



Università
Ca' Foscari
Venezia

Corso di Laurea magistrale
(*ordinamento ex D.M. 270/2004*)
in Sviluppo economico e dell'impresa

Tesi di Laurea

—

Ca' Foscari
Dorsoduro 3246
30123 Venezia

Crisi d'impresa: sorte dei rapporti di lavoro nel fallimento

Relatore

Ch. Prof. Gaetano Zilio Grandi

Laureando

Chiara Furlan
821290

Anno Accademico

2012 / 2013

Ai miei genitori Maria Luigia e Walter

UNIVERSITÀ CA' FOSCARI DI TREVISO
Corso di Laurea magistrale (*ordinamento ex D.M. 270/2004*)
in Sviluppo economico e dell'impresa

Tesi di Laurea

Crisi d'impresa: sorte dei rapporti di lavoro nel fallimento

Introduzione.....	6
1. La tutela occupazionale nel fallimento.....	10
1.1. L'occupazione come valore Costituzionalmente protetto.....	10
1.2. Il rapporto tra diritto del lavoro e diritto fallimentare.....	16
1.3. La crisi d'impresa: principali interventi a sostegno dell'occupazione.....	18
2. La cessazione del rapporto di lavoro nella dimensione liquidatoria.....	21
2.1. Gli effetti prodotti dal fallimento sui rapporti di lavoro subordinato e su quelli di collaborazione autonoma.....	21
2.1.1. Gli effetti prodotti dal fallimento sui rapporti di lavoro subordinato.....	21
2.1.2. Gli effetti prodotti dal fallimento sui rapporti di collaborazione autonoma.....	27
2.2. I licenziamenti irrogati dal curatore ai lavoratori in regime di stabilità c.d. obbligatoria.....	30
2.3. Le scelte de curatore con riferimento ai lavoratori in regime di stabilità c.d. reale.....	34
2.3.1. La cassa integrazione guadagni straordinaria	34
2.3.2. La collaborazione dei lavoratori in mobilità.....	43

3. La prosecuzione dei rapporti di lavoro nella prospettiva della conservazione delle componenti positive dell'attività d'impresa.....	53
3.1. La prosecuzione dell'attività d'impresa.....	53
3.2. Il trasferimento dell'azienda o di un suo ramo.....	62
3.2.1. Gli effetti del trasferimento d'azienda sul rapporto di lavoro.....	73
4. I crediti di lavoro nel fallimento.....	82
4.1. L'accertamento del credito: competenza e procedura.....	82
4.2. L'accesso al fondo di garanzia.....	88
4.3. L'azione di surroga dell' I.N.P.S.	98
Conclusioni.....	99
Bibliografia.....	103

Introduzione

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

Il lavoro deve essere considerato un diritto-dovere del cittadino, un diritto a cui lo Stato deve tendere in quanto strumento di realizzazione della persona, e un dovere morale a cui ogni individuo deve adempiere, per il proprio benessere e per il progresso della società.

È l'art. 4 della Costituzione a individuare questo diritto-dovere dell'individuo, ai sensi del quale:

“La Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto.

Ogni cittadino ha il dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale e spirituale della società.”

Lo Stato si impegna a realizzare la piena occupazione e tutelare il lavoratore nel mantenimento del proprio posto di lavoro eliminando quegli ostacoli che possono impedire all'individuo di partecipare al progresso della società; ma allo stesso tempo si impegna a garantire al singolo individuo un diritto di libertà nella scelta e nello svolgimento della propria attività lavorativa.

Ed è proprio in un contesto di crisi come il nostro, dove spesso si sente parlare di eccedenza di forza lavoro e conseguente riduzione del personale, che emerge la necessità di non sottovalutare la problematica dell'occupazione e della tutela del lavoro.

La disciplina della crisi d'impresa, mette in contatto la materia del diritto del lavoro con quella del diritto fallimentare che individuano due microcosmi in endemico contrasto tra di loro, ma che possono essere accomunati dallo stesso principio di uguaglianza.

Al diritto del lavoro è riconosciuta una funzione di garanzia dell'uguaglianza di trattamento dei lavoratori a prescindere dalle differenze di rendimento tra essi; al diritto fallimentare

invece è riconosciuta una funzione di garanzia dell'uguaglianza di trattamento tra i creditori, i quali in base al principio della *par condicio creditorum*, hanno diritto ad essere soddisfatti nella stessa percentuale in base al valore del loro credito.

Nelle procedure concorsuali, infatti, c'è l'esigenza di disciplinare la concorrenza tra più diritti su un oggetto limitato e incapiente, che non necessariamente riuscirà a soddisfare in modo uguale l'intera massa creditrice. Nel caso concreto, dunque, non tutti i creditori sono uguali, ma ci sono delle diseguaglianze tra essi che hanno reso necessaria la creazione di una scala di privilegi, riconosciuti in base alla natura del singolo credito investito che giunge così ad una autonegazione del principio della *par condicio creditorum*.

La necessità di porre rimedio a situazioni di crisi economica dell'impresa, e la conseguente presenza di difficoltà economica nella stessa impresa, manifesta maggiormente la necessità di garantire ai lavoratori una protezione sociale, soprattutto quando lo stato di insolvenza è tale da condurre alla liquidazione del patrimonio aziendale.

La legge fallimentare nasce in un contesto in cui l'unico interesse collettivo tutelato era quello di punire l'imprenditore, che con la sua *mala gestio* aveva comportato la crisi d'impresa.

La disciplina fallimentare si occupava di soddisfare i creditori nel rispetto del principio cardine della *par condicio creditorum*, non c'era nessun interesse alla conservazione dell'impresa e alla tutela del singolo lavoratore alla conservazione del rapporto, e questo veniva dimostrato dal ruolo puramente marginale che ricopriva all'epoca l'esercizio provvisorio, il quale veniva autorizzato solo nel caso in cui la cessazione dell'attività avesse provocato un danno grave ed irreparabile ai creditori.

La tendenza era quella di sgomberare il mercato dalle piccole imprese non concorrenziali, trascurando le conseguenze che ciò avrebbe potuto comportare sul piano occupazionale, nei confronti dei lavoratori, quali unici soggetti interessati alla conservazione del complesso produttivo come garanzia alla prosecuzione del rapporto di lavoro.

È la grande crisi economico-produttiva degli anni '70 che rese necessaria l'adozione di provvedimenti legislativi volti al riconoscimento e mantenimento della condizione di occupato del lavoratore anche in situazioni di ristrutturazione, riconversione e crisi che l'impresa si trova a fronteggiare, favorendo il trasferimento di forza lavoro da un'impresa in

crisi a una in espansione.

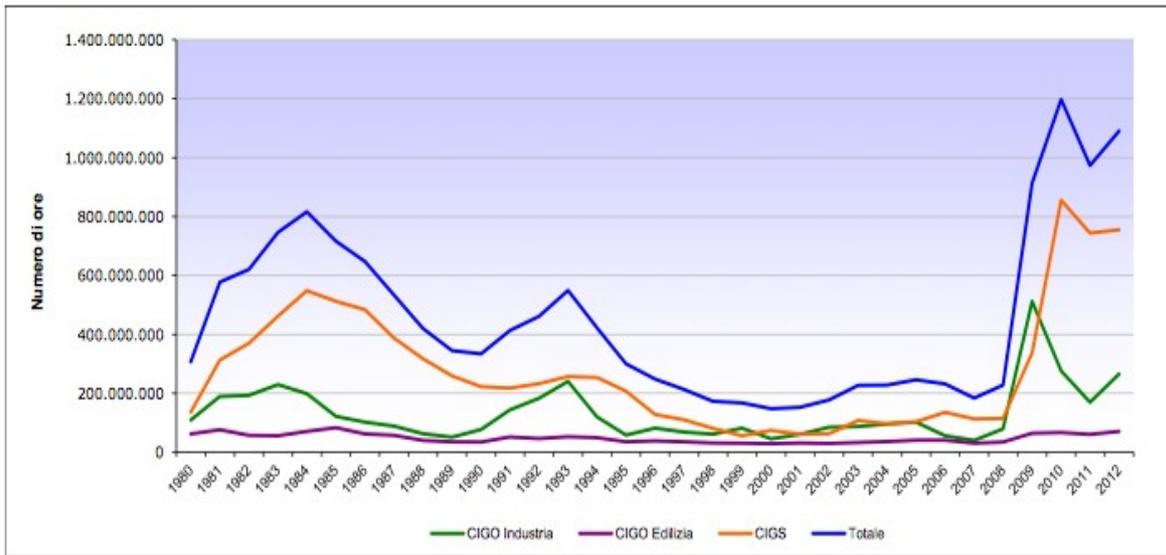
Nei confronti delle grandi imprese, il dissesto acquista maggiore rilevanza e si comincia così a privilegiare il risanamento dell'impresa rispetto a meccanismi di liquidazione.

Si fa sempre più forte la necessità di separare le sorti dell'imprenditore da quelle dell'azienda, che può sopravvivere alla crisi e trovare un nuovo gestore: la regola dovrebbe essere quella di salvare l'intero complesso aziendale per quanto possibile, tenendo insieme le sue componenti; del resto la consapevolezza che la vendita dell'intero complesso aziendale possa portare a una maggiore soddisfazione dei creditori concorsuali è stato anche sancito a livello legislativo dall'art. 105, comma 1, della legge fallimentare, ai sensi del quale:

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

La necessità di una tutela occupazionale ha portato il diritto fallimentare a considerare i lavoratori non come semplici creditori ma come portatori di un interesse giuridicamente tutelato, l'interesse a non perdere il posto di lavoro. Si è fatta strada allora la problematica del contemperamento dei vari interessi che la crisi coinvolge: la soddisfazione dei creditori e la tutela occupazionale.

Un'importante strumento che indirettamente si occupa della salvaguardia dei posti di lavoro è quello della Cassa Integrazioni Guadagni.



INPS - Coordinamento Generale Statistico Attuariale

Tabella 1: ore utilizzate per il trattamento di integrazione salariale; Fonte: INPS

Secondo i dati forniti dall'INPS, si può notare come l'Italia ha assistito a un picco massimo di ore utilizzate per il trattamento di integrazione salariale, nel triennio 2010-2012.

CAPITOLO 1

LA TUTELA OCCUPAZIONALE NEL FALLIMENTO

SOMMARIO: 1.1 L'occupazione come valore Costituzionalmente protetto. - 1.2. Il rapporto tra diritto del lavoro e diritto fallimentare. - 1.3. La crisi d'impresa: principali interventi a favore dell'occupazione

1. L'occupazione come valore Costituzionalmente protetto.

In un contesto di crisi come il nostro, dove spesso si sente parlare di eccedenza di forza lavoro e conseguente riduzione del personale, una problematica da non sottovalutare è quella della tutela del lavoro e dell'occupazione.

L'esigenza di tutelare il <lavoro> si pone già nel XIX secolo, all'epoca della prima industrializzazione, quando il manifestarsi di una forte concorrenza tra i lavoratori come tra gli imprenditori porta al nascere di quella che viene definita “questione sociale”.¹

Il fatto che il sistema normativo della seconda metà dell'Ottocento non disciplinasse il lavoro come rapporto diseguale, ponendolo invece all'interno dello schema del libero contratto e consentendo quindi all'autonomia privata di operare senza alcun limite, ha avuto come inevitabile conseguenza l'assoggettamento del lavoratore alla volontà contrattuale del datore di lavoro². Si impone quindi la necessità di ristabilire quella situazione di equilibrio che i rapporti di capitale-lavoro hanno spostato verso il primo a sfavore del secondo.³

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

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

3 Negli ultimi anni l'obiettivo di ristabilire una situazione di equilibrio tra capitale-lavoro è stato perseguito attraverso la creazione di un mercato del lavoro più trasparente ed efficiente; creando nuovi posti di lavoro venendo così incontro alle esigenze di flessibilizzazione del lavoro espresse dalle imprese, sempre più coinvolte nella competizione globale e rimodulando l'orario di lavoro introducendo figure di lavoro part-time, interinale, a tempo determinato.

Il primo embrione del diritto del lavoro si pone nella forma di <legislazione sociale> attraverso una serie di comandi legislativi minimi finalizzati alla protezione elementare dei lavoratori. ⁴ Ecco che il diritto del lavoro nacque come legislazione sociale minima, la cui formazione ha richiesto l'emanazione di provvedimenti inderogabili ⁵ a favore del lavoratore: ciò consente che eventuali modifiche al contratto individuale possano essere apportate solo se sono a vantaggio del lavoratore.

Il processo di legificazione della disciplina del contratto di lavoro si conclude nel 1942 con l'emanazione del codice civile nel quale la normativa lavoristica venne incorporata nel sistema di diritto privato. Il codice civile disciplinava il contratto di lavoro come un contratto a prestazioni corrispettive, fondato su una relazione sinallagmatica e sulla distinzione degli interessi reciproci dei contraenti ⁶.

Con l'emanazione della Costituzione repubblicana del 1948, si ha la trasformazione dello stato liberale in stato sociale e si ha il riconoscimento al singolo individuo di alcuni diritti fondamentali: tra cui il diritto al lavoro.

Il diritto al lavoro riveste un ruolo centrale tanto da essere individuato all'art. 1, comma 1 della Costituzione come fondamento della Repubblica italiana “ *L'Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro...*” dove per lavoro si intende l'attività produttiva che implica il dispendio di energie fisiche e intellettuali per la produzione e lo scambio di un bene o servizio.

Oltre a riconoscere all'art 1, comma 1 il lavoro come base dell'ordinamento repubblicano la Costituzione all'art 4, comma 1 riconosce a tutti i cittadini il diritto-dovere al lavoro.

Viene riconosciuto all'individuo un diritto al lavoro in quanto strumento di realizzazione della persona e un dovere al lavoro in quanto strumento di progresso della società ⁷.

Con l'art 4, lo Stato si impegna a realizzare la piena occupazione e tutelare il lavoratore nel

4 L. MARIUCCI, *Le fonti del diritto del lavoro*, Torino, 1988. Le prime leggi in materia furono indirizzate alla parte debole dei lavoratori, per garantirne una protezione elementare: si comincia con leggi sulla tutela dei fanciulli e delle donne (l. 11 febbraio 1886, n. 3657 e l. 19 giugno 1902, n. 242) e sulla assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro (l. 17 marzo 1898, n. 90), per poi proseguire, tra il 1902 e il 1919, con una serie di interventi del medesimo tenore (leggi sul riposo settimanale e festivo, e ancora sul lavoro delle donne e dei fanciulli, assicurazione obbligatoria per la invalidità e la vecchiaia ecc.)

5 L. MARIUCCI, *Le fonti del diritto del lavoro*, Torino; 1988. La dichiarazione del carattere inderogabile della nuova disciplina è stato sancito dall'art. 17 della legge del 1924 che si preoccupava di affermare che <le disposizioni del presente decreto saranno osservate malgrado ogni patto in contrario, salvo il caso di

mantenimento del posto di lavoro eliminando quegli ostacoli che possono impedire all'individuo di partecipare al progresso della società. Lo Stato però non deve solo assistere ma deve anche adeguare le forze lavoro alla domanda del mercato attraverso la qualificazione del personale che permette lo spostamento dei lavoratori all'interno delle imprese. Qui viene in rilievo l'importante ruolo che ha l'art 35 della Costituzione che promuove la formazione e l'elevazione personale dei lavoratori.⁸

D'altronde, al giorno d'oggi più di sempre, a mio avviso, i tempi dell'apprendere e del lavorare non possono più essere disgiunti ma devono sovrapporsi e alternarsi per combattere quella competizione che nel mondo del lavoro è più agguerrita che mai.

L'art 35 della Costituzione tutela quindi il lavoro, la formazione e l'elevazione professionale dei lavoratori per permettere a loro di realizzarsi e vivere dignitosamente.⁹

L'evoluzione storica del diritto del lavoro (rappresentata da tre fasi: la fase della legislazione sociale, la fase dell'incorporazione del diritto del lavoro nel diritto privato, e la fase della Costituzionalizzazione) ha portato a una tutela del lavoratore come contraente debole finalizzata a garantire il diritto sociale a ottenere un lavoro, ma anche ad evitare che la scelta e lo svolgimento dell'attività lavorativa possano subire delle interferenze che possano ledere il diritto di libertà che ogni individuo deve poter esercitare.

Gli interventi volti alla promozione dell'occupazione trovano spazio anche a livello Europeo.

Si dice che l'Unione Europea sia un'unione di mercato e la sua funzione sociale stia in secondo piano. Il percorso attuato dalla comunità per il riconoscimento dei diritti sociali si presenta lento e faticoso. L'assenza di riferimenti alla protezione dei diritti sociali all'interno del Trattato di Roma, rende evidente come la disciplina dell'Unione Europea

particolari convenzioni od usi più favorevoli all'impiegato e salvo il caso che il presente decreto espressamente ne consenta la deroga consensuale>.

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

7 Art. 4, co.1 Cost. “*La Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto.*” il primo comma dichiara che ogni cittadino ha diritto a un lavoro: il che è chiaro perché è solo tramite il lavoro che una persona può realizzarsi, vivere e progredire; il co. 2 sancisce che “*Ogni cittadino ha il dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società.*” e quindi sancisce il lavoro come un dovere del cittadino a partecipare al progresso della società.

non avesse una funzione di tutela ma bensì solo di supporto al mercato. La generale assenza di riferimenti alla protezione dei diritti fondamentali viene ricondotta a tre ragioni principali:

- alla effettiva mancanza di esigenze di protezione che non si potessero considerare già soddisfatte dagli ordinamenti (costituzionali) nazionali;
- alla convinzione che un'organizzazione di tipo economico e funzionale, come la Comunità, non avrebbe avuto alcuna possibilità di incidenza sui diritti umani;
- alla probabile diffidenza dei fondatori nei confronti degli eventuali rischi di espansione delle competenze e dei poteri delle neonate autorità sovranazionali.¹⁰

Nell'individuare gli obiettivi dell'Unione, la “Costituzione” europea prevede che essa “ *si adopera per un'Europa dello sviluppo sostenibile*” basato “*su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva che mira alla piena occupazione e al progresso civile*” combattendo, in particolare “*l'esclusione sociale e le discriminazioni*” e nel contempo, promuovendo “*la giustizia e la protezione sociale*” nonché “*la parità tra donne e uomini, la solidarietà tra le generazioni e la tutela dei diritti dei minori*”. Un progetto ambizioso che ha come obiettivo la piena equiparazione tra i valori dell'impresa e quelli del lavoro.¹⁰

L'intervento politico volto alla promozione dell'occupazione si inserisce in un panorama europeo che mira non solo ad aumentare quantitativamente l'occupazione ma anche a creare una forza lavoro qualificata e competente che deve essere duratura e remunerata in maniera tale da consentire un'esistenza libera e dignitosa all'individuo.¹¹

Con il vertice di Lussemburgo del 1997 sono stati definiti quattro pilastri volti a indirizzare gli interventi degli Stati Membri in materia occupazionale (occupabilità, imprenditorialità, adattabilità, pari opportunità) e sono stati dettati dei principi ai quali gli Stati Membri devono adeguarsi. L'intento è quello di arrivare a conferire al “sociale” pari dignità rispetto all' economico attraverso la ricerca di un modello di integrazione europeo fondato

8 M. DELL'OLIO, *Mercato del lavoro, decentramento, devoluzione*, in Arg. Dir. Lav., 2002

9 M. DELL'OLIO, *Mercato del lavoro, decentramento, devoluzione*, in Arg. Dir. Lav. 2002

10 F. CARINCI, R. DE LUCA TOMAJÓ, P. TOSI, T. TREU, *Ordinamento comunitario e rapporti di lavoro*, 2004

10 A. CAIFA, R. COSIO, *Diritto europeo: crisi d'impresa e sorte dei rapporti di lavoro*, 2008

11 F. CARINCI, R. DE LUCA TOMAJÓ, P. TOSI, T. TREU, *Ordinamento comunitario e rapporti di lavoro*, 2004

sull'individuazione di problematiche comuni, da cui far derivare obiettivi comuni, ai quali far fronte attraverso un coordinamento delle esperienze di politica sociale maturate nei singoli ordinamenti nazionali.¹²

Con la globalizzazione hanno quindi assunto maggior rilievo quei diritti sociali che le libertà economiche avrebbero messo in pericolo, tanto che l'attenzione del legislatore comunitario alla salvaguardia dell'occupazione non può non passare attraverso la tutela dell'interesse dei lavoratori, alla conservazione dei posti di lavoro in contesti di crisi e/o modifiche strutturali dell'impresa.

È ovvio che la necessità di tutelare il lavoratore si manifesti con maggiore incidenza in momenti di patologia, dove cioè le difficoltà dell'impresa mettono in pericolo i rapporti di lavoro. La crisi dell'impresa, che spesso si trasforma in insolvenza fa sì che la materia del diritto del lavoro entri in contatto con la disciplina fallimentare.

Il diritto fallimentare come lo conosciamo tradizionalmente, è ormai un ferro vecchio dato che non sembra conformarsi ai principi costituzionali di tutela dell'occupazione quale interesse collettivo. Gli istituti del diritto fallimentare- così come la tradizione li ha consegnati al codice del 1882 e da questo sono passati senza grandi mutamenti alla legge vigente- concepiscono la crisi d'impresa essenzialmente come un problema di tutela del rapporto obbligatorio e di attuazione della garanzia dei creditori sul patrimonio dell'imprenditore insolvente. Questa impostazione è del tutto superata perché, oggi, il problema della crisi dell'impresa è avvertito soprattutto come problema occupazionale, problema di tutela dei lavoratori che perdono il proprio posto.¹³ Il tradizionale diritto fallimentare quindi è destinato ad essere sostituito da nuovi strumenti.

A partire dal 1976 il legislatore inaugura un gruppo di leggi le quali, seppure con sfere di intervento e modalità diversificate, sono accomunate dalla volontà di porre rimedio a situazioni di crisi economica dell'impresa, soprattutto riguardate nei loro risvolti occupazionali. Si parlò di un nuovo indirizzo che risultò destinato ad affermarsi in parallelo con la c.d. Legislazione d'emergenza, in quanto diretta a disciplinare fattispecie

12F. CARINCI, R. DE LUCA TOMAJO, P. TOSI, T. TREU, *Ordinamento comunitario e rapporti di lavoro*, 2004

13 F. D'ALESSANDRO, *Rapporti di lavoro e crisi d'impresa*, in *Dir. fall.*, 2004, I, 1211

del tutto estranee alla sfera di efficacia della legislazione in parola.¹⁴

La chiave di volta arriva con la c.d. Legge Prodi del 3 aprile 1979 n. 95, con la nascita quindi della nuova procedura di amministrazione straordinaria.

La nuova procedura regola il fallimento in una posizione residuale e marginale, nelle piccole imprese, dove la tutela dei creditori può esplicarsi senza interferenze con i problemi occupazionali. Sul terreno che conta- quello dell'impresa medio-grande- il fallimento è sostituito da una procedura nuova e diversa, la cui finalità non è quella di governare il concorso dei creditori sul patrimonio dell'impresa insolvente ma quella di fungere da ammortizzatore sociale.¹⁵ L'impresa allora è messa nelle condizioni di continuare la propria attività, pur disastrosa che sia, evitando i licenziamenti che altrimenti si imporrebbero, ma intanto allontanando nel tempo il soddisfacimento dei creditori e accumulando nuove perdite. Anche se la crisi d'impresa produce effetti negativi sui livelli occupazionali, sembra non esserci ombra di dubbio che una sua regolamentazione non può essere realizzata comprimendo la garanzia dei creditori sul patrimonio dell'imprenditore.¹⁶

Tenere in piedi imprese improduttive significa impoverire la collettività e distruggere ricchezza anziché crearla, aggravando anche i problemi occupazionali al posto di contribuire a risolverli. Il problema della piena occupazione quindi non può che essere risolto a livello macroeconomico con le risorse della collettività, no a livello della singola impresa. È la Carta Costituzionale che sancisce il principio della proprietà privata in ogni sua forma e che stabilisce che il contributo dei cittadini al perseguimento degli interessi pubblici può avvenire solo attraverso il prelievo fiscale in base alla capacità contributiva, non di certo espropriando i creditori del loro diritto di garanzia sul patrimonio del fallito al fine di utilizzarlo per sussidiare occupazione.

Non tarda ad arrivare la constatazione della violazione alle norme comunitarie della legge n.95 del 1979 in materia di aiuti di Stato. La concessione di vantaggi economici come la riduzione dell'aliquota dell'imposta e l'esenzione di pagare ammende o sanzioni pecuniarie, configuravano un sistema incompatibile con quello della normativa comunitaria. Da qui

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

15 F. D'ALESSANDRO, *Rapporti di lavoro e crisi d'impresa*, in *Dir. fall.*, 2004, I, 1211

16 A. CAIAFA, *Risanamento dell'impresa a tutela dei lavoratori*, *Diritto & pratica del lavoro* n. 3, 16 gennaio 2010

l'emanazione del d.lgs. n. 270/1999 recante la nuova disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza che tra i presupposti di assoggettamento alla procedura include anche la prospettiva di un possibile recupero dell'equilibrio economico, da effettuare entro il termine: di un anno in caso di cessione di beni, due anni in caso di ristrutturazione economico finanziaria.

2. Il rapporto tra diritto del lavoro e diritto fallimentare.

Abbiamo già detto nel precedente paragrafo come la disciplina della crisi d'impresa metta in contatto la materia del diritto del lavoro con la disciplina delle procedure concorsuali.

E' facile osservare come il quadro normativo risultante dalla combinazione del codice civile e della legge fallimentare possa lasciare perplessi, nel senso che viene spontaneo domandarsi come il legislatore del 1942 non abbia pensato a emanare una specifica disposizione con riferimento al contratto di lavoro.¹⁸

La spiegazione alla mancanza di un organico <codice del lavoro> si può trovare ripensando al percorso storico obbligato che il diritto del lavoro si è trovato ad affrontare. Basti riflettere sul fatto che nel periodo post costituzionale non si è né realizzata alcuna codificazione delle norme fondamentali, né un semplice riordinamento dell'assetto legislativo. È il carattere <alluvionale> della normativa lavoristica, la sovrapposizione e l'adattamento di nuovi assetti normativi a quelli precedenti che non ha permesso di arrivare a un organico <codice del lavoro>.¹⁹

Il diritto del lavoro e il diritto fallimentare individuano due microcosmi in endemico contrasto, giacché ognuno dei due deroga a regole di diritto civile per risolvere problemi

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

19 L. MARIUCCI, *Le fonti del diritto del lavoro*, Torino, 1988. la variabilità di questo settore normativo, che è l'elemento che consente di adattarsi alla struttura sociale e politica del paese in cui opera, porta a rinunciare ad ambizioni dogmatiche in una materia nella quale i fatti sembrano sempre prevalere sugli sforzi di razionalizzazione propri della sistematica giuridica. La rinuncia dogmatica non quivale però a una rinuncia teorica; si può infatti fare teoria anche n maniera implicita, proponendosi di classificare le varie combinazioni del reale. L. MARIUCCI, *Le fonti del diritto del lavoro*, Torino, 1988.

già in astratto collidenti tra di loro ²⁰: il diritto del lavoro si basa su un particolare *favor* nei confronti del lavoratore dipendente che gode di un grado di tutela particolarmente incisivo; mentre per il diritto fallimentare il principio cardine, cui il suo intero impianto è ispirato, è quello della *par condicio creditorum*. ²¹

La forte probabilità che le norme dell'uno e dell'altro ordinamento entrino in conflitto è alta, questo porta al problema di individuare la norma da applicare al caso concreto, facendo prevalere un ordinamento a discapito dell'altro. ²²

Uno dei motivi di questa non semplice integrazione tra i due ordinamenti è dovuto al fatto che tanto il diritto fallimentare quanto quello del lavoro costituiscono entrambi ordinamenti “speciali”, o meglio “eccezionali” nel senso indicato dall'art 14 delle preleggi. Una cosa che accomuna, seppur con un'accezione diversa, il diritto del lavoro con il diritto fallimentare è il principio di uguaglianza.

Al diritto del lavoro è riconosciuta una funzione di garanzia dell'uguaglianza di trattamento dei lavoratori a prescindere dalle differenze di rendimento tra essi.

Il diritto del lavoro è un meccanismo che porta in sede negoziale a un trattamento egualitario fra i lavoratori, a prescindere dal possibile rendimento che ognuno potrà dare, proteggendo così i lavoratori più deboli da future riduzioni motivate dal manifestarsi di difetti di produttività. Questa funzione, garantita dall'art 3. della Costituzione ²³ deve comunque essere temperata con il principio di proporzionalità del trattamento al valore della prestazione sancito dall' art. 36 della Costituzione e con quello di libertà d'impresa di cui all'art. 41 della Costituzione. ²⁴

La centralità del principio di uguaglianza, come abbiamo detto, non compare solo nel diritto del lavoro ma anche, con un'accezione diversa, nel diritto fallimentare.

Il diritto fallimentare è incentrato sul principio della *par condicio creditorum*: tutti i

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

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

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

23 Art. 3 Cost., co. 2, “È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese.” L'art 3. Cost. Impone alla Repubblica di adoperarsi per rimuovere gli ostacoli all'uguaglianza tra i cittadini, per arrivare a costruire quindi l'uguaglianza tra diseguali. P. ICHINO, La stabilità del lavoro e il valore dell'uguaglianza, in Relaz. Al convegno dell'Accademia dei Lincei su “Il nuovo volto del diritto

creditori hanno diritto a essere soddisfatti nella stessa percentuale in base al valore del loro credito. La parità di trattamento di tutti i creditori è una manifestazione del principio di uguaglianza nel nostro ordinamento, spinta dalla necessità di trattare in modo uguale soggetti uguali. Nel caso concreto però, non tutti i creditori sono uguali, ma ci sono invece delle diseguaglianze tra i creditori esistenti tramite la creazione di scale di privilegi riconosciute in base alla natura del credito investito.²⁵

La vera uguaglianza che viene riconosciuta quindi non è quella formale (trattare soggetti uguali in modo uguale) ma è quella sostanziale, arrivando così a un “autonegazione del principio della *par condicio creditorum*”.²⁵

3. La crisi d'impresa: principali interventi a sostegno dell'occupazione

Dopo l'entrata in vigore di leggi finalizzate a proteggere e tutelare il singolo lavoratore alla conservazione del rapporto²⁶, la grande crisi economica-produttiva degli anni '70 rese necessaria l'adozione di provvedimenti legislativi volti al riconoscimento e mantenimento della condizione di <occupato> del lavoratore anche in situazioni di <ristrutturazione>, <riconversione> e <crisi> che l'impresa si trovava a fronteggiare, favorendo il trasferimento di forza lavoro da un'impresa in crisi a una in espansione.²⁷

A partire dal 1976 il legislatore inaugura un filone normativo caratterizzato dalla volontà di porre rimedio a situazioni di crisi economica dell'impresa, soprattutto per quello che riguarda il suo risvolto occupazionale. Questa tendenza si è avviata all'insegna della

italiano del lavoro”, Roma, 2004

24 P. ICHINO, *La stabilità del lavoro e il valore dell'uguaglianza*, in Relaz. Al convegno dell'Accademia dei Lincei su “Il nuovo volto del diritto italiano del lavoro”, Roma, 2004

25 All'art. 2571 bis, n.1, cod. civ., “ *Hanno privilegio generale sui mobili i crediti riguardanti: le retribuzioni dovute, sotto qualsiasi forma, ai prestatori di lavoro subordinato e tutte le indennità dovute per effetto della cessazione del rapporto di lavoro, nonché il credito del lavoratore per i danni conseguenti alla mancata corresponsione, da parte del datore di lavoro, dei contributi previdenziali assicurativi obbligatori ed il credito per il risarcimento del danno subito per effetto di un licenziamento inefficace, nullo o annullabile*”

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

*emergenza.*²⁸

La legge n. 164 del 1975 ha portato a individuare nell'istituto giuridico della cassa integrazione guadagni straordinaria (CIGS) lo strumento idoneo per evitare il licenziamento del lavoratore dall'impresa in crisi e a ricollocarlo in un'altra impresa dello stesso settore attraverso un sistema di <mobilità interaziendale> successivamente previsto dalla legge n. 675 del 1977.²⁹ La legge n. 675/1977 ha fortemente innovato e modificato i criteri che ispiravano la legge n. 164/1975 in quanto il trattamento integrativo è diventato lo strumento per consentire di differire la cessazione del rapporto di lavoro, e non più lo strumento per facilitare la riorganizzazione, ristrutturazione o riconversione dell'impresa in crisi.

Lo scopo della CIGS nell'ambito delle procedure concorsuali è proprio quello di introdurre nel sistema fallimentare un interesse non più solo dei creditori ma anche del lavoratore alla prosecuzione del rapporto di lavoro. Gli organi della procedura, attraverso questo istituto dispongono così di maggior tempo per valutare la possibilità di salvataggio del complesso aziendale, per esempio attraverso la cessione di un solo ramo d'azienda con il risultante salvataggio dei posti di lavoro.

L'intervento di politica occupazionale stabilito al fine di eliminare il possibile ricorso ai licenziamenti collettivi attraverso un sistema di trasferimento dei lavoratori dalle imprese in crisi o in ristrutturazione ad altre dello stesso settore (garantendo anche nel mentre ai lavoratori un reddito sostitutivo) ha segnato l'inizio di quel nuovo corso della legislazione italiana, nel momento in cui risultava inevitabile l'apertura di una procedura concorsuale e liquidatoria, impedendo così quei procedimenti di mobilità interaziendale in vista di una possibile ripresa dell'attività produttiva dell'impresa di appartenenza.³⁰

Si arriva, due anni dopo, alla modifica del settimo comma dell'art. 25 della legge n. 675 del

26 Legge n. 604/1966 sui licenziamenti individuali, la quale costituiva una prima riforma strutturale del rapporto di lavoro e la n. 300/1970 con la quale si verifica una vera riforma della disciplina lavoristica attraverso lo "Statuto dei lavoratori", L. MARIUCCI, *Le fonti del diritto del lavoro*, Torino, 1988

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

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

29 L'emanazione di questa ambiziosa disciplina (legge n. 675 del 1977) si propone di aiutare il riavviamento del lavoratore occupato nell'impresa in crisi attraverso un meccanismo di *mobilità interaziendale* che prevede la possibilità per i lavoratori di reperire un nuovo posto di lavoro nello stesso settore industriale. L. MARIUCCI, *Le fonti del diritto del lavoro*, Torino, 1988

1977 attraverso l'art. 2 della legge n. 301 del 1979 che ha consentito, nel caso di fallimento, la sospensione dell'efficacia dei licenziamenti e il perseguimento dei rapporti di lavoro “ *ai soli fini dell'intervento della cassa integrazione per crisi aziendale*”. Questo trattamento era consentito per un periodo massimo di 24 mesi come è stato stabilito dall'art. 25, comma 7, legge n. 675/1977 in seguito alla modifica apportata dalla legge n. 301 del 1979. L'effetto di queste misure è stato quello di introdurre ulteriori cause giustificative per il ricorso alla CIGS.

A tale disciplina si può riconoscere anche il merito di aver ampliato gli ambiti di intervento di integrazione salariale anche in settori non necessariamente industriali.³¹

Con la legge n. 223 del 1991 viene introdotta per la prima volta una disciplina organica delle mobilità e sui licenziamenti collettivi. Con questa legge si affronta anche il problema della eccedenza di personale potenziando il ruolo delle organizzazioni sindacali nel rapporto dialettico con gli imprenditori, erogando anche degli incentivi economici per i datori di lavoro che dovessero assumere alle proprie dipendenze lavoratori collocati nelle <liste di mobilità>.

Di particolare rilievo sono l'art 1 e l'art 3 della suddetta legge. I due istituti si pongono in posizione di alternatività, il primo rivolto alla tutela dell'impresa in previsione e sotto la condizione del proseguimento del possibile risanamento, il secondo rivolto ad operare come puro ammortizzatore sociale, concesso ai lavoratori in una situazione di crisi irreversibile, anche in assenza di prospettive di salvataggio dei posti di lavoro.

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

31 Basti pensare alla legge n. 215 del 1978 relativa ai lavoratori addetti alla commercializzazione di un prodotto dell'impresa industriale, alla legge n. 155 del 1981 relativa alle imprese appaltatrici di servizi di ristorazione e mensa e di quelle commerciali con più di 1000 dipendenti, alla legge n. 240 del 1984 relativa a dipendenti di cooperative agricole di trasformazione, manipolazione, commercializzazione di prodotti agricoli e zootecnici con contratto di lavoro a tempo indeterminato.

CAPITOLO 2

LA CESSAZIONE DEL RAPPORTO DI LAVORO NELLA DIMENSIONE LIQUIDATORIA

SOMMARIO: 2.1 GLI EFFETTI PRODOTTI DAL FALLIMENTO SUI RAPPORTI DI LAVORO SUBORDINATO E AUTONOMO 2.1.1. Gli effetti prodotti sui rapporti di lavoro subordinato 2.1.2. Gli effetti prodotti dal fallimento sui rapporti di collaborazione autonoma 2.2. I LICENZIAMENTI IRROGATI DAL CURATORE AI LAVORATORI IN REGIME DI STABILITA' C.D. OBBLIGATORIA 2.3. LE SCELTE DEL CURATORE CON RIFERIMENTO AI LAVORATORI IN REGIME DI STABILITA' C.D. REALE 2.3.1. La Cassa integrazione guadagni straordinaria concorsuale 2.3.2. La collaborazione dei lavoratori in mobilità.

2.1. Gli effetti prodotti dal fallimento sui rapporti di lavoro subordinato e su quelli di collaborazione autonoma

2.1.1. Gli effetti prodotti sui rapporti di lavoro subordinato

Nel silenzio della legge fallimentare circa gli effetti del fallimento sui rapporti di lavoro pendenti, i lavoristi hanno puntato sull'art. 2119 c.c. che disciplina in via generale il recesso per giusta causa dal contratto di lavoro subordinato e dispone, al comma 2, che “*non costituisce giusta causa di risoluzione del contratto il fallimento dell'imprenditore o*

la liquidazione coatta amministrativa dell'azienda.” Sicuramente improprio è il riferimento del legislatore all'espressione <*giusta causa*> che mal si addice al fallimento in quanto evoca la colpa di uno dei contraenti, non potendo la procedura concorsuale costituire inadempimento o colpa.

Ma la impropria formulazione della norma costituisce il problema minore dato che l'art. 2119 c.c. si limita a sancire che il fallimento non determina l'immediata e automatica cessazione del rapporto di lavoro, lasciando così integro il vuoto normativo sulla disciplina del rapporto di lavoro non cessato e sulle possibili cause e modalità della sua cessazione.

È da subito necessario sgombrare il campo da ipotesi che non hanno possibilità di applicazione, quale quella che prevede la risoluzione automatica per effetto del fallimento dei contratti di conto corrente, di mandato e di commissione, in analogia con quanto disposto dall'art. 78 legge fall. perché in netto contrasto con il dato normativo sopra riportato. Questa tesi presuppone che il fallimento dell'imprenditore determini la definitiva cessazione dell'impresa ma oltre ad essere in contrasto con l'art. 2119 c.c., la tesi prospettata trascura il fatto che il fallimento non determina necessariamente la disgregazione dell'azienda (che può essere ceduta in blocco), né la definitiva impossibilità di continuare ad esercitare l'impresa, sia pure nelle forme dell'affitto o cessione di azienda o dell'esercizio provvisorio.³² Per questi motivi il fallimento non costituisce giusta causa di risoluzione del contratto di lavoro e la *ratio* di questa disposizione sta sulla considerazione dell'unitarietà della azienda e della sua sopravvivenza alla dichiarazione di fallimento, alla quale non necessariamente deve seguire la cessazione dell'impresa.³³

Sul versante opposto nello stabilire che cosa accade sino alla effettiva cessazione del rapporto, e cioè se successivamente al fallimento continuano a maturare retribuzioni e altre voci ad essa correlate, qualcuno ha suggerito l'applicazione analogica dell'art. 80 legge fall. già dettato per il contratto di locazione, ritenendo che successivamente alla dichiarazione di fallimento il rapporto di lavoro prosegua comunque in via automatica con la curatela

³² La Suprema Corte ha avuto modo di affermare che con la dichiarazione di fallimento <si passa da una gestione per fini di produzione, suscettibile per altro di essere continuata o ripresa (come non infrequentemente accade), ad una gestione per fini di liquidazione>, Cass. n. 3493/1979, in *Giust. Civ.*, 1979, I, p. 1567

³³ A. CORRADO, D. CORRADO, *I rapporti di lavoro nel fallimento*, Torino, 2007

sino alla dichiarazione di recesso del curatore o alle dimissioni del lavoratore.³⁴

In posizione intermedia si collocava la tesi che applicava analogicamente l'art. 72 legge fall. rivolto (prima della riforma del 2006) a disciplinare gli effetti della dichiarazione di fallimento sul contratto di compravendita non ancora integralmente eseguito, in relazione al quale stabiliva che: *< l'esecuzione rimane sospesa fino a quando il curatore, con l'autorizzazione del giudice delegato, dichiara di subentrare in luogo del fallito nel contratto, assumendone tutti gli obblighi relativi, ovvero di sciogliersi da esso >*. Dalla norma si faceva discendere un principio generale, ritenendo che il contratto di lavoro non si sarebbe sciolto *ipso iure* una volta intervenuto il fallimento, né sarebbe proseguito in via automatica nei confronti del curatore, ma che richiedeva una espressa manifestazione di volontà da parte degli organi della procedura. L'esecuzione del contratto di lavoro rimaneva allora sospesa alla data di dichiarazione del fallimento fino a quando il curatore, con autorizzazione del giudice delegato, non dichiarava di subentrare nel contratto assumendosene tutti gli obblighi o di sciogliersene.

A seguito del fallimento il contratto di lavoro entra quindi in una fase di quiescenza dalla quale uscirà solo quando il curatore dichiarerà di subentrare nel contratto o di sciogliersi da esso, fase durante la quale rimane sospesa anche l'esecuzione delle rispettive obbligazioni (prestazioni lavorative e retribuzione), impedendo che a prestazione non resa, fino a quando il curatore non intenda subentrare nel contratto, possa dar vita ad un credito prededucibile.³⁵

Stabilito che una volta dichiarato il fallimento dell'imprenditore, i contratti di lavoro subordinato entrano in una fase di quiescenza, nell'ipotesi in cui il Tribunale non autorizzi la continuazione dell'esercizio provvisorio dell'impresa, al curatore non resterà che comunicare a tutti i dipendenti lo scioglimento dai contratti di lavoro pendente per effetto della mancata autorizzazione, da parte del Tribunale, dell'esercizio provvisorio dell'impresa. Tale dichiarazione ha effetto retroattivo e comporta che gli effetti dello scioglimento dei contratti di lavoro pendenti si producano dalla data della sentenza di

34 A. DIMUNDO, A. PATTI, *I rapporti giuridici preesistenti nelle procedure concorsuali minori*, Milano, 1999

35 A. CAIAFA, *I rapporti di lavoro nella riforma organica della disciplina della crisi di impresa e dell'insolvenza*, in *Diritto fallimentare delle società commerciali*, p. 1396

fallimento.

Sembra possibile affermare, allora, che l'apparato normativo costituito dalla norma codicistica (art. 2119 c.c.) e da quella fallimentare (art. 72 legge fall.) non sono incompatibili ma determinano da un lato che la dichiarazione di fallimento non comporti la cessazione *ipso iure* del rapporto di lavoro subordinato pendente e dall'altro la sospensione automatica al momento dell'apertura della procedura concorsuale, fino al momento in cui il curatore non abbia scelto tra la risoluzione o la prosecuzione del rapporto di lavoro. Al verificarsi del primo caso sarà tenuto all'obbligo di preavviso secondo quanto disposto dall'art. 2118 c.c.. Il licenziamento trova quindi giustificazione nel caso in cui il curatore decida di non continuare l'attività dell'impresa o di non fare ricorso a strumenti normativi che consentano di conservare il rapporto di lavoro per realizzare vicende liquidatorie o circolatorie (cessione, affitto, alienazione di tutta o di parte dell'azienda). L'ex dipendente non avrà diritto di impugnare la cessazione del suo rapporto di lavoro, né di chiedere e ottenere il risarcimento del danno da parte della massa fallimentare.³⁶

La soluzione fino a qui prospettata presentava però dei margini di incertezza in quanto bisognava fare riferimento a una norma, l'art. 72 legge fall., che disciplinava una fattispecie che poco centrava con i contratti di lavoro dipendente.

Per risolvere definitivamente il problema i lavori preparatori alla riforma evidenziano l'intento di regolare la questione, cosicché:

– l'art. 10 del testo dello schema di legge contenente la delega al governo della riforma organica della disciplina della crisi d'impresa e dell'insolvenza³⁷ contemplava i seguenti criteri direttivi: *l'intento di <stabilire la sospensione dell'esecuzione dei contratti in corso alla data di apertura della procedura, con esclusione di diritti risarcitori e restitutori non quesiti e salvezza delle disposizioni di tutela in materia di rapporti di lavoro e di trattamento di integrazione salariale>; e <disporre che il giudice delegato fissi un termine, su richiesta dell'altra parte, per la manifestazione della volontà del curatore di prosecuzione del rapporto, conseguendo in difetto lo scioglimento dello stesso>.*

– L'art. 127, 1 comma, dello schema del disegno di legge di riforma delle procedure

³⁶ A. CORRADO, D. CORRADO, *I rapporti di lavoro nel fallimento*, Torino, 2007

³⁷ Il testo dello schema di legge si può leggere per esteso in A. CAIAFA, R. COSIO, *Il trasferimento dell'azienda nell'impresa in crisi o insolvente*, Padova, 2005

concorsuali redatto dalla commissione istituita con D.m. 27 febbraio 2004 dal Ministro della giustizia di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze ³⁸ intitolato <contratto di lavoro subordinato> stabiliva che <in caso di apertura delle procedure di liquidazione nei confronti del datore di lavoro, il contratto di lavoro prosegue, salva la facoltà del curatore di intimare il licenziamento del lavoratore, nei casi previsti dalla legge, ricorrendone i presupposti>.

Nessuna di queste sollecitazioni è stata accolta dal legislatore che ha seguito un'altra strada. Si è ritenuto allora che gli effetti del fallimento sui contratti di lavoro ancora in corso di esecuzione debbano trovare soluzione con il nuovo art. 72, che si riferisce ai <rapporti giuridici pendenti>. Esso è diventato norma di carattere generale da applicare a tutti i rapporti contrattuali a prestazioni corrispettive, compreso il rapporto di lavoro subordinato che rientra in questo tipo. ³⁹

La dichiarazione di fallimento comporta l'esecuzione della sospensione del contratto di lavoro pendente, e durante la sospensione il lavoratore non matura nessun credito in prededuzione ma la quiescenza attiva del rapporto gli assicura una serie di utilità come la prospettiva di una ripresa del lavoro (in relazione ad un eventuale esercizio provvisorio, di una cessione in blocco d'azienda, o della ripresa della sua amministrazione da parte del fallito a seguito di concordato fallimentare) o la corresponsione dell'indennità di cassa integrazione, di disoccupazione, di mobilità). ⁴⁰

Per quanto concerne le disposizioni rese successivamente all'inizio della procedura, per le quali si intende assicurare il trattamento della prededuzione (art. 10, lettera c) la Commissione sembra aver voluto prevedere una disciplina concorde con quella fissata dall'art. 74 legge fall. ⁴¹ imponendo al curatore, che intenda subentrare nel rapporto di pagare <...integralmente il prezzo delle consegne già avvenute>. Nel periodo di quiescenza del rapporto le parti non sono tenute ad alcuna esecuzione e gli effetti della sospensione

38 A. CAIAFA, R. COSIO, *Il trasferimento dell'azienda nell'impresa in crisi o insolvente*, Padova, 2005

39 Cfr. *relazione illustrativa*, sub art. 72 la quale afferma <viene prevista, in primo luogo, una regola generale presente in molti ordinamenti, secondo la quale la decisione in ordine alla sorte dei rapporti giuridici in corso di esecuzione alla data di apertura del fallimento, e quindi la scelta tra subingresso della procedura nel rapporto e scioglimento, sono rimesse alla decisione del curatore, previa autorizzazione da parte del comitato dei creditori>.

40 Cass. 3 marzo 2003, n. 3129, in *Giust. Civ.* 2003, I, 1213

41 Che richiama espressamente le disposizioni di cui ai commi secondo, terzo e quarto dell'art. 72 legge fall.

escludono l'obbligo del pagamento del prezzo del compenso pattuito, e le erogazioni successive all'apertura della procedura concorsuale, prima che il curatore abbia manifestato la volontà o meno di subentrare nel contratto, non potranno essere pretese da un lato, e se offerte o rese dall'altro, non determineranno l'insorgere di un credito prededucibile.⁴²

La sospensione del rapporto di lavoro non è a tempo indeterminato, infatti il lavoratore *“può mettere in mora il curatore, facendogli assegnare dal giudice delegato un termine non superiore a sessanta giorni, decorso il quale il contratto si intende sciolto”* come prevede l'art. 72, comma 2.

La nozione di scioglimento consiste nella risoluzione del contratto, che ha effetto retroattivo fra le parti⁴³ e nel nostro caso la retroattività della risoluzione delle parti si ha alla data della dichiarazione di fallimento e quindi la sospensione del rapporto discendente dall'art 72 della legge fall. non consente l'esecuzione delle prestazioni.

Anche nel caso di recesso ante tempus del curatore, il nuovo testo dell'art. 72 legge fall. sembra escludere il diritto del lavoratore al risarcimento del danno derivante dai corrispettivi non percepiti fino alla scadenza naturale del termine.

Nel caso in cui il Tribunale disponga l'esercizio provvisorio dell'impresa del fallito o nel caso in cui il giudice delegato successivamente alla dichiarazione e dopo aver sentito il parere del comitato dei creditori, autorizzi la continuazione temporanea dell'esercizio d'impresa si invertono le regole e come stabilisce il comma 7 dell'art. 104 legge fall. i *“contratti pendenti proseguono, salvo che il Curatore non intenda sospenderne l'esecuzione o scioglierli”*. Tale disposizione rappresenta quindi un'eccezione rispetto alla regola generale dettata dall' art. 72 della legge fall. che prevede la sospensione dei rapporti giuridici pendenti.

Non è stabilita la durata massima della sospensione dei rapporti di lavoro eventualmente

42 A. CAIAFA, *I rapporti di lavoro nella riforma organica della disciplina della crisi di impresa e dell'insolvenza*, in *Diritto fallimentare delle società commerciali*, p. 1397. L'art. 11 del testo alternativo, alla lettera a), in modo più puntuale ha previsto che la prededucazione dei crediti verso l'insolvente possa operare *“...con limitazione, in caso di prosecuzione dei contratti di durata o prestazioni continuate o periodiche, a quelli sorti successivamente all'inizio della procedura”*, considerando, tuttavia, alla lettera c), di individuare precise *“norme di coordinamento con le vigenti disposizioni in materia di lavoro”*.

43 Come stabilisce l'art. 1458 c.c. secondo il quale *“La risoluzione del contratto per inadempimento ha effetto retroattivo tra le parti, salvo il caso di contratti a esecuzione continuata o periodica, riguardo quali l'effetto della risoluzione non si estende alle prestazioni già eseguite.”*

disposta dal curatore, ma le peculiarità dell'esercizio provvisorio, caratterizzato per definizione da una durata limitata nel tempo e presidiato dal controllo del comitato dei creditori, che deve essere convocato almeno una volta ogni tre mesi per essere informato sull'andamento della gestione e sulla possibilità di continuare l'esercizio, portano a ritenere che l'incertezza sulla sorte dei contratti di lavoro non sia destinata a durare nel tempo.

2.1.2 *Gli effetti prodotti dal fallimento sui rapporti di collaborazione autonoma*

Il contratto che comunemente evoca la collaborazione autonoma è il contratto di agenzia. Il contratto di agenzia disciplinato dagli art. 1742-1753 c.c è il contratto con cui una parte (agente) assume stabilmente l'incarico di promuovere per conto dell'altra (preponente) e verso retribuzione, la conclusione dei contratti in una zona determinata (art. 1742 c.c.). Si discuteva se il contratto di agenzia rientrasse nell'ambito applicativo dell'art. 78 legge fall., ai sensi della quale *“I contratti di conto corrente, anche bancario, e di commissione, si sciolgono per il fallimento di una delle parti. Il contratto di mandato si scioglie per il fallimento del mandatario. Se il curatore del fallimento del mandante subentra nel contratto, il credito del mandatario è trattato a norma dell'articolo 111, primo comma, n. 1), per l'attività compiuta dopo il fallimento”*, sebbene questa norma non vi faccia alcun richiamo. Per la soluzione affermativa si osservava che l'agenzia è comunque una sottospecie di mandato.⁴⁴

Lo scioglimento automatico, per volontà del legislatore del contratto di agenzia non è equiparabile al recesso, in quanto il recesso presuppone la manifestazione di volontà di una delle parti, quindi si esclude che all'agente in seguito allo scioglimento automatico del contratto possano essere riconosciute l'indennità sostitutiva del preavviso e l'indennità suppletiva di clientela.

⁴⁴ M. R. GROSSI, *La riforma della legge fallimentare: commento e formule della nuova disciplina delle procedure concorsuali*, Milano

A seguito della riforma, esiste un'opinione contraria della giurisprudenza che si rifà piuttosto all'art. 72 legge fall., considerato come espressione di un principio generale valido per tutti i contratti a prestazioni corrispettive, lasciando quindi al curatore la scelta se subentrare o meno nel rapporto. Di qui allora, in caso di scioglimento si avrà l'esclusione del diritto dell'agente alla provvigione per gli affari non conclusi a seguito della cessazione del contratto, e la maturazione del diritto all'indennità sostitutiva del preavviso.

L'ambito generale di applicazione dell'art. 72 legge fall. pone però problemi di coordinamento con recenti normative di settore, in particolare con la disciplina speciale dettata dagli art. 66 e 67 del d.lgs. n. 276 del 2003 per il contratto di lavoro a progetto. Il contratto di lavoro a progetto è un contratto di collaborazione coordinata e continuativa caratterizzato dal fatto di (art. 62, D.lgs. 29 settembre 2003, n. 276):

- essere riconducibile a uno o più progetti specifici o programmi di lavoro o fasi di esso;
- essere gestito autonomamente dal collaboratore in funzione del risultato, nel rispetto del coordinamento con l'organizzazione del committente e indipendentemente dal tempo impiegato per l'esecuzione dell'attività lavorativa.

L'art. 66 del D.lgs. n. 276 del 2003 stabilisce che la gravidanza, la malattia e l'infortunio del collaboratore a progetto non comportino la sospensione del rapporto. Mentre la malattia e l'infortunio non determinano la proroga del contratto, in caso di gravidanza la durata del rapporto è prorogata per un periodo di centottanta giorni, fatto salva una più favorevole disposizione derivante dal contratto individuale.⁴⁵

La specialità di questa norma deve cedere al cospetto della regola generale pronunciata dall'art. 72 in relazione a tutte le tipologie contrattuali, in forza della particolare qualità di

45 Art. 66 del D.lgs. n. 276 del 2003 “1. La gravidanza, la malattia e l'infortunio del collaboratore a progetto non comportano l'estinzione del rapporto contrattuale, che rimane sospeso, senza erogazione del corrispettivo. 2. Salva diversa previsione del contratto individuale, in caso di malattia e infortunio la sospensione del rapporto non comporta una proroga della durata del contratto, che si estingue alla scadenza. Il committente può comunque recedere dal contratto se la sospensione si protrae per un periodo superiore a un sesto della durata stabilita nel contratto, quando essa sia determinata, ovvero superiore a trenta giorni per i contratti di durata determinabile. 3. In caso di gravidanza, la durata del rapporto è prorogata per un periodo di centottanta giorni, salva più favorevole disposizione del contratto individuale.”

una delle due parti nei confronti della quale sia stato dichiarato il fallimento.⁴⁶

Con riferimento a tale contratto di lavoro a progetto, che non rientra nell'arcipelago⁴⁷ del lavoro subordinato, rientrando invece nel novero delle collaborazioni continuative e coordinate, non trova applicazione l'art. 2119 c.c. in quanto norma relativa ai rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato, dal quale consegue che il fallimento non è giusta causa di risoluzione del rapporto. Di conseguenza, il contratto potrà essere risolto per giustificato motivo oggettivo, individuabile nell'impossibilità sopravvenuta di accettare la prestazione o, ancora più semplicemente applicando l'art. 72 legge fall., attraverso la manifestazione di volontà del curatore in ordine alla non prosecuzione.

In caso di recesso per giusta causa il collaboratore a progetto, nel caso fosse stabilito in tal senso nel contratto individuale, sarà tenuto a corrispondere al curatore l'indennità sostitutiva del preavviso.⁴⁸ Ove invece il progetto fosse stato ultimato, il contratto deve intendersi risolto ed il corrispettivo determinato nel contratto sarà dovuto per l'intero.

La mancanza di precise previsioni stabilite per i contratti di collaborazione autonoma, comporta che il fallimento, in base alle regole stabilite per i contratti a prestazioni corrispettive, può esonerare la controparte *in bonis* dall'esecuzione della propria prestazione qualora si manifesti l'assoluta impossibilità dell'imprenditore fallito di pagare il corrispettivo pattuito, giustificando così il recesso della controparte *in bonis*.

Ma la soluzione qui prospettata non sembra pienamente convincente, infatti il legislatore della riforma sembra aver preso partito per la tesi contraria, stabilendo al comma 6, dell'art. 72 l'inefficacia della clausole negoziali che fanno dipendere la soluzione del contratto dal fallimento.

Sembra arduo allora ritenere che al collaboratore *in bonis* spetti il diritto di recesso per giusta causa in caso di fallimento del preponente, ossia con l'esonero da obblighi risarcitori o comunque dall'obbligo del preavviso.⁴⁹

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

47 A. CAIFA- R. COSIO, *Diritto europeo: crisi d'impresa e sorte dei rapporti di lavoro*, 2008,

48 Art. 67, comma 2, D.lgs. n. 276 del 2003 “ *Le parti possono recedere prima della scadenza del termine per giusta causa ovvero secondo le diverse causali o modalità, incluso il preavviso, stabilite dalle parti nel contratto di lavoro individuale.* ”.

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

2.2 I licenziamenti irrogati dal curatore ai lavoratori in regime di stabilità c.d. Obbligatoria

Come si è già avuto modo di dimostrare, la dichiarazione di fallimento non comporta l' automatica cessazione dell'attività, ma semplicemente il passaggio da un'attività ai fini di produzione, con la possibilità peraltro di essere continuata, ad una gestione finalizzata alla liquidazione.

Il passaggio della gestione al curatore riguarda anche la sorte dei rapporti di lavoro: il curatore potrà decidere di subentrare in luogo del fallito e valutare la possibilità di continuazione dell'attività dell'impresa fallita, oppure di procedere con la risoluzione dei rapporti di lavoro.

Nel fare questo il curatore dovrà prendere in esame i requisiti dimensionali dell'impresa fallita alla data della sentenza dichiarativa del fallimento, e scegliere uno dei tre regimi specifici da applicare:

- nel caso in cui i livelli occupazionali siano inferiori a 15 dipendenti il curatore dovrà intimare il licenziamento individuale ai sensi della L. n. 604 del 1966;
- nel caso in cui i livelli occupazionali siano superiori a 15 dipendenti il curatore dovrà procedere con il collocamento in mobilità dei lavoratori e il conseguente licenziamento collettivo (al termine della sospensione in CIGS) ai sensi della L. n. 223 del 1991.

Il requisito dimensionale assume quindi decisiva importanza per consentire al curatore di individuare il regime applicabile alla sorte dei rapporti di lavoro dipendenti in corso alla data di dichiarazione del fallimento.

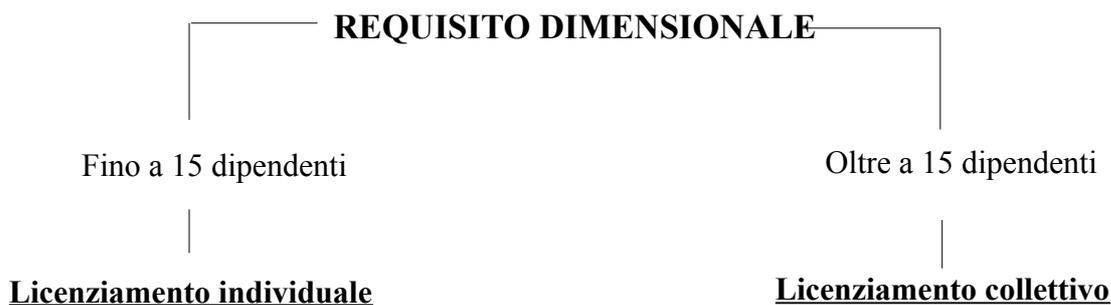


Tabella 2: requisito dimensionale delle imprese per l'individuazione del regime applicabile alla sorte dei rapporti di lavoro

Nell'ipotesi in cui il curatore, autorizzato dal comitato dei creditori, decida di subentrare nel contratto in luogo del fallito, non si presenta alcun problema dato che è ovvio che in seguito a tale scelta il lavoratore o il collaboratore che continui a prestare la propria attività maturi crediti prededucibili nei confronti della massa, dato che il corrispettivo per le prestazioni rese è considerato un credito prededucibile ai sensi dell'art. 111, comma 2, legge fall. che lo fa rientrare nel novero dei crediti “*sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali*”.⁵⁰

Qualora invece si manifesti l'impossibilità di continuazione dell'attività e non vi siano i requisiti né per l'ammissione alla CIGS né per avviare il procedimento di licenziamento collettivo, al curatore non resta che agire ai sensi della Legge 15 luglio 1966 n. 604 che disciplina il licenziamento individuale.

Secondo questa norma per considerare legittimo il licenziamento è necessario che questo derivi da una *giusta causa* o da un *giustificato motivo (soggettivo o oggettivo)*. Ai sensi dell'art. 3 della legge n. 604 del 1966 il giustificato motivo soggettivo ricorre quando si manifesta “...*un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del prestatore di lavoro...*”. L'inadempimento, in riferimento a quanto stabilito dall'art. 1455 c.c non deve

⁵⁰ Art. 111, comma 2, legge fall. In base al quale “*Sono considerati crediti prededucibili quelli così qualificati da una specifica disposizione di legge, e quelli sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge; tali crediti sono soddisfatti con preferenza ai sensi del primo comma n.1*” ovvero come crediti prededucibili.

avere scarsa importanza, con riguardo all'interesse dell'altro contraente.

La Suprema Corte a riguardo ha stabilito che il licenziamento deve essere comminato in un termine che soddisfi i requisiti di immediatezza e tempestività, in quanto un eccessivo lasso di tempo tra il fatto contestato e l'esercizio del potere di recesso potrebbe far dubitare dell'esistenza dell'interesse di cui all'art. 1455 c.c, ai sensi del quale “ *Il contratto non si risolve se l'inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra*”.

Il giustificato motivo oggettivo, invece, ricorre quando il licenziamento deriva da “...ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa”, ragioni tali da non prospettare al datore di lavoro nessuna possibilità di reimpiego dei lavoratori nell'azienda.

Il fallimento accompagnato dalla cessazione dell'attività aziendale concreta la ragione che l'art. 3 della Legge 604 del 1966 configura come giustificato motivo di recesso ⁵¹.

La cessazione deve essere definitiva tale da determinare la reale soppressione dei rapporti di lavoro ⁵². In questa ipotesi il curatore, verificata l'impossibilità di adibire il lavoratore o i lavoratori a qualsiasi altra mansione, irrogherà per iscritto e con preavviso i licenziamenti individuali per giustificato motivo oggettivo. Il lavoratore ricevuta la comunicazione, se questa risulta priva dell'indicazione dei motivi che hanno determinato il licenziamento, ha facoltà di richiederli entro 15 giorni.

Se il datore/ curatore avvia il licenziamento in violazione del requisito formale oppure non adempie all'obbligo informativo entro i 7 giorni successivi alla richiesta del lavoratore, l'art. 2 della legge 604 del 1966, al comma 3, prevede l'inefficacia del licenziamento. ⁵³

Il licenziamento privo del requisito formale dà diritto al lavoratore di pretendere il risarcimento dei danni da determinarsi secondo le regole generali in tema di

51 A.M. PERRINO, *La gestione dei rapporti di lavoro nella liquidazione fallimentare*, Roma, 2011. l'art. 3 della legge 604 del 1966 stabilisce che “*Il licenziamento per giustificato motivo con preavviso è determinato da un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del prestatore di lavoro ovvero da ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa.*”

52 G. LUDOVICO, *Impugnazione dei licenziamenti e fallimento: questioni in tema di continuità del rapporto di lavoro e di competenza*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2005

53 Art. 2 della legge 604 del 1966, prevede che “*Il datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, deve comunicare per iscritto il licenziamento al prestatore di lavoro. Il prestatore di lavoro può chiedere, entro quindici giorni dalla comunicazione, i motivi che hanno determinato il recesso: in tal caso il datore di*

inadempimento delle obbligazioni.⁵⁴

A fronte del licenziamento per giustificato motivo il prestatore di lavoro matura il diritto alla corresponsione dell'indennità sostitutiva del preavviso che dovrà essere corrisposta con il grado del privilegio, ai sensi dell'art. 2751 bis, n.1, c.c.: *“Hanno privilegio generale sui mobili i crediti riguardanti: le retribuzioni dovute, sotto qualsiasi forma, ai prestatori di lavoro subordinato e tutte le indennità dovute per effetto della cessazione del rapporto di lavoro, nonché il credito del lavoratore per i danni conseguenti alla mancata corresponsione, da parte del datore di lavoro, dei contributi previdenziali ed assicurativi obbligatori ed il credito per il risarcimento del danno subito per effetto di un licenziamento inefficace, nullo o annullabile”* nonché dell'indennità sostitutiva dei giorni di ferie proporzionalmente maturati.

Nel caso in cui il curatore decida di licenziare solo una parte dei lavoratori, perché sceglie di proseguire solo in parte l'attività dell'imprenditore fallito o perché decide di cedere o affittare a terzi soltanto un ramo d'azienda in precedenza gestita dal fallito, egli è tenuto a mantenere in vita, subentrando, i rapporti dei lavoratori addetti ai rami la cui attività prosegue, ma deve risolvere quelli ritenuti <eccedenti> senza avvalersi della procedura stabilita dalla legge n. 223 del 1991 per il licenziamento collettivo, mancando i requisiti dimensionali.

Nel caso in cui tutti i lavoratori dipendenti del fallito ricoprano funzioni fungibili (cioè due o più lavoratori vengono impiegati per svolgere gli stessi compiti), il curatore dovrà esercitare il potere di scelta in base a canoni di correttezza e buona fede che garantiscono scelte imparziali e obiettive; se invece le mansioni dei dipendenti da mantenere in servizio non siano sovrapponibili con quelle degli altri, il curatore potrà procedere alla risoluzione del contratto di questi ultimi senza doversi preoccupare dell'eventualità che la sua scelta possa comportare la violazione delle regole di correttezza e buona fede.⁵⁵

La legittimità di un licenziamento individuale per giustificato motivo causato da esigenze inerenti all'attività produttiva dipende, oltre che dall'impossibilità di utilizzare il lavoratore

lavoro deve, nei sette giorni dalla richiesta, comunicarli per iscritto. Il licenziamento intimato senza l'osservanza delle disposizioni di cui ai commi 1 e 2 è inefficace...”

54 Cass., sez. un., 27 luglio, 1999, n. 508, in *Giust. Civ.*, 1999, p. 2609

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

per un'altra mansione, anche dal rispetto delle regole di correttezza e buona fede, che possono essere desunte, pur nella diversità dei rispettivi regimi, proprio dai criteri residuali che l'art. 5 della legge n. 223 del 1991 ha dettato per i licenziamenti collettivi. Il curatore potrà far riferimento ai criteri dei carichi di famiglia, dell'anzianità non assumendo invece rilievo le esigenze tecnico-produttive e organizzative a causa della situazione di totale fungibilità tra i dipendenti.⁵⁶

Ulteriori problemi pone la prospettiva che l'attività dell'impresa momentaneamente sospesa riprenda con l'esercizio provvisorio o il trasferimento a titolo di affitto o di vendita. In questo caso dichiarato il fallimento il curatore deve valutare se sussistano possibilità di ripresa dell'attività per evitare di intimare dei licenziamenti che da lì a poco si rileverebbero privi dell'indispensabile requisito causale della cessata attività. La valutazione dei presupposti per la possibilità di continuazione dell'attività sospesa, devono essere fatti caso per caso; indicazioni utili al curatore possono venire dalle risultanze emerse durante l'istruttoria prefallimentare condotta ai sensi dell'art. 15 legge fall..⁵⁷

2.3. Le scelte del curatore con riferimento ai lavoratori in regime di stabilità c.d. Reale

2.3.1. La cassa integrazione guadagni straordinaria

Le tipologie di interessi che emergono nei momenti di crisi dell'impresa sono

⁵⁶ Cass. 9 maggio 2002, n. 6667, in *Impresa*, 2002, 1452. Art. 5, comma 1, legge n. 223 del 1991 ai sensi della quale “L'individuazione dei lavoratori da **((licenziare))** deve avvenire in relazione alle esigenze tecnico-produttive, ed organizzative del complesso aziendale, nel rispetto dei criteri previsti da contratti collettivi stipulati con i sindacati di cui all'articolo 4, comma 2, ovvero in mancanza di questi contratti nel rispetto dei seguenti criteri in concorso tra loro; a) carichi di famiglia; b) anzianità; c) esigenze tecnico produttive ed organizzative.”

⁵⁷ L'imprenditore è tenuto al deposito di documentazione attestante una “situazione economica e patrimoniale” aggiornata, il Tribunale inoltre può disporre una consulenza tecnica.

sostanzialmente due: l'interesse al mantenimento del posto di lavoro e quello al mantenimento del livello di reddito e, ove è possibile, alla garanzia di conseguimento dello stesso con continuità nel tempo.

Nel nostro ordinamento, per sostenere i redditi delle imprese in crisi e per tentare di evitare licenziamenti, è previsto un complesso e articolato sistema di misure dette ammortizzatori sociali, differenziate in base alla dimensione delle imprese.

Il più importante strumento di garanzia del livello del reddito con continuità nel tempo, e indirettamente di salvaguardia del posto di lavoro, è la Cassa Integrazione Guadagni. La materia della Cassa Integrazione Guadagni è disciplinata da varie leggi, la più importante delle quali è la Legge 20 maggio 1975 n. 164 che come oggetto ha “provvedimenti per la garanzia del salario”: essa, recependo l'accordo interconfederale del 21 gennaio 1975, ha rappresentato il primo grande tentativo di organizzare in maniera unitaria le diverse tipologie di intervento della CIG nel settore industriale.

La normativa individua due tipologie dell'istituto che si distinguono in base alla durata e alla tipologia di crisi in atto nell'azienda: Cassa integrazione guadagni ordinaria (CIGO) e Cassa integrazione guadagni straordinaria (CIGS).

La Cassa integrazione guadagni ordinaria interviene in caso di crisi aziendale temporanea in presenza del requisito fondamentale della ripresa certa o comunque prevedibile dell'attività lavorativa; quindi il suo intervento è giustificato in casi di contrazioni e sospensioni determinate da “eventi transitori e non imputabili all'imprenditore e agli operai” e da “situazioni temporanee di mercato”.

La Cassa integrazione guadagni straordinaria è prevista nei casi di “ristrutturazione, riorganizzazione o conversione aziendale” .

Con la legge del 18 agosto 1977, n. 675 viene segnato l'inizio di quel nuovo corso della legislazione industriale italiana, definita dall'emergenza e dalla crisi, introducendo un'altra causa giustificativa generale dell'intervento straordinario: la crisi aziendale. La legge n. 675 del 1977 ha fortemente innovato e modificato i criteri che avevano ispirato la legge n. 164 del 1975 dal momento che il trattamento integrativo viene visto dalla relativa disposizione non più come strumento per consentire o facilitare la riconversione, la ristrutturazione o la riorganizzazione e, dunque, permettere all'impresa di affrontare

situazioni di crisi settoriali o locali, ma è divenuto lo strumento per consentire di differire la cessazione del rapporto di lavoro.⁵⁸

Il sistema degli ammortizzatori sociali lascia tuttavia senza tutela una parte rilevante degli occupati in Italia. Ne sono escluse infatti le imprese artigiane, le imprese del settore industriale con meno di 15 dipendenti e aziende di importanti settori del terziario.

Al fine di sostenere il reddito dei lavoratori che non beneficiano della CIGS e della mobilità, il nostro ordinamento ha previsto la possibilità di derogare alla normativa, nei casi di emergenza occupazionale, facendo ricorso agli ammortizzatori sociali in deroga. Questo strumento introdotto per la prima volta nel 2001 in occasione della crisi prodotta dalla “mucca pazza” ha trovato disciplina e conferma in tutte le leggi finanziarie che si sono succedute fino ad oggi.

Si deve alla legge n. 2 del 2009 di conversione del Decreto anti-crisi l'avvio di un disegno innovativo che vede l'estensione del campo applicativo dal punto di vista oggettivo e soggettivo degli ammortizzatori sociali a tutto il settore privato (compresi studi professionali) e a tutte le tipologie di lavoratori dipendenti (inclusi apprendisti e interinali) in base al principio riformatore della commistione tra intervento pubblico e intervento privato sociale (bilateralità).⁵⁹

Gli Enti bilaterali hanno un ruolo fondamentale nella intermediazione tra domanda e offerta di lavoro, calibrandola sulle esigenze del mercato territoriale di riferimento, progettando la formazione e gestendo gli ammortizzatori sociali nei settori non coperti dalla Cassa integrazione.

La manovra prevista dalla legge n. 2 del 2009, in sintesi, prevede: l'estensione dell'indennità di disoccupazione, cofinanziata dagli Enti bilaterali, ai lavoratori sospesi per crisi aziendali da imprese non coperte da CIG; l'indennità una tantum ai co.co.pro in possesso di determinati requisiti (misura per ora non applicata); gli ammortizzatori sociali

58 MAGNANI, *Garanzia del salario e stabilità del rapporto di lavoro*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1978, I, 181 e segg.

59 La bilateralità è una prassi, frutto del riformismo sindacale, che prevede la capacità di autoregolazione delle rappresentanze dei lavoratori e dei datori di lavoro nell'ambito di determinate funzioni e iniziative, attraverso l'istituzione di specifici organismi denominati Enti bilaterali. Gli Enti bilaterali, previsti dalla legge Biagi, anche se diversi per funzione, denominazione, tipologia e ambito d'intervento, hanno certe caratteristiche unificanti: l'essere costituiti per iniziativa congiunta delle controparti sociali, il porsi come entità separate e distinte dalle organizzazioni fondatrici e l'essere profondamente ancorati al territorio.

in deroga (CIGO, CIGS, contratto di solidarietà e indennità di mobilità).

La Cassa integrazione guadagni straordinaria regolata dalla legge n. 223 del 1991 prevede due diverse fattispecie rispettivamente agli art. 1 e 3. Si distingue tra misure destinate alle imprese che, anche se in difficoltà siano a tutti gli effetti in *bonis*, e strumenti destinati a trovare applicazione a imprese assoggettate a procedure concorsuali.⁶⁰

L'art. 1 prevede la possibilità per l'imprenditore di farne ricorso qualora l'intervento sia destinato a fronteggiare una crisi aziendale reversibile, che si traduce in aiuto alle imprese colpite da difficoltà temporanee. La situazione deve essere individuata valutando l'andamento di alcuni indici (fatturato, risultato d'impresa e indebitamento) e verificando un eventuale ridimensionamento dell'organico. In questo caso l'ammissione alla CIGS è subordinata alla presentazione da parte dell'azienda di un programma, sui cui contenuti viene commisurata la durata della CIGS, che definisca gli interventi che saranno effettuati per il superamento delle difficoltà (la temporaneità e la sanabilità della crisi sono i presupposti per l'ammissione all'istituto), dal momento che la cessazione o non prosecuzione dell'attività è parziale, e pertanto il trattamento dovrà intendersi limitato ai dipendenti eccedenti le esigenze di manodopera.⁶¹

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

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

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

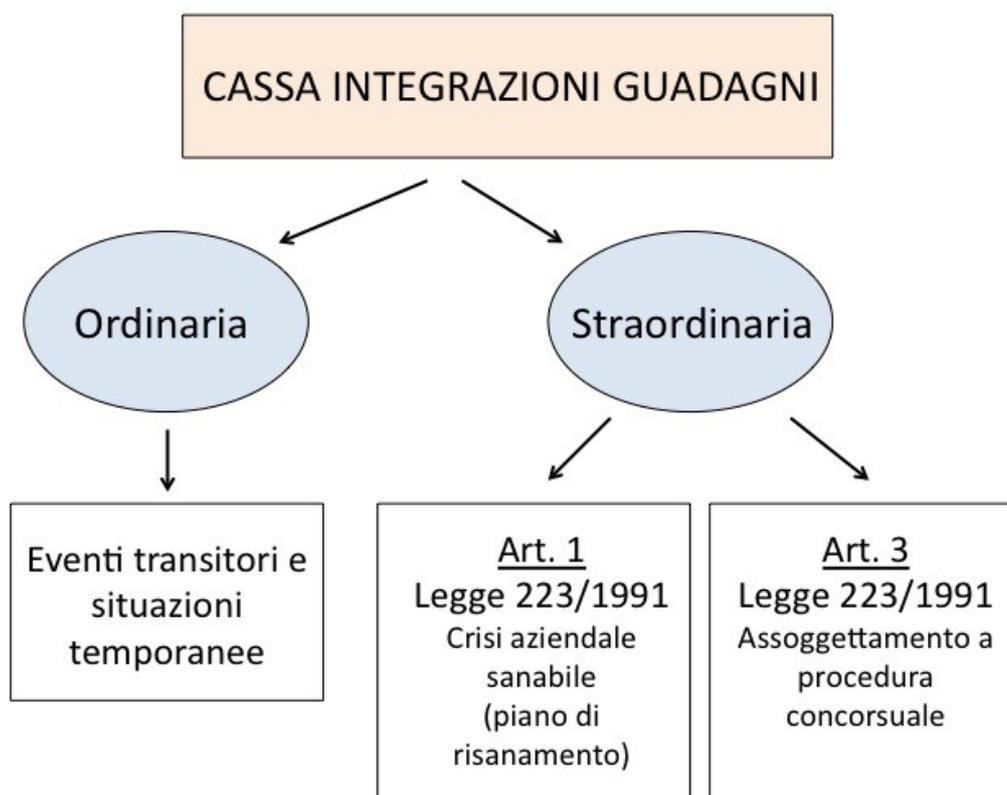


Tabella 3: Cassa integrazioni guadagni.

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

Le imprese industriali con oltre 15 dipendenti e le imprese commerciali che occupano almeno 200 lavoratori beneficiano del trattamento straordinario d'integrazione salariale; in relazione ad esse il legislatore ha dettato una disciplina speciale in caso di cassa integrazione guadagni straordinaria concorsuale.

Lo scopo della CIGS <concorsuale> è garantire ai lavoratori strumenti di sostegno, evitando alla massa ulteriori oneri contributivi e retributivi e la salvaguardia del complesso aziendale, anche per quelle procedure concorsuali in cui l'obiettivo primario è in realtà la liquidazione dei beni. Del resto, la consapevolezza che la vendita dell'intero complesso aziendale possa portare a una maggiore soddisfazione anche dei creditori concorsuali è ora esplicitata dal comma 1 dell'art. 105 legge fall., ai sensi della quale “*la liquidazione dei singoli beni (...) è disposta quando risulta prevedibile che la vendita dell'intero complesso aziendale, di suoi rami, di beni o rapporti giuridici individuabili in blocco non consenta una maggiore soddisfazione dei creditori*”.⁶¹

La disciplina presenta delle sbavature che hanno innescato dubbi e perplessità.

Circa l'obbligo del curatore di presentare la domanda di ammissione alla CIGS, la disciplina ha lasciato un vuoto normativo, non affrontando la questione.

L'art. 6 del D.P.R. n. 218 del 2000, ha revisionato la disciplina del procedimento di erogazione della CIGS <concorsuale> disponendo, all'art. 6 che “*Nel caso di imprese assoggettate alla procedura di amministrazione straordinaria, sia nel caso in cui vi sia prosecuzione dell'esercizio d'impresa, sia nel caso in cui la continuazione dell'attività non sia disposta o sia cessata, nonché nei casi di dichiarazione di fallimento, di omologazione del concordato preventivo consistente nella cessione dei beni, di liquidazione coatta amministrativa, previo svolgimento dell'esame congiunto, secondo le modalità di cui all'art. 2, il commissario il curatore ovvero il liquidatore presentano o inviano, all'ufficio indicato nell'art. 11, la domanda intesa ad ottenere il trattamento straordinario di integrazione salariale o le eventuali proroghe...*”. Va rilevato che la domanda del curatore o del commissario o del liquidatore dev'essere preceduta dall'esame congiunto con i sindacati; anche in questi casi l'art. 2, comma 5, del d.p.r. n. 218 del 2000 contempla l'esame congiunto stabilendo che “*Costituisce oggetto dell'esame congiunto il programma che l'impresa intende attuare, comprensivo della durata e del numero dei lavoratori interessati alla sospensione, nonché delle misure previste per la gestione di eventuali eccedenze di personale, i criteri di individuazione dei lavoratori da sospendere e le modalità della rotazione tra i lavoratori occupati nelle unità produttive interessate dalla*

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

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

Il combinato disposto dalle due norme sembra richiedere la redazione del programma anche da part del curatore, come per l'imprenditore *in bonis*. Questo ha portato alcuni a ritenere che qualora non sia ipotizzabile una forma di ripresa dell'attività produttiva, e quindi per l'impresa non sia ipotizzabile alcun risanamento e di conseguenza alcun programma, il curatore non possa richiedere la concessione della cassa integrazione guadagni straordinaria, con la conseguenza che dovrebbe procedere immediatamente ai licenziamenti collettivi *ex art. 24 legge n. 223 del 1991*.

La tesi non sembra sostenibile perché implicherebbe la modifica, se non l'abrogazione di fatto, della legge n. 223 del 1991 ad opera del d.p.r. n. 218/2000 (che è solo un regolamento) quindi di una fonte legislativa di rango secondario; ma anche perché l'art. 6 menziona espressamente che la continuazione dell'attività non sia disposta o sia cessata.

È anche evidente, del resto, che il programma non potrebbe riguardare il numero di lavoratori da sospendere, che coincidono con l'intero organico aziendale, né potrebbe concernere le misure previste per gestire le eccedenze di personale o i criteri per individuare i lavoratori da sospendere, né le modalità della rotazione tra i lavoratori occupati nelle unità produttive interessate dalla sospensione.

Si deve quindi dedurre che il riferimento generale al programma sia dovuto a un difetto di coordinamento, e che dunque l'esame che il curatore è comunque chiamato ad effettuare congiuntamente con i sindacati si limiterà alla constatazione dei presupposti per ricorrere alla cassa integrazione guadagni straordinaria c.d. concorsuale.

A differenza, quindi, di quanto previsto per l'imprenditore *in bonis*, per il quale l'erogazione del trattamento è subordinato al superamento dell'esame del piano di risanamento, nel caso di CIGS concorsuale la concessione per la prima erogazione può considerarsi quasi automatica essendo necessario per l'impresa in esame solo la sussistenza di due requisiti, uno soggettivo e uno oggettivo:

- il numero di dipendenti mediamente occupati superiori a 15 nel semestre precedente la data di presentazione della richiesta ⁶²

62 Al numero di dipendenti mediamente occupati si comprendono gli apprendisti, e quelli assunti con

– la cessazione dell'attività.

Contrariamente dall'ipotesi di prima erogazione, nel caso di fondate prospettive di continuazione o ripresa dell'attività e di salvaguardia, anche parziale, dei livelli di occupazione tramite la cessione dell'azienda o di una sua parte, il curatore potrà richiedere la concessione della proroga del beneficio per un periodo non superiore a 6 mesi. In questo caso la concessione non è automatica, ma richiede che il giudice delegato (o l'autorità che esercita il controllo) esprima una valutazione positiva sulla relazione che il curatore (o commissario) redige, nella quale dovrà essere illustrata la fondatezza delle prospettive di continuazione o ripresa dell'attività.

Si deve concludere che da un lato il programma e esame congiunto devono sussistere, perché solo attraverso questi due strumenti può essere certificata la sussistenza dei presupposti che consentono l'erogazione della CIGS concorsuale. Dall'altro si può affermare che il programma che il curatore è tenuto a redigere per sottostare a quanto è richiesto dall'art. 2 avrà carattere formale, dal momento che sostenere diversamente andrebbe contro la ratio dell'art. 3 della legge n.223/1991 che prevede l'intervento della CIGS concorsuale in modo automatico e obbligatorio.⁶³

Una volta conclusa la procedura, entro il termine di venticinque giorni dalla richiesta, o di dieci giorni per le aziende che occupano fino a cinquanta dipendenti, il curatore inoltrerà la domanda alla Direzione generale della previdenza e assistenza sociale, con in allegato la copia del verbale dell'incontro che indichi la causa della sospensione del lavoro e il numero di dipendenti da essa interessati.

Il termine per la conclusione del procedimento è fissato in trenta giorni dalla ricezione della domanda da parte del competente ufficio della Direzione generale della previdenza e assistenza sociale.⁶⁴

Il trattamento di integrazione salariale, quando autorizzato, retroagisce al momento della

contratto di formazione per le imprese industriali; il numero deve essere oltre 200 per le imprese del settore del commercio.

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

64 Art. 8, d.p.r. n. 218 del 2000, ai sensi del quale “*Il decreto di concessione del trattamento straordinario di integrazione salariale e' emanato, sulla base del programma approvato con il decreto di cui al comma 5, entro i seguenti termini:(...)c. sessanta giorni dalla data di ricezione della domanda da parte dell'ufficio di cui all'articolo 11 nei casi di ristrutturazione, riorganizzazione o conversione aziendale per i periodi successivi ai primi dodici mesi di intervento.*”.

dichiarazione del fallimento, pertanto, il curatore potrà procedere direttamente alla sospensione dei rapporti di lavoro pendenti nell'attesa dell'ammissione all'integrazione salariale. Al riguardo, la giurisprudenza ammette che il curatore, anche successivamente al primo periodo di dodici mesi, qualora reperi probabile la concessione di un ulteriore periodo di proroga, possa licenziare i lavoratori subordinando l'efficacia del licenziamento alla mancata concessione dell'ulteriore proroga.⁶⁵

Quanto al pagamento dell'assegno di integrazione salariale straordinaria è anticipato dal datore di lavoro. L'art. 2 della legge n. 223 del 1991 fa salva l'ipotesi che il Ministro del lavoro e della previdenza sociale possa disporre il pagamento diretto ai lavoratori da parte dell'INPS, con il connesso assegno per il nucleo familiare qualora sia previsto, in tutti i casi in cui sembrano ricorrere comprovate difficoltà finanziarie per l'impresa, difficoltà accertate dalla direzione regionale del lavoro: sembra questa l'ipotesi delle imprese sottoposte a procedura concorsuale.

Terminato il primo periodo di fruizione della cassa integrazione guadagni straordinaria e l'eventuale proroga, si pone per il curatore il problema di dover decidere sulla sorte dei rapporti di lavoro in base alla possibilità di continuare l'attività o meno. Nel caso in cui venisse accertata l'impossibilità di dar luogo alla continuazione dell'attività, il curatore deve procedere alla risoluzione dei rapporti di lavoro collocando in mobilità i lavoratori in eccedenza.

Qualora la dichiarazione di fallimento venisse revocata, la revoca non riesce a incidere sui provvedimenti di concessione della cassa integrazione guadagni straordinaria nel frattempo emessi. Ciò non tanto in base all'art. 18 della legge fall., 15° comma, secondo cui “*se la sentenza di fallimento è revocata restano salvi gli effetti degli atti legalmente compiuti dagli organi del fallimento*”. Secondo il Consiglio di Stato, infatti, la sentenza di nullità della dichiarazione di fallimento, che spesso può avvenire a distanza di molto tempo dalla dichiarazione, non incide sulla questione della perdita dei posti di lavoro, non potendo restituire i lavoratori alla situazione precedente ai licenziamenti. Quindi i decreti del Ministro del lavoro che concedono detto trattamento non sono suscettibili di revoca in caso

65 Trib. Roma 17 novembre 2001, in *Dir. fall.*, 2002, II, 314, con nota di A. CAIAFA

di sentenza di appello che annulli quella dichiarativa del fallimento. ⁶⁶

2.3.2. La collocazione dei lavoratori in mobilità

Si ha collocazione dei lavoratori in mobilità nell'ipotesi in cui un'impresa, precedentemente ammessa al trattamento di cassa integrazione guadagni straordinaria, non essendo in grado di garantire il reimpiego dei lavoratori sospesi, procede al licenziamento dei medesimi, nel rispetto degli obblighi di informazione e consultazione sindacale previsti dalla c.d. procedura di mobilità e sostenendovene i relativi costi.

La sospensione dei rapporti di lavoro col ricorso all'integrazione salariale, quindi, di norma preannuncia la collocazione dei lavoratori in mobilità, e quindi, il loro licenziamento collettivo.

La prima disciplina legislativa organica in Italia sul licenziamento collettivo è costituita dalla legge n. 223 del 1991, che ha delineati due tipi di <eccedenze> di personale:

- la prima a favore dell'impresa ammessa al trattamento straordinario di integrazione salariale, che nel corso del programma di ristrutturazione o di crisi aziendale ritenga di non essere in grado di reimpiegare tutti i lavoratori sospesi e di non poter ricorrere a misure alternative; in questo l'impresa ha facoltà di avviare la procedura concorsuale ai sensi dell'art 4, comma 1, legge n. 223 del 1991 ⁶⁷
- la seconda è a favore delle imprese che occupino più di 15 dipendenti e consiste nel licenziamento collettivo che queste imprese possono esperire ai sensi dell' art. 24, legge n. 223 del 1991 ⁶⁸, anche a prescindere dall'intervento della Cassa integrazioni guadagni

⁶⁶ Cons. Stato, sez. II, 24 luglio 1996, n. 1659, in Cons. Stato, 1997, I, p. 1780.

⁶⁷ Art. 4, comma 1, legge n. 223 del 1991 “*L'impresa che sia stata ammessa al trattamento straordinario di integrazione salariale, qualora nel corso di attuazione del programma di cui all'articolo 1 ritenga di non essere in grado di garantire il reimpiego a tutti i lavoratori sospesi e di non poter ricorrere a misure alternative, ha facoltà di avviare ((la procedura di licenziamento collettivo)) ai sensi del presente articolo.*”

⁶⁸ Art. 24, comma 1, legge n. 223 del 1991 “*Le disposizioni di cui all'articolo 4, commi da 2 a 12, e 15-bis e all'articolo 5, commi da 1 a 5, si applicano alle imprese che occupino piu' di quindici dipendenti e che, in conseguenza di una riduzione o trasformazione di attivita' o di lavoro, intendano effettuare almeno*

straordinaria, in conseguenza di una riduzione o trasformazione di attività o lavoro, al fine di effettuare almeno cinque licenziamenti, nell'arco di centoventi giorni, in ogni unità produttiva, o in più unità produttive nell'ambito del territorio di una stessa provincia.

Mentre la procedura di mobilità può essere avviata solamente dalle imprese che rientrano nel campo di applicazione della CIGS, quella per il licenziamento collettivo può riguardare anche le imprese che non ne fanno parte: la procedura di mobilità trova applicazione nel caso di impresa industriale con oltre 15 dipendenti e di impresa commerciale che occupi almeno 200 lavoratori qualora, terminata la CIGS e non essendo possibile garantire il reimpiego di tutti o di parte dei lavoratori sospesi, né il ricorso a misure alternative, il curatore deve procedere alla risoluzione dei rapporti di lavoro. Qualora l'impresa fallita appartenga al settore commerciale ed occupi oltre 15 ma non più di 200 dipendenti, il curatore non può invocare né la CIGS concorsuale né la mobilità, ma deve fare direttamente ricorso alla procedura prevista per i licenziamenti collettivi dall'art. 24 della legge n. 223 del 1991.

L'art. 3 della legge n. 223 del 1991 concede al curatore, al commissario o al liquidatore la facoltà di collocare in mobilità i lavoratori eccedenti nell'ipotesi in cui non sia possibile la continuazione dell'attività, anche tramite cessione dell'azienda o di sue parti, o quando i livelli occupazionali possono essere salvaguardati solo parzialmente.

Nel primo caso, quando è disposta la continuazione dell'attività, il curatore potrà decidere immediatamente il licenziamento di tutti o parte di dipendenti oppure, se l'impresa è in possesso dei requisiti richiesti, il loro collocamento in Cassa integrazione guadagni straordinaria, prima dell'eventuale ricorso alla mobilità ai sensi dell'art. 4 della legge n. 223 del 1991.

Nel secondo caso, la cessazione dell'attività della fallita impone il ricorso automatico e obbligatorio alla CIGS concorsuale ed eventualmente la mobilità, se invece non sussistono i presupposti, l'impresa dovrà avviare immediatamente il licenziamento collettivo.

La procedura di mobilità ha avvio con una comunicazione scritta inviata alle

cinque licenziamenti, nell'arco di centoventi giorni, in ciascuna unità produttiva, o in più unità produttive nell'ambito del territorio di una stessa provincia. Tali disposizioni si applicano per tutti i licenziamenti che, nello stesso arco di tempo e nello stesso ambito, siano comunque riconducibili alla medesima riduzione o trasformazione."

rappresentanze sindacali aziendali nonché alle rispettive associazioni di categoria.⁶⁹

La comunicazione deve contenere le seguenti indicazioni:

- i motivi che hanno determinato la situazione di eccedenza;
- i motivi tecnici, organizzativi o produttivi che non consentono di adottare misure alternative;
- il numero, la collocazione aziendale e i profili professionali del personale eccedente nonché del personale abitualmente impiegato;
- i tempi di attuazione del programma di mobilità;
- le eventuali misure programmate per fronteggiare le conseguenze sul piano sociale derivanti dall'attuazione del programma;
- il metodo di calcolo di tutte le attribuzioni patrimoniali diverse da quelle già previste dalla legislazione vigente e dalla contrattazione collettiva.

Nel caso in cui l'impresa abbia i presupposti per rientrare nell'ambito di applicazione della CIGS, alla comunicazione va allegata copia della ricevuta del versamento all'INPS, a titolo di anticipazione, del *contributo d'ingresso*.⁷⁰

Copia di tale comunicazione deve essere inviata alla direzione provinciale del lavoro (Dpl).

In caso di omesso invio della comunicazione, si ripercuotono due conseguenze, una sul piano collettivo e una sul piano individuale:

- sul piano collettivo, l'omissione indica gli estremi della condotta antisindacale⁷¹ essendo la comunicazione indirizzata a garantire alle organizzazioni sindacali l'esame congiunto con l'impresa finalizzato ad evitare o ridurre i presupposti di licenziamento collettivo;
- sul piano individuale (e quindi del singolo rapporto di lavoro), la Suprema Corte⁷² ha affermato che il lavoratore, in quanto non è diretto destinatario della comunicazione di avvio della procedura, è tenuto a provare che le informazioni errate o omesse nella comunicazione sono rilevanti ai fini del corretto espletamento dei poteri di controllo da

⁶⁹ In mancanza di tali rappresentanze la comunicazione deve essere indirizzata alle associazioni di categoria aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale.

⁷⁰ Il contributo d'ingresso è una somma pari al trattamento massimo mensile di integrazione salariale moltiplicato per il numero dei lavoratori ritenuti eccedenti.

⁷¹ L'omissione in questo caso è sanzionabile ai sensi dell'art. 28, legge n. 300 del 1970

⁷² Cass. 5 aprile 2000, n. 4228

parte dell'organizzazione sindacale alla quale era destinata la comunicazione.

Sul punto, è stato affermato che nel caso di licenziamento per riduzione dell'attività produttiva effettuato ai sensi dell'art. 4 della legge n. 223 del 1991, la procedura prevista non può considerarsi esaustiva se contenesse solo i nomi dei licenziandi e le relative qualifiche dei dipendenti, dovendo invece fornire tutte le informazioni necessarie per permettere alle organizzazioni sindacali di valutare l'opportunità di richiedere l'esame congiunto della situazione e dei possibili rimedi.⁷³

La legge prevede che entro sette giorni dalla ricezione della suddetta comunicazione, si proceda all'esame congiunto tra le parti, allo scopo di esaminare le cause che hanno determinato l'eccedenza di personale e la possibilità di un riassorbimento di esso, attraverso per esempio contratti di solidarietà e forme flessibili di gestione del tempo di lavoro.

Questa fase della procedura deve concludersi entro trenta giorni dalla data del ricevimento della comunicazione di fallimento⁷⁴. Trascorso tale termine, l'impresa deve comunicare all'Ufficio del lavoro e della massima occupazione (ora l'Agenzia Regionale per il Lavoro) l'esito della consultazione e i motivi dell'eventuale esito negativo della stessa.

In caso di mancato accordo, l'Agenzia Regionale per il Lavoro convoca le parti per un ulteriore esame e può formulare proposte per il raggiungimento di un accordo. Tale ulteriore esame deve concludersi entro trenta giorni decorrenti dalla data di ricevimento della comunicazione dell'impresa⁷⁵.

Raggiunto l'accordo sindacale, ovvero esaurita la procedura, qualora non siano state trovate soluzioni alternative alla riduzione del personale, il curatore è tenuto a collocare in mobilità gli impiegati, gli operai e i quadri eccedenti, comunicando per iscritto il recesso,

73 Cass. 30 ottobre 1997, n. 10716

74 Art. 3, comma 3, legge n. 223 del 1991 ai sensi del quale “ *Quando non sia possibile la continuazione dell'attività, anche tramite cessione dell'azienda o di sue parti, o quando i livelli occupazionali possono essere salvaguardati solo parzialmente, il curatore, il liquidatore o il commissario hanno facoltà di collocare in mobilità ai sensi dell'articolo 4 ovvero dell'articolo 24 i lavoratori eccedenti. In tali casi il termine di cui all'articolo 4, comma 6, e' ridotto a trenta giorni. Il contributo a carico dell'impresa previsto dall'articolo 5, comma 4, non e' dovuto*”. Per le imprese in bonis il termine è di quarantacinque giorni, come specifica l'art. 4, comma 6, della legge n. 223 del 1991.

75 Ai sensi dell'art 4, comma 7, della legge n. 223 del 1991 “*Qualora non sia stato raggiunto l'accordo,*

nel rispetto dei termini di preavviso. L'art. 4, comma 9⁷⁶ della legge n. 223 del 1991 impone all'imprenditore di comunicare per iscritto alla Commissione regionale del lavoro, alla Commissione regionale per l'impiego ed alle associazioni sindacali di categoria destinatarie della comunicazione di apertura della procedura, l'elenco dei lavoratori collocati in mobilità, con l'indicazione:

- del nominativo;
- del luogo di residenza;
- della qualifica;
- del livello di inquadramento,
- dell'età;
- del carico di famiglia;
- delle modalità con le quali sono stati applicati i criteri di scelta.

Nel caso in cui la continuazione dell'attività produttiva sia possibile solo in parte, nel caso per esempio di cessione di rami d'azienda, il curatore dovrà individuare i lavoratori in esubero, da collocare in mobilità secondo i criteri di scelta indicati dall'art. 5, comma 1 della legge n. 223 del 1991. Tale scelta non può essere arbitraria o discrezionale ma deve avvenire in relazione alle esigenze tecnico-produttive e organizzative del complesso aziendale, nel rispetto dei criteri previsti dai contratti collettivi stipulati o, in mancanza, dei seguenti criteri:⁷⁷

- carichi di famiglia;
- anzianità;
- esigenze tecnico- produttive ed organizzative;

Devono poi essere rispettati alcuni ulteriori criteri:

- rispetto del principio di non discriminazione: i lavoratori invalidi non possono

il direttore dell'Ufficio provinciale del lavoro e della massima occupazione convoca le parti al fine di un ulteriore esame delle materie di cui al comma 5, anche formulando proposte per la realizzazione di un accordo. Tale esame deve comunque esaurirsi entro trenta giorni dal ricevimento da parte dell'Ufficio provinciale del lavoro e della massima occupazione della comunicazione dell'impresa prevista al comma 6."

76 Ai sensi dell'art.4, comma 9, della legge n. 223 del 1991 "Raggiunto l'accordo sindacale ovvero esaurita la procedura (...) l'impresa ha facoltà di **((licenziare))** gli impiegati, gli operai e i quadri eccedenti, comunicando per iscritto a ciascuno di essi il recesso, nel rispetto dei termini di preavviso. **((Entro sette giorni dalla comunicazione dei recessi))**, l'elenco dei lavoratori **((licenziati))** con l'indicazione per

essere licenziati in misura superiore, rispetto alla totalità dei lavoratori licenziati, alla percentuale di invalidi presenti in azienda;

– disposizioni a tutela della manodopera femminile di cui alla legge n. 125 del 1991: l'impresa non può collocare in mobilità una percentuale di manodopera femminile superiore alla percentuale di manodopera femminile occupata, con riguardo alle mansioni prese in considerazione.

Lo scopo delle liste di mobilità è allora quello di garantire il reimpiego dei lavoratori qui iscritti, grazie alle agevolazioni contributive previste per le aziende che intendano assumere tali prestatori di lavoro.

La legge ⁷⁸ prevede una serie di rilevanti agevolazioni per il datore di lavoro che assume lavoratori iscritti nelle liste di mobilità:

– ai sensi dell'art. 8, comma 2, in caso di assunzione a tempo determinato (con una durata non superiore ai dodici mesi), è concesso al datore di lavoro il beneficio della riduzione della relativa contribuzione a suo carico, che viene equiparata per i primi 18 mesi, a quella dovuta per gli apprendisti dipendenti da azienda artigiane. Nel caso di trasformazione di questo contratto in un contratto a tempo indeterminato prima della sua naturale scadenza, il beneficio spetta per altri dodici mesi in aggiunta a quello previsto per il contratto a tempo determinato;

– ai sensi dell'art. 25, comma 9, in caso di assunzione volontaria a tempo pieno e indeterminato, viene riconosciuto, per l'intero periodo, il medesimo beneficio di cui alla precedente lett. a). . In questa ipotesi è anche concesso per ogni mensilità di contribuzione corrisposta al lavoratore, un contributo mensile pari al 50% della indennità di mobilità che sarebbe stata corrisposta al lavoratore.⁷⁹

Tali benefici vengono negati qualora si accerti che l'impresa che assume lavoratori dalla

ciascun soggetto del nominati del luogo di residenza, della qualifica, del livello di inquadramento dell'età, del carico di famiglia, nonché con puntuale indicazione delle modalità con le quali sono stati applicati i criteri di scelta di cui all'articolo 5, comma 1, deve essere comunicato per iscritto all'Ufficio regionale del lavoro e della massima occupazione competente, alla Commissione regionale per l'impiego e alle associazioni di categoria di cui al comma 2.”

77 I criteri di scelta sono indicati dall'art. 5, comma 1, della legge n. 223 del 1991 “L'individuazione dei lavoratori da **(licenziare)** deve avvenire in relazione alle esigenze tecnico-produttive, ed organizzative del complesso aziendale, nel rispetto dei criteri previsti da contratti collettivi stipulati con i sindacati di cui all'articolo 4, comma 2, ovvero in mancanza di questi contratti nel rispetto dei

lista di mobilità, risulti da una indagine di tipo sostanziale, collegata o in un rapporto di controllo con l'impresa che ha proceduto al licenziamento.

Raggiunto l'accordo sindacale, il curatore deve procedere al collocamento in mobilità dei lavoratori eccedenti individuati in applicazione dei criteri di scelta comunicando per iscritto a ciascuno di essi il recesso. Il licenziamento deve essere intimato nel rispetto del termine di preavviso, o corrispondendo la relativa indennità privilegiata ai sensi dell'art. 2751 bis, n.1, c.c.

Il licenziamento collettivo può essere dichiarato *inefficace* quando venga intimato verbalmente o in violazione delle procedure di mobilità scandita dall'art. 4 della legge n. 223 del 1991, o *annullabile*, quando venga adottato in violazione dei criteri di scelta evidenziati dall'art. 5 della medesima legge. A tal proposito la Suprema Corte di Cassazione ha precisato che l'impugnazione deve considerarsi una facoltà attribuita al lavoratore il quale, nel caso decidesse di agire in tal senso deve farlo entro sessanta giorni dal ricevimento della comunicazione, senza la previsione di alcuna deroga.⁸⁰

La giurisprudenza dice, anche, che oggi il giudice a fronte di un licenziamento illegittimo, non ha più a disposizione un unico rimedio sanzionatorio, ma due alternative: ordinare la reintegra del lavoratore nel caso in cui accerti “la manifesta insussistenza” del fatto posto alla base dell'atto di recesso, ovvero, nelle altre ipotesi, qualora accerti che non ricorrano gli estremi del giustificato motivo oggettivo, applicare la tutela indennitaria.

A fronte di un licenziamento illegittimo il giudice dovrebbe ordinare la reintegrazione del lavoratore quando il fatto che ha determinato il licenziamento non sussiste, mentre la sanzione sarebbe solo di tipo indennitario quando quel fatto, seppure esistente, non integra la causa legittimante il recesso. La verifica del giudice, secondo questa impostazione,

seguenti criteri in concorso tra loro;

a) carichi di famiglia;

b) anzianità;

c) esigenze tecnico produttive ed organizzative.

78 Dall'art. 8, comma 2 e 4 della legge n. 223 del 1991 secondo il quale “2) I lavoratori in mobilità possono essere assunti con contratto di lavoro a termine di durata non superiore a dodici mesi. La quota di contribuzione a carico del datore di lavoro è pari a quella prevista per gli apprendisti della legge 19 gennaio 1955, n. 25, e successive modificazioni. Nel caso in cui, nel corso del suo svolgimento, il predetto contratto venga trasformato a tempo indeterminato, il beneficio contributivo spetta per

dovrebbe essere effettuata senza alcuna discrezionalità: «il fatto o c'è o non c'è». ⁸¹

Nella nostra trattazione, in entrambi i casi, di licenziamento collettivo dichiarato inefficace o annullabile, al lavoratore spetterebbe il reintegro nel posto di lavoro ai sensi dell'art. 18 della legge n. 300 del 1970 ⁸² ed un'indennità commisurata alle retribuzioni non percepite durante il periodo di licenziamento (non inferiore a 5 mensilità) quale risarcimento del danno.

L'indennità, ai sensi dell' art. 7, comma 1, della legge n. 223 del 1991, spetta nella seguente misura percentuale del trattamento straordinario di integrazione salariale che hanno percepito, o che sarebbe loro spettato nel periodo immediatamente precedente la risoluzione del rapporto di lavoro:

- per i primi dodici mesi: 100%
- dal tredicesimo al trentaseiesimo mese: 80%.

L'indennità viene corrisposta per un periodo che varia secondo dell'età anagrafica del lavoratore e del luogo in cui era svolta l'attività lavorativa. In particolare l'indennità di mobilità è corrisposta per: 12 mesi per i lavoratori fino a 40 anni, 24 mesi per i lavoratori che hanno già compiuto 40 anni, 36 mesi per i lavoratori che hanno già compiuto 50 anni.

Tali periodi sono, tuttavia, aumentati nel territorio del Mezzogiorno, ai sensi dell'art. 7, comma 2, della legge n. 223 del 1991, rispettivamente a 24 mesi per i lavoratori fino a 40 anni, 36 mesi per i lavoratori che hanno già compiuto 40 anni, 48 mesi per i lavoratori che hanno già compiuto 50 anni.

Opinione consolidata della Giurisprudenza è che, oltre all'iscrizione nelle liste di mobilità ai fini dell'erogazione dell'indennità di mobilità è necessario che il lavoratore presenti richiesta al competente Centro per l'impiego o alla sede dell'INPS entro il termine

ulteriori dodici mesi in aggiunta a quello previsto dal comma 4. 4)Al datore di lavoro che, senza esservi tenuto ai sensi del comma 1, assuma a tempo pieno e indeterminato i lavoratori iscritti nella lista di mobilità e' concesso, per ogni mensilita' di retribuzione corrisposta al lavoratore, un contributo mensile pari al cinquanta per cento della indennita' di mobilita' che sarebbe stata corrisposta al lavoratore. Il predetto contributo non puo' essere erogato per un numero di mesi superiore a dodici, e per i lavoratori di eta' superiore a cinquanta anni, per un numero superiore a ventiquattro mesi, ovvero a trentasei mesi per le aree di cui all'articolo 7, comma 6. Il presente comma non trova applicazione per i giornalisti.”

79 Circolare INPS 1 giugno 1999, n. 2

perentorio di sessantotto giorni dalla data di licenziamento.⁸³

Terminato il periodo di percezione dell'indennità, il lavoratore viene automaticamente cancellato dalle relative liste. La cancellazione avviene anche nel caso in cui il lavoratore venga assunto a tempo pieno ed indeterminato, nel rispetto del divieto di cumulo tra un contratto avente tali caratteristiche e la percezione dell'indennità in questione.⁸⁴

Per concludere, in sintesi, possiamo dire che hanno diritto all'indennità di mobilità i lavoratori con rapporto a tempo indeterminato licenziati da imprese in CIGS che non siano in grado di garantire il reimpiego a tutti i lavoratori sospesi, o licenziati da imprese rientranti nel campo di applicazione della CIGS qualora ricorrano i presupposti del licenziamento collettivo.

Le aziende in CIGS, che non sono in grado di garantire il reimpiego di tutti i lavoratori, prima di effettuare anche un solo licenziamento devono seguire una particolare procedura di riduzione del personale che si conclude con la messa in mobilità dei lavoratori licenziati. Analoga procedura deve essere seguita qualora si manifestino le fattispecie del licenziamento collettivo, ai sensi dell'art. 24 della legge n. 223 del 1991: imprese con più di 15 dipendenti, che in conseguenza a una riduzione o trasformazione del lavoro, intendono effettuare nell'arco di centoventi giorni almeno cinque licenziamenti in stabilimenti produttivi dislocati nella stessa provincia.

Se, invece, l'impresa non possiede i requisiti per l'ammissione al trattamento di CIGS, ciò non esonera il curatore all'espletamento della procedura di riduzione del personale preventiva al licenziamento e alla messa in mobilità, prevista anche per i casi sopra citati, che dovrà essere avviata sia in caso di mancata continuazione dell'attività con conseguente cessazione di tutti i rapporti di lavoro, sia in caso di autorizzazione all'esercizio provvisorio, ai sensi dell'art. 104 legge fall..

80 Cass. 29 agosto 2003, n. 12680

81 Trib. Di Modena, 26 giugno 2013, in *Lav. nella Giur.*, 2013

82 Art. 18, comma 1, legge n. 300 del 1970 “...ordina al datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, indipendentemente dal motivo formalmente addotto e quale che sia il numero dei dipendenti occupati dal datore di lavoro. La presente disposizione si applica anche ai dirigenti. A seguito dell'ordine di reintegrazione, il rapporto di lavoro si intende risolto quando il lavoratore non abbia ripreso servizio entro trenta giorni dall'invito del datore di lavoro, salvo il caso in cui abbia richiesto l'indennità di cui al terzo comma del presente articolo.”

La mancanza dei requisiti per l'ammissione alla CIGS ha delle conseguenze solo sui benefici di cui il lavoratore licenziato può fruire: i lavoratori pur mantenendo il diritto all'iscrizione alle liste di mobilità perdono il diritto a percepire l'indennità di cui all'art. 7 della legge n. 223 del 1991; tuttavia quest'ultima sarà sostituita dall'indennità di disoccupazione ordinaria.⁸⁵

83 Cass., Sez. Un., 6 dicembre 2002, n. 17389, Cass., Sez. Un., 7 luglio 2003, n. 10655

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

85 La durata di tale indennità è pari a 8 mesi per i soggetti di età inferiore a 50 anni e a 12 mesi per i lavoratori di età pari o superiore a 50 anni; per quanto attiene alla misura del trattamento, l'indennità è pari al 60% per i primi 6 mesi; al 50% per i successivi due mesi; al 40% per il periodo ulteriore.

CAPITOLO 3

LA PROSECUZIONE DEI RAPPORTI DI LAVORO NELLA PROSPETTIVA DI CONSERVAZIONE DELLE COMPONENTI POSITIVE DELL'ATTIVITÀ D'IMPRESA

SOMMARIO: 3.1. La prosecuzione dell'attività d'impresa. 3.2. Il trasferimento d'azienda o di un suo ramo
3.2.1. Gli effetti del trasferimento d'azienda sui rapporti di lavoro

3.1. La prosecuzione dell'attività d'impresa

La prosecuzione dell'attività d'impresa è possibile in due modi, l'uno molto raro, l'altro più frequente: l'attività può essere continuata dal curatore attraverso l'istituto dell'esercizio provvisorio, ai sensi dell'art. 104⁸⁶; l'altro modo, invece, di gran lunga più sfruttato è quello che vede l'attività d'impresa proseguita da un terzo attraverso lo strumento dell'affitto d'azienda, ai sensi dell'art. 104 *bis*.⁸⁷

Nel primo caso, con lo strumento dell'esercizio provvisorio, quindi con la facoltà data al curatore di continuare l'attività d'impresa, egli gestisce l'impresa nell'interesse dei creditori, comportando però un aspetto negativo dato dal fatto che i costi dell'impresa, e quindi i rischi, gravano sui creditori.

Con l'entrata in vigore del D.Lgs. 5/2006 l'istituto dell'esercizio provvisorio ha subito rilevanti modifiche: non viene più considerato come mero strumento di custodia e di amministrazione dell'attività fallita in funzione di tutela degli interessi privatistici di cui è portatore il ceto creditorio; ma, la stessa Relazione Illustrativa alla riforma ha precisato che

86 Art. 104, comma 1, legge fall. “Con la sentenza dichiarativa del fallimento, il tribunale può disporre l'esercizio provvisorio dell'impresa, anche limitatamente a specifici rami dell'azienda, se dalla interruzione può derivare un danno grave, purché non arrechi pregiudizio ai creditori.”

87 Art. 104 *bis*, comma 1, legge fall. “Anche prima della presentazione del programma di liquidazione di

l'esercizio provvisorio ora *“risponde non più solo al risultato privatistico di consentire il migliore risultato della liquidazione concorsuale, ma è aperto a quello pubblicistico di utile conservazione dell'impresa”* e delle sue componenti positive tra le quali i livelli occupazionali.

La finalità dell'esercizio provvisorio, deriva ora, dalla concreta possibilità di ripresa dell'impresa dall'insolvenza.⁸⁸

Il legislatore chiede che la continuazione dell'attività d'impresa disposta con la sentenza del fallimento, non rechi pregiudizio al ceto creditorio: l'esercizio provvisorio non potrà quindi essere disposto tutte le volte in cui le somme, ricavabili dalla vendita dell'azienda senza esercizio provvisorio, siano superiori rispetto a quelle ottenibili con esercizio provvisorio.

La decisione di disporre l'esercizio provvisorio spetta agli organi della procedura, ovvero:

- al Tribunale, contestualmente alla dichiarazione di fallimento
- al Giudice Delegato, quando la procedura è già stata avviata, su proposta del Curatore previo parere favorevole del Comitato dei Creditori.

ESERCIZIO PROVVISORIO	
TRIBUNALE	Contestualmente alla dichiarazione di fallimento
GIUDICE DELEGATO	Su proposta del Curatore, previo parere del Comitato dei Creditori

Tabella 4: Esercizio provvisorio: a chi spetta la decisione di disporlo

cui all'articolo 104- ter su proposta del curatore, il giudice delegato, previo parere favorevole del comitato dei creditori, autorizza l'affitto dell'azienda del fallito a terzi anche limitatamente a specifici rami quando appaia utile al fine della più proficua vendita dell'azienda o di parti della stessa.”

⁸⁸ C. CECHELLA, *Il diritto fallimentare riformato*, in *I manuali di guida al diritto*, Milano, 2007

Ai sensi dell'art. 104, comma 1, della legge fall., quanto l'autorizzazione da parte del Tribunale stabilisce che l'esercizio provvisorio può essere disposto anche delimitatamente a singoli rami d'azienda, se dall'interruzione può derivare un danno grave.⁸⁹

Quanto all'autorizzazione da parte del Giudice Delegato, si noti come anche la nuova disciplina⁹⁰ richiede il previo parere favorevole del comitato dei creditori. Del resto non poteva essere diversamente, dal momento che la legge delegante aveva esplicitamente indicato al legislatore delegato di *“modificare la disciplina della continuazione temporanea dell'esercizio dell'impresa ampliando i poteri del comitato dei creditori e del curatore”*.

L'art. 104, comma 3, legge fall. stabilisce infatti che durante il periodo di esercizio provvisorio, il comitato dei creditori, è convocato dal curatore, almeno ogni tre mesi, per essere informato sull'andamento della gestione e per pronunciarsi sull'opportunità di continuare l'esercizio.⁹¹ Se il comitato dei creditori non ravvisa l'opportunità di continuare l'esercizio provvisorio, il giudice delegato ne ordina la cessazione. Ogni semestre, o comunque alla conclusione del periodo di esercizio provvisorio, il curatore deve presentare un rendiconto dell'attività alla cancelleria. In ogni caso il curatore informa senza indugio il giudice delegato e il comitato dei creditori di circostanze sopravvenute che possono influire sulla prosecuzione dell'esercizio provvisorio.

89 Art. 104, comma 1, legge fall. *“Con la sentenza dichiarativa del fallimento, il tribunale può disporre l'esercizio provvisorio dell'impresa, anche limitatamente a specifici rami dell'azienda, se dalla interruzione può derivare un danno grave, purché non arrechi pregiudizio ai creditori.”*

90 La differenza con la vecchia disciplina, di cui all'art. 90, comma 2, legge fall. consiste nel fatto che ora l'istituto dell'esercizio provvisorio può essere autorizzato prima del decreto di esecutività dello stato passivo, e ad opera del comitato dei creditori (anziché del Tribunale).

91 Art. 104, comma 3, legge fall. *“Durante il periodo di esercizio provvisorio, il comitato dei creditori è convocato dal curatore, almeno ogni tre mesi, per essere informato sull'andamento della gestione e per pronunciarsi sull'opportunità di continuare l'esercizio.”*

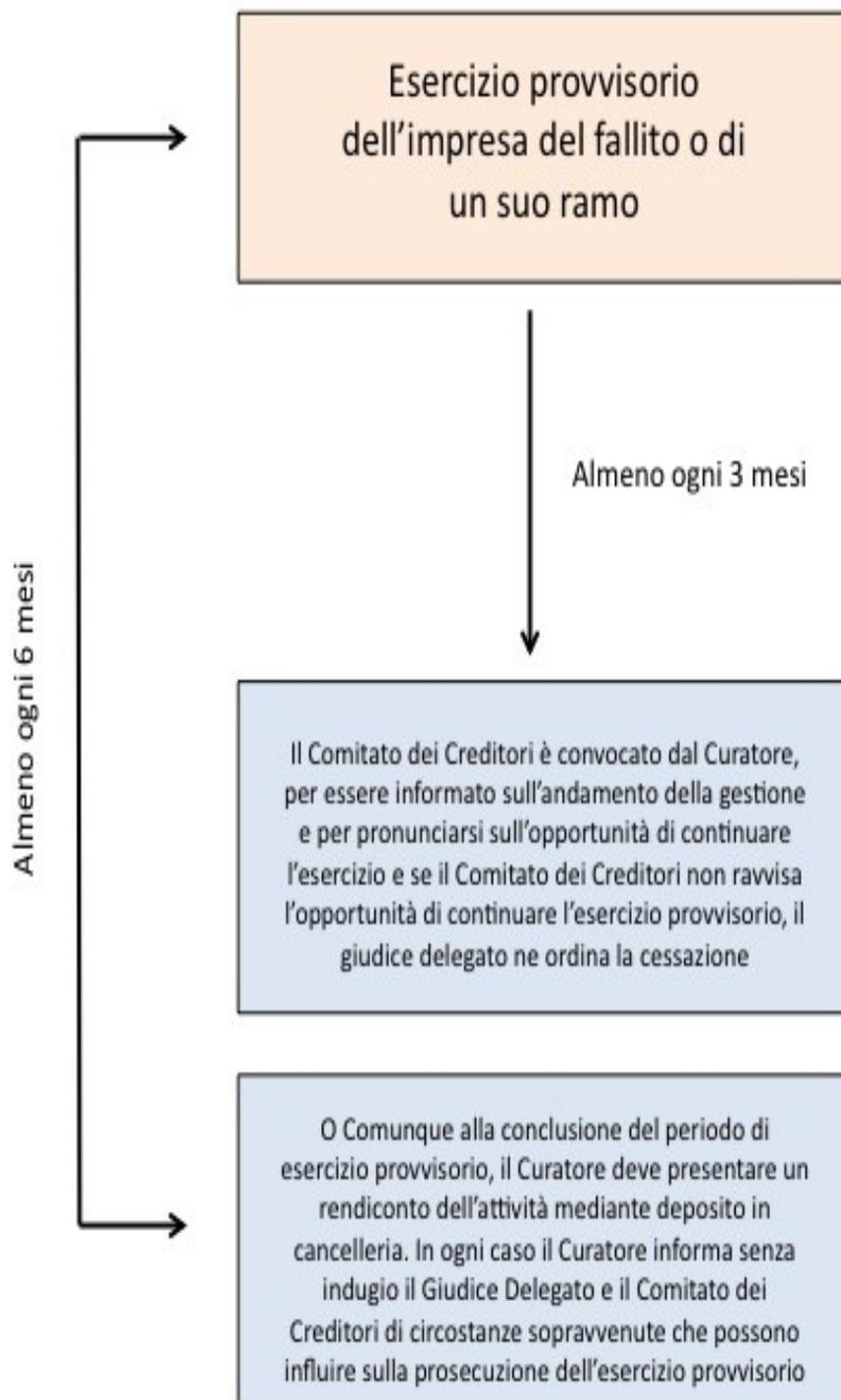


Tabella 5: Nello schema ho riportato le modalità di continuazione dell'esercizio provvisorio.

È rilevante come la continuazione dell'attività di impresa, richieda l'intervento determinante del comitato dei creditori, ciò si spiega per due motivi: intanto i creditori sono coloro che possono meglio valutare se l'esercizio provvisorio sia conforme ai loro interessi o quantomeno non li pregiudichi; in seconda battuta i crediti che sorgeranno durante l'esercizio provvisorio saranno crediti prededucibili, dovranno quindi essere soddisfatti prima dei crediti concorsuali per l'intero valore, nei limiti dell'attivo fallimentare (art. 111, comma 1, legge fall.).

Indipendentemente dalla volontà dei creditori la facoltà di cessare la continuazione temporanea dell'attività, secondo quanto stabilito dall'art. 104⁹² può essere ordinata in ogni momento anche da parte del Tribunale, qualora ne ravvisi l'opportunità, sentito prima il curatore e il comitato dei creditori; la decisione viene presa con decreto non impugnabile.

Nel corso dell'esercizio provvisorio, la gestione dell'impresa spetta al curatore nonostante il fallito conservi la titolarità dell'impresa, grazie ad una vera e propria modificazione soggettiva quasi paragonabile alla rappresentanza.⁹³ Il curatore pone in essere tutti gli atti necessari alla liquidazione del patrimonio, i cui effetti saranno da ascrivere al patrimonio del fallito assoggettato al ricorso.⁹⁴

La riforma del 2006 ha ampliato di molto l'autonomia del curatore; l'art. 35, comma 1, della legge fall. infatti prevede che per le *“le riduzioni di crediti, le transazioni, i compromessi, le rinunzie alle liti, le ricognizioni di diritti di terzi, la cancellazione di ipoteche, la restituzione di pegni, lo svincolo delle cauzioni, l'accettazione di eredità e donazioni”* e per *“gli atti di straordinaria amministrazione”* il curatore non ha la necessità di avere l'autorizzazione da parte del Giudice Delegato, ma sarà necessaria la sola autorizzazione del Comitato dei Creditori. Quanto appena detto, varrà solo nel caso in cui gli atti non superino il valore di cinquantamila euro. Nel caso in cui superassero questa soglia e nel caso delle transazioni (a prescindere dal loro valore) il curatore sarà tenuto a

92 Art. 104, comma 7, legge fall. *“Il tribunale può ordinare la cessazione dell'esercizio provvisorio in qualsiasi momento laddove ne ravvisi l'opportunità, con decreto in camera di consiglio non soggetto a reclamo sentito il curatore ed il comitato dei creditori.”*

93 A. CAIAFA, *Nuovo diritto delle procedure concorsuali*, Padova, 2006

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

informare preventivamente il Giudice Delegato, a meno che l'operato non fosse già incluso in un programma di liquidazione approvato.⁹⁵ Ai sensi di quanto detto è quindi da ritenere superflua l'autorizzazione per il compimento di ogni singolo atto di gestione.

Rivolgendo ora l'attenzione alla sorte dei rapporti di lavoro pendenti alla data di dichiarazione di fallimento, lo stesso articolo, al comma 8, stabilisce che durante l'esercizio provvisorio i contratti pendenti proseguono, anche quelli per i quali è stato previsto lo scioglimento automatico in caso di fallimento, a meno che il curatore non voglia scioglierli o sospenderne l'esecuzione.⁹⁶ Tale disposizione rappresenta un'eccezione alla regola generale, prevista dall'art. 72 della legge fall. il quale prevede la sospensione dei rapporti giuridici pendenti.

Nonostante l'automaticità della prosecuzione dei rapporti, il curatore ha comunque l'obbligo di informare i lavoratori che rimarranno alle dipendenze della procedura, e non più dell'imprenditore fallito, senza soluzione di continuità.

Nel caso in cui, l'esercizio provvisorio venga autorizzato "*limitatamente a specifici rami d'azienda*" il curatore subentrerà solo su quei contratti che fanno parte di quel ramo d'azienda, con conseguente risoluzione dei rapporti di lavoro relativi ai rami la cui attività si interrompe.

In conseguenza matureranno in prededuzione a partire dalla data di dichiarazione del fallimento le obbligazioni retributive⁹⁷, quelle previdenziali⁹⁸ ed anche quelle aventi ad oggetto il versamento delle ritenute IRPEF sulle retribuzioni erogate, in quanto per effetto dell'art. 37 del d. legge n. 223 del 2006 il curatore è divenuto sostituto d'imposta.⁹⁹

Dalla prededuzione dei crediti di lavoro dei dipendenti deriva la necessità, da parte del curatore, di consegnare al lavoratore il prospetto paga della retribuzione maturata¹⁰⁰, nonché dovrà versare le trattenute e i contributi calcolati sulle retribuzioni pagate, e

95 Ai sensi dell'art. 104 *ter*, comma 5, legge fall. "*l'approvazione del programma di liquidazione tiene luogo delle singole autorizzazioni eventualmente necessarie ai sensi della presente legge per l'adozione di atti o l'effettuazione di operazioni inclusi nel programma*"

96 Art. 104, comma 8, legge fall. "*Durante l'esercizio provvisorio i contratti pendenti proseguono, salvo che il curatore non intenda sospenderne l'esecuzione o scioglierli.*"

97 Che il curatore dovrà assolvere in prededuzione, solo per la parte maturata nel tempo successivo alla dichiarazione di fallimento, quali "*debiti contratti per l'amministrazione del fallimento e per la continuazione dell'esercizio dell'impresa*" ai sensi dell'art. 111, comma 1, n.1, della legge fall, vigente per i crediti derivanti da stipendi arretrati alla data del fallimento il regime di privilegio stabilito dall'art. 2751

presentare telematicamente il modello DM10 con cadenza mensile.

Gli eventuali ritardi del curatore nell'adempimento delle proprie obbligazioni retributive e previdenziali non possono essere sanzionati attraverso il riconoscimento di interessi moratori, e del maggior danno recato al creditore in base all'art. 1124, comma 2, del c.c. In quanto nella procedura fallimentare non è configurabile *mora* intesa come ritardo colpevole: la mora è incompatibile con il carattere satisfattivo delle procedure fallimentari, come è incompatibile con i tempi e le modalità previste per i pagamenti nonché con i rimedi a eventuali ritardi e irregolarità che la legge fallimentare riconosce ai creditori.¹⁰¹ quindi, in base a questo principio affermato dalla giurisprudenza, sembra potersi escludere il diritto del creditore prededucibile di pretendere dal fallimento gli interessi di mora e id il maggior danno da svalutazione monetaria, nel caso che il tardivo pagamento sia dovuto a fatto non imputabile agli organi della procedura, e cioè a mancanza di liquidità o a liquidità insufficiente a pagare il credito prededucibile per la presenza di altri crediti di grado anteriore.

Se l'esercizio provvisorio viene disposto in data successiva alla dichiarazione di fallimento, la sospensione dell'esecuzione dei contratti pendenti¹⁰² è applicabile fino al momento in cui l'esercizio provvisorio non viene autorizzato dal Giudice Delegato. Da questo momento la prosecuzione dei rapporti di lavoro si avvierà automaticamente con effetto retroattivo, sino alla data di dichiarazione del fallimento, sempre che il curatore non decida di sciogliere il rapporto.

Il curatore, infatti, accettato l'incarico effettua le prime verifiche e qualora non ravvisi essere conveniente procedere con la continuazione dell'attività, è nella sua responsabilità provocare la cessazione di essa convocando il comitato dei creditori.

Il curatore con queste prime valutazioni, qualora non decidesse di provocare la cessazione

bis, n. 1, c.c., per il pagamento dei quali i lavoratori dovranno insinuarsi al passivo fallimentare.

98 Con riferimento agli adempimenti previdenziali va ricordato che il curatore subentrando all'imprenditore fallito solo da un punto di vista gestorio, è tenuto a rispondere solamente agli adempimenti da effettuare in connessione con l'esercizio provvisorio, ma non anche degli inadempimenti amministrativi che facevano capo all'imprenditore fallito nel periodo precedente alla dichiarazione dello stato di insolvenza. Cass. 14 settembre 1991, n. 9605, in Giust. Civ., 1992, I, P. 999

99 Art. 23, co. 1, D.P.R. n. 600/1973, così come modificato dall'art. 37, D.L. n. 223/2006, convertito con L. N. 248/2006, stabilisce che il curatore è sostituito d'imposta.

100 Ai sensi dell'art. 1, L. 5 gennaio 1953, n. 4: "È fatto obbligo ai datori di lavoro di consegnare, all'atto

dell'attività, dovrà decidere in quali rapporti subentrare e in quali no.

È ora opportuno evidenziare quali rapporti possono essere considerati “rapporti giuridici pendenti”. Si possono considerare rapporti giuridici pendenti tutti i rapporti che il curatore trova perfezionati, ma non ancora esauriti, alla data della sentenza di fallimento; si deve quindi trattare di rapporti in corso di esecuzione, a prescindere dall'esistenza di contratti preliminari da cui deriva l'obbligo di costituire i rapporti stessi.¹⁰³ non sarebbe infatti opponibile al curatore un preliminare avente per oggetto l'obbligo di costituire un rapporto, dato che la volontà di costituire questo rapporto deriverebbe da un soggetto diverso: l'imprenditore fallito.

Non sono da annoverare nella categoria di rapporti pendenti nemmeno quei rapporti nei quali l'obbligazione di una delle parti sia già totalmente adempiuta; in questo caso rimarrebbe solo un debito al quale non resta che provvedervi. Se l'inadempimento deriva dalla controparte, quindi l'imprenditore fallito è adempiente, il curatore ha diritto di pretendere la controprestazione; viceversa, se l'inadempimento deriva dal fallito, la controparte non potrà che pretendere la controprestazione secondo il principio del concorso tra i creditori.

La giurisprudenza¹⁰⁴, a riguardo, ha affermato che per stabilire che al momento della dichiarazione di fallimento il contratto sia stato eseguito da entrambe le parti, dovranno considerarsi le “obbligazioni fondamentali e tipiche che a ciascuna di esse derivano dal negozio”, non rilevando le prestazioni accessorie.¹⁰⁵

Come si è già avuto modo di accennare in questo paragrafo, la cessazione dell'esercizio provvisorio può avvenire dallo stesso provvedimento che lo autorizza oppure dalla decisione del Tribunale o del Comitato dei Creditori, che lo ritengano opportuno.

Una volta intervenuta la cessazione dell'esercizio provvisorio, il curatore dovrà procedere

della corresponsione della retribuzione, ai lavoratori dipendenti, con esclusione dei dirigenti, un prospetto di paga in cui devono essere indicati il nome, cognome e qualifica professionale del lavoratore, il periodo cui la retribuzione si riferisce, gli assegni familiari e tutti gli altri elementi che, comunque, compongono detta retribuzione, nonché, distintamente, le singole trattenute.”

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

102 Disposta dall'art. 72 della legge fall.

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

104 Cass., 14 febbraio 2001, n. 2104

105 Quindi in caso di vendita la prestazione dovrà ritenersi eseguita solo quando sia avvenuto il

ala risoluzione dei rapporti di lavoro ancora pendenti nei quali è subentrato. Ai sensi dell'art. 104, comma 1, della legge fall. infatti *“al momento della cessazione dell'esercizio provvisorio si applicano le disposizioni di cui alla Sezione IV del Capo III del Titolo II”*, e quindi si applica anche il principio generale stabilito dall'art. 72 della legge fall..

Al cessare dell'esercizio provvisorio il curatore dovrà quindi comunicare a tutti i dipendenti ancora in forza alla procedura lo scioglimento dei contratti di lavoro ¹⁰⁶.

La comunicazione dei licenziamenti ai dipendenti dovrà avvenire nel rispetto di quanto stabilito:

- dalla legge 15 luglio 1966, n. 604, nel caso in cui il numero dei dipendenti da licenziare non sia superiore a 15
- dalla legge 23 luglio 1991, n. 223, nel caso in cui il numero dei dipendenti da licenziare sia superiore a 15.

In entrambi i casi sopra citati il curatore è tenuto a recedere dal contratto nel rispetto del termine di preavviso previsto dall'art. 2118 c.c. ¹⁰⁷. Nel caso in cui sia stata prevista e fissata una data per il termine dell'esercizio provvisorio e questo termine sia sufficientemente ampio, il curatore potrà intimare la risoluzione dei rapporti facendo coincidere la fine del periodo di preavviso con il termine dell'attività produttiva. ¹⁰⁸

Lo stesso non può dirsi nel caso in cui venga pronunciata la cessazione dell'esercizio provvisorio da parte del Tribunale o del Comitato dei Creditori.

In ogni caso, comunque, il mancato rispetto dei termini di preavviso fa sorgere nei confronti del lavoratore dipendente un credito prededucibile, il cui pagamento è assoggettato alle regole dell'art. 111 della legge fall.

Diversamente dall'indennità di preavviso, che come abbiamo appena visto il curatore è tenuto ad assolvere ai sensi dell'art. 2118 c.c. Integralmente in prededuzione, discorso

trasferimento di proprietà e la consegna della cosa all'acquirente prima del fallimento, sarà invece irrilevante (in quanto prestazione accessoria) se siano stati consegnati i titoli e i documenti relativi al diritto trasferito o che non si sia provveduto alla riproduzione del negozio in forma di atto pubblico.

106 Ai sensi del combinato disposto dagli art. 104, ultimo comma, e 72 della legge fall.; salvo che non ricorrano i presupposti per l'applicazione della CIGS.

107 Art. 2118 c.c. ai sensi del quale: *“Ciascuno dei contraenti può recedere dal contratto di lavoro a tempo indeterminato, dando il preavviso nel termine e nei modi stabiliti [dalle norme corporative], dagli usi o secondo equità. In mancanza di preavviso, il recedente è tenuto verso l'altra parte a un'indennità equivalente all'importo della retribuzione che sarebbe spettata per il periodo di preavviso. La stessa*

diverso vale per il trattamento di fine rapporto, che costituisce una forma di retribuzione differita a scopo di previdenza.¹⁰⁹

Ai sensi dell'art. 2120 c.c. il suddetto trattamento deve essere corrisposto “in ogni caso di cessazione del rapporto di lavoro subordinato”, ma tale norma non si preoccupa di individuare il momento esatto in cui il lavoratore maturi tale diritto al trattamento.¹¹⁰

Infine, il principio di frazionabilità del trattamento di fine rapporto desumibile dalle sue modalità di calcolo (per cui il differimento concerne solo il tempo dell'adempimento di un'obbligazione già maturata) comporta che il curatore dovrà calcolare e corrispondere al lavoratore in prededuzione soltanto la quota di t.f.r. Maturata durante l'esercizio provvisorio o il tempo di continuazione dell'attività d'impresa.

3.2. *Il trasferimento dell'azienda o di un suo ramo*

La fisionomia del trasferimento d'azienda ha subito nel corso degli anni degli incisivi mutamenti, diventando più estesa e, quindi, più labile; di conseguenza più labili sono anche le tutele che l'accompagnano, per l'estensione dei margini di deroga.

L'evoluzione normativa sul trasferimento d'azienda è volto ad accreditare la distinzione tra il trasferimento d'azienda ai fini laburistici, disciplinato dall'art. 2112 c.c., e quello ai fini commercialistici, contemplato dall'art. 2558 c.c..

I giudici nazionali, per molto tempo, sono stati legati a una nozione commercialistica dell'azienda¹¹¹ attribuendo un valore decisivo al trapasso dei beni, attraverso il quale veniva esercitata l'attività d'impresa.

Secondo la visione tradizionale, si ha trasferimento d'azienda, quando l'oggetto del

indennità è dovuta dal datore di lavoro nel caso di cessazione del rapporto per morte del prestatore di lavoro.”

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

109 E. GHERA, *Diritto del lavoro*, Bari, 2000

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

111 Art. 2555 c.c. ai sensi del quale: “*L'azienda è il complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa*”

trasferimento sia costituito da un complesso di beni idoneo a consentire l'inizio o la prosecuzione dell'attività imprenditoriale; l'alienazione totale o parziale dei beni aziendali non comporta, quindi, sempre e necessariamente il contemporaneo trasferimento d'azienda potendo questa continuare l'attività con altri beni e servizi.¹¹²

Ne deriva che, in caso di alienazione di tutti gli elementi concorrenti alla formazione dell'azienda, il giudice di merito, attraverso un'indagine sottratta al controllo di legittimità se adeguatamente motivata, deve accertare quale sia stato, secondo la volontà dei contraenti, l'oggetto specifico del contratto, per valutare se i beni ceduti siano stati considerati nella loro individualità autonoma o non piuttosto nella loro funzione unitaria e strumentale.¹¹³

A questo orientamento sono state apportate delle modifiche introdotte con il d. lgs. 18 del 2001 che ha inserito ai fini lavoristici una apposita nozione di trasferimento nell'art. 2112, comma 5, ai sensi del quale si intende *“per trasferimento d'azienda qualsiasi operazione che, in seguito a cessione contrattuale o fusione, comporti il mutamento nella titolarità di un'attività economica organizzata, con o senza scopo di lucro, preesistente al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità a prescindere dalla tipologia negoziale o dal provvedimento sulla base del quale il trasferimento è attuato ivi compresi l'usufrutto o l'affitto di azienda”*.

Ora c'è una nozione lavoristica di azienda, che non trova più il suo diretto referente nella nozione restrittiva e patrimonialistica di azienda di cui all'art. 2555 c.c. ma che si riferisce al concetto di impresa di cui all'art. 2082 c.c..¹¹⁴

La giurisprudenza in tal senso ha precisato che la nozione di trasferimento d'azienda deve essere interpretata in maniera più ampia e secondo criteri meno materialistici, così da considerare come “attività economica” da trasferire, anche i soli lavoratori che per essere stati addetti a un ramo d'azienda e per aver acquisito determinate capacità, siano in grado di svolgerle autonomamente anche presso un nuovo datore di lavoro.¹¹⁵

La ricostruzione di cui sopra, della nozione di trasferimento d'azienda trova conferma

¹¹² E. BARRACO, *Il trasferimento d'azienda*, in *Lavoro nella Giurisprudenza*, 2013

¹¹³ Cass., 17 dicembre 1994, n. 10828

¹¹⁴ Art. 2082, c.c. ai sensi del quale: *“E' imprenditore chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi.”*

¹¹⁵ Cass. 22 luglio 2002, n. 10701

anche a fronte della nuova nozione di trasferimento d'azienda, dettata dall'art. 32 della legge Biagi ¹¹⁶ secondo la quale “*si intende per trasferimento d'azienda qualsiasi operazione che, in seguito a cessione contrattuale o fusione, comporti il mutamento nella titolarità di un'attività economica organizzata, con o senza scopo di lucro, preesistente al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità a prescindere dalla tipologia negoziale o dal provvedimento sulla base dei quali il trasferimento è attuato ivi compresi l'usufrutto o l'affitto di azienda.*”

In un contesto produttivo come il nostro, infatti, può assumere relativa importanza il complesso degli elementi patrimoniali una volta ritenuti idonei a identificare l'azienda, assumendo invece ora importanza l'aspetto organizzativo della forza lavoro. Si pensi infatti a settori *labour intensive*, come ad esempio all'attività di consulenza, al marketing, alla elaborazione di dati ecc.; in questi settori l'incidenza del capitale può dirsi inesistente e può non essere incidente al fine di determinare il complesso produttivo aziendale.

Ora, attraverso una sintesi della giurisprudenza, si cercherà di fornire una nozione più concreta di trasferimento d'azienda.

Si ritiene che il trasferimento d'azienda ricorra tutte le volte in cui, fermo restando l'organizzazione del complesso dei beni destinati all'esercizio dell'impresa, si abbia la sostituzione della persona del titolare, qualunque sia il mezzo tecnico-giuridico attraverso il quale tale sostituzione si attua.

Il mezzo tecnico utilizzato dalle parti è dunque irrilevante ai fini del trasferimento, perché quel che conta è la sostituzione della titolarità d'impresa da un soggetto ad un altro. ¹¹⁷

Viene pure esclusa dalla giurisprudenza la necessità di un legame contrattuale diretto tra imprenditore cedente e cessionario. È stata così riconosciuta la sussistenza di trasferimento anche quando un'impresa, subentrando ad un'altra nei contratti di franchising e di locazione commerciale dell'immobile sede dell'attività, continui la stessa attività, impiegando lo stesso personale, utilizzando gli stessi beni materiali forniti dal cedente. ¹¹⁸

Ai fini del riconoscimento della fattispecie del trasferimento d'azienda non è quindi necessaria l'esistenza di rapporti contrattuali diretti tra il cedente e cessionario, atteso che

116 Emanata con il d.lgs. n. 276 del 2003

117 Cass., 1 ottobre 2012, n. 16641

118 Cass., 27 dicembre 1998, n. 2200

la cessione può essere effettuata anche per effetto dell'intermediazione di un terzo.

Questo principio è giustificabile dal fatto che i dipendenti dell'impresa che cambia imprenditore, senza che vi sia trasferimento di proprietà, si trovano in una situazione analoga a quella dei dipendenti dell'impresa venduta ed hanno quindi bisogno di una tutela equivalente.

Lo stesso trasferimento d'azienda non sussiste invece, nel caso di esercizio successivo da parte di due imprese, nella stessa attività senza che avvenga il trasferimento della struttura organizzativa.¹¹⁹

É stata esclusa dalla giurisprudenza la configurabilità di trasferimento d'azienda, nella fattispecie in cui un imprenditore subentri in un appalto, con la propria organizzazione, precedentemente affidato ad un altro imprenditore. La fattispecie di cessazione di un appalto di servizi in capo ad un'impresa a cui fa seguito la successione a questa di un'altra impresa che svolgerà lo stesso servizio e in virtù di un nuovo contratto d'appalto, non integra gli estremi del trasferimento.¹²⁰ Questa soluzione è stata recepita dal legislatore nazionale, di fatti l'art. 29, comma 3, del d.lgs. n. 276 del 2003 stabilisce che *“L'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di un nuovo appaltatore, in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro, o di clausola del contratto d'appalto, non costituisce trasferimento d'azienda o di parte d'azienda.”*

Si riscontra esserci trasferimento d'azienda, invece, nelle ipotesi di successione dell'appalto di servizi quando si ha il passaggio di beni di una notevole entità, tale da rendere possibile lo svolgimento di una specifica impresa.¹²¹

La normativa italiana riguardante la tutela dei rapporti di lavoro in caso di trasferimento d'azienda dipende in misura rilevante dagli interventi legislativi comunitari che a partire dagli anni '70 hanno a più riprese dettato le linee guida necessarie al riavvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia.

Il primo di essi è la direttiva comunitaria n. 77/187/CEE del 14 febbraio 1977 ai sensi della quale affinché si abbia trasferimento di impresa assume rilievo la nozione di *entità economica*. La nozione di entità economica si richiama ad un complesso organizzato di

¹¹⁹ Cass., 1 ottobre 2012, n. 16641

¹²⁰ Cass., 20 novembre 1997, n. 11575

¹²¹ Cass., 2 marzo 2012, n. 3301

persone e di elementi che consentono l'esercizio di attività economica.

L'entità oggetto del trasferimento deve, successivamente al medesimo, conservare la propria identità da accertarsi in base al complesso delle circostanze di fatto che caratterizzano la specifica operazione. Gli indici rilevatori della entità economica sono:

- la cessione di elementi materiali
- trasferimento della clientela
- riassunzione della maggior parte del personale
- grado di analogia tra le attività esercitate.

La mera circostanza invece, che i servizi prestati dal precedente cedente siano analoghi a quelli prestati dal nuovo cessionario non consente di concludere nel senso che sussista il trasferimento di un'unità del genere.

Da ultimo, in ambito europeo è intervenuta la direttiva 12 marzo 2001, n. 23 alla quale l'ordinamento interno si è adeguato in due tappe: prima con la legge delega 14 febbraio 2003, n. 30 in materia di occupazione e di mercato del lavoro, poi con l'art. 32 del d. lgs. 10 settembre 2003, n. 276 ad opera del quale c'è stato il *restyling* dell'art. 2112 c.c.. Si è giunti ora a ricomprendere tra le operazioni assimilate al trasferimento d'azienda anche la cessione contrattuale e la fusione e ad estendere l'applicazione della normativa al trasferimento di parte dell'azienda intesa come *“articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata, identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento”*, ai sensi dell'art. 2112, comma 5, come modificato dall'art. 32, d. lgs. n. 276/2003.

La giurisprudenza aveva da tempo chiarito come la disciplina garantistica di cui all'art. 2112 c.c. si applicasse non solo nel caso di trasferimento dell'intera azienda, ma anche nell'ipotesi di trasferimento di una parte soltanto della stessa.¹²²

Così con la sentenza di Cass. 14 dicembre 1998, n. 12554, veniva affermato che la disciplina dettata dall'art. 2112 c.c. non trovava applicazione solo nel caso di trasferimento dell'intera azienda ma anche quando venivano trasferite singole unità produttive idonee a costituire un completo strumento d'impresa, dal momento che un'azienda può essere

122E. BARRACO, *Il trasferimento d'azienda*, in *Lavoro nella Giurisprudenza*, 2013

suddivisa in più complessi organizzati di beni ciascuno dei quali è autonomo rispetto all'originaria struttura unitaria. Eventuali dubbi sulla congruità di tale interpretazione sono stati spazzati via dalla novella del 2001, che ha esteso la disciplina ex art. 2112 c.c. anche al trasferimento di un ramo dell'azienda, inteso come articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata, preesistente come tale al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità.¹²³

Si può quindi configurare come trasferimento di ramo d'azienda la cessione di singole unità produttive della stessa azienda, purché, abbiano una propria autonomia organizzativa e funzionale anche se una volta inserite nell'impresa cessionaria restino assorbite, integrate e riorganizzate nella più ampia struttura di quest'ultima, dovendosi però accertare se i beni ceduti siano stati considerati nella loro autonomia individualità o non piuttosto nella loro funzione unitaria e strumentale.¹²⁴

La possibilità di identificare il ramo di azienda secondo i criteri dell'identità funzionale e della preesistenza sembra però essere stata modificata dall'art. 32, del d. lgs. n. 276 del 2003, al comma 5 dell'art. 2112 c.c..

Riportando per chiarezza espositiva, il comma 5, dell'art. 2112 c.c. (modificato dal d. lgs. n. 276 del 2003) risulta che *“Ai fini e per gli effetti di cui al presente articolo si intende per trasferimento d'azienda qualsiasi operazione che, in seguito a cessione contrattuale o fusione, comporti il mutamento nella titolarità di un'attività economica organizzata, con o senza scopo di lucro, preesistente al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità a prescindere dalla tipologia negoziale o dal provvedimento sulla base del quale il trasferimento è attuato ivi compresi l'usufrutto o l'affitto di azienda. Le disposizioni del presente articolo si applicano altresì al trasferimento di parte dell'azienda, intesa come articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata, identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento.”*. La norma sembrerebbe consentire al cedente e cessionario di identificare il ramo d'azienda anche al momento del suo trasferimento, quindi indipendentemente dal requisito della “preesistenza”, al contrario di quanto consentito dal previgente testo dell'art.

¹²³ Cass., 14 dicembre 1998, n. 12554

¹²⁴ Cass., 12 luglio 2012, n. 10193

2112 (modificato dal d lgs. n. 18 del 2001) ai sensi del quale il ramo d'azienda veniva individuato dalla legge quale “ *attività economica organizzata, con o senza scopo di lucro, al fine dello scambio di beni o servizi, preesistente al trasferimento che conserva nel trasferimento la propria identità*”.

Alla luce di quanto detto, il legislatore sembra quindi aver indicato chiaramente che il requisito dell'autonomia funzionale può venire valutato e indicato dal cedente e dal cessionario dell'azienda.

La nozione di trasferimento di ramo d'azienda, negli ultimi anni, è stata al centro di un complesso dibattito dottrinale e giurisprudenziale, rappresentando uno dei temi di più stringente attualità nel panorama lavoristico italiano.

La novella del 2003 non ha contribuito a risolvere i problemi, anzi, prevedendo che i requisiti della preesistenza e della conservazione dell'identità del trasferimento venissero soppressi, e prevedendo che l'articolazione funzionalmente autonoma possa essere identificata dal cedente e dal cessionario al momento del trasferimento ha creato delle sottili problematiche di coesistenza tra il perdurare del carattere inderogabile dell' art. 2112 c.c. e l'ampia autonomia negoziale riconosciuta dalle parti.

Molto spesso le imprese si servono dello strumento del trasferimento del ramo d'azienda per realizzare processi di *outsourcing*¹²⁵, con la conseguente difficoltà di trovare un punto di equilibrio tra le esigenze di flessibilità delle imprese e e la tutela dei lavoratori addetti a quel ramo, onde evitare un'espulsione selettiva dei lavoratori di quel ramo dall'impresa, senza rispettare le relative procedure.

Infatti la nuova formulazione dell'art. 2112 c.c., sopprimendo il requisito della preesistenza, sembra aver ampliato di molto il raggio d'azione dell'autonomia privata dando la possibilità ai soggetti imprenditori di individuare la parte di azienda da trasferire. Soppresso quindi il requisito della preesistenza e quello della conservazione dell'identità sembrerebbe che il cedente, in accordo con il cessionario possa al momento del trasferimento incorporare attività eterogenee che nella sua organizzazione aziendale erano prive di una vita propria, non avendo uno statuto organizzativo di una vera e propria unità

¹²⁵ Il transfer outsourcing è la manifestazione di una diffusa tendenza allo snellimento dell'impresa, e sta a indicare la strategia di un'impresa che trasferisce al fornitore del servizio cui è interessata la proprietà del ramo di azienda, prima preposto alla effettuazione di quel medesimo servizio.

produttiva preesistente.¹²⁶

L'abbondante giurisprudenza¹²⁷ formatasi sul caso Ansaldo, ha permesso sul tema di concludere che:

- il ramo d'azienda deve avere una propria autonomia funzionale, nel senso che deve essere dotato di autonomia e non deve, al contrario, rappresentare il prodotto dello smembramento di frazioni non autosufficienti e coordinate tra di loro;
- la parte di azienda è un'unità produttiva dove l'autonomia funzionale deve essere considerata autonomia sotto il profilo organizzativo, gestionale e per il carattere produttivo, di modo da associare al ramo d'azienda una identità e una vita propria, separabile dal complesso aziendale generale;
- si conferma il principio giurisprudenziale di assimilazione tra azienda e ramo d'azienda, differenziato solo sotto il profilo quantitativo.

Si può desumere, allora, da quanto appena esposto che non ci dovrebbe essere nessuna differenza qualitativa tra il ramo d'azienda e l'azienda nel suo complesso, dato che il ramo per essere ceduto sfruttando l'automatismo del passaggio dei lavoratori ad esso addetti, deve essere una vera e propria unità produttiva in grado di funzionare autonomamente come una “piccola azienda”.

Dal momento che l'attività del ramo d'azienda trasferito continua, i lavoratori del ramo d'azienda ceduto potrebbero essere interessati ad opporsi alla cessione scegliendo di continuare a rimanere alle dipendenze del cedente, proseguendo la propria attività lavorativa in un ramo d'azienda escluso dal trasferimento.

Le motivazioni di tale scelta potrebbero risiedere in condizioni lavorative peggiorative date dal nuovo datore di lavoro o insufficienti garanzie date dal medesimo.

Dottrina e giurisprudenza si sono pertanto chiesti se, in presenza di trasferimento di ramo d'azienda, era data ai lavoratori la possibilità di opporsi a tale trasferimento e rimanere alle dipendenze del cedente, invocando le garanzie di cui all'art. 1406 c.c.¹²⁸

126 E. BARRACO, *Il trasferimento d'azienda*, in *Lavoro nella Giurisprudenza*, 2013

127 Cass., 25 ottobre 2002, n. 15105; Cass., 23 ottobre 2002, n. 14961; Cass., 4 dicembre 2002, n. 17207; Cass., 14 dicembre 2002, n. 17919; Cass., 10 gennaio 2004, n. 206; Cass., 9 marzo 2005, n. 5138; Cass., 17 giugno 2005, n. 13068; Cass., 17 ottobre 2005, n. 20012; Cass., 2 ottobre 2006, n. 21287; Cass., 12 dicembre 2006, n. 26461; Cass., 6 giugno 2007, n. 13270

128 Art. 1406 c.c. ai sensi del quale “*Ciascuna parte può sostituire a sé un terzo nei rapporti derivanti da un*

La giurisprudenza ha negato l'esistenza di un simile diritto di opposizione: il trasferimento d'azienda può configurarsi, con riferimento alla posizione del lavoratore, come una successione legale di contratto che non richiedendo il consenso del lavoratore trasferito non può essere assimilato alla cessione negoziale per la quale questo consenso è l'elemento costitutivo della fattispecie di cui all'art. 1406 c.c..¹²⁹

L'esclusione dell'ipotizzato diritto di opposizione sembra trovare consenso anche nel novellato art. 2112¹³⁰ c.c. ai sensi del quale il lavoratore può dare le proprie dimissioni ai sensi dell'art. 2119, comma 1, c.c. solo nel caso in cui nei tre mesi successivi al trasferimento d'azienda le condizioni lavorative subiscono una sostanziale modifica. In questo caso la tutela prevista per il lavoratore è quella prevista dall'art. 2119, comma 1, c.c..¹³¹

È bene precisare che la giurisprudenza ravvisa la possibilità del lavoratore di opporsi al trasferimento solo quando questo non si verifichi riferendosi a una struttura aziendale priva di autonomia organizzativa e caratterizzata dall'estrema eterogeneità delle funzioni degli addetti, essendo così insuscettibile di assurgere ad unitaria "entità economica": in questo caso, secondo i giudici, ci si trova di fronte a una mera cessione di contratti di lavoro, che come tale richiede per il suo perfezionamento il consenso dei lavoratori ceduti.¹³²

La qualificazione come trasferimento d'azienda innesta l'applicazione della normativa speciale per esso dettata, e le regole di tutela collettiva, sussistendone i presupposti di applicazione a norma dell'art. 47 della legge n. 428 del 1990, " *quando si intenda effettuare, ai sensi dell'art. 2112 del codice civile, un trasferimento d'azienda in cui sono complessivamente occupati più di quindici lavoratori, anche nel caso in cui il trasferimento riguardi una parte dell'azienda, a norma del medesimo articolo 2112*".

Va innanzitutto sottolineato come il presupposto per l'applicazione di tale norma sia il

contratto con prestazioni corrispettive, se queste non sono state ancora eseguite, purché l'altra parte vi consenta."

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

130 Art. 2112 c.c., ai sensi del quale " *Il lavoratore, le cui condizioni di lavoro subiscono una sostanziale modifica nei tre mesi successivi al trasferimento d'azienda, può rassegnare le proprie dimissioni con gli effetti di cui all'articolo 2119, primo comma.*"

131 Art. 2119, comma 1, c.c. ai sensi del quale " *Ciascuno dei contraenti può recedere dal contratto prima della scadenza del termine, se il contratto è a tempo determinato, o senza preavviso, se il contratto è a tempo indeterminato, qualora si verifichi una causa che non consenta la prosecuzione, anche*

requisito dimensionale delle imprese coinvolte: la procedura trova infatti applicazione per i trasferimenti di aziende che occupino più di quindici dipendenti.¹³³ Questo requisito deve riguardare il numero di occupati nell'intero complesso aziendale, nonostante il ramo o la parte di azienda da trasferire non raggiungano la soglia indicata.

L'art. 47 della legge n. 428 del 1990, come modificato dal d. lgs. n. 18 del 2001, impone al cedente e al cessionario che intendano effettuare ai sensi dell'art. 2112 c.c. Un trasferimento d'azienda o di un ramo d'azienda, l'obbligo di esperire una procedura di informazione e consultazione con i sindacati. La procedura ha lo scopo di coinvolgere le organizzazioni che rappresentano i lavoratori nell'esame congiunto delle conseguenze occupazionali che potrebbero verificarsi a seguito della vicenda traslativa.

Titolari dell'obbligo di informazione, che grava su cedente e cessionario, sono innanzitutto le rispettive rappresentanze sindacali unitarie ovvero le rappresentanze sindacali aziendali costituite a norma dell'art. 19 dello Statuto dei Lavoratori.

Devono poi essere informati altresì i sindacati di categoria che hanno stipulato il contratto collettivo applicato nelle imprese interessate al trasferimento; in assenza di rappresentanze aziendali le informazioni vanno fornite ai sindacati di categoria comparativamente più rappresentativi, con la precisazione che tale onere può essere assolto dal cedente e dal cessionario per il tramite dell'associazione sindacale alla quale aderiscono o conferiscono mandato.¹³⁴

Quanto al contenuto, l'informazione deve riguardare, ai sensi del già citato art. 47, comma 1,¹³⁵ :

- la data o la data proposta del trasferimento;
- i motivi del programmato trasferimento d'azienda;
- le sue conseguenze giuridiche, economiche e sociali per i lavoratori;

provvisoria, del rapporto. Se il contratto è a tempo indeterminato, al prestatore di lavoro che recede per giusta causa compete l'indennità indicata nel secondo comma dell'articolo precedente"

132 Cass., 17 ottobre 2005, n. 20012

133 Nel caso di trasferimento di azienda di imprese in stato di insolvenza, il ricorso a tale procedura è necessario anche nel caso in cui il numero dei dipendenti sia inferiore a quindici.

134 E. BARRACO, *Il trasferimento d'azienda*, in *Lavoro nella Giurisprudenza*, 2013

135 Art. 47, comma 1, legge n. 428 del 1990 ai sensi del quale " *Quando si intenda effettuare, ai sensi dell'articolo 2112 del codice civile, un trasferimento d'azienda in cui sono occupati più di quindici lavoratori, l'alienante e l'acquirente devono darne comunicazione per iscritto, almeno venticinque*

– le eventuali misure previste nei confronti di questi ultimi.

A riguardo la giurisprudenza ha precisato che l'informazione deve essere tempestiva, completa e veritiera; deve essere così comunicata ai sindacati dal cedente e cessionario, ai sensi dell'art. 47, comma 1, almeno venticinque giorni prima che sia perfezionato l'atto da cui deriva il trasferimento o che “*sia raggiunta un'intesa vincolante tra le parti*”.

La procedura impone quindi che la comunicazione venga fatta prima della stipulazione di qualsiasi accordo, anche preliminare tra i soggetti interessati, così da risultare tardiva un'informazione data dopo la conclusione di un contratto preliminare o, addirittura, nel periodo tra la conclusione del contratto definitivo e la sua efficacia. Questo avviene perché la ratio della procedura, è proprio quella di consentire al sindacato di conoscere e discutere i programmi imprenditoriali con lo scopo di modificarli se necessario, o di dissuadere il potenziale acquirente.

La disposizione novellata impone l'attivazione delle procedure sindacali nella fase più delicata, ovvero nella fase delle trattative dove non solo si definiscono gli assetti economici dell'operazione, ma dove si giocano anche le sorti dei lavoratori coinvolti nel trasferimento.

Una volta inoltrata la comunicazione contenente i requisiti appena descritti, nel termine di sette giorni dall'informazione le rappresentanze sindacali o dei sindacati di categoria possono richiedere per iscritto un esame congiunto con cedente e cessionario, che sono obbligati ad avviarlo, entro sette giorni dal ricevimento della predetta richiesta.¹³⁶

Come espressamente previsto dalla norma di cui sopra, la consultazione si intende esaurita qualora, decorsi i dieci giorni dal suo inizio, non sia stato raggiunto nessun accordo. I soggetti interessati possono da questo momento, procedere liberamente alla realizzazione del loro programma.

giorni prima, alle rispettive rappresentanze sindacali costituite, a norma dell'articolo 19 della legge 20 maggio 1970, n. 300, nelle unità produttive interessate, nonché alle rispettive associazioni di categoria. In mancanza delle predette rappresentanze aziendali, la comunicazione deve essere effettuata alle associazioni di categoria aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale. La comunicazione alle associazioni di categoria può essere effettuata per il tramite dell'associazione sindacale alla quale aderiscono o conferiscono mandato. L'informazione deve riguardare: a) i motivi del programmato trasferimento d'azienda; b) le sue conseguenze giuridiche, economiche e sociali per i lavoratori; c) le eventuali misure previste nei confronti di questi ultimi.”

Il mancato o non corretto adempimento del cedente e del cessionario agli obblighi connessi alla procedura di consultazione e informazione costituisce condotta antisindacale, contro la cui legittimità i sindacati possono agire ai sensi dell'art. 28, legge n. 300 del 1970,¹³⁷ chiedendone “la cessazione e la rimozione degli effetti”.

Sulla scorta di quanto deciso dalla Suprema Corte¹³⁸, l'ipotetico mancato coinvolgimento del sindacato, costituisce comportamento che viola l'interesse del destinatario delle informazioni (il sindacato stesso) senza intaccare la validità del negozio traslativo che rimane valido e esplica tutti i suoi effetti, rimanendo per lo più inefficace sotto il profilo del trasferimento dei rapporti di lavoro, fino a quando i soggetti che ne sono tenuti non abbiano esperito in modo corretto la procedura.¹³⁹

Come espresso dalla Corte¹⁴⁰, si ritiene ammissibile solo l'azione del sindacato al quale spetta l'interesse di attivarsi per far rimuovere gli effetti del comportamento, ai sensi di quanto stabilito dall'art. 28 dello Statuto dei Lavoratori.

Nessuna tutela viene riconosciuta al singolo lavoratore per violazione della procedura.

3.2.1 Gli effetti del trasferimento d'azienda sul rapporto di lavoro

L'assetto delle garanzie individuali predisposte per i lavoratori coinvolti nel trasferimento d'azienda è articolato dall'art. 2112 c.c. in tre blocchi:

- la continuità del rapporto di lavoro e la conservazione dei diritti che ne discendono;¹⁴¹
- il regime di solidarietà passiva dei crediti vantati dai lavoratori al momento del

¹³⁶ Art. 47, comma 2, legge n. 428 del 1990 “ *Su richiesta scritta delle rappresentanze sindacali aziendali o dei sindacati di categoria, comunicata entro sette giorni dal ricevimento della comunicazione di cui al comma 1, l'alienante e l'acquirente sono tenuti ad avviare, entro sette giorni dal ricevimento della predetta richiesta, un esame congiunto con i soggetti sindacali richiedenti. La consultazione si intende esaurita qualora, decorsi dieci giorni dal suo inizio, non sia stato raggiunto un accordo. Il mancato rispetto, da parte dell'acquirente o dell'alienante, dell'obbligo di esame congiunto previsto nel presente articolo costituisce condotta antisindacale ai sensi dell'articolo 28 della legge 20 maggio 1970, n. 300.*”

¹³⁷ Art. 28, comma 1, legge n. 300 del 1970 ai sensi della quale “*Qualora il datore di lavoro ponga in*

trasferimento;¹⁴²

– l'obbligo del cessionario di applicare i trattamenti economici e normativi previsti dai contratti collettivi vigenti alla data del trasferimento.¹⁴³

La prima tutela e la più rilevante a favore dei lavoratori alle dipendenze del datore di lavoro che cede l'azienda, è quella che riguarda la continuazione dei rapporti di lavoro con il nuovo titolare dell'impresa. Non si tratta di un'assunzione obbligatoria, ma della semplice sostituzione automatica di un soggetto ad un'altro nella veste di titolare del rapporto di lavoro: il rapporto rimane quindi lo stesso.

Il lavoratore che voglia contestare la sussistenza della fattispecie dovrà entro il termine di sessanta giorni dalla data del trasferimento, procedere all'impugnazione stragiudiziale, provvedendo nei successivi centottanta giorni al deposito del ricorso.

L'art. 2112, comma 4, stabilisce che se il trasferimento comporta l'automatica continuazione dei rapporti di lavoro alle dipendenze del cessionario, con la conservazione per i lavoratori di “tutti i diritti che ne derivano” esso non può costituire motivo di licenziamento.¹⁴⁴ Salve dunque le ipotesi di dismissione o risoluzione consensuale, la continuazione del rapporto di lavoro è esclusa solo se il cedente intima un licenziamento validamente giustificato.

Questa tutela, tuttavia, può non operare nel caso in cui il lavoratore decida di rinunciare al posto di lavoro, il cedente decida di tenere uno o più lavoratori presso di sé o nel caso in cui venga stipulato un accordo sindacale derogatorio.

In tema di rinuncia da parte del lavoratore non è affetto da nullità l'atto stipulato dal lavoratore con la società datrice di lavoro, con il quale il lavoratore rinunci al diritto, garantito dall'art. 2112 c.c., di passare alle dipendenze dell'impresa cessionaria, dato che il

essere comportamenti diretti ad impedire o limitare l'esercizio della libertà e della attività sindacale nonché del diritto di sciopero, su ricorso degli organismi locali delle associazioni sindacali nazionali che vi abbiano interesse, il pretore del luogo ove e' posto in essere il comportamento denunciato, nei due giorni successivi, convoca le parti ed assume sommarie informazioni, qualora ritenga sussistente la violazione di cui al presente comma, ordina al datore di lavoro, con decreto motivato ed immediatamente esecutivo, la cessazione del comportamento illegittimo e la rimozione degli effetti”.

138 Cass., 4 gennaio 2000, n.23

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

diritto oggetto della rinuncia in questione deve ritenersi determinato ad attuale.¹⁴⁵

A riprova del fatto che il cedente può procedere alla soppressione di alcuni posti di lavoro prima del trasferimento di azienda, c'è il comma 6, dell'art. 47, legge n. 428 del 1990 il quale prevede a favore dei lavoratori licenziati il diritto di precedenza nelle assunzioni che il cessionario e il subentrante effettuino entro un anno dalla data del trasferimento, o entro il periodo maggiore stabilito dai contratti collettivi.¹⁴⁶ A riguardo, la giurisprudenza afferma che ai sensi dell'art. 47 della legge n. 428 del 1990 e dell'art. 2112 c.c. viene garantita al lavoratore la continuazione del rapporto e la salvaguardia dei diritti acquisiti, ma non il passaggio alle dipendenze dell'impresa cessionaria di tutti i lavoratori già addetti al ramo ceduto, cosicché l'esclusione di alcuni lavoratori avvenuta dal passaggio all'impresa cessionaria, prevista nell'accordo concluso dalle imprese interessate a seguito dell'espletamento a norma di legge della procedura di consultazione sindacale, non può tenersi lesiva dei diritti dei suddetti lavoratori.¹⁴⁷

Come è stato già accennato prima, un'ulteriore garanzia a favore dei lavoratori, prevista dall'art. 2112 c.c. consiste nell'applicazione da parte del cessionario degli stessi trattamenti economici e normativi previsti dai contratti collettivi alla data del trasferimento. L'obbligo rimane a carico del cessionario fino alla data della loro scadenza, ma viene fatta salva la possibilità che essi vengano sostituiti da altri contratti collettivi applicabili all'impresa del cessionario mediante accordi c.d. "di armonizzazione" o "di ingresso".¹⁴⁸

La giurisprudenza è volta a garantire ai lavoratori che passano alle dipendenze dell'impresa acquirente l'applicazione del contratto collettivo che regolava il rapporto passato (dell'impresa ceduta) solo nel caso in cui l'impresa acquirente non applichi nessun contratto collettivo, in caso contrario invece la contrattazione collettiva dell'impresa alienante è sostituita immediatamente con quella dell'impresa acquirente anche nel caso in cui

140 Cass., 13 novembre 2009, n. 24093

141 Ai sensi dell'art. 2112, comma 1, c.c. *"in caso di trasferimento d'azienda, il rapporto di lavoro continua con il cessionario ed il lavoratore conserva tutti i diritti che ne derivano."*

142 Ai sensi dell'art. 2112, comma 2, c.c. *"Il cedente ed il cessionario sono obbligati, in solido, per tutti i crediti che il lavoratore aveva al tempo del trasferimento."*

143 Ai sensi dell'art. 2112, comma 3, c.c. *"Il cessionario è tenuto ad applicare i trattamenti economici e normativi previsti dai contratti collettivi nazionali, territoriali ed aziendali vigenti alla data del trasferimento, fino alla loro scadenza, salvo che siano sostituiti da altri contratti collettivi applicabili all'impresa del cessionario. L'effetto di sostituzione si produce esclusivamente fra contratti collettivi del*

quest'ultima contenga condizioni peggiorative per l'acquirente.¹⁴⁹ La giurisprudenza quindi predilige una interpretazione meno rigida della norma, ma allo stesso tempo abbassa la soglia di tutela del lavoratore dato che prevede la possibilità che con il contratto collettivo successivo vengano introdotte modifiche *in peius*.

Comunque il lavoratore il cui rapporto di lavoro continua con il cessionario, conserva tutti i diritti che ne derivano ovvero i diritti connessi alla pregressa anzianità di servizio e quelli derivanti dal contratto individuale; la prosecuzione del rapporto in altre parole lascia le parti nella stessa condizione precedente.

La tutela conservativa, tuttavia, riguarda solo le situazioni consolidate nel patrimonio del lavoratore quali diritti soggettivi veri e propri, e non anche le situazioni giuridiche che al momento del trasferimento sono ancora incomplete. Da quanto affermato dalla giurisprudenza, la disciplina dell'art. 2112 c.c non è invocabile nell'ipotesi in cui i lavoratori trasferiti, licenziati dal nuovo datore di lavoro non assoggettabile alla tutela reale, intendano far valere la posizione di stabilità di cui godevano presso la precedente impresa, dato che la garanzia della citata norma si riferisce solo a quelle posizioni dei lavoratori che abbiano già assunto la natura di diritti soggettivi, e non anche a situazioni che potranno trasformarsi in diritti in tempi futuri.¹⁵⁰

La prosecuzione del rapporto di lavoro senza soluzione di continuità e la conservazione dei diritti che da esso derivano, comportano che sul cessionario gravi l'onere di corrispondere l'intero t.f.r., in quanto il diritto matura tutto intero alla cessazione del rapporto.¹⁵¹

La Suprema Corte nel 2011, sul punto, ha però affermato che in caso di cessione d'azienda assoggettata al regime di cui all'art. 2112 c.c il datore di lavoro rimane obbligato nei confronti del lavoratore suo dipendente, il cui rapporto prosegue con il nuovo datore di lavoro, per la quota di trattamento di fine rapporto maturata nel periodo di rapporto con lui

medesimo livello.”

144 Ai sensi dell'art. 2112, comma 4, c.c. “ *Ferma restando la facoltà di esercitare il recesso ai sensi della normativa in materia di licenziamenti, il trasferimento d'azienda non costituisce di per sé motivo di licenziamento.*”

145 Cass., 18 agosto 2000, n. 10963

146 Ai sensi dell'art. 47, comma 6, legge n. 428 del 1990 “ *I lavoratori che non passano alle dipendenze dell'acquirente, dell'affittuario o del subentrante hanno diritto di precedenza nelle assunzioni che questi ultimi effettuino entro un anno dalla data del trasferimento, ovvero entro il periodo maggiore stabilito dagli accordi collettivi. Nei confronti dei lavoratori predetti, che vengano assunti dall'acquirente,*

svolto e calcolato fino alla data del trasferimento d'azienda, mentre il nuovo datore di lavoro è obbligato per la stessa quota solo in ragione e nei limiti del vincolo di solidarietà previsto dall'art. 2112, comma 2, c.c. Invece, il nuovo datore di lavoro, è l'unico obbligato al trattamento di fine rapporto per la quota maturata nel periodo del rapporto intercorso successivamente al trasferimento d'azienda.¹⁵²

Cedente e cessionario sono inoltre obbligati in solido per tutti i crediti vantati dal lavoratore al momento del trasferimento, da quanto è stabilito al comma 2, dell'art. 2112 c.c.. Secondo la più recente giurisprudenza la solidarietà vale anche per le quote di T.f.r. maturate fino alla data del trasferimento d'azienda.

È esclusa invece la solidarietà per i crediti relativi a rapporti di lavoro cessati prima del trasferimento dell'azienda: in questo caso l'acquirente risponde dei debiti anteriori al trasferimento solo se essi risultano dai libri contabili, come stabilito dall'art. 2560 c.c.¹⁵³

Sul punto, la giurisprudenza¹⁵⁴ ha affermato che la disciplina posta dal secondo comma dell'art. 2112 c.c presuppone la vigenza del rapporto di lavoro e quindi non è riferibile a crediti maturati nel corso di rapporti di lavoro cessati ed esauriti anteriormente al trasferimento d'azienda, così come, peraltro, salva in ogni caso l'applicabilità dell'art. 2560 c.c, che contempla la responsabilità dell'acquirente per i debiti dell'azienda ceduta, qualora risultino dai libri contabili.

Non fanno parte dei debiti assoggettati al regime di solidarietà anche quelli contratti dall'alienate nei confronti degli istituti previdenziali, per il mancato versamento dei contributi obbligatori al momento del trasferimento, in quanto non si tratta di crediti di lavoro ma di diritti di un ente terzo.

In caso di trasferimento d'azienda, i debiti contratti dall'alienante nei confronti degli istituti previdenziali per l'omesso versamento dei contributi obbligatori, esistenti al momento del

dall'affittuario o dal subentrante in un momento successivo al trasferimento d'azienda, non trova applicazione l'art.2112 del codice civile."

147 E. BARRACO, *Il trasferimento d'azienda*, in *Lavoro nella Giurisprudenza*, 2013

148 P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*

149 Cass., 8 settembre 1999, n. 9545

150 Cass., 10 novembre 1999, n. 12492

151 Cass., 22 ottobre 2007; n. 22067

152 Cass., 22 settembre 2011, n. 19291

153 Art. 2560 c.c, comma 2, ai sensi del quale *"Nel trasferimento di un'azienda commerciale risponde dei*

trasferimento, costituiscono debiti inerenti all'esercizio dell'azienda e restano soggetti alla disciplina dettata dall'art. 2560 c.c. , senza che possa operare l'automatica estensione di responsabilità all'acquirente prevista dal secondo comma, art. 2112 c.c., per due motivi:

- sia perché la solidarietà è limitata ai crediti di lavoro del dipendente e non è estesa ai crediti di terzi;
- sia perché il lavoratore non ha diritti di credito per l'omesso versamento dei contributi obbligatori restando estraneo al rapporto contributivo che intercorre tra l'ente previdenziale e il datore di lavoro.¹⁵⁵

Capita avvolte che per eludere l'onerosa garanzia della continuazione del rapporto di lavoro il cedente licenzi uno o più lavoratori poco prima del trasferimento e poi il cessionario li riassuma. Questa operazione però integra gli estremi del negozio in frode alla legge: la giurisprudenza sostiene che in caso di licenziamento di un lavoratore in occasione del trasferimento dell'azienda e di sua immediata assunzione il datore di lavoro deve provare la sussistenza di una disdetta intimata con un anticipo tale che il termine del preavviso si esaurisca e il rapporto si risolva prima del trasferimento dell'azienda, nonché la mancanza di qualsiasi intento fraudolento, o l'effettivo, esplicito e anteriore consenso del lavoratore alla risoluzione del contratto. In mancanza di tali prove l'originario contratto di lavoro vincola il cessionario dell'azienda e il rapporto si configura come unico e continuo nonostante la sostituzione di uno dei contraenti.¹⁵⁶

Quando il trasferimento riguarda imprese in crisi, per renderlo più appetibile sul mercato, viene agevolato dalla legge mediante deroghe alle tutele appena sopra descritte.

L'interesse di tutela prioritario si sposta dal piano della tutela del singolo rapporto di lavoro a quello collettivo, con l'obiettivo di salvaguardare i livelli occupazionali che il legislatore cerca di perseguire favorendo il passaggio dell'azienda dal contesto colpito da dissesto a realtà imprenditoriali in grado di sollevarne le sorti, sacrificando anche alcuni diritti garantiti ai lavoratori.¹⁵⁷

debiti suddetti anche l'acquirente dell'azienda, se essi risultano dai libri contabili obbligatori”

154 Cass., 19 dicembre 1997, n. 12899

155 Cass., 16 giugno 2001, n. 8179

156 Cass., 16 maggio 1998, n. 4944

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

La legge comunitaria n. 428 del 29 dicembre 1990, recependo la direttiva n. 77/187/CEE del 14 febbraio 1977, ha consentito nell'ipotesi in cui il trasferimento riguardasse un'azienda per la quale fosse intervenuto un provvedimento dichiarativo dello stato di crisi aziendale o fosse soggetta a determinate procedure concorsuali (fallimento, concordato preventivo con cessione dei beni, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione straordinaria) la possibilità di derogare alla disciplina di carattere generale dettata dall'art. 2112 c.c. disponendo, all'art. 47, commi 5, della legge n. 428 del 1990 che *“Qualora il trasferimento riguardi aziende o unità produttive delle quali il CIPI abbia accertato lo stato di crisi aziendale a norma dell'articolo 2, quinto comma, lettera c), della legge 12 agosto 1977, n. 675, o imprese nei confronti delle quali vi sia stata dichiarazione di fallimento, omologazione di concordato preventivo consistente nella cessione dei beni, emanazione del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa ovvero di sottoposizione all'amministrazione straordinaria, nel caso in cui la continuazione dell'attività non sia stata disposta o sia cessata nel corso della consultazione di cui ai precedenti commi sia stato raggiunto un accordo circa il mantenimento anche parziale dell'occupazione, ai lavoratori il cui rapporto di lavoro continua con l'acquirente non trova applicazione l'articolo 2112 del codice civile, salvo che dall'accordo risultino condizioni di miglior favore. Il predetto accordo può altresì prevedere che il trasferimento non riguardi il personale eccedentario e che quest'ultimo continui a rimanere, in tutto o in parte, alle dipendenze dell'alienante.”*

Dalla norma si ricava allora che, nei confronti dei lavoratori ceduti le tutele predisposte dall'art. 2112 c.c non operano, sempre che ricorrano entrambi i seguenti presupposti:

- sia intervenuta la cessazione dell'attività o la sua non continuazione
- sia stato raggiunto con i sindacati, nel corso della procedura di consultazione, un accordo relativo anche al parziale mantenimento dei livelli di occupazione.

La giurisprudenza ¹⁵⁸a riguardo, ha affermato che l'art. 47, comma 5 della suddetta legge, deve essere interpretato nel senso che l'accordo sindacale di deroga all'art. 2112 c.c, per un verso, e la dichiarazione dello stato di crisi aziendale, l'omologazione del concordato preventivo, l'emanazione del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa e gli

158 Cass., 16 maggio 2002, n. 7120

altri eventi presi in considerazione dalla norma, per altro verso, si riferiscono a due condizioni che devono contemporaneamente coesistere nel momento in cui avviene il trasferimento d'azienda dal cedente al cessionario, ferma restando la non necessaria posteriorità temporale tra l'accordo sindacale e la richiesta di dichiarazione dello stato di crisi.

Mentre è fondamentale la ricorrenza di entrambi i presupposti, è viceversa irrilevante la loro sequenza: l'accordo collettivo può intervenire anche prima della dichiarazione dello stato di crisi.

La deroga delle tutele stabilite all'art. 2112 del c.c, infine, comporta che:

- il datore di lavoro cessionario assume ex novo i lavoratori indicati nell'accordo collettivo;
- l'interruzione del rapporto di lavoro con il cedente determina l'interruzione dell'anzianità di servizio e l'esigibilità del trattamento di fine rapporto maturato;
- diventa inapplicabile il trattamento derivante dal contratto collettivo dell'alienante, con il conseguente rischio che, in mancanza di previsioni contrattuali, della dequalificazione professionale o, comunque, dell'applicazione di un trattamento normativo peggiorativo rispetto a quello già riconosciuto dal cedente.¹⁵⁹

A parziale compensazione della deroga è previsto, in capo ai lavoratori che non passino alle dipendenze dell'acquirente, il diritto di precedenza nelle assunzioni che il nuovo datore compia entro un anno dalla data del trasferimento o entro il maggiore periodo stabilito dai contratti collettivi, ai sensi dell'art. 47, comma 6, della legge n. 428 del 1990.¹⁶⁰

Il diritto spetta a coloro che sono stati licenziati dall'alienante a causa del trasferimento d'azienda, anche se l'effetto estintivo era precedente alla data del trasferimento.¹⁶¹

Nei confronti di questi lavoratori non trova applicazione l'art. 2112 c.c; ma questo non avviene per effetto della deroga, dal momento che l'assunzione dei lavoratori è ormai

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

160 Art. 47, comma 6, legge n. 428 del 1990 ai sensi della quale “*I lavoratori che non passano alle dipendenze dell'acquirente, dell'affittuario o del subentrante hanno diritto di precedenza nelle assunzioni che questi ultimi effettuino entro un anno dalla data del trasferimento, ovvero entro il periodo maggiore stabilito dagli accordi collettivi. Nei confronti dei lavoratori predetti, che vengano assunti dall'acquirente, dall'affittuario o dal subentrante in un momento successivo al trasferimento d'azienda, non trova applicazione l'articolo 2112 del codice civile.*”

161 Cass., 27 gennaio 2004, n. 1474

indipendente dall'avvenuto trasferimento d'azienda.

La crisi aziendale potrebbe fraudolentemente venire invocata dagli imprenditori per arrivare a fruire di indebiti vantaggi anche, per esempio, sul piano contributivo previsti dall'art. 8, comma 2, della legge n. 223 del 1991.¹⁶²

La giurisprudenza ha sanzionato tale pratiche. I benefici contributivi riconosciuti dall'art. 8, comma 2, della legge n. 223 del 1991, vengono riconosciuti a favore delle imprese che assumono personale dipendente già licenziato a seguito della procedura di mobilità, presupponendo che venga accertato che la situazione di esubero del personale posto in mobilità sia sussistente e che l'assunzione di questo personale da parte della nuova impresa risponda a reali esigenze economiche e non realizzi condotte elusive con lo scopo di sfruttare degli incentivi, attraverso fittizie e preordinate interruzioni dei rapporti di lavoro.

La giurisprudenza, allora, sanziona tali pratiche escludendo il diritto alle agevolazioni contributive qualora si accerti che tra l'impresa ammessa alla procedura di mobilità e quella che procede all'assunzione dei lavoratori licenziati è intervenuto un contratto di affitto avente ad oggetto l'intero complesso dei beni aziendali, dovendosi in tal caso configurare un vero e proprio trasferimento d'azienda che, ai sensi dell'art. 2112 c.c., presuppone la continuazione dei rapporti di lavoro con l'acquirente e quindi risulta incompatibile con il riconoscimento dei benefici contributivi.¹⁶³

La giurisprudenza tende ad escludere il diritto alle agevolazioni anche nel caso in cui il datore di lavoro affittuario dell'azienda del precedente datore di lavoro che ha collocato in mobilità i propri dipendenti, riassuma entro il termine di un anno, gli stessi dipendenti. Il nuovo datore di lavoro in questo caso non ha diritto al beneficio del contributo mensile previsto dall' art. 8, comma 4, della legge n. 223 del 1991 in quanto ha riguardato la riassunzione, avvenuta nella medesima azienda, di lavoratori che godevano del diritto alla precedenza, come previsto dall'art. 15, comma 6, della legge n. 264 del 1949.¹⁶⁴

162 Art. 8, comma 2, legge n. 223 del 1991 ai sensi della quale “...*La quota di contribuzione a carico del datore di lavoro e' pari a quella prevista per gli apprendisti della legge 19 gennaio 1955, n. 25, e successive modificazioni. Nel caso in cui, nel corso del suo svolgimento, il predetto contratto venga trasformato a tempo indeterminato, il beneficio contributivo spetta per ulteriori dodici mesi in aggiunta a quello previsto dal comma 4.*”

163 Cass., 27 giugno 2001, n. 8800

164 Art. 15, comma 6, della legge n. 264 del 1949, ai sensi della quale “*I lavoratori licenziati da un'azienda per riduzione di personale hanno la precedenza nella riassunzione presso la medesima*

CAPITOLO 4

I CREDITI DI LAVORO NEL FALLIMENTO

SOMMARIO: 4.1. L'accertamento del credito: competenza e procedura 4.2. L'accesso al fondo di garanzia
4.3. L'azione di surroga dell'INPS

Prima di esaminare le questioni sostanziali legate alla verifica dei crediti di lavoro, prenderemo in considerazione le rilevanti modifiche che la recente riforma ha portato al procedimento di accertamento del passivo . Sono stati sottoposti a una profonda revisione, dal d.lgs. n. 5 del 2006 gli artt. dal 92 al 103 della legge fallimentare.

Con la recente riforma del diritto fallimentare il legislatore ha voluto dedicare maggiore attenzione all'azienda considerata nel suo aspetto unitario in modo da poter pervenire alla cessione della stessa nella sua interezza e, quindi, nelle migliori condizioni di mercato, anche al fine di meglio tutelare, oltre gli interessi dei creditori in genere, di coloro che erano legati con la stessa da un rapporto di lavoro subordinato.

4.1. L'accertamento del credito: competenza e procedura

Una specifica procedura prevista dal Capo V della legge fallimentare intitolato "*Dell'accertamento del passivo e dei diritti reali mobiliari dei terzi*" si occupa di disciplinare la verifica dei crediti vantati nei confronti del fallimento.

La disciplina, modificata dal D. Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 ¹⁶⁵ prevede in capo al curatore azienda entro un anno."

¹⁶⁵ La riforma ha incluso tra le pretese creditorie assoggettate al necessario accertamento in sede fallimentare anche quelle riguardanti i titolari dei diritti reali o personali su beni mobili e immobili di

una serie di adempimenti propedeutici all'accertamento vero e proprio, primo dei quali l'avviso ai creditori disciplinato dall'art. 92 legge fall. ¹⁶⁶

L'avviso ha la funzione di avvertire gli interessati dell'intervenuto fallimento, che post riforma non sono più solo i creditori, al fine di far valere la loro posizione creditoria mediante presentazione nella cancelleria del tribunale di apposita domanda di insinuazione allo stato passivo prevista dall'art. 93 legge fall. ¹⁶⁷, domanda che va presentata entro un termine prestabilito.

La recente riforma ¹⁶⁸, ha previsto sotto l'aspetto formale, ulteriori mezzi a disposizione del curatore per dar avviso dell'intervenuto fallimento a creditori e interessati, consentendogli di effettuare tale adempimento anche a mezzo telefax o posta elettronica, e non più solo a mezzo raccomandata prevista dalla vecchia formulazione.

A prescindere dal mezzo che il curatore intende usare, il curatore dovrà effettuare tale adempimento con particolare cura, dal momento che la sua puntualità rileva ai fini dell'accertamento del ritardo non imputabile del creditore tardivo, secondo le disposizioni previste dall'ultimo comma dell'art. 101 legge fall. e dall'art. 112 legge fall. ¹⁶⁹

La forma e il contenuto della domanda di ammissione allo stato passivo, sono disciplinate dall'art. 93, legge fall., il quale stabilisce che deve essere proposta attraverso ricorso depositato nei trenta giorni prima dell'udienza di verifica dei crediti.

Il ricorso, ai sensi del comma 3, dell'art. 93 individua cinque requisiti fondamentali che esso deve contenere:

- 1) *l'indicazione della procedura cui si intende partecipare e le generalità del creditore;*
- 2) *la determinazione della somma che si intende insinuare al passivo, ovvero la descrizione del bene di cui si chiede la restituzione o la rivendicazione;*
- 3) *la succinta esposizione dei fatti e degli elementi di diritto che costituiscono la*

proprietà o in possesso del fallito.

¹⁶⁶ Art. 92 legge fall. ai sensi del quale “*Il curatore, esaminate le scritture dell'imprenditore ed altre fonti di informazione, comunica senza indugio ai creditori e ai titolari di diritti reali o personali su beni mobili e immobili di proprietà o in possesso del fallito, a mezzo posta presso la sede dell'impresa o la residenza del creditore, ovvero a mezzo telefax o posta elettronica:*

- 1) *che possono partecipare al concorso depositando nella cancelleria del tribunale, domanda ai sensi dell'articolo seguente;*
- 2) *la data fissata per l'esame dello stato passivo e quella entro cui vanno presentate le domande;*
- 3) *ogni utile informazione per agevolare la presentazione della domanda.*

ragione della domanda;

4) l'eventuale indicazione di un titolo di prelazione, nonché la descrizione del bene sul quale la prelazione si esercita, se questa ha carattere speciale;

5) l'indicazione del numero di telefax, l'indirizzo di posta elettronica o l'elezione di domicilio in un comune nel circondario ove ha sede il tribunale, ai fini delle successive comunicazioni.”

Ai sensi del successivo comma, se viene omesso o è incerto uno tra i primi tre requisiti appena descritti, il ricorso sarà considerato inammissibile. La mancata indicazione del grado di privilegio, invece, comporta l'automatica qualificazione del credito come chirografario.¹⁷⁰

Avvenuto il deposito delle domande secondo la forma, i requisiti e la tempistica appena descritti, il curatore procede al loro esame, indicando per ciascuna di esse le sue conclusioni.¹⁷¹

Depositato il progetto, lo stesso viene sottoposto al giudice, il quale decide sulle domande dei creditori di insinuazione, con un decreto di:

- accoglimento, totale o parziale;
- rigetto;
- inammissibilità.

Ai sensi dell'art. 93, comma 3, legge fall., è prevista l'ammissione con riserva di alcune categorie di credito:

“1) i crediti condizionati e quelli indicati nell'ultimo comma dell'articolo 55;

2) i crediti per i quali la mancata produzione del titolo dipende da fatto non riferibile al creditore, salvo che la produzione avvenga nel termine assegnato dal giudice;

3) i crediti accertati con sentenza del giudice ordinario o speciale non passata in

Se il creditore ha sede o risiede all'estero, la comunicazione può essere effettuata al suo rappresentante in Italia, se esistente.”

167 Art. 93, comma 1, legge fall. ai sensi del quale *“La domanda di ammissione al passivo di un credito, di restituzione o rivendicazione di beni mobili e immobili, si propone con ricorso da depositare presso la cancelleria del tribunale almeno trenta giorni prima dell'udienza fissata per l'esame dello stato passivo.”*

168 D. Lgs., 18 ottobre 2012, n. 179, convertito in legge dalla legge n. 221, del 17 dicembre 2012. Il comma 1 dell'art. 92 legge fall., così come modificato, stabilisce che *“Il curatore, esaminate le scritture*

giudicato, pronunciata prima della dichiarazione di fallimento.”

Il nuovo art. 101, comma 1, legge fall. ha stabilito che le domande di ammissione al passivo depositate in cancelleria oltre il termine di trenta giorni e non oltre quello di dodici mesi sono considerate tardive; termine peraltro prorogabile fino a diciotto mesi in caso di procedure particolarmente complesse. ¹⁷²

La domanda presentata dopo il termine finale è considerata *de iure* inammissibile, a meno che non sia offerta la concreta dimostrazione del fatto che il ritardo è dipeso da causa non imputabile all'istante; in tal caso la prova della mancanza di colpa nel ritardo diventa a tutti gli effetti condizione di ammissibilità della domanda, con la conseguenza che questa non potrà essere esaminata nel merito qualora la relativa istanza non richieda in via pregiudiziale l'accertamento di tale incolpevolezza. ¹⁷³

L'ammissione allo stato passivo di un credito, peraltro, prevede l'attribuzione di un certo grado di ripartizione che permette che il credito venga soddisfatto secondo il seguente ordine: prima di tutto i crediti prededucibili, sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali; poi la categoria dei crediti privilegiati, ovvero i crediti che derivano da una causa di prelazione e per i quali è prevista una garanzia sul patrimonio; e infine i crediti chirografari, ovvero quei crediti non assistiti da nessun tipo di garanzia reale (pegno e ipoteca) o personale (fideiussione).

Per quanto riguarda la categoria dei crediti privilegiati, destinatari degli stessi, ai sensi dell'art. 2094 c.c sono i prestatori di lavoro subordinato. ¹⁷⁴

Le categorie di crediti di lavoro assistite dal privilegio generale sui beni mobili, ai sensi dell'art. 2751 c.c ¹⁷⁵sono tre:

- *“le retribuzioni dovute, sotto qualsiasi forma, ai prestatori di lavoro subordinato”*

Diventa in questo caso necessario individuare quando un rapporto di lavoro è qualificabile

dell'imprenditore ed altre fonti di informazione, comunica senza indugio ai creditori e ai titolari di diritti reali o personali su beni mobili e immobili di proprietà o in possesso del fallito, a mezzo posta presso la sede dell'impresa o la residenza del creditore, ovvero a mezzo telefax o posta elettronica”.

169 Art. 101, ultimo comma. Legge fall. *“Decorso il termine di cui al primo comma, e comunque fino a quando non siano esaurite tutte le ripartizioni dell'attivo fallimentare, le domande tardive sono ammissibili se l'istante prova che il ritardo è dipeso da causa a lui non imputabile.”*, art. 112, legge fall. *“I creditori ammessi a norma dell'articolo 101 concorrono soltanto alle ripartizioni posteriori alla loro ammissione in proporzione del rispettivo credito, salvo il diritto di prelevare le quote che sarebbero loro spettate nelle precedenti ripartizioni se assistiti da cause di prelazione o se il ritardo è dipeso da cause*

come subordinato. Le caratteristiche necessarie per identificare un rapporto di lavoro come subordinato individuabili nei quattro requisiti della *subordinazione, collaborazione, continuità e onerosità*.

Il requisito fondamentale del rapporto di lavoro subordinato, che lo contraddistingue dal lavoro autonomo è dato dalla subordinazione, intesa quale eterodirezione, intesa come vincolo di soggezione del lavoratore al potere organizzativo, direttivo e disciplinare del datore di lavoro.

La giurisprudenza, a riguardo ha avuto modo di osservare che: *“non è necessaria la presenza costante e continua del datore di lavoro nei luoghi di svolgimento di tali prestazioni, dovendosi considerare che la continuità e la frequenza delle direttive e dei controlli vadano correlate sia alla natura delle prestazioni – assumendo rilievo, sotto tale profilo, la natura intellettuale e professionale delle stesse – sia al ruolo dei prestatori di lavoro nell’ambito dell’impresa ed ai loro rapporti con l’imprenditore, sul piano della capacità e della fiducia”*.¹⁷⁶ Da questa pronuncia si può quindi ricavare che non è necessario che il potere direttivo si espliciti attraverso ordini continui, dettagliati, strettamente vincolanti, ma esso può realizzarsi anche mediante direttive dettate in via programmatica. Il potere direttivo esplicito attraverso direttive programmatiche, pertanto, sarà sempre più frequente quando il lavoratore è in possesso di specifiche competenze o conoscenze specialistiche o capacità professionali acquisite con studi altamente specialistici.

Per quanto riguarda il requisito della collaborazione nell'impresa, lo si può definire come la cooperazione tra il datore di lavoro e il lavoratore: il primo deve collaborare all'adempimento dell'obbligazione a carico del lavoratore, il secondo deve collaborare ai fini di adattare l'esecuzioni delle prestazioni di lavoro alle mutevoli esigenze

ad essi non imputabili.”

170 Art. 93. comma 4, legge fall. ai sensi del quale *“Il ricorso è inammissibile se è omissso o assolutamente incerto uno dei requisiti di cui ai nn. 1), 2) o 3) del precedente comma. Se è omissso o assolutamente incerto il requisito di cui al n. 4), il credito è considerato chirografario.”*

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

172 Art. 101, comma 1, legge fall. ai sensi della quale *“Le domande di ammissione al passivo di un credito,*

dell'organizzazione produttiva.

L'ulteriore requisito che deve ricorrere a fini di caratterizzare come subordinata la prestazione di lavoro è quello della continuità, intesa come disponibilità nel tempo dell'attività lavorativa verso il datore di lavoro. La continuità deve considerarsi nel senso di persistenza nel tempo dell'obbligo giuridico di compiere determinate prestazioni e di mantenere a disposizione del datore di lavoro la propria energia lavorativa, anche se le modalità di esplicazione possono nel tempo manifestarsi diverse, in relazione alla natura delle mansioni e alle esigenze dell'impresa.¹⁷⁷

Infine, l'ultimo requisito che deve sussistere è quello dell'onerosità, in quanto, come è stato affermato dalla giurisprudenza *“ogni attività oggettivamente configurabile come prestazione di lavoro subordinato si presume effettuata a titolo oneroso”*. Tuttavia tale pronuncia non pregiudica il fatto che la suddetta prestazione possa *“essere ricondotta ad un rapporto diverso istituito affectionis vel benevolentiae causa caratterizzato dalla gratuità della prestazione; a tal fine...rileva...la sussistenza o meno di una finalità ideale alternativa rispetto a quella lucrativa, che deve essere rigorosamente provata”*.¹⁷⁸

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

Ritornando ad analizzare i crediti vantati dal lavoratore dipendente in base all'art. 2751 c.c, si riconosce privilegio a:

- le retribuzioni dovute, sotto qualsiasi forma, ai prestatori di lavoro subordinato;
- tutte le indennità dovute per effetto della cessazione del rapporto di lavoro;
- il credito del lavoratore per i danni conseguenti alla mancata corresponsione, da parte del datore di lavoro, di contributi previdenziali ed assicurativi obbligatori;

di restituzione o rivendicazione di beni mobili e immobili, depositate in cancelleria oltre il termine di trenta giorni prima dell'udienza fissata per la verifica del passivo e non oltre quello di dodici mesi dal deposito del decreto di esecutività dello stato passivo sono considerate tardive; in caso di particolare complessità della procedura, il tribunale, con la sentenza che dichiara il fallimento, può prorogare quest'ultimo termine fino a diciotto mesi.”

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

174 Art. 2094 c.c, ai sensi del quale *“E' prestatore di lavoro subordinato chi si obbliga mediante retribuzione a collaborare nell'impresa, prestando il proprio lavoro intellettuale o manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore”*.

– il credito per il risarcimento del danno subito per effetto di un licenziamento inefficace, nullo o annullabile.

Anche se non previsto dalla norma, la giurisprudenza ha esteso il privilegio anche:

– al credito per *“danni conseguenti ad infortunio sul lavoro, del quale sia responsabile il datore di lavoro, se e nei limiti in cui il creditore non sia soddisfatto dalla percezione delle indennità previdenziali ed assistenziali obbligatorie dovute al lavoratore subordinato in dipendenza dello stesso infortunio”*;¹⁷⁹

– al credito del lavoratore subordinato per *“i danni conseguenti a malattia professionale, della quale sia responsabile il datore di lavoro”*;¹⁸⁰

– al credito del lavoratore subordinato per i *“danni da demansionamento subiti a causa dell'illegittimo comportamento del datore di lavoro”*.¹⁸¹

4.2. L'accesso al fondo di garanzia

Nelle ipotesi di insolvenza del datore di lavoro i crediti vantati dal lavoratore dipendente dell'impresa fallita, sono anticipati dal Fondo di Garanzia istituito presso l'I.N.P.S.

La legislazione in tema di sicurezza sociale è rivolta verso la ricerca di modelli di tutela coerenti con l'evoluzione dei moduli organizzativi dell'organizzazione dell'impresa e del lavoro. È proprio in tale contesto che si è reso necessario l'intervento della Comunità Europea, che con Direttiva Cee 20 ottobre 1980, n. 987 ha imposto agli Stati Membri di individuare un organismo di vigilanza presso il quale istituire un vero e proprio

175 Art. 2751, comma 1, c.c. ai sensi del quale *“Hanno privilegio generale sui mobili i crediti riguardanti 1) le retribuzioni dovute, sotto qualsiasi forma, ai prestatori di lavoro subordinato e tutte le indennità dovute per effetto della cessazione del rapporto di lavoro, nonché il credito del lavoratore per i danni conseguenti alla mancata corresponsione, da parte del datore di lavoro, dei contributi previdenziali ed assicurativi obbligatori ed il credito per il risarcimento del danno subito per effetto di un licenziamento inefficace, nullo o annullabile;*

176 Cass., 26 ottobre 1994, n. 8804

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

meccanismo assicurativo,¹⁸² denominato, ai sensi dell'art. 2, legge n. 297 del 29 maggio 1982, nel nostro ordinamento, Fondo di Garanzia.

Allo stesso, dapprima veniva attribuito il solo compito di provvedere all'erogazione del trattamento di fine rapporto nelle ipotesi di insolvenza del datore di lavoro, poi, con il successivo D. lgs. n. 80 del 27 gennaio 1992, l'intervento protettivo a favore dei lavoratori è stato poi esteso al pagamento delle retribuzioni relative alle ultime tre mensilità.

Quella istituita attraverso il Fondo di Garanzia è una misura di tutela che assume ancora più rilievo in momenti di crisi economico-finanziaria quale quello attuale, che portano tra gli effetti indesiderati anche la crescita delle dichiarazioni di insolvenza delle imprese.¹⁸³

I destinatari degli interventi del Fondo sono tutti i lavoratori che prestano la propria attività nei confronti di:

- datori di lavoro privati;
- Enti pubblici economici soggetti alla disciplina dell'art. 2120 c.c.¹⁸⁴

Le disposizioni in materia trovano applicazione anche ai crediti dei soci di cooperative di produzione e lavoro, rispetto ai quali prima dell'entrata in vigore della legge 3 aprile 2001, n. 142, l'intervento del fondo aveva carattere eccezionale, dato che il rapporto di lavoro del socio cooperativo non aveva natura subordinata.

Rimangono invece esclusi, i lavoratori che prestano la propria attività presso:

- lo Stato, il Parastato, le Regioni, le Province e i Comuni;
- gli Enti pubblici non economici;
- le Aziende esattoriali e del gas iscritte ai rispettivi Fondi di previdenza;
- le Aziende agricole (limitatamente ai dirigenti ed agli impiegati).

È indubbio se il Fondo risponda solo ai debiti relativi al trattamento di fine rapporto e alle ultime tre mensilità di retribuzione che sono imputabile all'imprenditore sottoposto a

178 Cass., 6 aprile 1999, n. 3304

179 Cass., 28 novembre 1983, n. 326

180 Cass., 29 maggio 2002, n. 220

181 Cass., 6 aprile 2004, n. 113

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

183 G. ZILIO GRANDI- M. SFERRAZZA, *La tutela del lavoratore nei confronti dell'insolvenza del datore di lavoro*

184 Ci si riferisce a tutti gli Enti con personalità giuridica che perseguono esclusivamente o prevalentemente finalità nel settore economico svolgendo un'attività di scambio o produzione di beni e servizi.

procedura concorsuale, o anche quelle maturate dopo l'apertura della stessa, per continuazione dell'esercizio dell'impresa. La questione appare superata dalla norma di cui all'art. 2 *ter*, legge 22 aprile 1985, n. 143, di conversione del D. lgs. 21 febbraio 1985, n. 23, che così dispone: *“alle imprese sottoposte a procedura concorsuale, che continuino nell'esercizio d'impresa, la disposizione del sesto comma dell'art. 2 della legge 29 maggio 1982, n. 297 si applica con riferimento alla data di cessazione della continuazione dell'esercizio stesso”*. Quindi anche la quota eventualmente maturata durante la continuazione dell'esercizio d'impresa potrà essere corrisposta dal Fondo *“purché ammessa allo stato passivo in prededuzione”*.¹⁸⁵

La giurisprudenza ha affermato che condizione necessaria affinché sorga il diritto nei confronti del Fondo di garanzia presso l'I.N.P.S. è l'inadempimento dell'obbligo di corrispondere il t.f.r., e quindi l'insorgenza di una situazione di insolvenza del datore di lavoro.¹⁸⁶

Affinchè il Fondo possa intervenire, sostituendosi al datore di lavoro per il pagamento del Tfr e delle ultime tre mensilità di retribuzione, devono sussistere alcuni presupposti fondamentali:

- la cessazione del rapporto di lavoro, indipendentemente dalla causa che l'ha determinata;
- lo stato di insolvenza del datore di lavoro, per gli imprenditori soggetti a procedure concorsuali;
- l'inadempimento qualificato dall'insufficienza delle garanzie patrimoniali, per gli imprenditori non soggetti a procedure concorsuali.

Con riguardo alla cessazione del rapporto di lavoro è da sottolinearsi come la garanzia operi indipendentemente dalla causa che ha determinato la predetta cessazione (licenziamento, dimissioni, scadenza del termine).

Particolare attenzione bisogna dare, sotto questo profilo, alla fattispecie del trasferimento.

L'art. 2112 c.c. nel disciplinare la fattispecie del trasferimento d'azienda, presuppone la

185 Circolare I.N.P.S. 7 marzo 2007, n. 53.

186 Cass., 15 aprile 2013, n. 9068

continuazione del rapporto di lavoro con il cessionario, che quindi diviene l'unico obbligato a corrispondere il Tfr, anche per la parte maturata alle dipendenze dell'impresa cedente. Quindi se il datore di lavoro insolvente è il cedente, il Fondo non sarà tenuto ad intervenire dato che il Tfr dovrà interamente essere corrisposto dal cessionario; al contrario, in caso di fallimento del cessionario, il Fondo sarà tenuto a corrispondere l'intero Tfr maturato.¹⁸⁷

Nel caso in cui il lavoratore fruisca del trattamento di integrazione salariale, concesso ai sensi dell'art. 3 della legge n. 223 del 1991, l'intervento del Fondo potrà essere richiesto solo al termine del periodo di fruizione del trattamento, sempre che intervenga una causa di risoluzione del rapporto di lavoro.

Per il profilo che riguarda la richiesta di intervento del Fondo bisogna distinguere l'ipotesi dell'insolvenza accertata in sede concorsuale, da quella relativa al procedimento esecutivo esperito nei confronti del datore di lavoro inadempiente.

Nell'ipotesi di insolvenza accertata in sede concorsuale il lavoratore può presentare al Fondo di garanzia domanda per la corresponsione del trattamento di fine rapporto quando:

- siano decorsi almeno quindici giorni dal deposito dello stato passivo reso esecutivo¹⁸⁸,
- dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza (ora decreto) di omologazione (nel caso di concordato preventivo);
- dal giorno successivo alla cessazione del rapporto di lavoro, se questo è proseguito dopo l'apertura della procedura concorsuale (esercizio provvisorio).

Nel caso di contestazione dello stato passivo, il termine decorre dalla pubblicazione del provvedimento che decide il relativo giudizio.

Nel caso di insinuazione tardiva del credito nella procedura fallimentare, la domanda può essere presentata dal giorno successivo al decreto di ammissione al passivo dopo la sentenza che decide dell'eventuale contestazione.

Il lavoratore avrà l'onere di fornire all'ente previdenziale tutti i dati, le informazioni e la

187G. ZILIO GRANDI- M. SFERRAZZA, *La tutela del lavoratore nei confronti dell'insolvenza del datore di lavoro*

188 Nelle ipotesi di fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione straordinaria

documentazione necessaria ai fini della liquidazione della prestazione richiesta dal Fondo. La domanda dovrà essere corredata da “ *documentazione necessaria richiesta dall'Ente previdenziale, cui non incombe l'obbligo di provvedere d'ufficio all'acquisizione dei dati necessari per la liquidazione del dovuto* ” ¹⁸⁹ e quindi:

- modello Tfr 3/bis timbrato e sottoscritto dal responsabile della procedura;
- copia autentica dello stato passivo (anche per estratto) oppure, in caso di amministrazione tardiva, copia autentica del decreto di ammissione tardiva allo stato passivo;
- attestazione della cancelleria del tribunale che il credito del lavoratore non è stato oggetto di opposizione o di impugnazione ai sensi del secondo e terzo comma dell'art. 93 legge fall. ¹⁹⁰ (sostituibile con analogha dichiarazione del responsabile della procedura concorsuale);
- copia di documento di identità personale (se la domanda non è firmata in presenza di un funzionario dell'Istituto).

Le erogazioni di competenza del Fondo sono eseguite entro sessanta giorni dalla richiesta, decorrenti dal giorno in cui il lavoratore interessato assolve al proprio onere di consegnare all'ufficio competente la domanda completa, ossia corredata dalla prevista documentazione. È da precisarsi, infine, che nel caso in cui l'impresa datrice di lavoro sia stabilita in uno Stato membro dell'Unione diverso da quello in cui risiede e lavora il dipendente, l'organo di garanzia competente è quello dello Stato nel cui territorio viene decisa l'apertura del procedimento concorsuale o viene dichiarata la chiusura dell'impresa e dello stabilimento del datore di lavoro. ¹⁹¹

Relativamente al trattamento di fine rapporto è opportuno precisare che, oltre al Fondo di Garanzia è stato istituito un Fondo di Tesoreria finanziato da un contributo equivalente alla

189 Cass., Sez. Lavoro 12 luglio 1999, n. 7355

190 Art. 93, secondo comma, legge fall. “*il ricorso può essere sottoscritto anche personalmente dalla parte e può essere spedito, anche in forma telematica o con altri mezzi di trasmissione purché sia possibile fornire la prova della ricezione.*”; terzo comma “*Il ricorso contiene: 1) l'indicazione della procedura cui si intende partecipare e le generalità del creditore; 2) la determinazione della somma che si intende insinuare al passivo, ovvero la descrizione del bene di cui si chiede la restituzione o la rivendicazione; 3) la succinta esposizione dei fatti e degli elementi di diritto che costituiscono la ragione della domanda; 4) l'eventuale indicazione di un titolo di prelazione, [...] nonché la descrizione del bene sul quale la prelazione si esercita, se questa ha carattere speciale; 5) l'indicazione del numero di telefax,*

quota di cui all'art. 2120 c.c da ciascun lavoratore del settore privato maturata a decorrere dal gennaio 2007 e non destinata alle forme di previdenza complementare.

Con la legge n. 296 del 27 dicembre 2006, è stato così, istituito il Fondo per l'erogazione ai lavoratori dipendenti del settore privato dei trattamenti di fine rapporto di cui all'art. 2120 c.c.

Obbligati al versamento del contributo sono i datori di lavoro del settore privato che abbiano alle proprie dipendenze almeno 50 addetti.¹⁹²

in ordine all'obbligo retributivo è stato disposto che:

- non è dovuto alcun versamento al Fondo Tesoreria INPS in relazione a lavoratori con rapporto di lavoro in essere al 31 dicembre 2006 che conferiscono a decorrere da una data compresa tra il 1° gennaio 2007 e il 30 giugno 2007, secondo modalità tacite o esplicithe, l'intero TFR maturando a forme pensionistiche complementari, o che lo abbiano integralmente conferito in precedenza;
- al contrario, tale versamento è dovuto nel caso di manifestazione di volontà di mantenere in tutto o in parte il TFR di cui all'art. 2010 del codice civile;
- in relazione ai lavoratori il cui rapporto è iniziato in data successiva al 31 dicembre 2006 (che non abbiano già espresso manifestazione di volontà in ordine al conferimento del TFR relativamente a precedenti rapporti di lavoro⁹ che conferiscono, secondo modalità tacite o esplicithe, il TFR a forme pensionistiche complementari entro sei mesi dall'assunzione, il contributo a Fondo Tesoreria è comunque dovuto fino al momento del conferimento del t.f.r.

Per quanto riguarda i crediti di lavoro diversi dal tfr, il legislatore nazionale ha esteso la garanzia della tutela nei confronti dell'insolvenza dell'imprenditore ad alcuni crediti di lavoro, utilizzando lo stesso Fondo già istituito per il Tfr. La normativa di riferimento è il D.lgs. 27 gennaio 1992, n. 80¹⁹³ che attiene al pagamento delle ultime tre mensilità di

l'indirizzo di posta elettronica o l'elezione di domicilio in un comune nel circondario ove ha sede il tribunale, ai fini delle successive comunicazioni. È facoltà del creditore indicare, quale modalità di notificazione e di comunicazione, la trasmissione per posta elettronica o per telefax ed è onere dello stesso comunicare al curatore ogni variazione del domicilio o delle predette modalità.

191 C. giust. CE, 17 settembre 1997, c-117/96

192 In base alla Circolare n. 70 del 3 aprile 2007 emessa dall'INPS.

193 Art. 2, comma 1, D. Lgs. 27 gennaio 1992, n. 80 ai sensi del quale “Il pagamento effettuato dal Fondo di

retribuzione (periodo da intendersi come arco di tempo compreso tra la data di cessazione del rapporto di lavoro e la stessa data del terzo mese precedente), comprensivi di indennità di mancato preavviso, ratei ferie e festività non godute, mensilità aggiuntive, nella quota maturata nel periodo di operatività della tutela, purchè rientranti nell'arco di tempo rappresentato dai dodici mesi precedenti:

- la data della domanda diretta all'apertura della procedura concorsuale a carico del datore di lavoro, se il lavoratore ha cessato il proprio rapporto prima dell'apertura della procedura stessa;
- la data del provvedimento di cessazione dell'esercizio provvisorio, di revoca all'autorizzazione alla continuazione all'esercizio d'impresa, per i lavoratori che dopo l'apertura di una procedura concorsuale abbiano effettivamente continuato a prestare attività lavorativa.¹⁹⁴

Nel caso in cui gli ultimi tre mesi del rapporto lavorativo vengano a coincidere con un periodo di sospensione dello stesso, durante il quale non è sorto nessun diritto retributivo, la garanzia potrà essere riferita ai tre mesi immediatamente precedenti, sempre che gli stessi rientrino nei dodici mesi di cui si è detto sopra.

Ai singoli Stati è consentita l'individuazione di limiti e massimali per i crediti da garantire, a condizione che gli stessi non siano tali da vanificare lo stesso scopo sociale dell'intervento protettivo.¹⁹⁵ In tale ottica, il legislatore interno ha individuato un massimale al *quantum* della garanzia, rappresentato da una somma “*pari tre volte la misura massima del trattamento straordinario di integrazione salariale mensile al netto delle trattenute previdenziali e assistenziali*”.

L'intervento del Fondo è escluso nelle ipotesi in cui il lavoratore, nel periodo di riferimento, abbia percepito retribuzioni. Il divieto di cumulo trova la sua ragione nel fatto

garanzia ai sensi dell'art. 1 è relativo ai crediti di lavoro, diversi da quelli spettanti a titolo di trattamento di fine rapporto, inerenti gli ultimi tre mesi del rapporto di lavoro rientranti nei dodici mesi che precedono: a) la data del provvedimento che determina l'apertura di una delle procedure indicate nell'art. 1, comma 1; b) la data di inizio dell'esecuzione forzata; c) la data del provvedimento di messa in liquidazione o di cessazione dell'esercizio provvisorio ovvero dell'autorizzazione alla continuazione dell'esercizio di impresa per i lavoratori che abbiano continuato a prestare attività lavorativa, ovvero la data di cessazione del rapporto di lavoro, se questa è intervenuta durante la continuazione dell'attività dell'impresa.

194 INPS, Circolare 7 marzo 2007, n. 53

che il recepimento della retribuzione annulla quella situazione di bisogno che giustifica l'intervento del Fondo.

Sul fatto la giurisprudenza ha registrato un forte contrasto sull'interpretazione della predetta disposizione. Da una parte la giurisprudenza riteneva che le somme percepite dovessero essere detratte dal credito relativo agli ultimi tre mesi di lavoro.¹⁹⁶ Dall'altra, invece, reputava che le somme percepite in conto retribuzioni negli ultimi tre mesi dovessero essere detratte direttamente al massimale.¹⁹⁷

La Corte di giustizia CE è poi intervenuta affermando che, nonostante la Direttiva consenta di fissare un massimale per la garanzia, gli Stati membri, nei limiti di questo massimale, sono tenuti ad assicurare la totalità dei crediti maturati, sottraendo da essi (e non dal massimale) eventuali anticipi ricevuti.

La garanzia prestata dal Fondo, è poi esclusa anche nel caso di redditi alternativi percepiti dall'interessato, come le somme a titolo di indennità di mobilità riscossa nell'arco dei tre mesi successivi all'estinzione del rapporto di lavoro di integrazione salariale o di altra prestazione previdenziale sostitutiva della retribuzione.

La Corte di giustizia CE, a riguardo, ha affermato che uno Stato membro non può vietare il cumulo di importi garantiti dalla Direttiva con un'indennità come quella di mobilità prevista dalla legge n. 223 del 23 luglio 1991 *“che è diretta a sovvenire ai bisogni di un lavoratore licenziato durante i tre mesi successivi alla cessazione del rapporto di lavoro”*. La garanzia deve quindi ritenersi cumulabile con l'indennità di mobilità. Deve ritenersi nullo anche il divieto di cumulo con il trattamento straordinario di integrazione salariale, dato che, ai sensi di quanto sancito dalla Corte di giustizia CE, non si ha un rapporto di lavoro preclusivo della garanzia del Fondo nei periodi in cui non sorgono diritti contributivi.¹⁹⁸

Ai lavoratori che richiedono l'intervento del Fondo per la corresponsione dei crediti diversi dal Tfr, competono anche gli interessi e rivalutazione monetaria che, ai sensi dell'art. 2, comma 5, del D. Lgs. n. 80 del 1992 decorrono dalla data di presentazione della domanda

195 G. ZILIO GRANDI- M. SFERRAZZA, *La tutela del lavoratore nei confronti dell'insolvenza del datore di lavoro*

196 Cass., 16 giugno 1999, n. 5979

197 Cass., 10 febbraio 2001, n. 1980

198 C. giust. CE, 15 maggio 2003, c-160/01, in *Foro it.*, 2003, IV, c. 537

amministrativa.¹⁹⁹

La Direttiva comunitaria n. 80/987/Cee del 20 ottobre del 1980, assegna agli Stati membri anche il compito di adottare misure idonee per la tutela dei lavoratori subordinati, nel caso di insolvenza dell'impresa. La tutela non riguarda solo i crediti da lavoro (Tfr e retribuzioni), ma anche la posizione di *previdenza complementare*.

L'art.8 della citata Direttiva, infatti, obbliga gli Stati membri ad adottare le misure necessarie a garantire “*gli interessi dei lavoratori subordinati*” per quanto riguarda i “*diritti maturati ed in corso di maturazione*” in materia di prestazioni di vecchiaia previste dai regimi complementari di previdenza.

La formulazione della direttiva non è chiara nell' indicare le modalità e gli strumenti che gli Stati membri devono adottare per soddisfare i diritti dei lavoratori subordinati, che una volta cessato il rapporto di lavoro con quel datore di lavoro, si trovano davanti all'insolvenza dello stesso.

La dottrina da una parte sembra individuare una possibile soluzione in un intervento statale indiretto che riservi ai sistemi di previdenza complementare apposite condizioni fiscali e finanziarie. D'altra parte ritiene, invece, che una corretta interpretazione della disposizione comunitaria in esame passi “*attraverso il suo coordinamento con gli articoli contenuti nella medesima sezione e specificamente dedicati alla sicurezza sociale*”.

La Corte di giustizia Ce è intervenuta sulla questione rimettendo al giudice comunitario il seguente quesito: il singolo Stato membro in caso di insolvenza del datore di lavoro e di insufficienza delle risorse dei regimi di previdenza complementare, è tenuto a finanziare in maniera integrale il diritto alle prestazioni pensionistiche di vecchiaia?

Si deve considerare la linea interpretativa avanzata dalla dottrina secondo cui, per una corretta interpretazione dell'art. 8, ci si deve muovere dalla lettura unitaria del complesso legislativo comunitario in materia di salvaguardia dei diritti a pensione complementare dei lavoratori, dal quale è possibile ricavare da un lato, l'interesse del singolo lavoratore a una tutela integrale della propria posizione previdenziale, dall'altro, l'interesse dell'intera Comunità a non vedere insorgere nel medio-lungo periodo, un problema di natura socio-

¹⁹⁹ Art. 2, comma 5, D. Lgs. n. 80 del 1992 ai sensi del quale “*Il diritto alla prestazione di cui al comma 1 si prescrive in un anno. Gli interessi e la svalutazione monetaria sono dovuti dalla data di presentazione della domanda.*”

economica connesso all'insufficiente pagamento delle prestazioni appartenenti all'area della previdenza complementare.²⁰⁰

Il quadro normativo comunitario sembra concludere quindi che esiste un obbligo di garanzia integrale corrispondente ai versamenti contributivi individuati nella misura prevista dallo stesso legislatore per la previdenza obbligatoria o dagli Statuti dei fondi per la previdenza integrativa.

Questa strada è stata intrapresa anche dal nostro legislatore nazionale, dal momento che garantisce l'integrale copertura contributiva al lavoratore colpito dall'omissione contributiva del datore di lavoro insolvente. Attraverso un apposito Fondo di garanzia istituito presso l'Inps, allo scopo di tutelare il lavoratore danneggiato dalle ipotesi in cui il datore di lavoro non sia in grado di effettuare, in tutto o in parte, i versamenti contributivi dovuti al sistema di previdenza complementare. Il Fondo è chiamato a intervenire nel momento in cui a causa dell'omesso o incompleto versamento dei contributi dovuti dal datore di lavoro insolvente, il lavoratore non possa accedere alla correlata prestazione complementare.

Il Fondo è finanziato da una quota del contributo di solidarietà pagato dai datori di lavoro sulle somme versate alla previdenza complementare e interviene per quei dipendenti che risultano iscritti a una delle forme pensionistiche complementari collettive o individuali presenti nell'album tenuto dalla Covip o iscritti a una forma pensionistica complementare attuata attraverso la stipula di un contratto di assicurazione sulla vita con imprese di assicurazioni autorizzate dall'Isvap.²⁰¹

La garanzia assicurativa prevista dal Fondo riguarda solo la contribuzione relativa alle prestazioni di vecchiaia e superstiti, con esclusione di tutte quelle prestazioni di anzianità, invalidità, ecc.

Il meccanismo della garanzia è quello del versamento diretto da parte del Fondo di garanzia al Fondo di previdenza complementare di un importo equivalente alla contribuzione obbligatoria non versata da parte del datore di lavoro insolvente.

Il Fondo, infine, interviene a copertura di:

²⁰⁰ G. ZILIO GRANDI- M. SFERRAZZA, *La tutela del lavoratore nei confronti dell'insolvenza del datore di lavoro*

²⁰¹ Circolare INPS 22 febbraio 2008, n.23

- contributi del datore di lavoro
- contributi del lavoratore trattenuti e non versati da parte del datore di lavoro
- quote di Tfr conferite al Fondo trattenute sulla retribuzione dovuta e non versata da parte del datore di lavoro.

4.3 L'azione di surroga dell'INPS

L'intervento del Fondo di garanzia dell'INPS in sostituzione del datore di lavoro insolvente o inadempiente rappresenta al tempo stesso un'obbligazione sussidiaria e solidale dell'INPS : il Fondo di garanzia, infatti, si sostituisce al datore di lavoro per le somme dovute al lavoratore.

La giurisprudenza ha affermato tuttavia, che il carattere di sussidiarietà del Fondo non esclude la sua natura di obbligazione solidale, essendo relativa alla stessa prestazione oggetto dell'obbligazione principale.²⁰²

Dal momento in cui il Fondo si è surrogato il datore di lavoro non può sentirsi esonerato da qualsiasi tipo di erogazione a riguardo.

L' INPS, infatti, nell'accollarsi il debito nei confronti del lavoratore, diviene automaticamente creditore della procedura: potrà quindi insinuarsi al passivo e partecipare al concorso per vedere soddisfatto il proprio credito, in aderenza alla normativa fallimentare.

La particolarità dell'azione di surroga è che l'ammissione al passivo attribuisce al relativo credito il medesimo grado di privilegio dei crediti per i quali l'INPS si è surrogato.²⁰³

²⁰² Cass., 22 marzo 2003, n. 4217

²⁰³ A. CORRADO- D. CORRADO, *I rapporti di lavoro nel fallimento*, Torino, 2007

Conclusioni

Questo elaborato ha avuto lo scopo di analizzare la posizione dei lavoratori alle dipendenze di un datore di lavoro che si trovi in uno stato di insolvenza, tale da essere dichiarato fallito.

Il fallimento, infatti, rappresenta il capolinea per l'imprenditore che si trova in una crisi irreversibile e coinvolge oltre che l'intero patrimonio dell'impresa, anche la forza lavoro.

Come abbiamo avuto modo di analizzare le ipotesi sono due: o si procede verso la cessazione del rapporto di lavoro, o verso la prosecuzione del rapporto di lavoro nella prospettiva della conservazione delle componenti positive dell'attività d'impresa.

Secondo i dati forniti dall'INPS, le ore complessive di Cassa integrazione nel mese di settembre 2013 rispetto allo stesso periodo dell'anno scorso sono calate. Mentre ad agosto 2013, a confronto con i numeri dell'agosto 2012, sono aumentate le domande per quanto riguarda la disoccupazione e la mobilità.

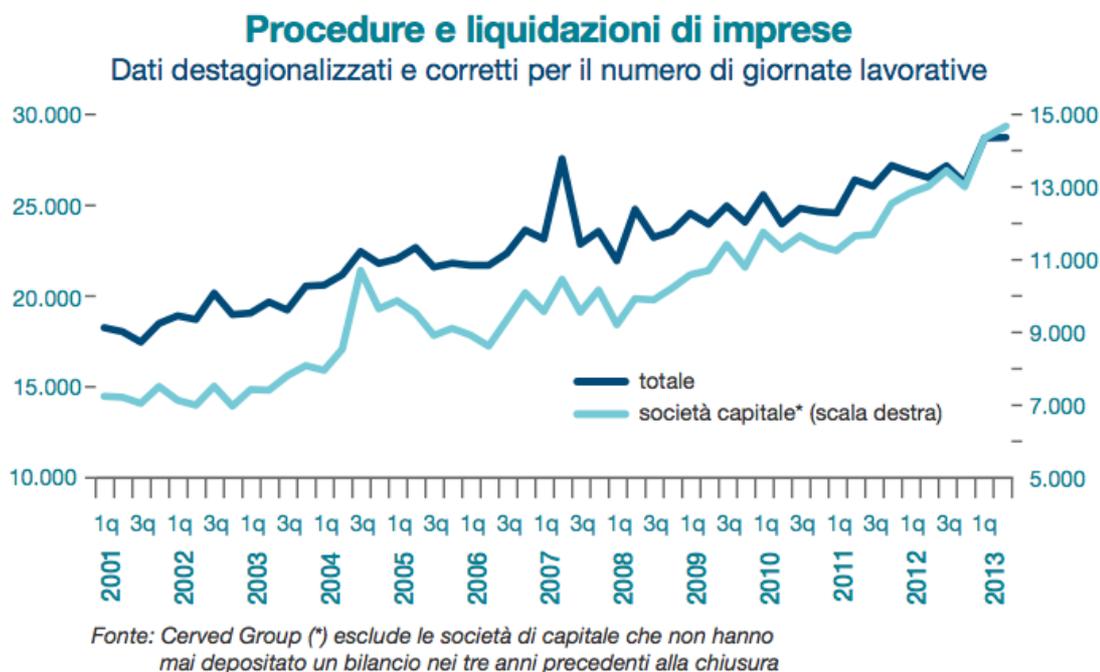
La flessione in calo delle ore di cassa integrazione, sottende un progressivo passaggio verso la disoccupazione, e i dati in aumento sulle domande di mobilità e disoccupazione sono lì a dimostrarlo; questo porta a considerare come la crisi stia assumendo un carattere sempre più strutturale, come è dimostrato anche dalla crescita del ricorso alla cassa integrazione straordinaria.

A settembre le ore di Cassa integrazione autorizzate per interventi ordinari, straordinari e in deroga sono complessivamente 85,2 milioni, registrandosi una diminuzione di 1,3 % del dato complessivo rispetto lo stesso mese del 2012, quando le ore autorizzate erano state 86,4 milioni:

- si registra una diminuzione della Cassa integrazione ordinaria pari al - 3,7 % rispetto all'anno precedente;
- si registra un aumento della Cassa integrazione straordinaria pari al + 46,8 % rispetto all'anno precedente;
- si registra una diminuzione della Cassa integrazione in deroga pari al -39,5%

rispetto all'anno precedente.

L'aumento delle ore di Cassa integrazione guadagni straordinaria, rispetto allo stesso periodo dell'anno precedente, è da ritenersi strettamente collegato all'andamento, purtroppo negativo, delle imprese: secondo i dati forniti dall'Osservatorio ²⁰⁴ su fallimenti, procedure e chiusure di imprese le aziende che nel secondo trimestre del 2013 hanno avviato una procedura di insolvenza o liquidazione volontaria sono 22 mila, con un aumento del + 9,9% rispetto allo stesso periodo dell'anno precedente.



Tra aprile e giugno 2013, inoltre, sono state aperte più di 3.600 procedure fallimentari, in aumento del 10,7 % rispetto al valore rilevato lo scorso anno

204 Fonte: www.cervedgroup.com

Andamento dei fallimenti

Dati trimestrali



Fonte: Cerved Group

Negli ultimi anni si è sicuramente assistito ad un crescente interesse del nostro Legislatore verso nuove soluzioni per far fronte a questa crescente crisi dell'attività imprenditoriale, che ha ritenuto in qualche modo di poter risolvere attraverso la possibile conservazione dei posti di lavoro, attraverso degli istituti alternativi creati con l'intento, da un lato, di poter assicurare il mantenimento di una organizzazione imprenditoriale, anche quando la crisi è risultata essere irreversibile, dall'altro, di preservare i valori di funzionamento dell'azienda stessa allo scopo di tutelare i livelli occupazionali.

Lo specifico interesse dei lavoratori al mantenimento del proprio posto e il tentativo di ricerca di una alternativa alla cessazione dell'attività d'impresa ha finito per dare vita a procedimenti spesso illusori in un sistema nel quale esiste una tutela rafforzata del posto di lavoro, in ogni suo aspetto. Sia per quanto concerne la

continuità giuridica del rapporto, con sospensione temporanea della durata e il riconoscimento di un compenso, in funzione di ammortizzatore sociale; sia per quello che attiene altre forme di sostegno nel momento in cui la risoluzione diviene inevitabile.

Bibliografia

A.A., Tribunale di Modena, 26 giugno 2013, in *Lav. nella Giur.*, 2013

BARRACO E., *Il trasferimento d'azienda*, in *Lavoro nella Giurisprudenza*, 2013

CAIAFA A., *Risanamento dell'impresa a tutela dei lavoratori*, *Diritto & pratica del lavoro* n. 3, 16 gennaio 2010

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

CAIAFA A., *I rapporti di lavoro nella riforma organica della disciplina della crisi di impresa e dell'insolvenza*, in *Diritto fallimentare delle società commerciali*, p. 1396- 1397

CAIAFA A., *Nuovo diritto delle procedure concorsuali*, Padova, 2006

CAIFA A., COSIO R., *Diritto europeo: crisi d'impresa e sorte dei rapporti di lavoro*, 2008

CAIAFA A., COSIO R., *Il trasferimento dell'azienda nell'impresa in crisi o insolvente*, Padova, 2005

CARINCI F., DE LUCA TOMAJO R., TOSI P., TREU T., *Ordinamento comunitario e rapporti di lavoro*, 2004

CAZZETTA G., *Scienza giuridica e trasformazioni sociali. Diritto del lavoro in Italia tra Ottocento e Novecento*, Milano; 2007

CECCHIELLA C., *Il diritto fallimentare riformato*, in *I manuali di guida al diritto*, Milano, 2007

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

D'ALESSANDRO F., *Rapporti di lavoro e crisi d'impresa*, in *Dir. fall.*, 2004, I, 1211

DELL'OLIO M., *Mercato del lavoro, decentramento, devoluzione*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2002

DIMUNDO A., PATTI A., *I rapporti giuridici preesistenti nelle procedure concorsuali minori*, Milano, 1999

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

GHERA E., *Diritto del lavoro*, Bari, 2000

GROSSI M. R., *La riforma della legge fallimentare: commento e formule della nuova disciplina delle procedure concorsuali*, Milano

ICHINO P., *La stabilità del lavoro e il valore dell'uguaglianza*, in *Relaz. Al convegno dell'Accademia dei Lincei su "Il nuovo volto del diritto italiano del lavoro"*, Roma, 2004

ICHINO P., *Il contratto di lavoro*

LUDOVICO G., *Impugnazione dei licenziamenti e fallimento: questioni in tema di continuità del rapporto di lavoro e di competenza*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2005

MAGNANI, *Garanzia del salario e stabilità del rapporto di lavoro*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1978, I, 181 e segg.

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

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

ZILIO GRANDI G.- SFERRAZZA M., *La tutela del lavoratore nei confronti dell'insolvenza del datore di lavoro*

*Ringrazio il Professore Gaetano Zilio Grandi,
tutti i miei compagni di corso in particolare Tania e Alberto*

