostenuto che il danno grave ed irreparabile doveva essere riferito solo ai creditori del fallito. Il provvedimento del tribunale sarebbe dunque stato subordinato esclusivamente alla possibilità di procurare un vantaggio agli stessi. Altri³ invece hanno sostenuto una diversa visione di danno nella quale si dovrebbe prendere in considerazione non solo gli interessi dei creditori ma anche quelli dei dipendenti e dei clienti dell'impresa.

Con l'intervento della legge di riforma del sistema fallimentare l'esercizio provvisorio subisce uno spostamento di regolamentazione (dall'art. 90 all'art. 104) passando così dal capo dedicato alla custodia dei beni del fallito, ad un capo autonomo ove viene disciplinato in modo indipendente rispetto alla liquidazione (il VI).

Si avverte quindi come la finalità dell'esercizio provvisorio non sia più esclusivamente funzionale alla liquidazione come nel recente passato, ma discenda ora dalla concreta possibilità di ripresa dall'insolvenza⁴.

Il presupposto previsto dall'art. 104 legge fall. ovvero il “grave danno”, che sostituisce l'originario “grave ed irreparabile danno”, se riconferma il fatto che l'esercizio provvisorio non possa arrecare pregiudizio ai creditori, allo stesso tempo sottolinea l'importante cambiamento dell'ottica in cui la prosecuzione dell'attività viene vista. Non a caso la stessa Relazione alla riforma parla “di un rinnovato modo di interpretare la stessa funzione dell'esecuzione forzata collettiva” nonché sottolinea come l'esercizio provvisorio a differenza di quanto avveniva in precedenza “risponde non più al solo interesse privato di consentire un miglior risultato della liquidazione concorsuale, ma è aperto a quello pubblicistico di utile conservazione dell'impresa ceduta nella sua integrità o in parte”.

Ciò naturalmente non significa che l'esercizio provvisorio possa contrastare con l'interesse dei creditori. Esso può infatti essere disposto all'atto della dichiarazione di fallimento purché non arrechi pregiudizio ai creditori, o successivamente alla

² F. FERRARA jr, *op. cit.*, 1974, 120.

³ G. M. RIVOLTA, *L'affitto e la vendita dell'azienda nel fallimento*, Milano, 1975, 50.

⁴ C. CECHELLA, *Il diritto fallimentare riformato*, in *I manuali di Guida al Diritto*, Milano 2007, 172.

dichiarazione con decreto del giudice delegato purché vi sia il parere favorevole del comitato dei creditori.

Il problema quindi è capire a quali elementi si riferisca il grave danno ossia se esso debba avere come riferimento semplicemente i creditori della stessa o se si debba prendere in considerazione l'azienda nel suo complesso, nel senso che la mancata continuazione porterebbe ad una diminuzione del valore delle quote.

La seconda soluzione sembra più corretta, in quanto l'interesse dei creditori all'esercizio è soddisfatto dalla dicitura contenuta alla fine del primo comma dell'art. 104 legge fall. "purché non arrechi pregiudizio ai creditori". Se quindi il riferimento al grave danno fosse riferito solo a questi sarebbe priva di senso la specifica appena riportata perché ovviamente un esercizio provvisorio autorizzato per evitare ai creditori un loro danno grave non può certamente arrecargli pregiudizio. Nel definire se vi sia o meno un danno grave si dovrebbe quindi non guardare solo ad una maggiore o minore soddisfazione dei creditori ma prendere in esame l'azienda nel suo complesso a partire quindi dal suo valore intrinseco come insieme di rapporti economici in cui sono coinvolti azionisti, creditori, lavoratori, partners commerciali, ecc..

Quello che è certo è che l'esercizio provvisorio pur in presenza di un grave danno non può arrecare pregiudizio ai creditori⁵, pregiudizio che si verifica mediante un confronto fra il valore che si stima possa trarsi dalla vendita dei singoli beni rispetto al valore che può essere ottenuto dalla vendita dell'azienda in toto.

Nel caso invece di esercizio provvisorio dichiarato successivamente alla dichiarazione di fallimento non si ritrova più il riferimento al grave danno in quanto non si palesano più quelle esigenze di celerità che possono presentarsi al momento della dichiarazione di fallimento derivati in primo luogo dall'interruzione dei rapporti secondo le norme degli art. 72 e segg.⁶.

⁵ Alcuni autori ritengono basti il pregiudizio anche di un singolo creditore: M. SANDULLI, sub art. 104, in A. NIGRO, M. SANDULLI (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, Torino, 2006, 605, in cui l'autore porta l'esempio del titolare di un privilegio su macchine soggette a facile usura.

⁶ In deroga alla disciplina degli effetti sui contratti in corso di esecuzione alla data del fallimento in caso di esercizio provvisorio i contratti in corso proseguono automaticamente, salva la facoltà del curatore di chiederne lo scioglimento secondo quanto stabilito dalla normativa dei contratti pendenti.

L'unica valutazione da compiersi sarà quella della soddisfazione dei creditori tanto che è necessario il parere vincolante del comitato dei creditori⁷. Se vi è parere favorevole del comitato la proposta può passare al vaglio del giudice che, dotato di un parere autonomo di valutazione, decide sull'opportunità dell'esercizio provvisorio⁸. In caso di parere favorevole la continuazione dell'attività viene disposta con decreto motivato in cui il giudice specifica in quali ambiti e in quali termini deve avvenire la prosecuzione dell'attività d'impresa specificando entro quali limiti deve svolgersi l'attività del curatore.

Nonostante il legislatore abbia sottolineato la funzione conservativa dell'esercizio provvisorio, si deve sottolineare come, in concreto, la soddisfazione dei creditori rimanga comunque l'interesse primario di riferimento. Lo testimonia il fatto che il comitato dei creditori è chiamato a pronunciarsi almeno ogni tre mesi sull'opportunità di continuare l'esercizio e ove esso si esprima negativamente il giudice delegato ne ordina la cessazione.

La disciplina in esame si caratterizza quindi per un evidente precarietà essendo la continuazione dell'impresa subordinata al placet dell'organo che costituisce espressione degli interessi dei creditori, mentre poco peso rivestono le considerazioni relative alla salvaguardia dei livelli occupazionali.

Ne consegue che il cambiamento attuato dal legislatore dovrà essere letto nel senso non tanto di ricomprendere negli interessi in gioco anche quelli dei lavoratori, ma semmai di considerare l'esercizio provvisorio come strumentale, non più o non solo alla liquidazione dell'impresa ma semmai alla sua vendita in blocco, nel caso in cui il relativo realizzo sia maggiore di quello conseguibile dalla vendita dei singoli beni.

2. Esercizio provvisorio fra tutela dei creditori e tutela occupazionale.

⁷ Il comitato dei creditori dovrà esprimersi a seguito di un adunanza collegiale non essendo più sufficiente sulla base del nuovo art. 41 legge fall., l'interpello individuale con invito ad esprimersi entro un determinato termine.

⁸E. MATTEI, *La liquidazione dell'attivo*, in S. AMBROSINI (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, 2006, 219.

Vari indizi ci portano a sostenere che, nonostante la norma della legge non disponga un obbligo in capo al giudice delegato di tenere in considerazione i risvolti occupazionali ai fini dell'autorizzazione dell'esercizio provvisorio, una prospettiva in tal senso si potrebbe dedurre dalla recente impostazione del legislatore, il quale nell'abbandonare definitivamente l'illusoria prospettiva del risanamento a tutti i costi, dimostra di preferire la via della liquidazione riallocativa. Si nota infatti come la nuova disciplina fallimentare richiami in vari punti quanto già in precedenza disposto all'interno dell'amministrazione straordinaria. Da un concordato preventivo che richiama quello previsto in presenza di amministrazione straordinaria, all'introduzione dell'obbligo del curatore di specificare nel programma di liquidazione l'opportunità di ricorrere all'esercizio provvisorio dell'impresa o all'affitto a terzi.

Ma perché si possa attuare una riallocazione dei valori aziendali proficua occorre che l'impegno da parte degli organi della procedura non si focalizzi solo sulla fase successiva al fallimento ovvero verso la redazione del piano di liquidazione, ma piuttosto esso si deve prestare attenzione al periodo dedicato all'istruttoria preconcorsuale la quale, come affermato da autorevole dottrina⁹, deve essere invasiva e tempestiva. Solo un'analisi del tipo di impresa e di crisi può portare alla definizione di quelle azioni necessarie affinché la conservazione del complesso produttivo sia funzionale all'utilizzo da parte di altro imprenditore.

In mancanza di un impegno in tal senso si possono verificare danni economici e sociali non indifferenti alla struttura che proprio al momento della dichiarazione si trova in un momento estremamente decisivo.

In questo senso si può vedere nelle disposizioni contenute nell'art. 15 legge fall. concernenti la possibilità che il tribunale emetta dei provvedimenti cautelativi o conservativi a tutela del patrimonio dell'impresa, degli strumenti adatti ad evitare il dissolvimento.

L'istruttoria potrebbe rivestire un ruolo importante non solo per verificare l'esistenza dello stato di insolvenza, ma anche per dare la possibilità al tribunale di individuare l'origine strutturale o congiunturale della crisi per poter così predisporre

⁹ F. FIMMANO', in A. JORIO, *Il nuovo diritto fallimentare*, Torino, 2007, 1625.

tutti quegli accorgimenti necessari affinché il complesso possa essere trasferito a terzi. Questo uso alternativo dell'istruttoria deve però fare i conti con la sommarietà del procedimento, in quanto non è consentito l'utilizzo di prove di lunga indagine che porterebbero ad una dilatazione temporale incompatibile con le esigenze di celerità della procedura.

Da qui l'importanza di un'analisi del bilancio prefallimentare non solo per la definizione dello stato di insolvenza ma anche per accertare se sussistano o meno delle esigenze di conservazione dell'impresa e la praticabilità anche finanziaria della continuazione ad opera della procedura.

3. La funzione traghettatrice dell'esercizio provvisorio.

Al di là del problema se l'interesse dei creditori possa essere anche parzialmente subordinato all'interesse dei lavoratori alla conservazione del posto, quello che è certo è che tale interesse non può portare all'esercizio antieconomico¹⁰ dell'impresa, situazione che porterebbe solo ad un danno per l'imprenditore dissestato, per i suoi creditori, e a lungo andare, anche agli stessi lavoratori. La salvaguardia dei livelli occupazionali non deve quindi essere perseguita a tutti i costi ma solo quando vi sono le condizioni per una ripresa dell'attività economica.

E' importante sottolineare come solo nell'ipotesi di una ristrutturazione economica e finanziaria si verifica in concreto il superamento della crisi. Nell'esperienza pratica si vede come l'opportunità di una ristrutturazione o riorganizzazione sia legata alla riduzione del personale o alla sospensione del rapporto tramite l'utilizzo della cassa integrazione guadagni. Molto spesso infatti l'impresa in crisi si trova irrigidita e appesantita dalla presenza di forza lavoro in eccesso, dalla cui liberazione si possono trarre risorse per il risanamento. Bisogna quindi rendersi conto che, perché sia veramente tutelato il bene "posto di lavoro"

¹⁰ In questo senso: A. CAIAFA, *Crisi d'impresa: valutazione dinamica di un concetto*, in C. PICCININNI, M. SANTARONI, (a cura di), *Crisi d'impresa e riforma della legge fallimentare : verso le nuove regole: insolvenza, revocatoria, fallimento e ruolo delle banche*, 2001, 91.

occorre che la continuazione dell'impresa in dissesto sia accompagnata da un risanamento che deve essere effettivo e non solo formale. Perché questo avvenga è quindi necessario qualche sacrificio in termini occupazionali in quanto solo raramente si può realizzare il mantenimento di tutti i posti di lavoro.

Dall'esame sopra esposto si nota quindi come l'esercizio provvisorio, pur prevedendo la continuazione successivamente al fallimento, non risponda alle esigenze di conservazione del bene azienda ai fini del suo reinserimento nel ciclo economico-finanziario¹¹. L'esercizio provvisorio realizza infatti una continuazione dell'attività che è solo temporanea, ma ha l'importante funzione di consentire la non interruzione dei rapporti in corso, favorendo così la successiva vendita o l'affitto di azienda.

Da rilevare è che il curatore non è imprenditore e non ha le capacità di assumersi quei rischi che sono propri dell'attività imprenditoriale. Inoltre egli non ha quelle conoscenze tecniche e di mercato che sono necessarie per un buon svolgimento dell'esercizio provvisorio. A questo si somma il fatto, non irrilevante, che il curatore si trova di fronte un'azienda in dissesto in cui i collaboratori migliori sono stati dimissionati e per il cui esercizio è necessario ricorrere all'autofinanziamento¹².

Per tali motivi vi sono seri dubbi su quale spazio possano avere le finalità conservative all'interno della procedura vera e propria di fallimento, in quanto se la crisi non è stata superata dal mercato, la probabilità che l'ufficio fallimentare riesca, là dove ogni tentativo precedente, in situazione certamente meno grave, non ha sortito risultati, sono prossime allo zero¹³. Il risanamento infatti, nel momento in cui deve seguire certe strade tecnicamente articolate e raffinate, non può essere opera di un giudice. Il ruolo del giudice dovrebbe essere quindi essere ridimensionato nelle procedure di risanamento, che dovrebbero essere affidate totalmente a strutture attrezzate allo scopo. Contemporaneamente sarebbe necessario potenziare il ruolo del curatore come organo di gestione, prevedendo anche la possibilità di conferire

¹¹ E. VIRGINTINGO, *Relazione introduttiva al convegno tenutosi a Bari il 26 maggio 2000 riguardante la tutela del rapporto di lavoro subordinato nelle procedure concorsuali*, in E. VIRGINTINGO, G. CHIAIA NOYA, F. CAIAFA (a cura di), *La tutela del rapporto di lavoro subordinato nelle procedure concorsuali*, Bari, 2001, 15.

¹² G. BERNONI, P. PAJARDI, M. BOCCHIOLA, C. GOCINI, *op. cit.*, 1988, 106.

¹³ F. D'ALESSANDRO, *op. cit.*, 2001, 33.

l'incarico a persone giuridiche al fine di realizzare attraverso l'articolazione pluripersonale, la differenziazione di competenze necessaria al risanamento¹⁴.

E' evidente come però tutto ciò presupponga che vi sia un radicale cambiamento del modello posto alla base della disciplina delle procedure concorsuali, in mancanza di questo, l'opportunità di affidare alla procedura concorsuale l'obiettivo di riportare l'impresa ad una situazione fisiologica sembra totalmente impossibile.

Scartata quindi la via giudiziaria, gli strumenti che possono essere adottati per il mantenimento dell'impresa sul mercato, con il vantaggio della salvaguardia anche parziale dei posti di lavoro, sono quelli legati al trasferimento d'azienda. Inoltre, attraverso l'affitto d'azienda o la vendita del complesso aziendale oltre al soddisfacimento degli interessi occupazionali si può ottenere anche un migliore soddisfacimento dei creditori concorsuali, in quanto, la procedura di liquidazione potrebbe non essere in grado di realizzare, almeno non in modo tempestivo, il pagamento dei creditori.

4. La posizione del lavoratore dipendente nell'esercizio provvisorio

Una volta autorizzato l'esercizio provvisorio, i crediti dei dipendenti sorti successivamente hanno natura di crediti prededucibili ex art. 111 legge fall., in quanto si tratta di crediti assunti per l'esercizio dell'impresa, e quindi non soggetti al concorso ex art. 92 legge fall. ma pagabili immediatamente con decreto del giudice delegato. Tali crediti si caratterizzano, rispetto ai crediti concorsuali, per una maggiore certezza, anche se, in mancanza di un attivo rilevante, potrebbe essere impossibile anche la loro soddisfazione. La prededuzione si limita ai soli crediti sorti durante l'esercizio provvisorio mentre il curatore non subentra nei crediti di lavoro maturati prima del fallimento, nemmeno nel caso in cui si tratti di crediti resi esigibili o maturati dopo la dichiarazione di fallimento ma ragguagliati a situazioni anteriori all'inizio della procedura concorsuale, come ad esempio i crediti retributivi non corrisposti dal fallito.

¹⁴ A. NIGRO, *La crisi della piccola impresa tra liquidazione e risanamento*, in *Fall.*, 2003, 1004.

Quindi i dipendenti il cui rapporto di lavoro è proseguito durante l'esercizio provvisorio dovranno insinuarsi al passivo fallimentare, con il diritto di prelazione dell'art. 2751 *bis*, cod. civ., per il credito derivante da retribuzioni maturate fino alla dichiarazione di fallimento, mentre verranno soddisfatti in prededuzione (ex art. 111 legge fall.) per tutti i crediti sorti durante la fase dell'esercizio provvisorio.

Nel caso in cui sia autorizzato l'esercizio provvisorio sarà quindi interesse del curatore comunicare il prima possibile ai dipendenti la cui presenza non è più utile all'esercizio dell'attività, il licenziamento per giustificato motivo oggettivo, al fine di evitare che questi passino a carico della massa fallimentare.

Tale ragionamento però presuppone che il rapporto di lavoro prosegua automaticamente dopo la dichiarazione di fallimento. Se invece si volesse accogliere la tesi secondo la quale alla dichiarazione di fallimento il rapporto entra in un periodo di sospensione fino alla decisione del curatore di subentrarvi o meno, il curatore, autorizzato l'esercizio provvisorio, dovrà comunicare ai lavoratori la volontà di subentrare nel rapporto in corso, e solo dopo questa comunicazione questi passeranno in carico alla massa fallimentare senza soluzione di continuità¹⁵.

4.1. *Il licenziamento.*

Il licenziamento dei dipendenti che continuano a prestare il loro lavoro durante l'esercizio provvisorio non si differenzia per modalità e forma da quanto visto per il licenziamento in mancanza di esercizio provvisorio (vedi capitolo III). Il recesso dal contratto di lavoro avverrà ad opera del curatore o durante l'esercizio provvisorio o al suo termine, ma in entrambi i casi la disciplina da seguire sarà quella dell'art. 2 della legge n. 604/66 o dell'art. 24 legge n. 223/91 se siamo in caso di licenziamenti collettivi.

Si deve infatti escludere che al termine dell'esercizio provvisorio vi sia un'automatica risoluzione dei contratti di lavoro in corso. Così come il fallimento non è causa di risoluzione del rapporto, ma può determinare semmai (per alcuni autori) la sua sospensione, allo stesso tempo anche nell'ipotesi in cui il tribunale

¹⁵ B. QUATRARO, S. D'AMORA, *op. cit.*, Tomo II, 1999, 1796.

autorizzi la temporanea prosecuzione dell'attività, il curatore dovrà procedere al licenziamento dei dipendenti il cui rapporto è continuato successivamente al fallimento o che sono stati da lui assunti *ex-novo* durante l'esercizio. I licenziamenti avverranno quindi per giustificato motivo oggettivo con il diritto del lavoratore al pagamento in prededuzione dell'indennità del preavviso prevista dall'art. 2118 cod. civ.

Si ritiene quindi di condividere quella parte della dottrina¹⁶ che ritiene non vi sia ragione per assoggettare i licenziamenti operati dal curatore al termine dell'esercizio provvisorio ad una disciplina diversa. Nel caso però in cui al termine dell'esercizio provvisorio il curatore provveda alla vendita dell'azienda o di unità produttive di questa, ci troveremo in un'ipotesi di trasferimento all'interno di una procedura concorsuale con conseguente rispetto del diritto di prelazione dei dipendenti non trasferiti al cessionario in seguito all'accordo previsto dall'art. 47 quinto comma legge n. 428/90.

Per quanto riguarda invece la competenza a dichiarare la illegittimità del licenziamento non vi sono dubbi che essa rimanga in capo al giudice del lavoro, non essendo coinvolti gli interessi della massa dei creditori. Inoltre nel determinare le indennità dovute al lavoratore ex art. 18 statuto dei lavoratori la giurisprudenza ha stabilito che i danni devono essere commisurati alla retribuzione globale di fatto maturata dal dipendente dal momento del licenziamento fino a quando sia presumibilmente cessato lo stato di disoccupazione¹⁷.

4.2. *Il trattamento di fine rapporto fra privilegio e prededuzione*

Argomento di forte discussione visto anche la sua rilevanza pratica è se il T.f.r. dei lavoratori licenziati durante l'esercizio provvisorio debba essere pagato interamente in prededuzione senza distinzione fra i periodi antecedenti e successivi al fallimento, non essendo i ratei di anzianità dotati di un'autonomia giuridica

¹⁶ A. CAIAFA, *op. cit.*, 1994, 28.

¹⁷ App. Torino 29 novembre 2001, in cui il giudice ha stabilito che nel caso in specie il periodo doveva ritenersi di un anno.

esistenza¹⁸, oppure se sia possibile una sorta di maturazione progressiva dell'indennità di anzianità¹⁹ con conseguente distinzione fra il periodo antecedente e quello successivo alla dichiarazione di fallimento. Quest'ultima ipotesi è sostenuta da una parte della dottrina²⁰ che sottolinea come si sia consolidata ormai a livello giurisprudenziale l'opinione che ritiene il T.f.r. un "risparmio forzoso" che matura di anno in anno ma che diventa esigibile solo al momento della cessazione del rapporto.

Sul punto la Suprema Corte si è pronunciata a Sezioni Unite²¹ ritenendo che il principio dell'infrazionabilità dell'indennità di anzianità non possa valere anche nei confronti dell'amministrazione fallimentare che è regolata da una disciplina particolare in relazione alle finalità stesse dell'istituto fallimentare. Si ritiene quindi corretto che solo la quota del T.f.r. maturata nel corso del fallimento debba essere ammessa in prededuzione, mentre quella relativa al periodo ante fallimento sarà ammessa con il privilegio di cui all'art. 2571 *bis* cod. civ²².

I giudici hanno infatti posto alla base della loro decisione il fatto che i contratti di durata vanno considerati in parte eseguiti prima del fallimento, per cui in caso di subentro del curatore le prestazioni già eseguite vanno pagate in moneta fallimentare, mentre le altre, adempiute verso la curatela, in prededuzione.

¹⁸ In questo senso: L. RIVA-SANSEVERINO, *L'indennità di anzianità nella legge 604 e nei contratti collettivi*, in *Dir. Ec.*, 1968, 235.

¹⁹ Cass. S.U. 27 ottobre 1966, n. 2537; Cass. 4 giugno 1980, n. 3636.

²⁰ B. QUATRARO, S. D'AMORA, *op. cit.*, Tomo I, 1999, 723.

²¹ Cass. S.U. 27 ottobre 1966, n. 2537.

²² Si deve sottolineare come la questione della frazionabilità o meno del T.f.r. sia importante anche in relazione all'emanazione della legge n. 297 del 1982 la quale prevede l'intervento del Fondo di Garanzia per il pagamento ai lavoratori del T.f.r. da loro maturato in caso di insolvenza del datore di lavoro. La richiesta di pagamento del T.f.r. da parte del fondo può essere inoltrata all'INPS naturalmente solo quando il rapporto sia terminato e il credito sia ammesso al passivo fallimentare. Si ritiene quindi che l'intervento del fondo si limiti alla parte del credito concorsuale e non a quello prededucibile data la sua maggiore certezza. Si è però prevista la possibilità che il lavoratore impiegato nell'esercizio provvisorio si insinui al passivo per il credito T.f.r. prima della cessazione del rapporto, assimilandolo il T.f.r. ai crediti sottoposti a condizione, per i quali la legge fallimentare, agli artt. 55, 3° comma, 95, 2° comma, consente l'insinuazione al passivo. In questo modo il lavoratore può chiedere l'intervento del Fondo di Garanzia per l'importo del T.f.r. dovuto dal fallito, senza che il rapporto sia ancora cessato.

Anche il contratto di lavoro, in quanto contratto di durata, è soggetto a queste regole.

In critica di tale tesi è stato autorevolmente sostenuto che la legge n. 297/82 nel novellare l'art. 2120 cod. civ., pur avendo introdotto la possibilità da parte del lavoratore di chiedere delle anticipazioni, non ha tuttavia modificato il principio secondo cui il credito per T.f.r. diventi liquido e ed esigibile al momento della risoluzione del contratto, con la conseguenza che se il licenziamento avviene da parte del curatore, il T.f.r. deve essere considerato per intero in prededuzione²³.

La conseguenza pratica che deriverebbe dall'adozione di questa teoria è l'impossibilità del lavoratore di richiedere l'ammissione al passivo per la quota maturata fino alla dichiarazione di fallimento in quanto la domanda non potrebbe essere accolta dato che il credito non è ancora liquido ed esigibile²⁴. Il pagamento del credito in prededuzione, in quanto risultante dal decreto di autorizzazione del giudice e non da un'ammissione allo stato passivo²⁵, non consentirebbe al lavoratore che non viene soddisfatto per mancanza di attivo²⁶, di ricorrere al Fondo di garanzia istituito presso l'INPS per sostituirsi al datore di lavoro in caso di insolvenza. Se si accoglie la tesi secondo cui il credito T.f.r. ha per il suo intero importo, natura prededucibile, si deve ritenere necessaria una riforma della normativa²⁷, al fine di consentire, anche al lavoratore il cui rapporto di lavoro continua durante l'esercizio provvisorio, un'adeguata tutela di fronte l'insolvenza del datore di lavoro.

²³ A. CAIAFA, *op. cit.*, 2004, 135. Nello stesso senso: G. PERA, *Diritto del lavoro*, Padova, 1996, 518; F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, *Diritto del lavoro, Vol II, Il rapporto di lavoro subordinato*, Torino, 2005, 433.

²⁴ In questo senso: A. CAIAFA, *op. cit.*, 2004, 135; A. SILVESTRINI, *La tutela dei crediti nel fallimento*, in E. VIRGINTINGO, G. CHIAIA NOYA, F. CAIAFA (a cura di), *Atti del seminario di studi "La tutela del rapporto di lavoro subordinato nelle procedure concorsuali"*, Bari 26 maggio 2000, Bari, 2001, 56. Per la giurisprudenza: Cass. 11 gennaio 1990, n. 55, in *Foro It.*, 1990, I, 1229.

²⁵ L'ammissione al passivo è però necessaria se il credito viene contestato per quel che attiene la sua esistenza e/o la relativa graduazione.

²⁶ Nel caso in cui l'attivo fallimentare sia insufficiente a soddisfare i crediti prededucibili giurisprudenza e dottrina sono concordi nel ritenere che sia applicabile l'ordine dei privilegi stabilito dal codice civile. Vedi: Cass. 20 dicembre 1990, n. 12075, in *Fall.*, 1991, 670 e per la dottrina: F. DEL VECCHIO, *La gradualità dei crediti verso la massa nel fallimento*, in *Fall.*, 1983, 1600.

²⁷ A. CAIAFA, *op. cit.*, 1994, 59.

Si ritiene quindi che l'interpretazione data dalla Suprema Corte sia da ritenere maggiormente aderente alle esigenze sottostanti ad una realtà così specifica come è quella delle procedure concorsuali.

Quanto invece al problema della mancanza del carattere di liquidità del T.f.r. fintanto che il rapporto non cessa, per rimediare ad una disciplina lacunosa su questo punto, la tutela dei lavoratori che continuano il rapporto durante l'esercizio provvisorio, può essere assicurata tramite l'ammissione con riserva al passivo della parte maturata prima del fallimento, ai sensi dell'art. 55 legge fall.²⁸, che permette così al lavoratore di chiedere immediatamente l'intervento del Fondo di garanzia e in più, di beneficiare dell'accantonamento disposto dall'art. 113 legge fall. (obbligo del curatore di depositare le quote assegnate ai creditori i cui crediti sono soggetti a condizione sospensiva non verificata).

Si deve precisare però che la natura prededucibile del credito non deriva semplicemente dal fatto che il licenziamento avviene successivamente al fallimento, essendo necessario che il curatore utilizzi il lavoratore ai fini dell'esercizio provvisorio, dato che l'art. 111 legge fall. ritiene prededucibili quei crediti instaurati "per la continuazione dell'esercizio dell'impresa se autorizzato"²⁹. Ne deriva che, secondo questa tesi, in mancanza di un'autorizzazione alla prosecuzione dell'esercizio, sia che si ritenga che il rapporto continui dopo la dichiarazione di fallimento senza soluzione di continuità, sia si ritenga che esso entri in una fase di quiescenza, il T.f.r. dovrà comunque essere pagato in privilegio.

4.3. *L'indennità di preavviso nell'esercizio provvisorio.*

Si è discusso se il principio della frazionabilità stabilito dalla Corte di Cassazione³⁰ per il T.f.r. sia valido anche nel caso dell'indennità sostitutiva del preavviso. La Corte di Cassazione afferma come l'imputazione proporzionale alla durata del rapporto per la prededucibilità dell'indennità di preavviso, sia "operazione

²⁸ In questo senso: A. SILVESTRINI, *op. cit.*, 2001, 56.

²⁹ A. CAIAFA, *op. cit.*, 2004, 137.

³⁰ Cass. S.U. 27 ottobre 1966, n. 2537.

del tutto arbitraria in palese contrasto con la genesi del diritto all'indennità, che trova esclusivo fondamento nella gestione del rapporto da parte del curatore³¹".

In virtù di questa affermazione l'indennità sostitutiva del preavviso va pagata dal curatore in prededuzione³², ma nel caso in cui il tribunale abbia già fissato il termine dell'esercizio provvisorio e questo sia abbastanza ampio per comprendere il preavviso, il curatore avrà interesse a non aggravare la procedura della spesa, licenziando i dipendenti anticipatamente in modo che il periodo di preavviso sia lavorato.

Non si ritiene invece condivisibile la tesi sostenuta da parte della dottrina³³ secondo la quale l'indennità di preavviso sarebbe dovuta in prededuzione non solo quando vi è continuazione dell'attività, ma anche solo quando il licenziamento avviene successivamente al fallimento per opera del curatore, senza che esso utilizzi il lavoratore, in quanto l'amministrazione fallimentare nel momento in cui procede al licenziamento cessa di essere terzo rispetto tale contratto per divenire parte del rapporto di lavoro, almeno per il periodo di preavviso. Si deve infatti sottolineare che la caratteristica della prededuzione compete solo ai crediti sorti dopo l'autorizzazione dell'esercizio provvisorio non bastando la semplice continuazione dell'attività.

5. Il trasferimento d'azienda: la nozione.

Se quindi all'esercizio provvisorio è affidata una finalità conservativa dei valori aziendali, la funzione di risanamento dell'impresa (obiettivo assolutamente estraneo

³¹ Cass. 7 febbraio 2003, n. 1832, in *Not.giur.lav.*, 2003, che afferma la natura retributiva dell'indennità di preavviso.

³² In questo senso anche: A. SILVESTRINI, *op. cit.*, 2001, 58.

³³ A. SILVESTRINI, *op. cit.*, 2001, 58.

alla procedura fallimentare in quanto tale³⁴) trova soddisfazione con il ricorso il trasferimento d'azienda.

I due istituti (esercizio provvisorio e affitto) pur avendo finalità analoghe (tutela dell'avviamento in funzione di una più proficua liquidazione) differiscono in modo netto. La continuazione temporanea con l'esercizio provvisorio rimane fase interna al procedimento fallimentare, una sorta di "gestione pubblica processuale". Il fallimento assume tutti i rischi dell'esercizio dell'impresa ed è responsabile per tutte le obbligazioni contratte dal curatore nella gestione. Il c.d. rischio d'impresa incombe sulla procedura e quindi in via indiretta sui creditori concorsuali. Nell'affitto invece è l'affittuario ad assumersi rischi e obblighi mentre il fallimento corre invece rischi molto più limitati quali il mancato pagamento dei canoni di affitto o una perdita o affievolimento dell'avviamento.

Prima di procedere all'analisi della fattispecie del trasferimento d'azienda in crisi o soggetta a procedure concorsuali, oggetto della nostra indagine, appare opportuno trattare sinteticamente la disciplina generale del trasferimento d'azienda. L'importanza di individuare i confini della nozione di trasferimento di azienda deriva dal fatto che solo alle ipotesi che ricadono all'interno di tale fattispecie si possono attuare le tutele individuali o collettive in capo ai lavoratori, e di conseguenza la possibilità di derogare a tali tutele nel caso particolare di imprese in crisi o soggette a procedure concorsuali.

Uno dei principali problemi affrontati dalla giurisprudenza riguarda la nozione stessa di trasferimento d'azienda. L'attuale art. 2112 cod. civ. come modificato dal d.lgs. n. 18/2001 (emanato in attuazione della direttiva 98/50/CE relativa al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di stabilimenti) e da ultimo dal d.lgs. n. 276/2003 stabilisce che per trasferimento d'azienda si intende "qualsiasi operazione che, in seguito a cessione contrattuale o fusione, comporti il mutamento della titolarità di un'attività

³⁴ In tal senso Cassazione , 9 gennaio 1981, n. 3723, in *Giust. civ.*, 1981, I, 2492. *Contra*: Trib. Messina, 8 luglio 1981, in *Dir. fall.*, 1982, II, 1257. Non è infatti possibile inquadrare nella dichiarazione di fallimento un'ipotesi di risanamento attraverso l'esercizio provvisorio in quanto questo andrebbe ad incidere sulla configurabilità stessa dell'insolvenza e dunque sulla legittimità della declaratoria fallimentare. V. B. MEOLI, *La continuazione temporanea dell'esercizio dell'impresa*, in *Fall.*, 2005, 1045.

economica organizzata, con o senza scopo di lucro, preesistente al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità, a prescindere dalla tipologia negoziale o dal provvedimento sulla base dei quali il trasferimento è attuato ivi compresi l'usufrutto e l'affitto di azienda”³⁵.

Se inizialmente i giudici nazionali si sono orientati verso una nozione commercialistica di azienda (*ex art. 2555 cod. civ.*), attribuendo valore decisivo al trapasso dei beni materiali o immateriali utilizzati per l'esercizio dell'attività, tanto da riconoscere la fattispecie del trasferimento d'azienda “quando l'oggetto del trasferimento sia costituito da un complesso funzionale di beni idoneo a consentire l'inizio o la prosecuzione dell'attività imprenditoriale”³⁶, le modifiche introdotte dal d.lgs. n. 18/2001 hanno portato la recente giurisprudenza verso una nozione d'azienda meno legata ad elementi materiali. Si ha infatti trasferimento d'azienda anche nel caso in cui oggetto del trasferimento siano i soli lavoratori, che, avendo acquisito un complesso di nozioni ed esperienze, siano capaci di svolgere autonomamente le proprie funzioni³⁷. A venir trasferito non è quindi solo il lavoratore ma anche il know how ossia le competenze tecniche e professionali dei dipendenti³⁸.

La Suprema Corte, nella fondamentale sentenza Alcatel³⁹ ha infatti sottolineato come il d.lgs. 18/2001 consente di “legittimare in maniera finalmente certa ed inequivocabile una nozione di trasferimento d'impresa con più attenuati caratteri di materializzazione e che (...) consideri attività economica suscettibile di figurare

³⁵ Sull'argomento vedi: R.FOGLIA, *La fattispecie del trasferimento di azienda alla luce della nuova direttiva 98/50: profili definitivi e interpretativi*, in *Foro.it.*, 2000, 866; R. COSIO, *La nuova disciplina sul trasferimento delle imprese: l'ambito di applicazione*, in *Foro. It.* 2001, I, 1262; G. SANTORO PASSARELLI, *op.cit.*, 2004, 44; A. MARESCA, *Tutela collettiva e garanzia individuali dei lavoratori nel trasferimento d'azienda*, in *Le trasformazioni aziendali in vista del Mercato europeo: legge e contratto collettivo*, Roma, 1992, 199; A. PERULLI, *I rinvii all'autonomia collettiva: mercato del lavoro e trasferimento d'azienda*, in *Gior.dir.lav.rel.ind.*, 1992, 515; M.L. VALLAURI, *Trasferimento d'azienda e garanzie collettive*, in *Quaderni dir.lav.rel.ind.*, 2004, 127.

³⁶ Cassazione 17 dicembre 1994, n. 10828, in *Riv.it.dir.lav.*, 1995, II, 886, cui adde Cassazione 30 dicembre 1999, n. 14755, in *Not. giur. lav.*, 2000, 377.

³⁷ Cassazione 23 luglio 2002, n. 10761, in *Lav.giur.*, 2003, 19.

³⁸ G. SANTORO PASSARELLI, *Trasferimento di azienda e rapporto di lavoro*, Torino, 2004.

³⁹ Cassazione 22 luglio 2002, n. 10701, in *Foro it.*, 2002, I, 2278.

come oggetto di detto trasferimento anche i soli lavoratori che, per essere stati addetti ad un ramo dell'impresa e per aver acquisito un complesso di nozioni e di esperienza, siano capaci di svolgere autonomamente, e quindi, pur senza il supporto di beni immobili, macchine, attrezzi da lavoro o di altri beni, le proprie funzioni anche presso il nuovo datore di lavoro”.

La giurisprudenza ha inoltre affermato che non basta “una mera e occasionale aggregazione di persone dipendenti all'interno di diverse e variegate strutture aziendali, ma occorre l'esistenza di un collegamento stabile e funzionale delle loro attività, costituito appunto dall'organizzazione la quale costituisce perciò il legame, ovvero il valore aggiunto, al punto che, piuttosto che parlare di trasferimento di azienda sembra più appropriato parlare di trasferimento di impresa rilevando il dato dinamico e funzionale come essenziale”⁴⁰.

L'evoluzione operata dalla giurisprudenza nazionale da una nozione di azienda legata agli elementi patrimoniali ad una nozione che si incardina sul concetto di impresa stabilito dall'art. 2082 cod. civ. rispecchia quanto già avvenuto in sede comunitaria ove già nel 1997 la Corte di Giustizia⁴¹ aveva affermato come in determinati settori in cui l'attività si fonda essenzialmente sulla mano d'opera, un gruppo di lavoratori che assolva stabilmente una attività comune, può corrispondere ad un'entità economica e quindi costituire oggetto di trasferimento.

Una nozione di azienda così “leggera” porta sicuramente ad estendere di molto l'applicazione la normativa sul trasferimento d'azienda, in conformità con quanto avviene a livello comunitario. Diventa quindi difficile identificare l'elemento chiave in presenza del quale si può dire di essere in presenza di un trasferimento. La giurisprudenza nazionale si è diretta verso il requisito dell'organizzazione ossia ritiene necessario che oggetto del trasferimento sia l'organizzazione degli elementi che formano l'azienda⁴², tanto che viene negata l'applicazione della normativa nel

⁴⁰ Cassazione 30 dicembre 2003, n. 19842, in *Foro it.*, 2004, I, 1096.

⁴¹ Corte di Giustizia 11 marzo 1997, causa C-13/95, *Ayşe Suzen contro Zehnacker Gabauderiniung GmbH Krankenhausservice*, in *Racc. G.C.*, 1997, 1259.

⁴² Cassazione 29 agosto 2005, n. 17418, in *Foro it.*, 2006, I, 128; Tribunale Ravenna 8 giugno 2000, in *Lav.giur.*, 2000, 949; Tribunale Torino 26 giugno 1999, in *Giur. Piem.*, 1999, 517; Pretore Milano 16 settembre 1998, in *Arg.dir.lav.*, 1998, 995.

caso di pura e semplice successione di due soggetti nell'esercizio della medesima attività economica⁴³.

Il complesso di beni oggetto di trasferimento deve quindi mantenere immutata la propria struttura organizzativa, nonché l'attitudine all'esercizio di una attività d'impresa che non deve essere necessariamente quella del cedente⁴⁴.

Non solo, l'organizzazione deve presentare il requisito dell'attualità ovvero deve preesistere al trasferimento (requisito non previsto invece in caso di trasferimento di ramo d'azienda) e mantenere successivamente al trasferimento la propria identità.

La giurisprudenza ha escluso la necessità di un legame contrattuale fra imprenditore cedente e cessionario ai fini dell'individualizzazione della nozione di trasferimento⁴⁵, assumendo rilievo invece la circostanza che vi sia stata continuità dell'attività imprenditoriale⁴⁶, come nemmeno ha ritenuto necessaria l'esistenza di un unico atto, ben potendo il trasferimento realizzarsi tramite una serie di atti che si susseguono in un arco di tempo⁴⁷, sottolineando però la necessità di procedere ad un indagine rigorosa circa la sussistenza del collegamento negoziale e l'effettiva finalità sottesa a questo collegamento potendo sempre realizzarsi un intento fraudolento ed una cessione di azienda dissimulata⁴⁸. Discusso è invece se rientri nell'ambito di applicazione del trasferimento l'ipotesi di subentro dell'imprenditore in un appalto precedentemente affidato ad un altro imprenditore.

Dopo un iniziale orientamento giurisprudenziale⁴⁹ contrario all'applicazione della normativa a tali casi, la giurisprudenza più recente⁵⁰ cambia rotta adeguandosi così

⁴³ Cassazione 4 aprile 2001, n. 5025, in *Not.giur.lav.*, 2001, 652; Cassazione 14 luglio 1993, n. 7795, in *Mass.giur.lav.*, 1993, 58.

⁴⁴ Cassazione 3 maggio 2000, n. 5550, in *Riv.giur.lav.*, 2001, II, 67; Cassazione 21 ottobre 1995, n. 10993, in *Riv.giur.trib.*, 1996, 850; Corte di Appello Catania 6 dicembre 2001, in *Foro it*, I, 2297.

⁴⁵ Cassazione 13 gennaio 2005, n. 493, in *Not. giur. lav.*, 2005, 249.

⁴⁶ Cassazione 27 dicembre 1998, n. 2200, in *Mass.giur.lav.*, 1998, 636; Cassazione 3 giugno 1998, n. 5466, in *Mass.giur.lav.*, 1998, 635.

⁴⁷ Cassazione 2 ottobre 1998, n. 9806, in *Giust.civ.mass.*, 1998.

⁴⁸ Cassazione 20 aprile 1998, n. 4010, in *Rep.Foro*, 1998, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1368.

⁴⁹ Cassazione 20 novembre 1997, n. 11575, in *Dir.prat.lav.*, 1997, 17; Cassazione 18 marzo 1996, n. 2254, in *Riv.it.dir.lav.*, 1997, II, 395; Cassazione 24 febbraio 1992, n. 2258, in *Riv.it.dir.lav.*, 1993, II, 202. *Contra* Cassazione 8 febbraio 1993, n. 1518, in *Riv.it.dir.lav.*, 1993, II, 834.

⁵⁰ Cassazione 13 gennaio 2005, n. 493, in *Foro it*, 2005, I, 690.

all'orientamento della giurisprudenza comunitaria secondo la quale si ha applicazione della direttiva 77/187/CEE "a una situazione in cui un committente, che aveva affidato per contratto la pulizia dei suoi locali ad un primo imprenditore, il quale faceva eseguire tali lavori ad un subappaltatore, pone fine a questo contratto e conclude, al fine dell'esecuzione degli stessi lavori, un nuovo contratto con un secondo imprenditore, allorché l'operazione non è accompagnata da alcuna cessione di elementi dell'attivo, materiali o immateriali, ma il nuovo imprenditore riassume, in forza di un contratto collettivo di lavoro, una parte del personale del subappaltatore, a condizione che la riassunzione riguardi una parte essenziale, in termini di numero e di competenze, dei dipendenti che il subappaltatore destinava all'esecuzione dei lavori subappaltati"⁵¹.

L'art. 29 d.lgs. n. 276/2003 pare porsi in contrasto con tale orientamento in quanto stabilisce che "l'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di un nuovo imprenditore, in forza di legge di contratto collettivo o di clausola di contratto di appalto, non costituisce trasferimento d'azienda o parte d'azienda".

La giurisprudenza, intervenuta sulla questione, ha interpretato la norma in esame nel senso che il legislatore non volendo escludere *ex lege* il trasferimento d'azienda in ogni ipotesi di subentro dell'appaltatore, ha affermato semmai il principio che "non vi è trasferimento di azienda per il solo fatto che vi sia acquisizione di personale"⁵².

Costituisce pacificamente trasferimento d'azienda il conferimento in società, anche di persone, di un'azienda⁵³, al pari della fusione, prevista espressamente dal testo di legge, e la scissione totale o parziale ove si accerti che il complesso organizzato dei beni, nella sua entità obiettiva, sia passato in tutto o in parte ad un diverso titolare⁵⁴. Non rientra invece nella nozione di trasferimento *ex art. 2112 cod. civ.* la trasformazione societaria in quanto essa comporta solo un mutamento della

⁵¹ Corte di Giustizia 20 novembre 2003, *Abler e altri contro Sodexo MM Catering Gesellschaft MbH*, causa C-340/01, in *Foro it.*, 2004, IV, 184; Corte di Giustizia 24 gennaio 2002, *Temco Service Industries SA contro Imzilyen e altri*, causa C-51/00, in *Inf. prev.*, 2002, I, 102.

⁵² Tribunale Roma 9 giugno 2005, in *Riv. giur. lav.*, 2005, II, 678.

⁵³ Cassazione 10 marzo 1990, n. 1963, in *Mass.giur.lav.*, 1990, 61.

⁵⁴ Cassazione 6 ottobre 1998, n. 9897, in *Foro it.*, 1999, I, 3312.

forma organizzativa e non una successione dell'impresa⁵⁵. Lo stesso dicasi per la cessione del pacchetto azionario di maggioranza che non incide sull'autonoma soggettività giuridica delle società interessate e non vale ad integrare il passaggio di titolarità dell'azienda ai sensi dell'art. 2112 c.c.⁵⁶.

Particolare attenzione merita la nozione di ramo d'azienda in quanto maggiormente utilizzata in caso di trasferimento di azienda soggetta a procedure concorsuali data la difficoltà di trasferire l'intera azienda comprensiva di tutti i debiti.

L'art. 2112 cod. civ. definisce il ramo d'azienda come "un'articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata, identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del trasferimento"⁵⁷.

La sempre maggiore rilevanza degli elementi immateriali e delle conoscenze in possesso dei dipendenti ai fini della creazione di un vantaggio competitivo aziendale si riflette anche nell'interpretazione della nozione di ramo d'azienda. Ecco quindi che se inizialmente la Suprema Corte riteneva necessario, affinché si configurasse un trasferimento di ramo d'azienda, che il complesso di beni si presentasse "come una sorta di piccola azienda in grado di funzionare in modo autonomo"⁵⁸, non molto tempo dopo la stessa Corte identifica l'attività economica nel bagaglio di conoscenze dei lavoratori addetti al ramo d'azienda trasferito⁵⁹, nonché in elementi quali la

⁵⁵ Cassazione 16 aprile 1986, n. 2697, in *Giust.civ.mass.*, 1986.

⁵⁶ Cassazione 5 maggio 2000, n. 5628, in *Giust.civ.mass.*, 2000, 934; Cassazione 26 novembre 1994, n. 10068, in *Giust.civ.mass.*, 1994; Cassazione 2 aprile 1993, n. 4012, in *Giust.civ.mass.*, 1993.

⁵⁷ Per un'attenta analisi della materia vedi: C. CESTER, *Il trasferimento d'azienda e di parte di azienda fra garanzie per i lavoratori e nuove forme organizzative dell'impresa: l'attuazione delle direttive comunitarie è conclusa?*, in F. CARINCI (a cura di) *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Milano, 2004, Vol. II, 255; C. CESTER, *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*, Milano, 2004, 264; G. AMOROSO, *Sulla fattispecie del trasferimento di parte di azienda al fine dell'applicazione dell'art. 2122 cod. civ.*, in *Giust. Civ.*, 2003, I, 345; L. FRANCESCHINIS, *Il caso Ansaldo all'esame della Cassazione: è ramo d'azienda solo se vi è atonia funzionale e organizzativa preesistente al trasferimento*, in *Riv.crit.dir.lav.*, 2002, 908; F.R. GRASSO, *La recente giurisprudenza della Corte di Cassazione in tema di trasferimento d'azienda ed esternalizzazione*, in *Arg.dir.lav.*, 2003, I, 587.

⁵⁸ Cassazione 25 ottobre 2002, n. 15105, in *Foro it*, 2003, I, 103.

⁵⁹ Cassazione 4 dicembre 2002, n. 17207, in *Foro it*, 2003, I, 103. *Conforme* Cassazione 23 luglio 2002, n. 10761, in *Foro it*, 2002, I, 2278.

direzione e l'organizzazione del personale stabilmente addetto al ramo stesso da epoca antecedente al trasferimento, il suo specifico inquadramento, le particolari modalità di articolazione del lavoro e i relativi metodi di gestione⁶⁰.

Non è più necessario il requisito della preesistenza dell'articolazione, presente nella versione antecedente la riforma apportata del d.lgs. n. 276/2003 e da questa eliminato. Tale requisito assurgeva allo scopo di impedire l'assemblaggio di segmenti organizzativi eterogenei considerati unitariamente al solo fine di realizzare delle operazioni di smaltimento di eccedenze di personale mascherate da trasferimento di ramo d'azienda. La Corte di Giustizia ha dato però un'interpretazione più leggera della norma stabilendo che perché si configuri un trasferimento di ramo d'impresa è comunque necessario che l'entità economica sia "organizzata in modo stabile" per un congruo periodo di tempo (non determinabile a priori e variabile in funzione dell'attività esercitata) in capo al cedente⁶¹. L'elemento della preesistenza viene quindi sostituito con quello della stabilità che mantiene un necessario *prius* temporale. Il requisito della autonomia funzionale costituisce dunque il principale ostacolo alla creazione di articolazioni fittizie e di aggregazioni di una pluralità di lavoratori provenienti da diverse unità produttive per creare un'articolazione ad hoc in vista del trasferimento. La direttiva comunitaria pur non contenendo nessun riferimento al concetto di autonomia funzionale parla di entità economica che conserva nel trasferimento la propria identità. E' stato giustamente sottolineato dunque che si può conservare solo qualcosa che già esiste⁶².

Se quindi è vero che dopo la modifica legislativa le parti del negozio hanno più ampie facoltà di manovra rimangono comunque i limiti della razionalità organizzativa.

In caso di trasferimento di ramo d'azienda si pone maggiormente il problema se sia o meno necessario il consenso dei lavoratori ceduti ai fini del perfezionamento del trasferimento. Ci si chiede quindi se tali lavoratori possano o meno decidere se passare al cessionario o se non abbiano nessun potere in tal senso. La giurisprudenza

⁶⁰ Tribunale Palermo 16 luglio 2004, in *Dir.merc.lav.*, 2004, 1101.

⁶¹ Corte di Giustizia 24 gennaio 2002, causa 51/00, *Temco*, in *Foro it.*, 2002, IV, 142.

⁶² C.CESTER, *La fattispecie. La nozione di azienda, di ramo d'azienda e di trasferimento fra norme interne e norme comunitarie*, in F.CARINCI, R.DE LUCA TAMAJO, P.TOSI, T.TREU, *Il trasferimento d'azienda*, Torino, 2004, 52.

pressoché unanime nega l'esistenza in capo al lavoratore di un tale diritto, affermando l'esistenza di una successione legale del contratto di lavoro con conseguente irrilevanza del consenso del contraente ceduto (lavoratore trasferito) ai fini del perfezionamento della cessione del rapporto di lavoro⁶³. Alla normativa sul trasferimento d'azienda non è infatti applicabile l'art. 1406 cod. civ. in quanto gli adempimenti da questo richiesti, per la loro rigidità, si pongono in contrasto con le esigenze di flessibilità dei processi di riconversione e di ristrutturazione aziendale⁶⁴.

E' comunque evidente che il lavoratore non può essere obbligato a lavorare per un datore di lavoro non di suo gradimento, ma la sua unica possibilità di opporsi a tale evenienza è quella di dare le dimissioni per giusta causa *ex art.* 2119 cod. civ. in caso di modifica sostanziale delle condizioni di lavoro nei tre mesi successivi al trasferimento⁶⁵.

La posizione dei giudici di Lussemburgo sulla tematica in questione si presenta diametralmente opposta a quella sopra vista. La Corte di Giustizia infatti riconosce l'esistenza di un diritto del lavoratore ad opporsi al trasferimento al cessionario in quanto libero di scegliere il suo datore di lavoro, pena la violazione dei suoi diritti fondamentali⁶⁶.

⁶³ Cassazione 23 luglio 2003, n. 10761, in *Lav.giur.*, 2003, 19; Cassazione 22 luglio 2002, n. 10701, in *Riv.it.dir.lav.*, 2003, II, 148; Cassazione 25 ottobre 2002, n. 15105, in *Riv.it.dir.lav.*, 2003, II, 149; Cassazione 4 dicembre 2002, n. 17207, in *Foro it.*, 2003, 103; Tribunale di Padova 25 maggio 2002, in *Lav.giur.*, 2003, 361. Sostengono invece l'esistenza di un diritto di opposizione: Cassazione 28 settembre 2004, n. 19379, in *Lav.giur.*, 2005, 229; Pretore Milano 14 maggio 1999, in *D&L*, 1999, 561.

⁶⁴ Cassazione 30 luglio 2004, n. 14670, in *Not. giur. lav.*, 2005, 129.

⁶⁵ Il quarto comma dell'art. 2112 cod. civ. introdotto dal d.lgs. n. 18/2001 prevede infatti 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'art. 2119, primo comma". V. M. DE CRISTOFORO, *Trasferimento d'azienda e successive dimissioni del lavoratore*, in *Dir.lav.*, 2003, I, 505.

⁶⁶ Corte di Giustizia 24 gennaio 2002, *Temco Service Industries SA contro Imzilyen e altri*, causa C-51/00, in *Inf. prev.*, 2002, 1, 102; Corte di Giustizia 12 novembre 1998, causa C-399/96, *Europièces SA contro wilfried Sanders e Automotive Industries Holding Company SA*, *Racc. G.C.*, 1998, I, 6965; Corte di Giustizia 16 dicembre 1992, *G. Katsikas ed altri contro A. Kostantinidis ed altri*, cause riunite nn. C-132/91 e C-138/91, in *Racc. G.C.*, 1992, I, 6577.

Sarà invece necessario il consenso dei lavoratori nel caso in cui il trasferimento riguardi una struttura aziendale priva di autonomia organizzativa tale da poter costituire un'entità economica produttiva, con la conseguenza che non saremo in presenza di una cessione di ramo d'azienda ma di cessione dei contratti di lavoro⁶⁷.

5.1. *La fattispecie derogatoria: il trasferimento d'azienda in crisi o soggetta a procedure concorsuali.*

La logica di garantismo individuale propria dell'art. 2112 cod. civ., finalizzata a tutelare la continuità del rapporto di lavoro con il nuovo imprenditore, trova, in occasione di crisi aziendale o di procedura concorsuale un'inevitabile compressione a favore dell'interesse collettivo al mantenimento dei livelli occupazionali. L'obiettivo del legislatore è infatti quello di favorire la commercializzazione dell'azienda in crisi tramite la disapplicazione delle tutele previste dall'art. 2112 cod. civ. L'alleggerimento dell'azienda di parte del personale è quindi il prezzo da pagare al fine di favorirne il trasferimento ad altro imprenditore e realizzare così la conservazione del bene impresa e dei relativi livelli occupazionali.

Affinché la deroga prevista dal quinto comma dell'art. 47, legge n. 428/1990 (definita come un "sotto-sistema"⁶⁸ o ancora un "microsistema normativo"⁶⁹) possa legittimamente operare devono coesistere un requisito soggettivo e un requisito oggettivo. E' infatti necessario (requisito soggettivo) che l'azienda oggetto di trasferimento sia stata dichiarata in stato di crisi aziendale a norma dell'art. 2, quinto comma, legge n. 675/1977, ovvero assoggettata a fallimento, concordato preventivo consistente nella cessione dei beni ai creditori⁷⁰, liquidazione coatta amministrativa o

⁶⁷ Cassazione 17 ottobre 2005, n. 20012, in *Dir. e giustizia*, 2005, fasc. 44, 28.

⁶⁸ R. COSIO, *op. cit.*, 1996, 43.

⁶⁹A. CAIAFA, *Trasferimento dell'impresa nelle procedure concorsuali: variazione sul tema*, in *Fall.*, 2003, 1008; espressione usata anche da G. GHEZZI, U. ROMAGNOLI, *Il rapporto di lavoro*, Bologna, 1995, 323, in cui la normativa in esame è definita come "un regime parallelo e anzi contrapposto a quello ordinario".

⁷⁰ La possibilità derogare all'art. 2112 cod. civ. sussiste solo nell'ipotesi restrittiva di concordato preventivo con cessione dei beni, in virtù della mancata prosecuzione dell'attività. In caso di concordato preventivo con garanzia, come per qualsiasi altra forma di concordato preventivo

ancora ad amministrazione straordinaria. A ciò deve aggiungersi (requisito oggettivo) la stipulazione di un accordo collettivo che preveda la conservazione almeno parziale dei posti di lavoro.

La realizzazione di questi due requisiti permette la totale disapplicazione delle tutele individuali come stabilito dal quinto comma art. 47 legge n. 428/1990 che sancisce: “Ai lavoratori il cui rapporto di lavoro continua con l’acquirente non trova applicazione l’art. 2112 cod. civ., salvo che dall’accordo non risultino condizioni di maggior favore”. La dizione “il rapporto di lavoro continua” è stata giudicata dalla dottrina imprecisa e atecnica⁷¹, in quanto la principale conseguenza della disapplicazione della normativa è appunto il fatto che il rapporto di lavoro in capo al cedente non prosegue con soluzione di continuità ma si interrompe e si ricostituisce ex novo presso il cessionario, con conseguente perdita della preesistente anzianità di lavoro. A questo si deve aggiungere la perdita del preesistente trattamento economico e normativo nonché dei contratti collettivi che regolavano il loro rapporto prima del trasferimento. Viene meno anche la tutela della responsabilità solidale e quindi il diritto del lavoratore a rivolgersi all’acquirente per i crediti che aveva nei confronti dell’alienante al tempo del trasferimento.

La cessazione del rapporto fa sorgere il diritto al pagamento del T.f.r. nei confronti dell’alienante⁷², a differenza di quanto avverrebbe invece in caso di applicazione della normativa sul trasferimento d’azienda ove il pagamento del

attuabile, i contratti di lavoro proseguono regolarmente, data la mancata applicazione degli artt. 72 e segg. l. fall.

⁷¹ L. MENGHINI, *L’attuazione 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, 240. Nello stesso senso: R. ROMEI, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento d’azienda*, in *Commentario al codice civile* (diretto da P. Schlesinger), Milano, 1993, che definisce l’inciso una “semplice imperfezione”.

⁷² Il trattamento di fine rapporto maturato nel periodo antecedente all’apertura della procedura concorsuale costituisce credito concorsuale coperto dal Fondo di garanzia previsto dalla legge n. 297/82 mentre la quota di T.f.r. maturata durante il periodo di CIGS a cui il curatore ha fatto ricorso è a carico dell’ INPS (V. art. 2, secondo comma, legge n. 464/1972 richiamato dall’art. 8, secondo comma, legge n. 160/1988). Rimane quindi a carico della procedura solo il T.f.r. maturato dopo l’apertura della procedura per il periodo di non ricorso alla CIGS.

trattamento di fine rapporto viene corrisposto interamente dal cessionario in quanto unico debitore del trattamento anche per il periodo antecedente il trasferimento⁷³.

I due requisiti (oggettivo e soggettivo) devono sussistere congiuntamente nel momento in cui si addivenga al trasferimento, non essendo sufficiente una mera previsione in merito alla realizzazione di uno di questi. La Suprema Corte ha infatti escluso la possibilità di derogare all'art. 2112 cod. civ. in caso di trasferimento avvenuto in funzione della futura omologazione del concordato preventivo⁷⁴ (nel caso in specie il contratto di affitto prevedeva che l'obbligo dell'affittuario ad acquistare fosse subordinato all'omologazione del concordato).

La giurisprudenza ha inoltre specificato che fra i due elementi costitutivi della fattispecie derogatoria non sussiste un particolare ordine cronologico per cui l'accordo sindacale debba necessariamente intervenire dopo la dichiarazione di crisi aziendale⁷⁵ con la conseguente possibilità che l'accordo sindacale sia precedente alla dichiarazione dello stato di crisi. La Suprema Corte ha infatti posto l'accento sul fatto che fra i due atti vi debba essere un collegamento "non cronologico ma funzionale", purché naturalmente la situazione considerata in sede di accordo non sia diversa da quella verificata poi in sede amministrativa⁷⁶.

E' inoltre discusso se, oltre ai due requisiti sopra menzionati ve ne sia un terzo, rappresentato dalla mancata continuazione dell'attività⁷⁷. Un orientamento

⁷³ Cassazione 09 agosto 2004, n. 15371, in *Not.giur.lav.*, 2005, 132; Cassazione 13 dicembre 2000, n. 15687, in *Mass.giur.lav.*, 2001, 267; Cassazione 14 dicembre 1998, n. 12548, in *Mass.giur.lav.*, 1999, 25; Cassazione 27 agosto 1991, n. 9789, in *Riv.it.dir.lav.*, 1992, II, 220.

⁷⁴ Cassazione 16 maggio 2002, n. 7120, in *Foro it*, 2002, I, 2279 e in *Riv.it.dir.lav.*, 2003, II, 169.

⁷⁵ Cassazione 16 maggio 2002, n. 7120, in *Foro it*, 2002, I, 2279 e in *Riv.it.dir.lav.*, 2003, II, 169; Cassazione 21 marzo 2001, n. 4073, in *Foro it*, 2001, I, 3235; Per l'assenza di una rigida sequenza temporale in vigenza della legge n. 218/1978 V. Cassazione S.U. 8 agosto 1991, n. 8640, in *Foro it*, 1992, I, 418; Tribunale Reggio Emilia 23 marzo 1998, in *Orient.giur.lav.*, 1998, I, 125.

⁷⁶ Cassazione 16 maggio 2002, n. 7120, in *Foro it*, 2002, I, 2279 e in *Riv.it.dir.lav.*, 2003, II, 169; Cassazione 21 marzo 2001, n. 4073, in *Foro it*, 2001, I, 3235.

⁷⁷ Il comma quinto dell'art. 47 della legge 428/1990 stabilisce che la deroga si applica "qualora il trasferimento riguardi o unità produttive delle quali il CIPI abbia accertato lo stato di crisi aziendale o imprese nei confronti delle quali vi sia stata dichiarazione di fallimento, omologazione di concordato preventivo consistente nella cessione dei beni, emanazione del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa ovvero di sottoposizione all'amministrazione straordinaria, nel caso in cui la continuazione dell'attività non sia stata disposta o sia cessata".

giurisprudenziale sostiene come la cessazione dell'attività non possa riguardare il caso di crisi aziendale⁷⁸ in quanto ciò contrasterebbe con la previsione dell'art. 1 della legge n. 223/1991 che, nel prevedere la concessione della Cassa integrazione guadagni straordinaria per crisi aziendale, impone all'impresa la predisposizione di un programma per il rientro dei lavoratori in azienda. Sarebbe assurdo quindi prevedere la cessazione dell'attività come requisito per il trasferimento nel caso di una normativa che tende al mantenimento del complesso aziendale e al suo risanamento.

Non pare condivisibile quindi la tesi che ritiene la mancata continuazione dell'attività necessaria, sia in caso di procedure concorsuali sia anche nel caso di crisi aziendale⁷⁹ per le ragioni appena dette, sostenute anche da giurisprudenza di legittimità conforme⁸⁰.

Quanto invece all'orientamento che ritiene l'inciso inerente a tutte e sole le aziende sottoposte a procedure concorsuali⁸¹, aderire ad una tale ipotesi significherebbe affermare che nel caso di trasferimento di azienda sottoposta a procedure concorsuali in cui è stato autorizzato l'esercizio provvisorio, troverebbero

⁷⁸ Cassazione 21 marzo 2001, n. 4073, in *Foro it.*, 2001, I, 3235. *Contra*: C. CESTER, *Trasferimenti d'azienda e rapporti di lavoro: la nuova disciplina*, in *Lav.giur.*, 2001, 512; R. FOGLIA, *Trasferimenti di azienda ed effetti sui rapporti di lavoro*, in *Mass.giur.lav.*, 1991, 336.

⁷⁹ G. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, 2004, 78 per il quale il trasferimento dell'azienda in crisi rappresenta una sorta di *extrema ratio* diretta ad evitare la disoccupazione; R. FOGLIA, *Trasferimenti di azienda ed effetti sui rapporti di lavoro*, in *Mass.giur.lav.*, 1991, 336; C. CESTER, *op. cit.*, 2001, 512; G. SUPPIEJ, M. DE CRISTOFORO, C. CESTER, *Diritto del lavoro: il rapporto individuale*, Padova, 1998, 248, in cui l'autore mette però in evidenza che tale interpretazione si pone in contrasto con la probabile intenzione del legislatore di ampliare in modo considerevole le ipotesi di legittima disapplicazione dell'art. 2112 cod. civ.

⁸⁰ Cass. 21 marzo 2001, n. 4073, in *Dir.lav.*, 2001, 362, per la quale il requisito della cessazione dell'attività non riguarda il caso di crisi aziendale in quanto ciò contrasterebbe con la previsione dell'art. 1 della legge n. 223/91 che nel prevedere la concessione della Cassa integrazione guadagni straordinaria per crisi aziendale impone all'impresa la predisposizione di un programma per il rientro dei lavoratori in azienda. La normativa tende al mantenimento del complesso aziendale e al suo risanamento, sarebbe quindi assurdo prevedere la cessazione dell'attività come requisito per il trasferimento.

⁸¹ A. JORIO, *Le crisi d'impresa: il fallimento*, Milano, 2000, 554; E. GHERA, *Diritto del lavoro*, Bari, 2000, 418; P. LAMBERTUCCI, *Le tutele del lavoratore nella circolazione dell'azienda*, Torino, 1999; R. COSIO, *Discipline del trasferimento di azienda*, Milano, 1996.

sempre applicazione le garanzie previste dall'art. 2112 cod. civ. in quanto la continuazione dell'attività è considerata un sintomo di ripresa dell'attività. Viceversa in caso di procedure concorsuali nel cui ambito non è stata disposta la continuazione dell'attività, la normativa riconoscerebbe la completa "impermeabilità" dell'acquirente alle vicende pregresse del rapporto di lavoro⁸². Una simile discriminazione sembra dunque ingiustificata non potendo la continuazione dell'attività in quanto solo temporanea e destinata ad una miglior liquidazione precludere l'utilizzo del trasferimento d'azienda secondo le norme previste dal quinto comma dell'art. 47 legge 428/1990. Inoltre è stato messo in evidenza come il requisito della continuità mal si adatti all'ipotesi di omologazione del concordato preventivo con cessione dei beni. Sembra dunque corretto ritenere che la disposizione si applichi solo alla procedura di amministrazione straordinaria⁸³.

Tale tesi si pone in conformità con l'orientamento della Corte di Giustizia, secondo la quale, in presenza di una finalità chiaramente liquidatoria, la direttiva può essere derogata anche in caso di continuazione dell'attività, risultando quest'ultimo un elemento del tutto irrilevante, diventando esso decisivo solo nel caso di procedure, come appunto l'amministrazione straordinaria, che possono mirare anche non alla liquidazione dei beni aziendali⁸⁴. Si tratta però di una pronuncia anteriore all'emanazione della direttiva n. 98/50/CEE, che ha introdotto la possibilità di derogare alla disciplina anche in caso trasferimento di aziende in crisi. In precedenza infatti la deroga non si applicava in caso di provvedimenti amministrativi o giudiziali volti alla salvaguardia dei patrimoni aziendale ed eventualmente alla prosecuzione dell'attività economica secondo un progetto di risanamento ma solo in ipotesi di

⁸² R. ROMEI, *op. cit.*, 1993, 230; B. LAUDI, *Le prestazioni di lavoro e le sue vicende modificative*, in P. ALLEVA, G. GHEZZI (a cura di), *Il diritto del lavoro*, Roma, 2002, 79.

⁸³ Cassazione 21 marzo 2001, n. 4073, in *Foro it.*, 2001, I, 3235. In senso conforme sembra porsi Cassazione 23 aprile 2004, n. 7731, in *Cd-Rom Foro it.*, 1987-2004, che afferma come in caso di liquidazione coatta amministrativa in cui non si abbia la prosecuzione neppure temporanea dell'attività imprenditoriale precedentemente esercitata, ciò non implichi di per sé il venir meno dell'organizzazione aziendale né precluda il trasferimento dell'azienda o di un suo ramo. In dottrina: V. NUZZO, *Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro*, Padova, 2002, 152; F. CARINCI (diretto da), *Commentario di diritto del lavoro: IL rapporto di lavoro subordinato: costituzione e scioglimento*, Torino, 1998, 1086.

⁸⁴ Corte di Giustizia 7 febbraio 1985, C-135/83.

assoggettamento a procedure concorsuali⁸⁵, creando così un profondo contrasto con la normativa interna (art. 47 della legge 428/1990) che già nel 1990 includeva nella deroga i casi di crisi aziendale⁸⁶.

6. *L'importante ruolo dell'accordo collettivo.*

Mentre il requisito soggettivo non merita particolari approfondimenti, si rileva come l'elemento chiave a cui è affidata la gestione della crisi sia l'accordo collettivo. La deroga alla disciplina non è infatti lasciata alla piena determinazione dell'imprenditore ma è regolamentata dalla contrattazione collettiva che riveste il ruolo di controllo sulla capacità del cedente e del cessionario di condurre il trasferimento⁸⁷. E' quindi rimessa di volta in volta all'autonomia collettiva la valutazione circa l'opportunità e l'entità delle deroghe⁸⁸.

La stipulazione dell'accordo dovrà rispettare la procedura prevista dal secondo comma dell'art. 47 legge n. 428/1990 con la differenza che, mentre nell'impresa in *bonis* tale procedura ha una funzione di informazione e consultazione, essendo la conclusione del accordo meramente eventuale, in caso di crisi o procedura concorsuale essa rappresenta la *condicio sine qua non* per ottenere la disapplicazione della normativa.

La norma non richiede però un generico accordo sul mantenimento parziale dell'occupazione, ma un accordo che sia intervenuto espressamente all'interno delle

⁸⁵ V. Corte di Giustizia 12 marzo 1998, C-319/94, *Dassy*, in *Foro it*, 1998, IV, 437 e Corte Giustizia 12 novembre 1998, C-399/96, *Sanders*, in *Not.giur.lav.*, 1998, 799, che hanno previsto l'esclusione dal novero delle procedure concorsuali sia della procedura di liquidazione giudiziale (sentenza *Dassy*) sia della liquidazione volontaria (sentenza *Sanders*) previste dall'ordinamento belga.

⁸⁶ Importante al riguardo la sentenza *Spano* (Corte di Giustizia 7 dicembre 1995, causa C-472/93, in *Foro it*, 1996, IV, 209), la quale ha affermato che la direttiva 77/187CEE si applica anche alle ipotesi in cui oggetto del trasferimento sia un'azienda in crisi, ribadendo che condizione indefettibile per l'esonero del datore cessionario dalle garanzie previste per il caso di trasferimento d'azienda è soltanto la soggezione a procedura concorsuale.

⁸⁷ V. Cassazione 12 maggio 1999 n. 4724, in *Mass.giur.lav.*, 1999, 1037; Pretore Udine 16 maggio 1995, in *Lav.giur.*, 1995, 1031.

⁸⁸ La disciplina italiana su questo punto si dimostra più garantista di quella europea in quanto la direttiva n. 01/23/CE ha previsto l'esclusione delle garanzie di mantenimento dei diritti dei lavoratori a prescindere da un intervento delle parti sociali, che hanno quindi solo un ruolo eventuale.

trattative con le organizzazioni sindacali effettuate ai sensi del primo e secondo comma del medesimo art. 47, e secondo la procedura dettagliatamente disciplinata da questi ultimi⁸⁹.

Secondo la norma citata qualora il trasferimento riguardi un'entità economica organizzata o una sua articolazione funzionalmente autonoma, in cui sono occupati più di quindici dipendenti, cedente e cessionario ne debbono dare preventiva comunicazione scritta alle R.S.U. ovvero alla R.S.A. istituite presso le rispettive unità produttive interessate al trasferimento, nonché ai sindacati di categoria che hanno stipulato il contratto collettivo in esse applicato, o in mancanza di queste rappresentanze, ai sindacati di categoria comparativamente più rappresentativi, almeno venticinque giorni prima che sia perfezionato l'atto da cui deriva il trasferimento o che sia raggiunta un'intesa vincolante⁹⁰. Con la comunicazione devono essere trasmesse informazioni relative al trasferimento ed alle conseguenze giuridiche e sociali che ne deriveranno per i lavoratori, nonché gli eventuali provvedimenti previsti per questi ultimi. L'informazione deve essere tempestiva, completa e veritiera e la consultazione va condotta lealmente. Una volta ricevuta l'informazione le rappresentanze sindacali ovvero i sindacati di categoria possono fare richiesta di esame congiunto al cedente e al cessionario entro sette giorni dal ricevimento della comunicazione.

La violazione degli obblighi di informazione e consultazione da parte del cedente o del cessionario costituisce condotta antisindacale ai sensi dell'art. 28 stat. lav., anche se il ricorso al giudice per la rimozione degli effetti di tale condotta non può comportare l'invalidazione dello stesso trasferimento⁹¹.

⁸⁹ Cassazione 10 aprile 2006, n. 8292, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 152.

⁹⁰ Secondo l'opinione maggioritaria tale termine decorre a ritroso dalla stipula del contatto definitivo, non essendo invece sufficiente la stipula di un mero preliminare o di una semplice deliberazione societaria che abbia deliberato il trasferimento. Si nota inoltre come sia difficile che cedente e cessionario siano disposti ad attivare le procedure sindacali prima della sottoscrizione di un contratto preliminare o di altra intesa reciprocamente vincolante.

⁹¹ Cassazione 6 giugno 2003, n. 9130, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce *Lavoro (rapporto)*, 1410; Cassazione 4 gennaio 2000, n. 23, in *Foro it.*, 2001, I, 1260. *Contra*: Pretore Lecce 27 luglio 1998, in *Foro it.*, 1999, I, 3313; Pretore Pistoia –Pescia 13 aprile 1994, in *Foro it.*, 1995, I, 407.

I lavoratori invece, avendo un interesse di fatto al rispetto degli obblighi di comunicazione, non sono legittimati a far valere la carenza o la falsità delle informazioni⁹².

La circostanza che la disposizione in esame condizioni l'operatività del meccanismo derogatorio alla conclusione dell'accordo rende particolarmente rilevante il problema dell'efficacia soggettiva dello stesso e cioè se questo vincoli anche i lavoratori dissenzienti non iscritti alle organizzazioni stipulanti. La giurisprudenza di legittimità⁹³ sembra orientarsi verso un'efficacia vincolante solo verso i lavoratori iscritti alle associazioni sindacali stipulanti o verso coloro che hanno aderito all'accordo. Nell'unico caso preso in esame della Suprema Corte l'efficacia dell'accordo era subordinata all'adesione dei singoli lavoratori, tanto che non è chiaro se l'applicazione dell'art. 2112 cod. civ. al lavoratore ricorrente sia stata dichiarata solo in conseguenza della mancata sottoscrizione o se la Corte abbia voluto esprimere un principio più generale di efficacia soggettiva limitata. In mancanza di pronunce giurisprudenziali che dirimano la questione si segnala che, secondo l'orientamento dottrinale maggioritario, gli accordi conclusi in deroga all'art. 2112 cod. civ. sarebbero vincolanti per tutti i lavoratori interessati, indipendentemente dalla loro adesione al sindacato stipulante, non essendo quest'ultimo un requisito previsto dalla legge, la quale indica come destinatari del contratto i "lavoratori il cui rapporto continua con l'acquirente", senza nulla pretendere circa la loro iscrizione o adesione al sindacato⁹⁴.

⁹² Cassazione 22 agosto 2005, n. 17072, in *Banche dati Foro it.*, 1987-2005.

⁹³ Cassazione 12 maggio 1999, n. 4724, in *Mass.giur.lav.*, 1999, 1037, con la quale la Corte ha escluso la possibilità del datore di lavoro cessionario di ridurre il trattamento economico, secondo le previsioni dell'accordo collettivo, nei confronti di un lavoratore non iscritto alle organizzazioni sindacali stipulanti e che non aveva sottoscritto tale accordo. In senso conforme ma relativamente al sistema della legge n. 215/1978 V. Cassazione 19 maggio 1990, n. 4543, in *Mass.giur.lav.*, 1990, suppl., 88.

⁹⁴ F. CARINCI, (diretto da), *Commentario di diritto del lavoro: Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e scioglimento*, Torino, 1998, 1087. Per l'efficacia *erga omnes* dell'accordo collettivo vedi anche: M. RICCI, *Trasferimento di azienda in crisi e rapporti di lavoro*, in F. CARINCI (diretto da), *Dialoghi fra dottrina e giurisprudenza, Vol II*, Milano, 2004, 238; R. ROMEI, *op.cit.*, 1993, 223.

Visto il contrasto interpretativo il problema può essere risolto prevedendo la sottoscrizione da parte dei singoli lavoratori, indipendentemente dalla loro iscrizione, nelle forme previste dal quarto comma dell'art. 2113 cod. civ. e dall'art. 410 cod. proc. civ..

Si pone inoltre la questione se, ai fini della concretizzazione della fattispecie, sia necessario il consenso di tutte le organizzazioni sindacali operanti in azienda. Non sembra che la legittimità dell'accordo sia subordinata alla partecipazione allo stesso di tutte le rappresentanze sindacali, non essendovi all'interno dell'art. 47 legge n. 428/1990 una disposizione in tal senso⁹⁵.

In caso di imprese in crisi o soggette a procedure concorsuali quindi il ruolo della contrattazione collettiva diventa importantissimo dato che la stipulazione dell'accordo collettivo non è più solamente eventuale ma diventa un onere per l'applicazione della fattispecie derogatoria. Da qui la necessità che solo un accordo con determinate caratteristiche possa condurre all'effetto così dirompente qual'è l'abbattimento di tutte le tutele previste dall'art. 2112 cod. civ. Prima della legge n. 428/1990 una parte della giurisprudenza⁹⁶ ammetteva i c.d. "accordi sindacali in deroga" ovvero accordi stipulati fra cedente, cessionario e rappresentanze sindacali volti alla diminuire le tutele previste dall'art. 2112 cod. civ. In particolare la giurisprudenza della Corte di Cassazione rifiutava il carattere di inderogabilità assoluta della norma di cui al primo comma dell'art. 2112 cod. civ. (nel vecchio testo) e affermava la prevalenza dell'interesse dei lavoratori alla salvaguardia del loro posto di lavoro su quello della continuità dei singoli rapporti. In altre parole la giurisprudenza era favorevole ad ammettere l'esistenza di un principio generale in forza del quale, quando i sindacati dei lavoratori stipulavano con l'acquirente

⁹⁵ V. Tribunale Reggio Emilia 23 marzo 1998, in *Orient.giur.lav.*, 1998, I, 125, con riguardo alla disciplina normale. In dottrina V. P. LAMBERTUCCI, *op. cit.*, 1999, 77; A. PERULLI, *Il sistema dei rinvii all'autonomia collettiva nella recente disciplina giuslavoristica*, in *Gior.dir.lav.rel.ind.*, 1992, 555.

⁹⁶ In questo senso: Cassazione 21 marzo 1994, n. 2660, in *Dir.prev.lav.*, 1994, 1916; Cassazione 4 luglio 1991, n. 7397, in *Foro it.*, 1992, I, 418; Cassazione 10 agosto 1987, n. 6861, in *Foro it.*, 1989, I, 3186 ; Cassazione 22 aprile 1983, n. 2785, in *G.comm.*, 1983, I, 2981. *Contro*: Cassazione 19 maggio 1990, n. 4543, in *Mass.giur.lav.*, 1999, suppl., 88; Cassazione 13 aprile 1985, n. 2445, in *G.comm.*, 1985, I, 2208; conformi nel dichiararne l'illegittimità per contrarietà con una norma imperativa (art. 2112 cod. civ.).

dell'azienda un accordo che consentiva di salvaguardare, anche solo parzialmente l'occupazione, tale accordo poteva legittimamente prevedere l'interruzione dei rapporti di lavoro e la perdita dei diritti ad esso connessi.

L'introduzione della disciplina contenuta nell'art. 47 legge n. 428/1990 ha posto seri dubbi sulla legittimità di questi accordi collettivi, dato che la regolamentazione di questa fattispecie di trasferimenti, prima devoluta a una legislazione particolare⁹⁷, assume con la legge n. 428/1990 un carattere esclusivo.

Da ciò si desume l'inammissibilità della stipulazione di accordi che permettano di derogare alle tutele senza seguire l'*iter* previsto dalla norma citata⁹⁸, anche se la Suprema Corte ha ribadito, successivamente all'emanazione della legge n. 428/1990 ma in riferimento ad ipotesi relative non alla disciplina vigente, la derogabilità dell'art. 2112 cod. civ. tramite accordi sindacali⁹⁹.

6.1. *Il caso dell'azienda con meno di sedici dipendenti.*

Il procedimento di informazione e consultazione sindacale disciplinato dai primi due commi dell'art. 47 della legge n. 428/90 si impone solo in caso di aziende che occupino complessivamente più di quindici dipendenti. Sotto questa soglia il trasferimento avviene senza la previa procedura sindacale.

Alcuni autori sostengono che in caso di applicazione della disciplina derogatoria operino i limiti dimensionali previsti dall'art. 47 legge n. 428/90, con la conseguenza che in caso di aziende soggette a procedure concorsuali o in "crisi" con meno di quindici dipendenti non potrà operare la deroga prevista dal quinto comma ma semmai la legislazione derogatoria preesistente alla legge del 1990¹⁰⁰.

⁹⁷ V. leggi n. 39/1977, e n. 738/1978.

⁹⁸ In questo senso: Pretore Udine 16 maggio 1995, in *Lav.giur.*, 1995, 1031. In dottrina V. F. CARINCI (diretto da), *op. cit.*, 1998, 1090; L. MENGHINI., *op. cit.*, 2000, 239; D. GOTTARDI, *Legge e sindacato nelle crisi occupazionali*, Padova, 1995, 88.

⁹⁹ Cassazione 2 marzo 1999, n. 1756, in *Not.giur.lav.*, 1999, 543; Cassazione 23 ottobre 1995, n. 11004, in *Giust.civ.*, 1996, I, 1021; Cassazione 14 luglio 1995, n. 7690, in *Not.giur.lav.*, 1995, 912; Cassazione 21 marzo 1994, n. 2660, in *Arch. Civ.*, 1994, II, 1045; Cassazione 4 luglio 1991, n. 7397, in *Foro it.*, 1992, I, 418.

¹⁰⁰ A. BUONAJUTO, *op. cit.*, 1999, 70; U. CARABELLI, *op. cit.*, 1995, I, 75.

La dottrina maggioritaria si discosta da questa interpretazione adducendo il fatto che, se i primi due commi dell'art. 47 legge n. 428/90 non prevedono gli obblighi di consultazione e informazione in capo ad aziende al di sotto di sedici dipendenti, nemmeno lo vietano, prevedendo che la consultazione venga fatta, in mancanza delle R.S.A., ai sindacati dei categoria. Quindi se si vuole procedere al trasferimento dell'azienda con contestuale disapplicazione delle tutele previste dall'art. 2112 cod. civ., occorrerà un accordo collettivo anche in caso di azienda con meno di sedici dipendenti¹⁰¹.

6.2. Sull'applicabilità dell'art. 2112 cod. civ. ai trasferimenti coattivi.

Nel caso in cui non si realizzino gli elementi costitutivi della fattispecie prevista dal quinto comma dall'art. 47, e si sia quindi di fronte ad un ipotesi di trasferimento coattivo, non è chiaro se si possa ritenere applicabile l'art. 2112 cod. civ. allo stesso modo che in caso di trasferimento volontario.

Prendendo quindi in esame l'orientamento giurisprudenziale in materia di trasferimenti coattivi, ossia di trasferimento disposto dalla pubblica autorità, si vede come, anteriormente alla novellazione operata del d.lgs. n. 18/2001 non vi erano dubbi sulla loro esclusione dalla normativa¹⁰², ma il riferimento contenuto nell'attuale art. 2112 cod. civ. "a prescindere dalla tipologia negoziale o dal provvedimento sulla base dei quali il trasferimento è attuato" ha portato ad un capovolgimento del precedente orientamento in virtù della considerazione che la fattispecie trasferimento prescinde dall'esistenza di un rapporto contrattuale, assumendo esclusivo rilievo non il mezzo giuridico in concreto utilizzato ma solo il fatto che il nuovo imprenditore diventi titolare del complesso organizzato e funzionale di beni¹⁰³.

¹⁰¹ L. MENGHINI, *op. cit.*, 2000, 235; V. NUZZO, *op. cit.*, 2002, 165.

¹⁰² Cassazione 25 gennaio 1999, n. 672, in *Riv.it.dir.lav.*, 1999, II, 785; Cassazione 4 febbraio 1998, n. 1152, in *Riv.it.dir.lav.*, 1998, II, 780; Cassazione 25 maggio 1995, n. 5754, in *Riv.it.dir.lav.*, 1996, II, 186; Cassazione 5 marzo 1993, n. 2075, in *Riv.it.dir.lav.*, 1994, II, 499.

¹⁰³ Cassazione 20 settembre 2003, n. 13949, in *Mass.giur.lav.*, 2003, 914; Cassazione 19 aprile 2003, n. 6388, in *Riv.giur.lav.*, 2003, 507; Cassazione 23 giugno 2001, n. 8617, in *Not.giur.lav.*, 2002,

Nel caso particolare di trasferimento coattivo all'interno di procedure concorsuali i giudici di legittimità hanno ritenuto applicabile integralmente il disposto dell'art. 2112 cod. civ., affermando la responsabilità solidale del cessionario di un'azienda fallita per le obbligazioni pregresse concorsuali anteriori all'apertura della procedura medesima con il fallimento cedente e proseguiti i rapporti di lavoro senza soluzione di continuità¹⁰⁴. Alla continuità dei rapporti non è infatti di ostacolo che la gestione dell'attività ceduta venga attuata nell'ambito di una procedura di liquidazione, tanto più che l'irrilevanza di un legame contrattuale fra cedente e cessionario insieme alla dicitura contenuta nell'art. 2112 cod. civ. "indipendentemente dal mezzo giuridico utilizzato" porta la Corte a sostenere che sussiste trasferimento secondo la disciplina codicistica anche qualora venga attuato all'interno di una procedura concorsuale.

La previsione di una tale responsabilità solidale non è però in grado di realizzare la conservazione dell'impresa e dei livelli occupazionali data la difficoltà di individuare un cedente che sia interessato ad una siffatta operazione¹⁰⁵.

La giurisprudenza di merito infatti nega che la disciplina dettata dall'art. 2112 cod. civ. ed in particolare la regola della solidarietà fra cedente e cessionario possano trovare applicazione al trasferimento di aziende soggette a procedure concorsuali, data la diversità di tale contesto normativo rispetto a quello previsto nella normativa del codice civile¹⁰⁶. In particolare si sottolinea come, prevedere una responsabilità solidale fra cedente e cessionario di un'impresa soggetta a procedure concorsuali, comporterebbe, per i lavoratori, la possibilità di rivolgersi, per le spettanze non pagate dal fallito, anche all'affittuario. L'azione di regresso del subentrante sarebbe rivolta quindi alla massa fallimentare, essendo il negozio di trasferimento intervenuto con quest'ultima.

L'affittuario verrebbe quindi pagato in prededuzione, trattandosi di un debito contratto dalla massa, con la conseguenza che i crediti vantati dai lavoratori

116. *Contra* Cassazione 24 febbraio 2003, n. 2796 in *Not.giur.lav.*, 2003, 507.

¹⁰⁴ Cassazione 23 giugno 2001, n. 8621, in Cd-Rom *Foro it.*, 1987-2006.

¹⁰⁵ A. CAIAFA, *Procedure concorsuali e regole per la gestione della crisi d'impresa fra risanamento e conservazione*, in *Dir.lav.*, 2002, I, 357.

¹⁰⁶ Tribunale Torino 17 febbraio 1989, in *Giur.piem.*, 1989, 724 secondo il quale la particolare disciplina della legge fallimentare rende inapplicabile l'art. 2112 cod. civ. Nello stesso senso: Corte di Appello Catania 6 aprile 1987, in *Dir. fall.*, 1988, II, 51.

riceverebbero il medesimo trattamento dei crediti prededucibili, con grave violazione della *par condicio creditorum*.

7. *Contemperamento delle esigenze di creditori e lavoratori nell'affitto d'azienda.*

Il ricorso all'affitto o alla vendita dell'azienda assoggettata a procedure concorsuali risponde all'esigenza di mantenimento del valore unitario del complesso produttivo al fine di garantire, nella prospettiva di ricollocazione dell'azienda sul mercato, un realizzo presumibilmente maggiore di quello ottenibile dalla vendita separata delle singole componenti, in quanto è possibile il mantenimento del *know-how* aziendale che in caso di liquidazione andrebbe distrutto.

L'ipotesi di affitto d'azienda nel fallimento non era prevista nella legge fallimentare del 1942 ma è sorta dalla prassi. Oggi l'art. 104 *bis* legge fall. così come modificato dal d.lgs. n. 5/2006, prevede espressamente la possibilità che il giudice delegato autorizzi l'affitto dell'azienda del fallito a terzi anche limitatamente a specifici rami¹⁰⁷, previo parere favorevole del comitato dei creditori, quando ciò appaia utile al fine della più proficua vendita dell'azienda o di parti della stessa¹⁰⁸. I

¹⁰⁷ Gli orientamenti dottrinali precedenti alla riforma 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).

¹⁰⁸ L'articolo continua sostenendo che la scelta dell'affittuario è effettuata dal curatore a norma dell'articolo 107, sulla base di stima, assicurando, con adeguate forme di pubblicità, la massima informazione e partecipazione degli interessati e che la scelta dell'affittuario deve tener conto, oltre che dall'ammontare del canone offerto, delle garanzie prestate e della attendibilità del piano di prosecuzione delle attività imprenditoriali, avuto riguardo alla conservazione dei livelli occupazionali.

Il contratto di affitto stipulato dal curatore nelle forme previste dall'articolo 2556, Codice civile, deve prevedere il diritto del curatore di procedere alla ispezione della azienda, la prestazione di idonee garanzie per tutte le obbligazioni dell'affittuario derivanti dal contratto e dalla legge, il diritto di

Nuovi articoli 104, 104 bis e 105 legge fall. affrontano per la prima volta il tema della circolazione dell'azienda nell'ambito della procedura concorsuale in funzione riallocativa sul mercato, tema lasciato, prima della riforma ad una intensa elaborazione dottrinale e alla prassi giurisprudenziale.

A differenza di quanto accade per l'esecuzione individuale nella procedura concorsuale il fatto che oggetto della stessa sia l'universalità dei beni dell'imprenditore-impresa insolvente, insieme alla concentrazione delle azioni derivanti dalla procedura in capo ad uno stesso organo giudiziale, ci fa capire come alla base di tutto vi sia una considerazione unitaria del complesso aziendale ben potendo quindi la procedura produrre una sua gestione e liquidazione in blocco.

Le nuove norme 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 alla legge art. 104 bis afferma come il sistema concorsuale sia caratterizzato da un fine non esclusivamente liquidatorio ma debba indirizzarsi verso un recupero delle componenti attive dell'impresa, tanto che l'articolo in commento subordina l'autorizzazione dell'affitto al fatto che esso "appaia utile al fine della più proficua vendita dell'azienda o di parti di essa". L'affitto viene quindi a rivestire un'importante funzione anticipatoria e propedeutica rispetto la vendita.

Il ragionamento che percorre il presente lavoro e che anche qui viene in evidenza è ancora una volta quali siano i criteri da seguire per l'autorizzazione all'affitto, o meglio all'interno di questi quale sia il peso specifico dell'interesse dei creditori e quello dei lavoratori. In altre parole se si possa identificare nella normativa una predominanza dell'uno sull'altro interesse.

La materia dell'affitto a differenza di quella dell'esercizio provvisorio contiene un espresso riferimento alla tutela occupazionale. Nella scelta dell'affittuario il curatore non deve solo guardare all'ammontare del canone offerto, delle garanzie prestate e all'attendibilità del piano di prosecuzione delle attività imprenditoriali, ma deve aver riguardo anche alla disponibilità del possibile affittuario per la conservazione dei livelli occupazionali. Tale elemento di valutazione ricorda quello contenuto recesso del curatore dal contratto che può essere esercitato, sentito il comitato dei creditori, con la corresponsione all'affittuario di un giusto indennizzo ai sensi dell'articolo 111, n. 1.

La durata dell'affitto deve essere compatibile con le esigenze della liquidazione dei beni.

all'interno dell'art. 63 d.lgs. 270/99 per la vendita delle aziende in amministrazione straordinaria, ove la comparazione fra le offerte deve essere effettuata non solo alla luce degli interessi dei creditori al massimo realizzo ma anche in relazione alla prosecuzione dell'attività economica e alla conseguente conservazione dei livelli occupazionali. Si anticipa subito come una simile previsione non si ritrova all'interno della normativa fallimentare della vendita ex art. 105.

Se ne deduce quindi che in caso di affitto in presenza di fallimento a differenza di quanto accade per la vendita, ma in maniera analoga a quanto avviene nella vendita nell'amministrazione straordinaria, potrà essere accettato un canone inferiore purché tale minor apporto di denaro sia compensato da un adeguato livello di garanzie sul mantenimento dei livelli occupazionali.

Ci troviamo di fronte ad un posizionamento egualitario fra i due interessi, tanto da poter l'uno essere parzialmente sacrificato per il secondo. Da sottolineare come però dalla lettura della norma i criteri da utilizzare non siano posti su una scala gerarchica ma concorrano in maniera paritetica alla formazione del giudizio del giudice delegato che dovrà quindi valutarli nel loro insieme. Se quindi come sopra affermato vi potrebbe essere un sacrificio della soddisfazione dei creditori con la contrattazione di un canone inferiore in virtù del mantenimento dell'occupazione, altrettanto si potrebbe affermare per il contrario ovvero la corresponsione di un maggior canone nel caso manchi una garanzia di stabilità occupazionale.

Per l'affermazione contraria non sembra basti sostenere che l'affitto non ha come fine un soddisfacimento dei creditori mediante il canone ma quello indiretto di una più proficua alienazione dell'azienda o di sue parti¹⁰⁹, in quanto se può essere condivisibile che l'affitto ha come scopo quello di favorire l'alienazione del complesso non sembra che ciò possa portare a dimenticare come la procedura mantenga come punto di riferimento la soddisfazione dei creditori, tanto che l'affitto deve essere funzionale ad un'operazione quale quella della vendita la cui realizzazione è subordinata al fatto che il valore realizzabile dal complesso sia maggiore della liquidazione dei singoli beni. Il legislatore si preoccupa di evitare che l'affittuario possa portare alla dispersione dei beni mediante il cattivo utilizzo degli impianti o storno mascherato della clientela e portare così alla perdita

¹⁰⁹ F. FIMMANO', in J. JORIO, *op.cit.*, 1629.

dell'avviamento stabilendo non solo che il contratto di affitto debba prevedere la prestazione di idonee garanzie per le obbligazioni derivanti dal contratto, ma anche un ampio potere di ingerenza della procedura tramite il diritto di recesso che il curatore è legittimato ad esercitare sentito il comitato dei creditori. Viene in questo modo sancita la necessità che l'affitto sia compatibile con le esigenze di liquidazione dei beni della procedura.

7.1 *Affitto d'azienda ed esercizio del diritto di prelazione.*

La legge n. 223 del 1991 al quarto comma dell'art. 3 prevede che l'imprenditore affittuario di aziende appartenenti ad imprese soggette a fallimento, concordato preventivo, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione straordinaria, possa esercitare il diritto di prelazione sull'acquisto delle medesime. Vi è infatti l'obbligo di comunicare all'affittuario¹¹⁰ il prezzo di vendita trascorso il termine di cui all'art. 584 cod. proc. civ., 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 alla necessità di compensare l'imprenditore degli investimenti da lui apportati 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 precedenti¹¹¹. Inoltre la legittimazione all'esercizio della prelazione *de qua* non può sopravvivere 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 detenzione dell'affittuario¹¹².

Il diritto di prelazione non è subordinato alla condizione del mantenimento in servizio del personale dipendente dell'impresa fallita e del mancato intervento per

¹¹⁰ 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.

¹¹¹ Tribunale Siena 7 ottobre 1991, in *Dir. fall.*, 1991, II, 993.

¹¹² Cassazione 10 febbraio 1999, n. 1124, in *Fallimento*, 2000, 293.

tale ragione della CIGS¹¹³. La giurisprudenza di legittimità e di merito¹¹⁴ ha interpretato il diritto di prelazione come un istituto premiale, un particolare incentivo di carattere sociale che si giustifica nel fatto che il soggetto sgrava la società insolvente e la collettività degli oneri sociali dei dipendenti garantendo 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 tutelato¹¹⁵.

7.2. Retrocessione dell'azienda alla procedura concorsuale.

Sia dalla disciplina relativa al diritto di prelazione sia dalla previsione contenuta nell'art. 104 *bis* legge fall. l'affitto d'azienda viene visto come strumentale alla vendita. Appare interessante quindi vedere il caso in cui, al termine del contratto di affitto, non si provveda alla vendita del complesso aziendale, ma l'azienda torni alla procedura.

Non vi sono dubbi che, in una situazione normale vi sarebbe il subentro del cedente nei rapporti pendenti allo spirare del termine del periodo di affitto (*ex* l'art. 2558 cod. civ.) in quanto la giurisprudenza si presenta 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 trasferito¹¹⁶. La

¹¹³ Tribunale Frosinone 18 ottobre 1999, in *Giust.civ.*, 2000, I, 889.

¹¹⁴ 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.

¹¹⁵ Cassazione 5 maggio 2000, n. 5643, in *Dir.fall.*, 2000, II, 690.

¹¹⁶ 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;

fattispecie trasferimento di azienda si realizza quindi anche nel caso di restituzione all'originario cedente dell'azienda da parte del cessionario per cessazione del rapporto di affitto¹¹⁷.

Nel caso invece di azienda soggetta procedure concorsuali, la specialità della normativa prevista dal quinto comma dell'art. 47 legge n. 428/1990, rende dubbio il fatto che si possa configurare un trasferimento *ex art. 2112 cod. civ.*, in quanto inevitabile corollario sarebbe la responsabilità solidale della procedura con l'affittuario per le obbligazioni da quest'ultimo assunte e non soddisfatte.

La giurisprudenza di merito¹¹⁸ 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 cod. civ.* Ne deriva che se l'affittuario non esercita il diritto di prelazione il curatore subentrerà nei rapporti di lavoro in atto. La dottrina invece, dal lato suo, seppur affermando la continuazione dei rapporti in capo alla procedura non ritiene si configuri un trasferimento d'azienda¹¹⁹.

Con la recente riforma delle procedure concorsuali (d.lgs. n. 5/2006) il legislatore è intervenuto sul punto prevedendo al comma sei dell'art. 104 bis legge fall che "la retrocessione al fallimento di aziende o rami d'aziende, non comporta la responsabilità della procedura per i debiti maturati fino la retrocessione in deroga a quanto previsto dagli articoli 2112 e 2560 del codice civile"¹²⁰, senza però prevedere

Cassazione 6 maggio 1983, n. 3097, in *Giust.civ.*, 1983, I, 2962.

¹¹⁷ Cassazione 27 aprile 2004, n. 8054, in *Impresa* 2004, 1286; Cassazione 4 settembre 2003, n. 12909, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1407; Cassazione 21 maggio 2002, n. 7458, in *Foro it.*, 2002, I, 2278; Pretore Napoli 12 dicembre 1990, in *Riv.giur.lav.*, II, 245.

¹¹⁸ Pretore Firenze 10 novembre 1995, in *Rep. Foro it.*, 1998, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1427.

¹¹⁹ G. RAGUSA MAGGIORE, *I grandi temi, le procedure concorsuali: il fallimento*, Torino, 1997, 368. Nello stesso senso anche: A. CAIAFA, *I rapporti di lavoro nelle procedure concorsuali*, Padova, 1994, 36, per il quale non si configura un trasferimento *ex art. 2112 cod. civ.* in quanto la gestione dell'impresa fallita da parte dell'ufficio fallimentare è realizzata al solo fine di conservare i valori patrimoniali non realizzandosi un esercizio coincidente con quello imprenditoriale. *Contra*: L. ANGELINI, L. RENNA, R. ROMEI, *La disciplina dei crediti del lavoratore subordinato* 1994, Torino, 231.

¹²⁰ Nuovo art. 104 bis legge fall., come modificato dal d.lgs. n. 5/2006. Per gli orientamenti ante riforma vedi: L. PANZANI, *Affitto di azienda e procedure diverse dall'amministrazione straordinaria*, in *Fall.*, 1998, 449; A. CAIAFA, *I rapporti di lavoro e le procedure concorsuali*, Padova, 1994, 32; G. FERRARI, *Affitto e divieto di concorrenza a carico dell'ex affittuario*, in

che tale deroga comprometta la continuità dei rapporti di lavoro pendenti al momento della retrocessione in quanto a questi si afferma l'applicazione delle norme dell'art. 72 e segg. legge fall.¹²¹.

E' stato correttamente messo in evidenza come il subentro dei lavoratori nella procedura concorsuale possa danneggiare la massa. Tuttavia il curatore può impedire la maturazione di oneri passivi a carico della procedura chiedendo l'intervento della cassa integrazione o collocando in mobilità i lavoratori trovandosi così nella stessa situazione successiva alla dichiarazione di fallimento¹²².

8. *La vendita dell'azienda: profili di specialità.*

La vendita unitaria dell'azienda nel fallimento anche prima della riforma nonostante l'assenza di espliciti riferimenti positivi veniva ritenuta ammissibile. In presenza quindi di un riconoscimento alla funzione riallocativa della vendita si tratta ora di capire se e in quale misura una simile ammissione possa permetterci una lettura degli interessi in gioco a favore di una tutela dell'occupazione.

A tal proposito spicca subito il primo comma dell'art. 105 legge fall. che sottolinea come la vendita unitaria del complesso non rappresenti a priori la soluzione ottimale, in quanto opzione da confrontare con la liquidazione atomistica dei beni. Ciò rappresenta un forte alleggerimento della fin qui esposta portata innovatrice della riforma improntata maggiormente alla continuazione dei valori aziendali. A conferma di quanto appena detto l'ultimo comma dell'articolo stesso

Riv.dir.ind., 1966, II, 361; A. DE MARTINI, *L'usufrutto d'azienda*, Milano, 1950, 440. In giurisprudenza: Cassazione 20 dicembre 1991, n. 13762, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, I, 1; Cassazione 29 gennaio 1979, n. 632, in *Riv.dir.comm.*, 1982, II, 145.

¹²¹ Nuovo art. 104 bis legge fall., come modificato dal d.lgs. n. 5/2006. Per gli orientamenti ante riforma vedi: A. MINERVINI, *Imprese cooperative e trasferimento d'azienda*, Milano, 1994, 18; L. PANZANI, *op. cit.*, 925; R. ROMEI, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento d'azienda*, in *comm. Shlesinger*, Milano, 1993, 45, per i quali la prosecuzione del rapporto di lavoro anche a seguito della retrocessione viene sancita da norma imperativa e quindi non possibile oggetto di pattuizione contraria in quanto la deroga è ammessa espressamente solo per i debiti derivanti dal rapporto. Contra Cassazione 26 febbraio 1994, n. 1975, in *Mass.giur.lav.*, 1994, 255.

¹²² M. MASTROGIACOMO, *L'affitto d'azienda nel fallimento*, in *Fall*, 1996, 946.

prevede la possibilità che il conferimento abbia come oggetto non solo una o più società o suoi rami, ma anche più semplicemente “beni e crediti con i relativi rapporti contrattuali in corso”. Ne deriva che la vendita potrebbe non riguardare l’intera azienda quale attività organizzata per un specifico scopo ma solo parte di essa. Parte che però, non verrebbe identificata come ramo ma come un insieme di beni o crediti con i relativi rapporti di lavoro, privo quindi di quel carattere organizzativo che permette l’identificazione di un trasferimento d’azienda.

Un secondo profilo di criticità riguarda il peso da attribuire alla salvaguardia dei livelli occupazionali quale elemento da tenere in considerazione per la scelta dell’acquirente. In passato una certa giurisprudenza ha sostenuto che ai fini di una valutazione comparativa delle offerte di vendita l’impegno ad assumere un certo numero di lavoratori costituisce elemento di preferenza quanto meno a parità di condizioni¹²³.

Sembra però difficile poter assurgere il requisito della conservazione dei posti di lavoro a condizione prevalente dato che a differenza di quanto avviene all’interno della procedura di amministrazione straordinaria, la disciplina del fallimento e delle altre procedure pongono la soddisfazione dei creditori come finalità prioritaria. L’unica norma che prede in considerazione questo profilo è l’art. 104 bis in tema di affitto ma solo come elemento comparativo al fine della scelta dell’affittuario (vedi paragrafo 7)

Diversamente l’art. 63 del d.lgs. n. 270/1999, pone la salvaguardia dei livelli occupazionali come elemento prioritario. Il criterio che guida della convenienza economica sembra quindi subire un temperamento in caso di aziende socialmente rilevanti. L’articolo in commento prevede infatti che il trasferimento si realizzi attraverso l’assunzione da parte dell’acquirente dell’obbligo di mantenimento dei livelli occupazionali stabiliti nell’atto di vendita per almeno un biennio, ferma la possibilità delle parti, nell’ambito dell’accordo ex art. 47 di limitare la vicenda circolatoria ad alcuni lavoratori previa individuazione di quelli eccedentari.

Il legislatore infatti da la possibilità alle parti di tener conto, nella determinazione del prezzo di vendita, non solo del valore intrinseco dei beni e della redditività ma

¹²³ Trib. Savona 19 ottobre 1978, in *Giur.comm.*, 1979, II, 250.

anche dell'eventuale accollo di specifiche passività da parte dell'acquirente come ad esempio i debiti relativi al T.f.r. dei dipendenti¹²⁴.

8.1. *Passaggio solo parziale dei lavoratori e conformità al diritto europeo.*

Atra importante questione riguarda la conformità ai dettati comunitari dell'art. 63 d.lgs. n. 270/1999 come modificato dal d.l. 14 febbraio 2003, n. 23, conv. in legge n. 81/2003, che prevede la possibilità di pervenire ad un accordo nell'ambito delle consultazioni ex art. 47 legge n. 428/1990 che decida sul trasferimento solo parziale dei lavoratori.

Si tratta di una dicitura che richiama quanto già stabilito all'interno dell'art. 105 legge fallimentare. Il fatto che il legislatore si sia preoccupato di inserire anche all'interno dell'amministrazione straordinaria la possibilità che l'accordo collettivo intervenga in deroga alla normativa dell'art. 2112 cod.civ. non solo in riferimento alle possibile modifiche del rapporto di lavoro ma sulla sua stessa continuità potrebbe far pensare che la deroga alla normativa sul trasferimento d'azienda vada al di là della classificazione della amministrazione straordinaria come procedura diretta o meno alla liquidazione. A conferma di ciò la relazione governativa al d.lgs. n. 270/1999 afferma che il riferimento contenuto alle "modifiche delle condizioni di lavoro" comprende anche "l'ipotesi di una continuazione numericamente ridotta dei rapporti di lavoro in essere con l'imprenditore cedente".¹²⁵

Se quindi dal punto di vista del diritto interno è chiara la volontà del legislatore di favorire l'acquirente dell'impresa in procedura concorsuale consentendogli un

¹²⁴ In materia di rapporti di lavoro nell'amministrazione straordinaria vedi: C. FIORE, La nuova procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in commerciali insolventi: effetti sul rapporto di lavoro e problematiche connesse, in *Dir.fall.*, 2001, I, 223.

¹²⁵ In primis si palesa la derogabilità in peius delle mansioni. L'art. 4 comma 11 della legge 223 prevede che gli accordi sindacali possano stabilire anche in deroga all'art. 2103 cod.civ., la assegnazione a mansioni inferiori. La stessa cassazione ha inoltre più volte sottolineato la legittimità della derogabilità in peius quando si tratti di modificazioni consensualmente pattuite in alternativa al licenziamento. V. Cassazione 14 settembre 1995, n. 9715, in *Mass.giur.lav.*, 1996, 88.

accollo parziale delle maestranza¹²⁶, bisogna ora chiedersi se tale orientamento sia compatibile con la normativa comunitaria.

La correttezza di una deroga di tale ampiezza viene ritenuta possibile e conforme al dettato comunitario grazie all'intervento della direttiva 98/50/CE che nel sostituire la direttiva 77/187/CEE prevede un nuovo e più articolato ventaglio di deroghe al principio della continuità del rapporto di lavoro¹²⁷. La nuova direttiva prevede infatti che quando il cedente è sottoposto a procedure di insolvenza anche con finalità non liquidatorie gli stati membri possono riconoscere alle parti interessate la possibilità di concordare nella misura in cui la legislazione o le prassi lo consentano, modifiche alle condizioni di lavoro (art. 4 bis).

Si tratta quindi di dare una giusta interpretazione alle “modifiche” relative al rapporto di lavoro e quindi se in questa affermazione si possa far rientrare solo dei mutamenti al rapporto o se possa estendersi alla sua stessa esistenza¹²⁸.

Un dato è certo, la direttiva del 77/187/CE non conteneva nessuna deroga alla disciplina del trasferimento d'azienda. La giurisprudenza comunitaria dal lato suo, prevedeva delle eccezioni alla regola sulla base della distinzione fra procedimenti volti alla salvaguardia del patrimonio aziendale tramite un progetto di risanamento che restituisse all'impresa l'equilibrio economico e finanziario e procedimento che in volti alla liquidazione dei beni e alla soddisfazione dei creditori potevano essere oggetto di esenzione. La Corte di Giustizia guardava quindi allo scopo del

¹²⁶ Volontà che trova conferma anche nell'orientamento giurisprudenziale che stabilisce che l'inapplicabilità dell'art. 2112 cod.civ. è automatica e non ha bisogno di essere esplicitata dell'accordo sindacale che si deve limitare ad ottenere delle condizioni di miglior favore allo scopo di mitigare la totale disapplicazione della normativa. V. Cassazione 18 febbraio 1997, n. 1462, in *Riv.it.dir.lav.*, 1998, II, 150 con nota di A. TOPO.

¹²⁷ L.PANZANI (diretto da), *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, a cura di P. CENDON, Torino, 2002, 328.

¹²⁸ Parla di un travalicamento di quelle che sono le volontà europee e sostiene quindi una non conformità della disciplina nazionale Godessi, 2000 1092. In senso conforme Cassazione 12 maggio 1999, n. 4724, in *Mass.giur.lav.*, 1999, 1037 che sostiene come il quinto comma dell'art. 47 consenta modificazioni peggiorative del trattamento dei lavoratori allo scopo di salvaguardare l'occupazione purché, ferma restando la continuità dei rapporti di lavoro, il potere modificativo del cessionario sia utilizzato nei modi e nei limiti di cui ai principi dell'ordinamento interno e quindi non in maniera unilaterale ma solo sulla base di un nuovo contratto collettivo.

procedimento quale criterio dirimente, affermando l'inclusione nell'ambito della direttiva e quindi dell'applicazione delle tutele l'ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria¹²⁹.

Una successiva evoluzione della giurisprudenza comunitaria affina il metro prendendo in considerazione non solo lo scopo della procedura concorsuale ma anche le modalità con la quale tale procedura si evolve. In particolare le modalità di attuazione assumono rilievo solo in via sussidiaria ove cioè il requisito dello scopo sia incerto. E' questo il caso dell'amministrazione straordinaria ove all'apertura della procedura possono seguire due strade diverse, una di liquidazione, l'altra di risanamento. La continuazione dell'attività si presenta quindi del tutto irrilevante quando si parla di fallimento, in quanto il criterio delle modalità quindi inizia a pesare solo ove non sia possibile qualificare la fattispecie normativa nazionale in funzione del criterio teleologico¹³⁰.

L'art. 4 bis della direttiva 98/50/CE amplia l'ambito delle deroghe alle procedure non strettamente indirizzate alla liquidazione dei beni. Non è però del tutto pacifico quale sia l'estensione di tali deroghe.

Se dunque nessun problema di incompatibilità si pone per i casi di fallimento e di liquidazione coatta come di concordato con la cessione dei beni in quanto la norma comunitaria prevede che per le procedure aperte in vista della liquidazione la deroga ai diritti sia totale, salvo che lo stato membro non disponga diversamente, negli altri casi ossi nelle procedure di insolvenza non finalizzate alla liquidazione o di cui non sia definito fin dall'inizio l'intento liquidatorio non è chiaro se il legislatore comunitario abbia voluto prevedere una deroga al principio di continuità del rapporto di lavoro o consentire solo modifiche in *peius* delle condizioni

In questi casi, ovvero nei casi di procedura non prettamente liquidative, la direttiva ammette delle deroghe da parte del legislatore nazionale quando vi siano forme di garanzie alternative che possono essere rappresentate o dalla protezione dei crediti di lavoro maturati anteriormente al trasferimento o dalla stipulazione di un accordo collettivo che può prevedere modifiche alle condizioni di lavoro.

¹²⁹ Corte Giustizia 25 luglio 1991, causa C-362/89, *D'Urso*.

¹³⁰A. PIZZOFERRATO, *Il trasferimento d'azienda nelle imprese in crisi*, in *Quaderni.dir.lav.rel.ind.*, 2004, 153.

Ad una prima lettura la deroga in esame potrebbe sembrare parziale ossia non riguardare l'intero nucleo della disciplina ma solo parte di essa e comunque subordinata all'esistenza nella normativa di un fondo di garanzia o di una realtà contrattuale. Ma enfatizzando non tanto il tenore letterale quanto lo scopo che si propongono le parti con la conclusione dell'accorso ossia, come espressamente detto dalla norma comunitaria, la salvaguardia dell'impresa, e la tutela delle opportunità occupazionali si può affermare che i principi sottesi giustifichino un'interpretazione che include all'interno delle espressione modifiche delle condizioni di lavoro anche le modifiche concernenti l'individuazione della controparte del rapporto¹³¹.

9. Recenti evoluzioni: il caso Alitalia.

Da ultimo il d.l. 28 agosto 2008, n. 134 convertito con modificazioni in legge 27 ottobre 2008, n. 166 è intervenuto prevedendo all'art. 1 che “Nell'ambito delle consultazioni di cui all'articolo 63, comma 4, del decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270, ovvero esaurite le stesse infruttuosamente, il Commissario e il cessionario possono concordare il trasferimento solo parziale di complessi aziendali o attività produttive in precedenza unitarie e definire i contenuti di uno o più rami d'azienda, anche non preesistenti, con individuazione di quei lavoratori che passano alle dipendenze del cessionario. I passaggi anche solo parziali di lavoratori alle dipendenze del cessionario possono essere effettuati anche previa collocazione in Cassa integrazioni guadagni straordinaria o cessazione del rapporto di lavoro in essere e assunzione da parte del cessionario”. In particolare la norma nel punto in cui da la possibilità al commissario e al cedente di “definire i contenuti di uno o più rami d'azienda, anche non preesistenti” pone dei dubbi di conformità con la normativa

¹³¹L. MENGHINI, *op. cit.*, 2000. Per una ricompressione all'interno delle espressione modifiche delle condizioni di lavoro anche le modifiche concernenti l'individuazione della controparte del rapporto V. A.PIZZOFERRATO, *Il trasferimento d'azienda nelle imprese in crisi*, in F.CARINCI, R.DE LUCA TAMAJO, P.TOSI, T.TREU, *op.cit.*, 2004, 161.

comunitaria. La direttiva 98/50/CEE, modificativa della direttiva 77/187/CEE, e la successiva 2001/23/CE sanciscono infatti che l'entità economica trasferita debba conservare al momento del trasferimento la propria identità, intesa come insieme di mezzi organizzati al fine di svolgere una attività economica, sia essa essenziale o occasionale.

La possibilità di “definire i contenuti del ramo d’azienda” si potrebbe rilevare molto pericolosa in quanto potrebbe portare all’utilizzo del trasferimento quale forma di espulsione di frazioni di aziende non coordinate fra loro, di articolazioni non autonome, unificate soltanto dalla volontà dell'imprenditore e non dall'inerenza del rapporto ad un ramo di azienda già costituito.

Si deve sottolineare inoltre come la Corte di Giustizia sia intervenuta in materia di trasferimento di ramo d’azienda sostenendo che, perché si configuri un trasferimento di ramo d’azienda è necessario che la capacità dell’articolazione di produrre in modo autosufficiente un servizio sia presente in modo stabile per un congruo lasso di tempo¹³². Nel caso quindi in cui il trasferimento riguardi una struttura aziendale priva di autonomia organizzativa tale da poter costituire un’entità economica produttiva non saremo più in presenza di una cessione di ramo d’azienda ma di cessione dei contratti di lavoro con conseguente necessità di un consenso dei lavoratori¹³³.

Ma la parte forse più criticabile della nuova disposizione introdotta dal decreto Alitalia è la possibilità che cedente e cessionario addivengano ad un accordo che prevede il passaggio solo parziale dei lavoratori anche senza che vi sia il parere favorevole dei sindacati.

In altre parole viene meno quel principio di derogabilità assistita che in più punti è stato sottolineato nel presente lavoro quale elemento necessario per il contemperamento degli interessi del ceto creditorio con quelli dei lavoratori.

Si pongono quindi non solo seri dubbi sulla conformità della presente deroga al diritto europeo in quanto quest’ultimo consente una deviazione dalla direttiva in materia di trasferimento d’azienda a patto che esistano degli accordi sindacali fra le parti, ma si palesano anche delle criticità quanto al rispetto di principi costituzionali primo fra tutti quello della parità di trattamento.

¹³² Corte Giust. 24 gennaio 2002, causa 51/00, *Temco*, in *Foro. It.*, 2002, IV, 142.

¹³³ Cassazione 17 ottobre 2005, n. 20012, in *Dir. e giustizia*, 2005, fasc. 44, 28.

Ci troveremo infatti di fronte ad una ingiustificata diversità di trattamento fra lavoratori dipendenti di imprese soggette a fallimento, concordato preventivo, liquidazione coatta e anche amministrazione straordinaria purché non riguardante le grandissime imprese in crisi (ex decreto-legge 23 dicembre 2003, n. 347, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 febbraio 2004, n. 39) per i quali vi sarà la possibilità di far valere le proprie ragioni attraverso le trattative sindacali, e una stretta minoranza di lavoratori ai quali si applica la normativa sopra detta, che in virtù dell'intervenuta irrilevanza dell'accordo collettivo si troveranno in un'arbitraria situazione di debolezza contrattuale.

CONCLUSIONI

In conclusione si può affermare che se è vero che nella nuova formulazione legislativa vi è una maggiore attenzione alla conservazione del patrimonio produttivo e delle risorse in esso contenuto, la scelta verso la conservazione non è a priori ma dovrà necessariamente fare i conti con gli interessi dei creditori. Anche se la conservazione dell'attività avesse il sicuro vantaggio di una salvaguardia dei livelli occupazionali, essa non si potrebbe verificare se il soddisfacimento dei creditori non fosse almeno pari a quello che essi avrebbero con la liquidazione. Ciò testimonia il fatto che nella diatriba fra interessi dei creditori e interessi dei lavoratori a vincere sono sempre i primi e che la modifica della visuale del legislatore più favorevole alla conservazione deriva non tanto o non solo da una maggiore sensibilità verso dei problemi che la procedura crea a livello di occupazione, ma semmai dalla presa di coscienza che, in alcuni casi, è interesse degli stessi creditori che il complesso non si disgreghi, potendo la procedura ricavare un maggior introito dalla vendita dell'intera azienda piuttosto che delle sue parti.

L'impianto normativo fallimentare accusato già nel 1974 durante un convegno organizzato dal periodico *Giurisprudenza commerciale* di concepire la crisi essenzialmente come problema di tutela del rapporto obbligatorio, ha mostrato negli ultimi anni tutta la sua inadeguatezza, in virtù dell'incapacità di guardare al problema della crisi dell'impresa anche e soprattutto come problema occupazionale. Era dunque inevitabile che in presenza di crisi che mostrassero una "rilevanza sociale" il legislatore dovesse intervenire con una disciplina ad hoc. Da qui la nascita della legge istitutiva dell'amministrazione straordinaria. Oltre ad un maggior riconoscimento alla tutela occupazionale, l'introduzione delle procedura di amministrazione straordinaria ha avuto l'effetto di rilegare il fallimento in un posizione residuale e marginale. Sul terreno che conta ovvero quello dell'impresa medio-grande il fallimento perde ogni possibilità di intervento.

L'obbligo in capo all'acquirente di mantenere per due anni i livelli occupazionali stabiliti nella vendita (art. 63 d.lgs. n. 270/1999) testimonia come la tutela dei

lavoratori sia posta come esigenza primaria. A sottolineare come soprattutto nel caso di amministrazione straordinaria il legislatore italiano si ponga al di sopra delle tutele previste dal legislatore europeo si riporta prima di tutto l'art. 47 legge 29 dicembre 1990, n. 428, chiamata anche " legge comunitaria" in quanto emanata per adeguare il nostro ordinamento interno alla direttiva 77/187/CEE in tema di diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di azienda. L'articolo in questione non trovava alcuna corrispondenza nella direttiva del 1977, dato che quest'ultima non considerava nessuna ipotesi particolare di trasferimento di azienda in presenza della quale le tutele del lavoratore potessero essere derogate. Nel contemperamento fra interessi di creditori e lavoratori, i lavoratori ne escono quindi rafforzati.

Pare nonostante ciò opportuno sottolineare come gli interventi normativi degli ultimi anni abbiano il forte limite di non affrontare il problema dell'occupazione a livello generale ovvero sul piano del sistema economico generale ma di limitarsi a quello della singola impresa. Lo testimoniano molto bene gli ultimi interventi a salvataggio dell'Alitalia.

L'immagine che ne deriva è quella di un legislatore costretto a continui colpi di mano sempre all'inseguimento dell'emergenza e della soluzione del problema contingente. L'ovvia e inevitabile conseguenza è una forte frammentarietà e disorganicità della disciplina che non può trovare una giustificazione nel fatto che ci troviamo di fronte ad una materia definita quale "terra si nessuno"¹ in quanto derivante dall'unione di due discipline dotate di forte autonomia e individualità e quindi fortemente separate sia dal punto di vista culturale che accademico.

¹ F. D'ALESSANDRO, *Rapporti di lavoro e crisi d'impresa*, in *Dir.fall.*, 2004, I, 1209.