

I licenziamenti e le procedure concorsuali*

Andrea Lassandari

1. La protezione dei lavoratori nelle imprese sottoposte a procedure concorsuali: vecchi e nuovi problemi nell'ordinamento indifferente. 103
2. Il fallimento: i licenziamenti tra l'art. 2119 c.c. e l'art. 72. Le questioni aperte. 106
3. Sulla inapplicabilità dell'art. 72 legge fallimentare ai rapporti di lavoro subordinato. 108
4. Brevi rilievi sui licenziamenti posti in essere dal curatore e sulla tutela dei crediti dei prestatori. 112
5. Le altre procedure concorsuali. 118

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 354/2018

1. La protezione dei lavoratori nelle imprese sottoposte a procedure concorsuali: vecchi e nuovi problemi nell'ordinamento indifferente.

In un saggio risalente alla metà degli anni settanta, dedicato alla tutela dei lavoratori in caso di fallimento del datore, dopo una attenta analisi delle questioni esistenti si concludeva sottolineando la necessità, *de iure condendo*, di «sottrarre i lavoratori alla giugulante alternativa ...tra difesa del posto di lavoro e difesa delle ragioni di credito per indennità di anzianità»³⁵⁴.

In seguito, nello spazio di pochi anni, il contesto giuridico mutava radicalmente. Intanto per quel che concerneva i licenziamenti: divenuti, secondo una fortunata descrizione dottrinale, «impossibili»³⁵⁵. Anche in caso di fallimento³⁵⁶.

Poi perché l'introduzione del "trattamento di fine rapporto", in luogo dell'"indennità di anzianità", e soprattutto la previsione dell'intervento del "fondo di garanzia" sdrammatizzarono in buona parte la questione della tutela dei crediti retributivi dei prestatori subordinati. Contemporaneamente d'altra parte a tali crediti veniva pure riservata protezione più elevata, al cospetto degli altri³⁵⁷.

Gli anni ottanta videro progressivamente superare i vincoli al licenziamento, emersi con il "diritto del lavoro dell'emergenza"³⁵⁸. Tuttavia nell'importante riforma realizzata con la legge n. 223 del 1991 fu inserita una previsione che per lungo tempo ha poi rappresentato un imprescindibile riferimento, quanto alla gestione dei rapporti di lavoro, a fronte di procedure concorsuali: l'articolo 3.

Qui infatti, come noto, si individuava una specifica fattispecie di intervento straordinario di integrazione salariale, «per un periodo non superiore a dodici mesi»: operante qualora «la continuazione dell'attività non sia stata disposta o sia cessata». Prevedendosi altresì la possibilità di una proroga, per un intervallo temporale «non superiore a sei mesi», laddove fossero invece ora emerse «fondatte prospettive di continuazione o ripresa dell'attività».

Ai sensi del comma 3 dell'articolo, si stabiliva infine che il «curatore, ... liquidatore o ... commissario» avessero «facoltà di collocare in mobilità, ai sensi dell'articolo 4, ovvero dell'articolo 24, i

³⁵⁴ Cfr. P. G. Alleva, *Fallimento e tutela dei lavoratori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, 256.

³⁵⁵ Così L. Mariucci, *I licenziamenti «impossibili»: crisi aziendale e mobilità del lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1979, 1405. Vedi pure M. D'Antona, *L'intervento straordinario della Cassa integrazione guadagni nelle crisi aziendali: interessi pubblici, collettivi, individuali*, in *Riv. giur. lav.*, 1983, I, p. 15 ss.; G. Ferraro, *Cassa integrazione guadagni e crisi aziendale nelle leggi sulla riconversione industriale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1979, p. 1000; M. Magnani, *Garanzia del salario e stabilità del rapporto di lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1978, I, p. 635.

³⁵⁶ Infatti secondo l'art. 2, legge n. 301 del 1979, «all'articolo 25 della legge 12 agosto 1977, n. 675, dopo il sesto comma è aggiunto il seguente: "Con effetto dal 1 gennaio 1979, nel caso di fallimento di aziende industriali, oltre ad applicarsi le disposizioni di cui al comma precedente, ove siano intervenuti licenziamenti, l'efficacia degli stessi è sospesa e i rapporti di lavoro proseguono ai soli fini dell'intervento straordinario della Cassa integrazione per crisi aziendale dichiarata ai sensi dell'articolo 2 della presente legge, il cui trattamento può essere concesso per un periodo massimo di ventiquattro mesi, e del conseguente disposto del precedente articolo 21, secondo comma"». Cfr. G. Ferraro, *Crisi dell'impresa, procedure concorsuali e tutela dei lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1985, I, p. 163 e M. Cinelli, *Dissesto dell'impresa e tutela sociale dei lavoratori*, in *Riv. giur. lav.*, 1986, III, 193 ss.

³⁵⁷ L'evoluzione della disciplina dei privilegi sui crediti di lavoro è parallela a quella concernente gli altri istituti. Cfr. G. Ferraro, *op. ult. cit.*, p. 146 ss. Vedi più recentemente M. Marazza, V. Anibaldi, *Contratto e rapporto di lavoro nell'impresa dichiarata insolvente*, in *Contratto di lavoro e organizzazione*, a cura di M. Marazza, vol. IV, tomo 2, del *Trattato di diritto del lavoro*, diretto da M. Persiani e F. Carinci, Cedam, Padova, 2012, p. 2254 ss.

³⁵⁸ Si veda il volume *Il diritto del lavoro dell'emergenza*, a cura di R. De Luca Tamajo e L. Ventura, Jovene, Napoli, 1979, cui si deve la fortunatissima definizione dei provvedimenti legislativi giuslavoristici risalenti alla fine degli anni settanta.

lavoratori eccedenti», nei casi in cui non risultasse possibile la «continuazione dell'attività, anche tramite cessione dell'azienda o di sue parti» ovvero i livelli occupazionali potessero «essere salvaguardati solo parzialmente».

La norma ha suscitato dibattiti in dottrina: in particolare sulla esistenza o meno di un obbligo di presentare la domanda di intervento della cassa integrazione³⁵⁹. Sono state inoltre discusse le peculiari caratteristiche di quest'ultimo, apparendo in tal caso significativamente ridotta (se non eliminata) la discrezionalità della pubblica amministrazione sulla concessione³⁶⁰.

Nei fatti comunque la richiesta di intervento della cassa integrazione straordinaria è stata sistematicamente presentata (e sempre concessa, per quel che si conosce): perché garantiva nella sostanza tutti gli interessi in gioco. Senz'altro quelli dei prestatori. Anche però dei creditori dell'impresa sottoposta a procedure concorsuali: considerati i maggiori oneri derivanti dal mancato intervento della cassa³⁶¹; inoltre il possibile incremento di entrate conseguenti alla vendita od all'affitto del complesso aziendale o di sue parti autonome: operazioni indubbiamente favorite, dandosi al curatore il tempo necessario per tentarne la realizzazione, sempre dall'intervento in oggetto.

Ebbene nel 2012 la legge n. 92, all'art. 2, comma 70, ha abrogato proprio questo articolo, «a decorrere dal 1° gennaio 2016». Nell'immediato peraltro modificandone radicalmente caratteri e funzione: posto che il presupposto dell'intervento veniva ora legato alla sussistenza di «prospettive di continuazione o di ripresa dell'attività e di salvaguardia, anche parziale, dei livelli di

³⁵⁹ Hanno manifestato dubbi sulla esistenza dell'obbligo o lo escludono senz'altro D. Garofalo, *Insolvenza dell'impresa e tutela previdenziale del reddito*, in *Contratto di lavoro e organizzazione*, a cura di M. Marazza, *op. cit.*, 2431; G. Ferraro, *Le integrazioni salariali*, in G. Ferraro, F. Mazziotti, F. Santoni, *Integrazioni salariali, eccedenze di personale e mercato del lavoro*, Jovene, Napoli, p. 19 ss.; S. Liebman, *Il rapporto di lavoro nell'amministrazione straordinaria della grande impresa in crisi e nel fallimento a confronto*, in *Mass. giur. lav.*, 1998, 972; F. Liso, *Mercato del lavoro: il ruolo dei poteri pubblici e privati nella legge 223/1991*, in *Riv. giur. lav.*, 1993, I, 29; G. Pera, *Fallimento e rapporto di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, I, 239 ss.; A. Perulli, *I rinvii all'autonomia collettiva: mercato del lavoro e trasferimento d'azienda*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1992, 563; P. Tosi, *Riforma fallimentare e rapporti di lavoro*, in *Scritti in onore di Edoardo Ghera*, Cacucci, Bari, 2008, 1229; M. L. Vallauri, *Il lavoro nella crisi di impresa*, Angeli, Milano, 2013, 74; C. Zoli, L. Ratti, *La disciplina dei rapporti di lavoro e l'esercizio provvisorio nel fallimento*, in *Mass. giur. lav.*, 2017, n. 4, 202. Così pure la giurisprudenza prevalente. Si sono invece pronunciati per la sussistenza dell'obbligo P. G. Alleva, *La sorte del rapporto di lavoro nelle procedure concorsuali*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciale*, 2001, I, 685; A. Caiafa, *Procedure concorsuali: gestione del personale nelle ristrutturazioni e riorganizzazioni aziendali*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2009, n. 5, p. 681 ss.; P. Chieco, *La disciplina delle eccedenze di personale nelle procedure concorsuali*, in *Riv. giur. lav.*, I, 183 ss.; B. Meoli, S. Sica, *Effetti sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Gli organi, gli effetti, la disciplina penalistica. Trattato di diritto fallimentare*, diretto da V. Buonocore e A. Bassi, coordinato da G. Capo, F. De Santis, B. Meoli, vol. II, Cedam, Padova, 2010, 491 ss.; M. Miscione, *I licenziamenti per riduzione del personale e la mobilità*, in *La disciplina dei licenziamenti*, a cura di B. Caruso, Jovene, Napoli, 1991, 317; G. Santoro Passarelli, *Commento all'art. 3 in Legge 23 luglio 1991, n. 223. Commentario*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1994, 907; F. Scarpelli, *La nozione e il controllo del giudice*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1997, n. 19, *I licenziamenti collettivi*, 65; G. Villani, *Relazioni industriale e procedure concorsuali*, Giappichelli, Torino, 1996, 176 ss.. Sottolineano peraltro come l'obbligo derivi dalla considerazione delle ragioni e convenienze dei creditori M. Marazza, V. Anibaldi, *op. ult. cit.*, p. 2251 e A. Topo, *La gestione dei rapporti di lavoro nelle procedure concorsuali*, in *Dir. merc. lav.*, 2005, 93.

³⁶⁰ Parla di «sostanziale automaticità nella concessione», considerato che non devono «essere adottate particolari giustificazioni», S. Liebman, *Liquidazione o conservazione dell'impresa nelle procedure concorsuali: insolvenza dell'imprenditore e strumenti di tutela del lavoro subordinato*, in *Dir. rel. ind.*, 1995, n. 1, 33 ss.. Vedi pure P. G. Alleva, *op. ult. cit.*, 686; A. Caiafa, *I rapporti di lavoro nelle crisi di impresa*, Cedam, Padova, 2004, 37 ss.; P. Chieco, *op. cit.*, 186; G. Ferraro, *op. ult. cit.*, 19 ss.; M. Miscione, *op. cit.*, 317; G. Santoro Passarelli, *op. cit.*, 906; A. Topo, *op. cit.*, 92 ss.; P. Tosi, *op. cit.*, 1229; C. Zoli, L. Ratti, *op. cit.*, 202.

³⁶¹ Cfr. P. G. Alleva, *op. ult. cit.*, 685, ove viene così descritta la funzione dell'art. 3, l. n. 223 del 1991: «non onerare la procedura di oneri finanziari; incoraggiare i lavoratori a restare uniti e a non disperdersi, così da salvaguardare il capitale umano dell'impresa; incentivare, favorire e privilegiare le intenzioni e i tentativi di subentro di nuovi soggetti economici». Vedi pure M. Marazza, V. Anibaldi, *op. cit.*, 2251, P. Chieco, *op. cit.*, 188 nonché A. Topo, *op. cit.*

occupazione, da valutare in base a parametri oggettivi definiti con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali»³⁶².

È seguito allora un breve “interregno” in cui si è cercato, non senza difficoltà alla luce del nuovo testo, di conciliare le esigenze dei prestatori e dei creditori. Mentre a partire dal 2016 - oramai assente qualunque specifico dispositivo giuslavoristico, funzionale a gestire le situazioni analizzate – le scelte degli operatori coinvolti, giudici compresi, hanno mostrato notevole incertezza e confusione.

La sensazione è che il dibattito illustrato nel saggio di metà anni settanta, di cui si diceva, sia in effetti ritornato attuale, quanto innanzitutto alle intricate relazioni tra diritto del lavoro e diritto delle procedure concorsuali: sistemi storicamente “incomunicanti”, posti di nuovo semplicemente uno di fronte all’altro.

In definitiva oggi la principale differenza, nell’ottica dei lavoratori, rispetto a quanto allora osservato, concerne la garanzia della tutela dei crediti, per quel che riguarda il “trattamento di fine rapporto” nonché le ultime tre mensilità.

Non si tratta certo di elemento irrilevante. Anche se in un mercato del lavoro oramai del tutto frammentato, con presenze massicce di lavoratori precari, anche non subordinati³⁶³, pure l’articolo 3 della legge n. 223 del 1991, quale unico strumento esistente, mostrava profondi limiti. Mentre lo stesso “trattamento di fine rapporto” finisce oggi con il perdere, per numeri crescenti di lavoratori dipendenti, il significato storicamente assunto: non infrequentemente in effetti garantendo, considerata la breve durata dei rapporti, somme tutt’altro che elevate (anche non superiori all’“indennità di mancato preavviso”).

Emergono pertanto allo stato molteplici problemi, alcuni dei quali noti, anche se in parte dimenticati o rimossi; altri invece del tutto nuovi, strettamente legati alle contemporanee dinamiche di mercato.

Nel frattempo alla fine della legislatura, con legge n. 155 del 2017, è stata approvata “delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell’insolvenza”. Qui tra i «principi generali» assume rilievo, ai sensi della lettera p) dell’art. 2, quello di «armonizzare le procedure di gestione della crisi e dell’insolvenza del datore di lavoro con le forme di tutela dell’occupazione e del reddito dei lavoratori» disposte in ambito sovranazionale³⁶⁴; mentre a proposito della «procedura di liquidazione giudiziale», l’art. 7, co. 7, specifica che «la disciplina degli effetti della procedura sui rapporti di lavoro subordinato è coordinata con la legislazione vigente in materia di diritto del lavoro, per quanto concerne il licenziamento, le forme assicurative e di integrazione

³⁶² Cfr P. Tullini, *Tutela del lavoro nella crisi d’impresa e assetto delle procedure concorsuali*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, I, 205 ss. e M. L. Vallauri, *Il lavoro nella crisi d’impresa*, op. cit., 76 ss.

³⁶³ Alle problematiche specificamente riferite a questi prestatori dedicano attenzione P. G. Alleva, op. ult. cit., 679 e L. De Angelis, *Fallimento e rapporti di lavoro: brevi considerazioni dopo la riforma del 2006*, in *Foro it.*, 2007, V, 89.

³⁶⁴ Il testo indica esattamente: «armonizzare le procedure di gestione della crisi e dell’insolvenza del datore di lavoro con le forme di tutela dell’occupazione e del reddito dei lavoratori che trovano fondamento nella Carta sociale europea, fatta a Strasburgo il 3 maggio 1996, ratificata ai sensi della legge 9 febbraio 1999, n. 30, e nella direttiva 2008/94/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 ottobre 2008, nonché nella direttiva 2001/23/CE del Consiglio, del 12 marzo 2001, come interpretata dalla Corte di giustizia dell’Unione europea». Le direttive menzionate concernono rispettivamente la tutela dei lavoratori subordinati in caso d’insolvenza del datore di lavoro nonché il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in casi di trasferimento di imprese.

salariale, il trattamento di fine rapporto e le modalità di insinuazione al passivo»³⁶⁵. Segue tuttavia anche questa volta, trattandosi di un costante compagno di viaggio della legislazione dell'ultimo decennio (almeno), la previsione dell'art. 16 per cui «dall'attuazione della presente legge e dei decreti legislativi da essa previsti ... non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica»: la qual cosa, solo che si pensi alle connessioni appena richiamate con «le forme assicurative e di integrazione salariale», assume a sua volta non irrilevante importanza.

Non è chiaro se, oramai in piena campagna elettorale, si riuscirà ad affrontare in modo adeguato problematiche così delicate. Certo è tuttavia che nella diciassettesima legislatura, in presenza di una crisi economica senza precedenti nella storia repubblicana ed a fronte di un intervento normativo sul lavoro di cui l'unica cosa non discutibile è l'imponenza, ci si sia limitati ad assistere, piuttosto distrattamente, al progressivo accantonamento dell'unico strumento esistente, rappresentato appunto dall'articolo 3, legge n. 223 del 1991: in attesa della eliminazione, programmata nel 2012 e regolarmente avvenuta il 31 dicembre 2015.

Nelle pagine che seguono si approfondirà – nel più ampio ambito problematico brevemente richiamato – la specifica questione, pur evidentemente centrale, del raccordo tra procedure concorsuali e licenziamenti: la quale impone di ritornare su interpretazioni ed acquisizioni anche risalenti, in un dibattito per la verità mai giunto ad esiti del tutto assestati e soddisfacenti.

Si precisa inoltre che, considerata l'esistenza di distinte discipline delle procedure concorsuali, verranno inizialmente analizzate le più complesse questioni connesse al fallimento. Quindi, a partire dalle conclusioni in tal caso raggiunte, ci si confronterà con le restanti fattispecie.

2. Il fallimento: i licenziamenti tra l'art. 2119 c.c. e l'art. 72. Le questioni aperte.

A proposito dei licenziamenti, una volta eliminato l'art. 3 della legge n. 223 del 1991, torna ad assumere rilievo, come unico riferimento normativo esistente nell'ordinamento giuslavoristico, il co. 2 dell'art. 2119 c.c.: qui si dispone che «non costituisce giusta causa di risoluzione del contratto il fallimento dell'imprenditore o la liquidazione coatta amministrativa dell'azienda».

Su questa esclusiva, esile base si deve allora tornare ad affrontare all'incirca le medesime questioni analizzate nel saggio citato di Nanni Alleva, alla metà degli anni settanta. E cioè se gli effetti sul rapporto di lavoro subordinato generati dal fallimento consistano, secondo tre opzioni alternative: «a) nello scioglimento *de iure* del contratto; b) nel suo 'arresto', che diviene definitivo, trasformandosi in estinzione se gli organi fallimentari non decidono di subentrare nel contratto; c) nella sua continuazione pura e semplice con la curatela»³⁶⁶.

Se la prima ipotesi appariva «inaccettabile» già allora, per palese contrasto proprio con l'art. 2119 c.c. – da cui è sempre stato dedotto che fosse il licenziamento a determinare la risoluzione del rapporto, anche in presenza di fallimento e liquidazione coatta amministrativa; e che restasse nel contempo comunque fermo, in tali casi, il diritto al preavviso da parte del lavoratore³⁶⁷ – erano la seconda e la terza a dividere gli interpreti: la seconda tuttavia, basata sull'art. 72 del r.d. 16 marzo

³⁶⁵Cfr. M. Magnani, *Crisi d'impresa tra diritto del lavoro e mercato*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT-348/2017, 6.

³⁶⁶Così P. G. Alleva, *Fallimento e tutela dei lavoratori*, op. cit., 213 ss.

³⁶⁷Cfr. M. De Luca, *I diritti dei lavoratori nel fallimento*, in Riv. it. dir. lav., 1984, I, 628 ss., ed ora M. Marazza, V. Anibaldi, op. cit., 2244 nonché M. L. Vallauri, *Il lavoro nella crisi d'impresa*, op. cit., 68 ss.

1942, n. 267 (d'ora in poi legge fallimentare), risultando in definitiva preferita, soprattutto in giurisprudenza, anche perché apparentemente in grado di realizzare una composizione proprio con la norma codicistica. Infatti «da una parte l'art. 72 ... non comporta l'estinzione automatica del rapporto, e dall'altra l'art. 2119, comma 2°, non dispone la continuazione automatica di quello di lavoro: nulla quindi si opporrebbe a ritenere che anch'esso entri nella fase di 'arresto', salve poi le diverse possibilità conseguenti alle determinazioni del curatore»³⁶⁸.

Nella originaria formulazione l'art. 72 si riferiva però esclusivamente al contratto di compravendita: l'applicazione della disposizione ai rapporti di lavoro derivando da indirizzo che la riteneva operante per la generalità dei contratti sinallagmatici. Oggi, a seguito delle modificazioni intervenute nel 2006, il medesimo concerne invece l'insieme dei «rapporti pendenti»³⁶⁹: ciò rafforzando ulteriormente la tesi della "felice coabitazione" (se così la si può definire) tra l'art. 2119 c.c. e l'art. 72, riproposta in effetti da diversi autori anche di recente³⁷⁰.

Quando l'art. 72 legge fallimentare – venuto meno l'art. 3, legge n. 223 del 1991, che ne aveva di fatto (prima che diritto) bloccato l'utilizzo – ha cominciato tuttavia ad essere diffusamente impiegato, sono apparsi non pochi profili problematici, innanzitutto considerando gli interessi dei prestatori. Perché in conseguenza di ciò si presenta di fronte a questi ultimi, il cui rapporto di lavoro viene sospeso a tempo indeterminato senza retribuzione, la non splendida alternativa tra «mettere in mora» il curatore, ai sensi dell'art. 72, co. 2 (in tal modo giungendosi *ex lege* allo scioglimento del contratto, in assenza di determinazioni di quest'ultimo)³⁷¹ e dimettersi (con l'articolo 2119 c.c. che tuttavia impedisce ciò avvenga per giusta causa!)³⁷². In entrambi i casi risultando peraltro incerto il diritto a percepire la Naspi, una volta risolto il rapporto.

³⁶⁸ Così P. G. Alleva, *op. ult. cit.*, 214 e 215.

³⁶⁹ La modifica si deve all'art. 57, d. lgs. 9 gennaio 2006, n. 5. Sui generali caratteri della nuova regolamentazione, quanto in particolare alle connessioni con il diritto del lavoro, cfr. F. Alleva, *Prime note critiche in tema di riforma fallimentare*, in *Riv. giur. lav.*, 2006, I, 103 ss. e P. Tosi, *op. cit.*, 1223 ss. Vedi pure A. Corrado, *La riforma della legge fallimentare: implicazioni giuslavoristiche del d. lgs. n. 5/06; parte prima: aspetti generali ed effetti del fallimento sui rapporti di lavoro pendenti; parte seconda: l'esercizio provvisorio e l'affitto dell'azienda; parte terza: l'accertamento dello stato passivo e giudizi di impugnazione*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2006, 19 ss., 357 ss., 693 ss. Ai sensi del comma primo del nuovo testo dell'art. 72, «Se un contratto è ancora ineseguito o non compiutamente eseguito da entrambe le parti quando, nei confronti di una di esse, è dichiarato il fallimento, l'esecuzione del contratto, fatte salve le diverse disposizioni della presente sezione, rimane sospesa fino a quando il curatore, con l'autorizzazione del comitato dei creditori, dichiara di subentrare nel contratto in luogo del fallito, assumendo tutti i relativi obblighi, ovvero di sciogliersi dal medesimo, salvo che, nei contratti ad effetti reali, sia già avvenuto il trasferimento del diritto». Risultano rilevanti, nell'economia delle questioni qui approfondite, pure i commi 2 e 4 dell'articolo, secondo cui, rispettivamente «Il contraente 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»; inoltre «In caso di scioglimento, il contraente ha diritto di far valere nel passivo il credito conseguente al mancato adempimento, senza che gli sia dovuto risarcimento del danno».

³⁷⁰ Cfr. pure Cass., 14 maggio 2012, in *Foro it.*, 2012, I, c. 2357 nonché da ultimo Cass., 4 ottobre 2017, inedita. Si vedano in dottrina A. Corrado, *op. ult. cit.*, 27; L. De Angelis, *op. cit.*, 88; M. Magnani, *Crisi dell'impresa, op. cit.*, 20 ss.; A. M. Perrino, *Contratto di lavoro in corso e fallimento: strumenti antichi e questioni nuove*, in *Foro it.*, 2012, I, c. 2363; R. Pessi, *Profili giuslavoristici nelle procedure concorsuali*, in *Lav. prev. oggi*, 2010, 336 ss.; C. Zoli, L. Ratti, *op. cit.*, 201. *Contra* invece L. Guglielmucci, *Diritto fallimentare*, Giappichelli, Torino, 2017, 132; N. De Marinis, *Fallimento dell'impresa e rapporti di lavoro subordinati*, in *Contratti in esecuzione e fallimento*, a cura di F. Di Marzio, Ipsoa, Milano, 2007, 329; P. Tosi, *op. cit.*, 1229; P. Tullini, *op. cit.*, 217 ss.; M. L. Vallauri, *Il lavoro nella crisi di impresa, op. cit.*, 64 ss. nonché "Non guardarmi: non ti sento: diritto del lavoro e diritto fallimentare a confronto", in *Lav. dir.*, 2016, 859 ss.. Cfr. inoltre, in vigenza del precedente testo dell'art. 72 ma secondo argomentazioni riproponibili in buona parte pure oggi, P. G. Alleva *Fallimento e tutela dei lavoratori, op. cit.*, nonché *La sorte del rapporto di lavoro ...*, *op. cit.*, 673 ss.; M. De Luca, *op. cit.*, 619 ss.; P. Ichino, *Il contratto di lavoro*, III, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, Giuffrè, Milano, 2003, 462; S. Liebman, *Il rapporto di lavoro ...*, *op. cit.*, 970; G. Pera, *Fallimento e rapporto di lavoro, op. cit.*

³⁷¹ Vedi il testo nella nota 16.

³⁷² Vedi *infra* il paragrafo successivo.

Mentre si affermano prassi ed indirizzi giurisprudenziali secondo cui, qualificata l'“indennità di mancato preavviso” (in cui si converte necessariamente il diritto al preavviso, una volta che il licenziamento retroagisca al momento della dichiarazione di fallimento) quale *species* di «risarcimento del danno», viene negato pure il diritto a «far valere ... nel passivo» tale credito, ai sensi ora del quarto comma dell'art. 72³⁷³.

Al di là di questi non secondari aspetti, è d'altra parte il contesto generato dall'applicazione dell'art. 72 – il quale suscita reazioni individuali volte a lasciare l'impresa, divenuta una sorta di “trappola”: in particolare tra i lavoratori più qualificati - a ridurre fortemente nei fatti il rilievo di qualunque mediazione collettiva; inoltre e soprattutto ostacolare in modo significativo il tentativo di mantenere e recuperare almeno parte dell'attività produttiva: anche al fine di tentarne l'affitto o la vendita. Perché una impresa – o parte di impresa - senza prestatori qualificati diviene evidentemente ancora meno appetibile³⁷⁴.

In tal modo però potendo essere penalizzate le ragioni di tutti i soggetti coinvolti: creditori dell'impresa fallita compresi, considerata la possibile perdita di valore del patrimonio in ipotesi liquidabile, a fronte di tali dinamiche³⁷⁵.

Non si esclude che talora la sospensione dei rapporti di lavoro, pur senza retribuzione, possa costituire soluzione accettabile per i prestatori: evidentemente in attesa e nella speranza di soluzioni meno traumatiche della definitiva cessazione di attività. Tuttavia un conto è condizionare tale esito al positivo, esplicito consenso espresso dai prestatori stessi, come peraltro risulta possibile fare in applicazione delle regole concernenti il rapporto di lavoro; altra cosa invece è imporlo per legge, in relazione ad interessi ritenuti prevalenti (e sempre sussistenti, talora con prospettiva miope come si diceva) dei creditori.

Insomma la scoperta del fatto che l'art. 72, una volta concretamente operante, non si sposi poi così bene con l'ordinamento giuslavoristico (e previdenzialistico), ostacolando per inciso in alcuni casi pure una adeguata considerazione degli interessi dei creditori, impone intanto di verificare con attenzione se la tesi in oggetto risulti fondata.

3. Sulla inapplicabilità dell'art. 72 legge fallimentare ai rapporti di lavoro subordinato.

Alcune delle questioni segnalate sembrano per il vero risolvibili, alla luce di una corretta considerazione degli istituti come della loro funzione, anche ritenendo applicabile ai rapporti di lavoro subordinato l'art. 72 della legge fallimentare.

Ecco quindi che l'esclusione del diritto del prestatore di «far valere nel passivo» il credito alla “indennità di mancato preavviso” appare sotto più profili errata. Intanto perché a quest'ultima deve essere riconosciuta natura retributiva e non risarcitoria. Ciò emergendo alla luce di

³⁷³ Su tali riferimenti normativi vedi nota 16. Questo ad es. pare l'orientamento assunto dai giudici della sezione fallimentare del Tribunale di Reggio Emilia.

³⁷⁴ Cfr. pure M. Magnani, *Crisi dell'impresa*, op. cit., 3 ss.

³⁷⁵ Osserva giustamente M. L. Vallauri, *Il lavoro nella crisi di impresa*, op. cit., 201, che «la conservazione dei complessi produttivi e la prosecuzione (anche prospettica) dell'attività d'impresa rappresenta, infatti, per i lavoratori, la via per salvaguardare il posto di lavoro, mentre per i creditori può rappresentare, se ben gestita, la strada per massimizzare il ricavo dalla procedura». Cfr. B. Libonati, *La crisi dell'impresa*, in AA.VV., *L'impresa*, Giuffrè, Milano, 1985, 206; M. Magnani, *Crisi dell'impresa*, op. cit., 3 ss.; L. Stanghellini, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, Il Mulino, Bologna, 2007, 67 ss.; P. Tullini, op. cit., 200.

molteplici consolidati elementi: senz'altro l'incontestata considerazione di tale indennità nella nozione di retribuzione, ai fini del calcolo del "trattamento di fine rapporto" (nonché di numerose ulteriori voci) come degli obblighi contributivi³⁷⁶. Anche però il riconoscimento della medesima, in termini cumulativi rispetto alla indennità - questa invece senz'altro risarcitoria - di cui all'art. 18, co. 5, legge n. 300 del 1970, come modificato dalla legge n. 92 del 2012: sul presupposto appunto di una differente natura come funzione³⁷⁷.

D'altra parte nell'economia del testo dell'art. 72, co. 4, legge fallimentare, è ben più plausibile considerare l'"indennità di mancato preavviso" quale credito «conseguente al mancato adempimento» piuttosto che integrante un «risarcimento del danno». Una differente opzione per inciso comportando la diretta violazione dell'art. 2119 c.c., co. 2: posto che in tal modo verrebbe meno il principale effetto, a tutela dei prestatori, derivante dalla norma codicistica.

Più complesso sembra invece giungere ad un esito positivo per i lavoratori, a proposito del diritto alla Naspi: perché l'ipotetica (e ragionevole) equiparazione del recesso del lavoratore alle dimissioni per giusta causa ... sembra proprio frontalmente contraddetta dall'art. 2119 c.c., co. 2; mentre la messa «in mora» del curatore, ai sensi dell'art. 72, co. 2, può gettare ombre sulla sussistenza del requisito della involontarietà della perdita dell'occupazione.

Non si esclude neanche ora la possibilità di giungere ad interpretazioni idonee ad affrontare i problemi sociali emergenti³⁷⁸, le quali sarebbero peraltro senz'altro conformi ai principi informativi del sistema di sostegno del reddito: perché non vi è chi non veda come nella generalità dei casi tutto i lavoratori desiderino meno che interrompere la propria attività. Le norme specifiche però indubbiamente non aiutano.

Ebbene a giudizio di chi scrive risulta tuttavia errata l'interpretazione e prassi, che vuole l'art. 72 operare anche per i rapporti di lavoro subordinati, in relazione a molteplici ragioni ed elementi di seguito brevemente precisati. Mentre la formulazione del testo di questa disposizione - non più limitata come si diceva alla compravendita ma concernente l'insieme dei contratti - continua anche oggi a non impedire che si impongano in alternativa sistemi regolativi autonomi, in virtù dei profili generali di configurazione come delle disposizioni esistenti.

Ora non è dubbio che il diritto del lavoro si faccia (anche) portatore e garante di interessi, così come risulti sede di attenzione a bisogni, quelli dei prestatori, che hanno innanzitutto nel testo costituzionale il proprio fondamento: risultando necessario tornare a sottolineare, in un momento storico che l'ha dimenticato, il rilievo degli articoli 1, 2, 3, 4, 35, 36, 37, 38, 39, 40 e 41 (in prima battuta) nella stessa dogmatica costituzionale. Con precisi e rilevanti effetti sugli stessi canoni interpretativi della disciplina positiva legislativa. Ciò generando appunto un ordinamento che si distacca in modo netto da tutti gli altri.

³⁷⁶ Cfr. R. Diamanti, *Commento all'articolo 2118 c.c.*, in *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, a cura di R. De Luca Tamajo e O. Mazzotta, Cedam, Padova, 590.

³⁷⁷ Cfr. Cass. 21 settembre 2016, n. 18508, inedita per quel che consta.

³⁷⁸ L. De Angelis, *op. cit.*, 88, cita ad es. Cass. 26 gennaio 1988, n. 648, in *Foro it.*, Rep., 1988, voce Lavoro (rapporto), n. 1886, secondo cui «le dimissioni del lavoratore che adduca a giusta causa l'inadempimento della controparte, soggetta poi a procedura concorsuale (nella specie di amministrazione controllata), in ordine alla principale obbligazione di corrispondere la retribuzione pattuita, non possono considerarsi comprese nel divieto di cui all'art. 2119, comma 2, c.c. non trovando la loro causa nella procedura stessa, ma nella precedente inadempienza». Vedi pure G. Pera, *Fallimento ...*, *op. cit.*, 239 e M. L. Vallauri, *Il lavoro nella crisi d'impresa*, *op. cit.*, 93.

Contemporaneamente d'altra parte è pure ben noto che, a partire dai limitati riferimenti contenuti negli artt. 2118 e 2119 c.c., sia stato sviluppato, in armonia (nel secolo scorso) proprio con i menzionati principi costituzionali, un articolato e complesso insieme di norme sui licenziamenti. All'interno del quale sono stati individuati presupposti di validità sostanziali e formali di questi ultimi.

Il punto è che tale sistema di regole risulta *in toto* contraddetto, dietro una apparenza superficiale di armonia, dall'applicazione dell'art. 72. Si consideri in effetti come, secondo quest'ultimo, non ci sia alcuna necessità di individuazione di una giustificazione, perché il rapporto si risolve: risultando allo scopo sufficiente la mera intenzione e dichiarazione di «sciogliersi» dal medesimo. Tantomeno siano previsti vincoli di forma e motivazione (e previo esperimento del tentativo di conciliazione, per i rapporti costituiti prima del 7 marzo 2015), ai sensi della legge n. 604 del 1966, ovvero di informazione e trattativa, come invece impone la disciplina della legge n. 223 del 1991.

Mentre nell'ipotesi in cui il curatore sia stato messo «in mora» dal lavoratore, il rapporto può addirittura risolversi senza alcun atto di recesso: sul mero presupposto cioè della decorrenza del termine fissato dal giudice delegato.

Emerge insomma in tal modo una evidentissima deroga rispetto alla specifica disciplina concernente il rapporto di lavoro subordinato, a sua volta ben ancorata al disegno costituzionale: la quale si ritiene possa essere considerata introdotta solo in presenza di esplicita precisazione del legislatore. Non certo di fronte ad un articolo di legge che si limita a prevedere regole diverse ed anzi incompatibili: aventi portata generale ma non per questo esclusiva ed esaustiva³⁷⁹.

Senza dimenticare peraltro che della ipotetica, esplicita deroga in questione andrebbe verificata la conformità ai principi di diritto emergenti in sede costituzionale, sovranazionale ed internazionale: tra i quali assume rilievo quello della necessaria giustificazione del licenziamento nonché, a fronte di licenziamenti collettivi, della previa consultazione delle organizzazioni sindacali³⁸⁰.

Di fronte tuttavia ad una regolamentazione in cui la dichiarazione di fallimento sospende indefinitamente il rapporto di lavoro, escludendo il diritto del prestatore alla retribuzione (se non addirittura alla "indennità di mancato preavviso", secondo l'orientamento già considerato), si evidenziano anche ulteriori rilevanti questioni di compatibilità con l'art. 36 della Costituzione, quanto in particolare alla garanzia di una retribuzione sufficiente ad assicurare una «esistenza libera e dignitosa» al lavoratore ed alla sua famiglia.

In effetti è vero che, in applicazione dell'art. 72 legge fallimentare, la decisione del curatore di risolvere il rapporto opererebbe retroattivamente: risalendo cioè al momento della dichiarazione di fallimento. Questo elemento, su cui si tornerà, oltre ad essere eventuale (perché il curatore potrebbe anche invece decidere per la prosecuzione) è tuttavia ovviamente ben lungi dal risolvere il problema concretissimo della garanzia di una (qualunque, in tal caso, più che idonea) retribuzione, a fronte di un rapporto *medio tempore* ancora esistente.

Mentre l'eventuale esclusione del diritto alla Naspi solleva analoghi forti dubbi di violazione dell'art. 38 del testo costituzionale, quanto al comma 2: intendendo il parametro di involontarietà

³⁷⁹ Così P. Tullini, *op. cit.*, 222. Cfr. pure P. G. Alleva, *Fallimento e tutela dei lavoratori ... op. cit.*, 221.

³⁸⁰ Cfr. M. Ferraresi, *Il giustificato motivo oggettivo*, Giappichelli, Torino, 2016, 3 ss. nonché E. Gragnoli, *La riduzione del personale*, Cedam, Padova, 2006, 141.

della disoccupazione in termini (doverosamente) non formalistici. Se non addirittura dell'art. 38, co. 1: reinterpretando ora - fino a quando almeno non sarà stato garantito a tutti i cittadini il diritto al lavoro, ai sensi dell'art. 4 della Costituzione ...! - la nozione di inabilità al lavoro.

D'altra parte anche ulteriori aspetti della regolamentazione mostrano contraddizioni o comunque incongruenze.

Risulta intanto evidente che l'applicazione della norma fallimentare, secondo cui «la determinazione negativa» del curatore appunto «retroagisce ... al momento della dichiarazione di fallimento», sia palesemente incompatibile con la «natura reale del preavviso»³⁸¹.

Ma anche optando, come da ultimo un indirizzo giurisprudenziale prevalente fa, per il rilievo obbligatorio del medesimo³⁸², resta la sicura anomalia di un atto di licenziamento, i cui effetti retroagirebbero ad un momento anteriore, anche tutt'altro che vicino³⁸³.

Da ultimo sono state individuate fattispecie, ai sensi dell'art. 1, co. 41, legge n. 92 del 2012, ove ciò è stato esplicitamente previsto: si tratta del «licenziamento intimato all'esito del procedimento disciplinare» nonché «del procedimento» di conciliazione obbligatoria regolamentato dall'art. 7, legge n. 604 del 1966, come modificato sempre dalla medesima legge del 2012. Ma l'espressa deroga – comunque non assoluta, facendosi salvo «l'effetto sospensivo disposto dalle norme del testo unico ... in materia di tutela della maternità e della paternità» nonché connesso ad «impedimento derivante da infortunio occorso sul lavoro» - rende palese la sua eccezionalità: rafforzando altresì i dubbi di violazione di (differenti) norme costituzionali, in presenza di un meccanismo, come quello dell'articolo 72, che invece opererebbe sempre e comunque (e quindi pure durante la gravidanza e la malattia)³⁸⁴.

Poi merita tornare sul rilievo, già formulato, secondo cui l'art. 2119 c.c., co. 2, «pone il divieto di licenziamento in tronco ad ambedue le parti contrattuali»³⁸⁵. Se si ritiene tuttavia che l'art. 72 determini la sospensione automatica del rapporto di lavoro, senza retribuzione, emerge una situazione che vede i vincoli contrattuali continuare ad operare solo per il prestatore. Questi infatti sarebbe tenuto a restare comunque «a disposizione», con «un atteggiamento che, se pure ... non ... coincidente con la prestazione, è ad essa equivalente, se non altro sotto l'aspetto dell'utile impiego delle energie lavorative». Tale «obbligatorio sacrificio» risultando inoltre «remunerato in moneta fallimentare, in caso di successiva determinazione negativa del curatore», attraverso l'«indennità di mancato preavviso»³⁸⁶ (o non remunerato affatto, ove la medesima, come alcuni ritengono, sia addirittura perduta).

Ebbene questa asimmetria di obblighi, tutta paradossalmente a svantaggio della parte ritenuta invece nel diritto del lavoro (e nel disegno costituzionale) bisognosa di sostegno, penalizza i

³⁸¹ Cfr. P. G. Alleva, *op. ult. cit.*, 215 e 217.

³⁸² Cfr. R. Diamanti, *op. cit.*, 589.

³⁸³ Cfr. M. De Luca, *op. cit.*, 621 nonché P. Tullini, *op. cit.*, 219.

³⁸⁴ In tal caso è alla violazione degli artt. 3, 32, 35, 37 e 38 della Costituzione che sembra possibile fare riferimento. Cfr. in materia pure P. Tullini, *op. cit.*, 220.

³⁸⁵ Così P. G. Alleva, *op. ult. cit.*, 218.

³⁸⁶ Cfr. P. G. Alleva, *op. ult. cit.*, 219 e 220. L'autore precisa alla nota 16 che l'espressione «pagato in moneta fallimentare indica, nell'uso corrente, il soddisfacimento del credito attraverso le regole e la falcidia del concorso». In contrapposizione quindi al «pagamento in prededuzione dei crediti sorti direttamente verso la massa». Vedi su tali profili *infra* il paragrafo successivo.

lavoratori subordinati pure a confronto con gli ulteriori diversi contraenti dell'imprenditore fallito: perché negli altri rapporti giuridici la sospensione ex art. 72 legge fallimentare non si accompagna ad un contemporaneo blocco delle possibilità di reazione offerte al creditore danneggiato dall'ordinamento, come appunto invece avviene ai sensi dell'art. 2119 c.c.³⁸⁷.

Insomma le incoerenze ed antinomie tra ordinamenti, lungi dall'essere occasionali, sembrano invece del tutto diffuse ed anzi sistematiche.

Ciò impedendo di accogliere le ricostruzioni favorevoli alla operatività dell'art. 72 legge fallimentare per i rapporti di lavoro subordinato: con riferimento pure a versioni più sofisticate, come quella di recente sviluppata in connessione al criterio di specialità. Da ciò deducendosi ad es., in modo opinabile, che «la motivazione del licenziamento individuale intimato dal curatore fallimentare al di fuori del campo di applicazione degli articoli 4 e 24 della legge 223/1991 può esaurirsi anche nel semplice fatto dell'avvenuta attivazione della procedura concorsuale e della volontà di non continuare nell'esecuzione del rapporto»; mentre si suppone, al contrario, operi il «requisito della forma scritta di comunicazione del recesso ... in quanto la legge fallimentare nulla dice in merito alle modalità formali cui il curatore si deve attenere ove intenda sciogliersi dai rapporti contrattuali pendenti»³⁸⁸.

Escluse allora soluzioni "pragmatiche" (che poco in verità allo stato risolvono: così perdendo la principale delle virtù normalmente possedute) ed "eclettiche" (le quali, fondate su basi discutibili, fanno sorgere pure notevoli incertezze di disciplina), sono la necessità di individuare una interpretazione di sistema costituzionalmente orientata nonché la chiara definizione ed autonomia della regolamentazione giuslavoristica, la quale risulta palesemente incompatibile con le norme contenute nell'art. 72 della legge fallimentare, ad imporre di escludere l'applicazione di queste ultime ai rapporti di lavoro subordinato.

4. Brevi rilievi sui licenziamenti posti in essere dal curatore e sulla tutela dei crediti dei prestatori.

Deve allora dedursi da quanto precisato che, per tornare alle tre ipotetiche alternative di cui si diceva, gli effetti generati dal fallimento sul rapporto di lavoro subordinato non possano che consistere «nella sua continuazione pura e semplice con la curatela»³⁸⁹: questa apparendo l'unica

³⁸⁷ Quindi è vero che risulta oggi venuta meno la specifica disposizione, già contenuta sempre nell'art. 72, che permetteva al venditore di «scegliere di non dar esecuzione alla vendita», se remunerato appunto con «moneta fallimentare»: a differenza di quanto invece stabilito per il lavoratore. Così De Angelis, *op. cit.*, 87. Cfr. sulla normativa precedente P. G. Alleva, *op. ult. cit.*, 220. Questo tuttavia non sembra permetta di dire che sia oggi venuta meno la condizione di svantaggio in cui il prestatore subordinato si trovava, rispetto agli altri contraenti. Cfr. pure P. Tullini, *op. cit.*, 222, che rileva come «ai rapporti di lavoro sia riservato un trattamento peggiorativo rispetto ad altri rapporti parimenti onerosi (ad es. locazione, *leasing*) per i quali la legge fallimentare detta regole improntate alla tendenziale prosecuzione».

³⁸⁸ Così Marazza, Anibaldi, *op. cit.*, 2248. Gli autori seguono il metodo per cui «si può sostenere che la disciplina del rapporto di lavoro alle dipendenze delle imprese *in bonis* cede il passo alla legislazione fallimentare, fatta però salva l'ipotesi in cui non esistano disposizioni giuslavoristiche speciali che disciplinano alcuni aspetti del rapporto di lavoro proprio nell'ambito delle procedure concorsuali (art. 2119 c.c., 2° comma; art. 3, legge n. 223/1991; art. 47, legge n. 428/1990) e che proprio per questo prevalgono sul diritto fallimentare in quanto rispetto ad essi speciali» (2244). In effetti è contestabile quanto sostenuto descrivendo il metodo seguito, a proposito della generale prevalenza riconosciuta alla legge fallimentare. Cfr. pure P. Tullini, *op. cit.*, 204 ss. Anche però ciò che da esso si deduce: intanto perché in relazione al rilievo attribuito all'art. 2119 c.c. potrebbe essere sostenuta la piena applicazione della legge n. 604 del 1966; inoltre perché non si comprende come si giunga a conclusioni distinte, a proposito della giustificazione e della forma dei licenziamenti. Tra l'altro il fatto che «la legge fallimentare nulla dice in merito alle modalità formali» pare interpretabile, esattamente al contrario di quanto sostenuto, come scelta per la libertà di forma e non come opzione agnostica.

³⁸⁹ Così P. G. Alleva, *op. ult. cit.*, 213 ss.

soluzione compatibile con quanto da sempre rilevato, ai sensi dell'art. 2119 c.c., co. 2 (a proposito – si ripete – della configurazione dell'atto risolutivo del curatore quale licenziamento nonché del conseguente diritto del prestatore al preavviso)³⁹⁰; soprattutto con il dettato costituzionale.

In conseguenza il curatore sarà vincolato dalle regole generali sui licenziamenti, pur con le correzioni di ordine interpretativo connesse allo specifico contesto in cui si opera³⁹¹. Le quali tuttavia non pare proprio consentano di prescindere dalla dimostrazione della «sussistenza di ragioni organizzative aziendali» nonché del «loro rapporto di adeguatezza con i licenziamenti emanati», in caso di licenziamenti individuali; inoltre dal rispetto delle previsioni stabilite dalla legge n. 223 del 1991, a proposito del licenziamento collettivo³⁹².

L'abrogazione dell'art. 3 di quest'ultima legislazione tuttavia, oltre a produrre non secondari inconvenienti proprio in caso di licenziamenti collettivi, come si dirà, rende estremamente problematica l'individuazione di soluzioni adeguate, in relazione ai problemi in più occasioni menzionati.

In effetti può in conseguenza tornare a manifestarsi il più antico e noto dei “corti circuiti” creati dalle procedure concorsuali: quello della concorrenza, per i dipendenti delle imprese coinvolte, tra la veste di lavoratore e quella di creditore, posto che l'attenzione alla prima può andare a detrimento della seconda (e viceversa)³⁹³. Mentre non è neanche possibile dire, nell'ordinamento vigente, che in tal modo emergano molte maggiori possibilità, rispetto a quelle prospettabili a fronte di applicazione dell'art. 72, di realizzare l'unica operazione vantaggiosa per tutti i soggetti coinvolti (e tale da ricomporre la schizofrenica cesura, per i dipendenti, di cui si diceva): il salvataggio e la circolazione di almeno parte dell'impresa insolvente. Perché in carenza appunto di uno strumento come quello rappresentato dall'art. 3, legge n. 223 del 1991, ovvero di altro analogo, risulta estremamente complesso per il curatore attendere il tempo, normalmente non breve, necessario per procedere ad un affitto o vendita: tenuto conto del fatto che in tal modo si assottiglia il patrimonio residuo da distribuire e che non vi è in ogni caso certezza sull'esito positivo dell'operazione.

Ciò rendendo insomma di tutta evidenza come l'“indifferenza” del legislatore generi notevolissimi effetti negativi, qualunque sia la disciplina ritenuta operante.

Come che sia, fino all'abrogazione dell'art. 3, co. 3, legge n. 223 del 1991, la regolamentazione giuslavoristica disponeva con chiarezza, nei casi che vedono operare la disciplina sui licenziamenti collettivi, la collocazione «in mobilità, ai sensi dell'articolo 4 ovvero dell'articolo 24», dei lavoratori «eccedenti». Prevedendosi tuttavia pure una (opportuna) riduzione a trenta giorni del

³⁹⁰ Salvo non si intenda sostenere che con le modificazioni dell'art. 72, introdotte nel 2006, si sia prodotta proprio una implicita abrogazione dell'art. 2119 c.c., comma 2. Unica conclusione per la verità coerente, rispetto all'indirizzo che oggi sostiene l'applicabilità dell'art. 72 ai rapporti di lavoro subordinato: la quale però è assai difficilmente sostenibile, applicando i canonici parametri interpretativi della legge. Infatti, al di là dei problemi di compatibilità costituzionale già richiamati, non risulta che nessuno si sia spinto fino a tanto: od abbia anche solo avanzato l'ipotesi.

³⁹¹ Cfr. su queste M. L. Vallauri, *Il lavoro ...*, op. cit., 83 ss.

³⁹² Cfr. P. G. Alleva, op. ult. cit., 222. Vedi da ultimo, tra molti autori, R. Pessi, op. cit., e M. L. Vallauri, op. ult. cit., 83 ss.. Si consideri però anche Marazza, Anibaldi, op. cit.

³⁹³ Pure altri lavoratori d'altra parte sono coinvolti. Si fa riferimento ai prestatori autonomi operanti presso l'impresa sottoposta a procedure concorsuali. Anche ai dipendenti delle imprese creditrici: i quali tuttavia, in quanto indirettamente beneficiari della (modesta) protezione riconosciuta ai creditori che godono di privilegio secondo ordine che li penalizza o sono addirittura chirografari, risultano per la verità pressoché sistematicamente sacrificati. Potendo tuttavia contare sull'intervento del fondo di garanzia, nei confronti evidentemente del proprio datore, ove emergano i presupposti.

termine di trattativa obbligatoria con le organizzazioni sindacali nonché l'(opportuna) eliminazione del «contributo a carico dell'impresa».

Al di là dei dubbi sollevati, quanto al significato dell'alternativo riferimento ai due distinti articoli³⁹⁴, in presenza di un sistematico, previo utilizzo della cassa integrazione guadagni i licenziamenti sono comunque stati per lungo tempo quasi sempre effettuati in applicazione dell'articolo art. 4, l. n. 223 del 1991: sul presupposto però, come pure stabiliva la legge, della «non possibile continuazione dell'attività, anche tramite cessione dell'azienda o di sue parti» ovvero della impossibile integrale salvaguardia dei «livelli occupazionali». In tal modo individuandosi pertanto distinzioni, letterali come concettuali, rispetto a quanto invece richiesto per la validità dei licenziamenti, sempre negli articoli 4 e 24³⁹⁵.

Oggi che l'art. 3 non esiste più il primo problema da affrontare è allora proprio quello della riconduzione dei licenziamenti decisi dal curatore nell'ambito delle fattispecie individuate dalla legge n. 223 del 1991 ovvero dalla legge n. 604 del 1966: tenuto pure conto di "tentazioni" emerse in giurisprudenza, anche quando era ancora presente l'art. 3, a preferire configurazioni individuali nonché ad applicare solo in parte la disciplina del 1991³⁹⁶.

Ebbene sembra innanzitutto sostenibile che, laddove sussistano i presupposti di applicazione individuati dall'art. 24, legge n. 223 del 1991, quanto cioè alla dimensione dell'impresa coinvolta come al numero minimo di licenziamenti programmati, si continui pure oggi a restare in tale ambito: ricadendosi, a seconda delle concrete fenomenologie emergenti, nella fattispecie della cessazione di «attività», in relazione al comma 2, ovvero della «riduzione» (più che trasformazione) «dell'attività o del lavoro»³⁹⁷. Una diversa interpretazione sembrando per inciso contrastare con la stessa regolamentazione dell'Unione europea³⁹⁸.

Ciò pertanto significa che con il nuovo assetto normativo, a differenza di quanto avvenuto in precedenza, i licenziamenti collettivi saranno normalmente effettuati ai sensi dell'art. 24.

Non però forse nella totalità delle vicende. Perché non può nel contempo essere a priori escluso che i licenziamenti avvengano ai sensi dell'art. 4, legge n. 223 del 1991: occorrendo a tal fine verificare con attenzione se, in caso di fallimento, possano emergere i presupposti per il previo intervento della cassa integrazione guadagni straordinaria per crisi aziendale, ai sensi oggi dell'art.

³⁹⁴ In effetti questo elemento è stato utilizzato al fine di argomentare sulla inesistenza di un obbligo, per il curatore, di presentare domanda di trattamento straordinario di integrazione: vedi nota 6. Altri invece ha individuato (differenti) ragioni giustificatrici del riferimento all'art. 24, ritenuto ora compatibile con la esistenza di un obbligo di presentazione della domanda: vedi P. G. Alleva, *La sorte del rapporto di lavoro*, *op. cit.*, 688 (ove si sottolinea il fatto che dopo la «dichiarazione di fallimento» possa essere disposta la «continuazione dell'attività», senza ricorso alla cassa straordinaria) e P. Chieco, *op. cit.*, 189 ss. (secondo cui invece ciò riflette il fatto che imprese con più di quindici dipendenti risultino escluse dal «campo di applicazione della cassa integrazione guadagni straordinaria»: di nuovo in conseguenza imponendosi il ricorso ai licenziamenti ex art. 24).

³⁹⁵ Cfr. M. Marazza, V. Anibaldi, *op. cit.*, 2245 ss.; A. Topo, *op. cit.*, 96.

³⁹⁶ Cfr. Cass. 12 maggio 1997, n. 4146, a fronte di ipotesi ove era stata rilevata l'impossibilità di prosecuzione, anche parziale e temporanea, dei rapporti di lavoro. Vedi tuttavia su questa le critiche di S. Liebman, *Il rapporto di lavoro ...*, *op. cit.* 971. Cfr. pure P. G. Alleva, *La sorte del rapporto ...* *op. cit.*, 689 ed E. Gragnoli, *op. cit.*, 197. Si veda inoltre la recente Cass. 28 dicembre 2016, n. 27211, a quel che pare inedita, ove «in un caso di liquidazione di società» è ritenuto solo parzialmente applicabile l'art. 4, legge n. 223 del 1991: cfr. ora M. Magnani, *Crisi d'impresa ...*, *op. cit.*, 19. Vedi ancora A. Riva, *Licenziamenti collettivi e obblighi del curatore: ancora una pronuncia della Cassazione*, in *Il fallimentarista*, 1° febbraio 2012, in <http://ilfallimentarista.it/printpage/5516>.

³⁹⁷ Cfr. pure S. Liebman, *op. ult. cit.* nonché R. Pessi, *op. cit.*, 347 ss.

³⁹⁸ Vedi M. Magnani, *Crisi d'impresa ...*, *op. cit.*, 19.

21, d. lgs. n. 148 del 2015³⁹⁹. Se è vero in effetti che vengono in quest'ultima disposizione esplicitamente esclusi i «casi di cessazione dell'attività produttiva dell'azienda o di un ramo di essa», gli obiettivi dell'intervento individuati nel co. 3 dell'articolo, ove si parla di «continuazione dell'attività aziendale» e «salvaguardia occupazionale», non sembrano poi così lontani da quanto già da sempre richiesto nell'art. 3, legge n. 223 del 1991, per poter fruire della proroga; nonché, dopo le modificazioni intervenute nel 1992, al fine di vedersi riconosciuto lo stesso accesso⁴⁰⁰.

Si tratta però di un'area di casi in larga parte (se non totalmente) sovrapposta a quella che vede disposto l'esercizio provvisorio dell'impresa, su cui si tornerà. Mentre occorre pure ricordare come il procedimento per la concessione dell'intervento (peraltro solo eventuale) risulti tutt'altro che breve; come il fallimento sarebbe (oggi) inoltre gravato degli oneri di contribuzione ordinaria ed addizionale stabiliti dagli articoli 23 e 5 del d. lgs. n. 148 del 2015. L'insieme di questi elementi rendendo pressoché accademica, salvo non sia stato disposto appunto l'esercizio provvisorio, l'ipotesi descritta.

D'altra parte anche i licenziamenti, oggi collettivi come individuali, impongono di versare il contributo di cui all'art. 2, co. 31, legge n. 92 del 2012 (già invece escluso dall'art. 3, legge n. 223 del 1991).

In carenza di specifiche regolamentazioni derogatorie l'art. 4, legge n. 223 del 1991, opera comunque integralmente, quanto alla procedura di licenziamento collettivo: ciò valendo innanzitutto per gli obblighi di informazione e consultazione sindacale. Le opinioni espresse in dottrina sul rilievo di queste, a fronte di licenziamenti realizzati da una impresa fallita, non sono identiche: il contesto specifico ed estremamente problematico modificandone comunque i caratteri, se non la stessa funzione⁴⁰¹. Molti però ragionevolmente hanno convenuto sulla opportunità di una regolamentazione anche solo in parte differenziata: attenta innanzitutto a garantire una maggiore celerità. Ciò di nuovo risultando disposto ai sensi della previgente disciplina e non più oggi.

Nei casi invece in cui non operano gli articoli 4 e 24, il curatore dovrà licenziare i prestatori, nel rispetto della legge n. 604 del 1966: e quindi a fronte di una giustificazione che, nell'economia delle vicende analizzate, integrerà un giustificato motivo oggettivo⁴⁰².

³⁹⁹ Cfr. già P. Chieco, *op. cit.*, 190 ss. V. pure G. Ferraro, *Le integrazioni salariali ...*, *op. cit.*, 22; E. Ghera, *Diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2000, 710; G. Santoro Passarelli, *op. cit.*, 905 ss.; F. Scarpelli, *op. cit.*, 65 e A. Topo, *I poteri dell'imprenditore nelle riduzioni di personale*, Cedam, Padova, 1996, 127. Da ultimo si vedano M. Magnani, *op. ult. cit.* 17, nota 31, e M. L. Vallauri, *op. ult. cit.*, 81. Cfr. la circolare ministeriale n. 24 del 5 maggio 2015, secondo cui «nel caso in cui l'impresa sia sottoposta a procedura concorsuale con continuazione dell'esercizio d'impresa, ove sussistano i presupposti, la fattispecie potrà rientrare nell'ambito delle altre causali previste dal decreto legislativo 148/2015». Si vedano pure le circolari n. 1 del 22 gennaio 2016 e n. 24 del 26 luglio 2016.

⁴⁰⁰ La proroga dell'intervento, per sei mesi, era infatti prevista, ai sensi dell'art. 3, co. 2, «quando sussistano fondate prospettive di continuazione o ripresa dell'attività e di salvaguardia, anche parziale, dei livelli di occupazione tramite la cessione, a qualunque titolo, dell'azienda o di sue parti». D'altra parte l'accesso all'intervento, dal 2012, è in modo simile subordinato al fatto che «sussistano prospettive di continuazione o di ripresa dell'attività e di salvaguardia, anche parziale, dei livelli di occupazione, da valutare in base a parametri oggetti definiti con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali».

⁴⁰¹ Cfr. E. Gragnoli, *op. cit.*, 198 ss.; S. Liebman, *Liquidazione o conservazione dell'impresa ...*, *op. cit.*, 31; A. Topo, *La gestione dei rapporti di lavoro ...*, *op. cit.*, 96; P. Tullini, *Tutela del lavoro ...*, *op. cit.*, 213, M. L. Vallauri, *op. ult. cit.*, 87 ss.

⁴⁰² Cfr. M. Marazza, V. Anibaldi, *op. cit.*, 2247; G. Ghezzi, U. Romagnoli, *Il rapporto di lavoro*, Zanichelli, Bologna, 1995, 317; R. Pessi, *op. cit.*, 338 ss.

In giurisprudenza è sorto al riguardo un indirizzo, secondo cui sarebbe una non meglio definita «dissoluzione della realtà aziendale» a consentire il licenziamento⁴⁰³. A prescindere da questo tuttavia risulta indubbio che in presenza di procedure concorsuali l'esercizio del potere del datore di lavoro, quanto ai licenziamenti come alla stessa decisione di attivare la cassa integrazione guadagni, comporti «la valutazione di interessi diversi rispetto a quelli che normalmente hanno rilievo nell'amministrazione del rapporto di lavoro»: il «bilanciamento dei quali è imposto dalla legge»⁴⁰⁴.

A proposito della tutela dei crediti retributivi dei lavoratori dipendenti da imprese sottoposte al fallimento, normalmente generati in caso di risoluzione del rapporto, è stato a suo tempo oggetto di un vivace dibattito se l'«indennità di anzianità» dovesse essere considerata debito della massa, potendo pertanto conseguentemente fruire del regime di prededuzione, ovvero del fallimento. Considerata la normale importanza dei crediti in oggetto e l'assenza di adeguati strumenti di protezione degli interessi dei prestatori, a fronte di insolvenza dell'impresa, le ragioni di ciò risultano ben comprensibili.

Fin dalla metà degli anni sessanta si era tuttavia assestato in materia il punto di vista secondo cui occorre suddividere il credito, distinguendo cioè tra importi maturati prima e dopo la dichiarazione di fallimento: solo per la parte successiva a quest'ultima dovendo essere appunto stabilita la prededuzione⁴⁰⁵.

Ebbene l'indirizzo, non privo di profili opinabili per l'«indennità di anzianità», è in seguito rimasto fermo – con maggiore coerenza, considerata ora la qualificazione della voce retributiva come accantonata, piuttosto che differita⁴⁰⁶ - anche per il «trattamento di fine rapporto»⁴⁰⁷. Con la fondamentale ulteriore differenza evidentemente però rappresentata, come più volte detto, dall'esistenza del «fondo di garanzia»: in conseguenza riducendosi considerevolmente l'importanza concreta della discussione.

A proposito invece dell'«indennità di mancato preavviso» si giungeva in passato *de plano* a considerare il credito come del fallimento ovvero della massa, in relazione alla opzione generale sulla operatività o meno per i rapporti di lavoro dell'art. 72 legge fallimentare: solo nel secondo caso il licenziamento perfezionandosi in effetti oltre la dichiarazione di fallimento.

Modificatasi però la disciplina sui crediti prededucibili, è stato sottolineato come non sia più oggi esclusivamente il «criterio cronologico», rispetto alla dichiarazione di fallimento, ad assumere rilievo in materia: piuttosto dovendo comprendersi il significato della formulazione «in occasione o in funzione delle procedure concorsuali»⁴⁰⁸. Da ciò deducendosi in particolare che, a fronte di rapporto sciolto successivamente «alla instaurazione della procedura concorsuale senza che però

⁴⁰³ Cfr. Cass. 23 giugno 2001, n. 8617, in *Not. giur. lav.*, 2002, 116, su cui E. Gragnoli, *op. cit.*, 195 ss. nonché R. Pessi, *op. cit.*, 339.

⁴⁰⁴ Così A. Topo, *op. ult. cit.*, 94 e 95. Vedi pure E. Gragnoli, *op. cit.*, e M. L. Vallauri, *op. ult. cit.*, 88.

⁴⁰⁵ Cfr. P. G. Alleva, *Fallimento e tutela ...*, *op. cit.*, 234 ss.; M. De Luca, *op. cit.*, 680 ss.; S. Liebman, *Liquidazione o conservazione dell'impresa ...*, *op. cit.*, 36 ss.

⁴⁰⁶ Così G. Ghezzi, U. Romagnoli, *op. cit.*, 274.

⁴⁰⁷ Cfr. M. Marazza, V. Anibaldi, *op. cit.*, 2273; M. L. Vallauri, *op. ult. cit.*, 94; C. Zoli, L. Ratti, *op. cit.*, 212.

⁴⁰⁸ Il vigente testo dell'art. 111, legge fallimentare così dispone: «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».

il lavoratore abbia reso la sua prestazione in funzione della procedura», «in applicazione del criterio della funzionalità» il credito in oggetto non andrebbe qualificato come prededucibile⁴⁰⁹.

L'orientamento – astrattamente suscettibile peraltro di modificare pure le acquisizioni tradizionalmente raggiunte a proposito del “trattamento di fine rapporto” - non sembra tuttavia accoglibile per due ragioni. Sul piano dell'interpretazione letterale del testo intanto, la norma individua oggi due alternative condizioni per la realizzazione della prededuzione (la genesi del credito appunto «in occasione o in funzione delle procedure concorsuali»): non un unico presupposto che richieda la compresenza di entrambi i profili. Il criterio della funzionalità non sembra pertanto affatto assumere nella disposizione rilievo esclusivo o decisivo: mentre il profilo della «occasione» consente in definitiva di recuperare il criterio temporale.

Cosicché la nuova disposizione andrebbe letta come allargamento e non restrizione della portata della precedente: permettendo cioè di considerare come prededucibili – oltre ai crediti maturati dopo la dichiarazione di fallimento – pure quelli sorti prima ma funzionalmente connessi a quest'ultima.

Secondo interpretazione sistematica inoltre, una volta esclusa l'applicazione dell'art. 72 legge fallimentare, sembra difficile non considerare prededucibile il credito retributivo, a fronte della permanenza del vincolo ricadente sul lavoratore: anche se questo si manifesta nel mero restare a disposizione della controparte (nel frattempo fallita). Senza dimenticare inoltre come il credito in oggetto trovi diretta protezione nell'articolo 36 della Costituzione.

Le conclusioni ora raggiunte restano ferme, pur con alcune integrazioni di carattere soprattutto interpretativo, laddove sia disposto, in applicazione dell'articolo 104 della legge fallimentare, «l'esercizio provvisorio dell'impresa». In tal caso anzi, ai sensi del comma settimo della disposizione, opera la regola generale, speculare ed opposta rispetto a quanto stabilito dall'art. 72, della automatica prosecuzione «dei contratti pendenti, salvo che il curatore non intenda sospenderne l'esecuzione o scioglierli».

La prassi vede quindi ora per lo più assicurata la prosecuzione dei rapporti di lavoro: anche se le ipotesi della sospensione unilaterale nonché addirittura del libero scioglimento sollevano dubbi di compatibilità con l'ordinamento giuslavoristico, a proposito dell'art. 104, in definitiva analoghi a quelli già evidenziati per l'art. 72. Cosicché - pur risultando assai meno problematica la convivenza del primo articolo con il diritto del lavoro e comunque del tutto diffusa la tesi che ritiene in tal caso integralmente operante la disciplina sui licenziamenti⁴¹⁰ - sembra corretto sostenere che neanche l'art. 104, co. settimo, della legge fallimentare operi per i rapporti di lavoro subordinati: giungendosi alla conclusione, in analogia con quanto già precisato a proposito sempre dell'art. 72, a partire dall'art. 2119 c.c., come interpretato secondo le norme costituzionali.

La modificazione principale, in presenza di esercizio provvisorio, sembra comunque senz'altro concernere la possibilità di accesso alla cassa integrazione straordinaria, nelle ipotesi oggi stabilite

⁴⁰⁹ Così M. Marazza, V. Anibaldi, *op. cit.*, 2273. Ivi riferimenti a numerose pronunce giurisprudenziali, le quali sembrano al momento individuare un indirizzo maggioritario. Così pure M. L. Vallauri, *op. ult. cit.*, 91 e C. Zoli, L. Ratti, *op. cit.*, 211. Cfr. pure M. Magnani, *op. ult. cit.*, 22, nota 46.

⁴¹⁰ Cfr. A. Caiafa, *Esercizio provvisorio dell'impresa e contratti di lavoro*, in *Dir. prat. lav.*, 2008, 1572 ss.; M. L. Vallauri, *Il lavoro nella crisi*, *op. cit.*, 109; C. Zoli, L. Ratti, *op. cit.*, 203 ss.

dall'art. 21 del d. lgs. n. 148 del 2015: questa infatti, del tutto ipotetica nel caso di fallimento, diviene ora più concreta⁴¹¹. Si riducono inoltre, in tale evenienza, quelle peculiarità di contesto che possono incidere sulla individuazione dei presupposti di validità dei licenziamenti⁴¹²: tornandosi cioè ad una applicazione pressoché integrale dei normali indirizzi.

Se invece il curatore opta per l'affitto o la vendita endo-concorsuale dell'azienda (o di parte di essa), ai sensi ora degli artt. 104 bis e 105 della legge fallimentare, si pongono complesse questioni concernenti i rapporti di lavoro, in relazione però soprattutto ora agli artt. 2112 c.c. e 47, legge n. 428 del 1990, cui qui non viene dedicata attenzione. Vero è comunque che pure in questi casi, al fine di preservare la qualità ed efficienza della forza lavoro, così facilitando le programmate operazioni, potrebbe porsi il tema dell'accesso agli strumenti di integrazione salariale al momento esistenti: con i notevoli problemi però di cui già si diceva.

Si segnala ancora che ai sensi dell'art. 3, co. 4, della legge n. 223 del 1991, all'affittuario, selezionato anche «avuto riguardo alla conservazione dei livelli occupazionali»⁴¹³, era riconosciuto «il diritto di prelazione nell'acquisto»: oggi quest'ultimo potendo essere stabilito solo «in via convenzionale»⁴¹⁴.

Nell'economia invece dell'art. 105 la vendita non è condizionata alla scelta di un acquirente che garantisca, anche solo in parte, il mantenimento dei posti di lavoro⁴¹⁵. Risulta ora però significativa la norma del comma 3, secondo cui «nell'ambito delle consultazioni sindacali relative al trasferimento d'azienda, il curatore, l'acquirente e i rappresentanti dei lavoratori possono convenire il trasferimento solo parziale dei lavoratori alle dipendenze dell'acquirente e le ulteriori modifiche del rapporto di lavoro consentite dalle norme vigenti»⁴¹⁶.

5. Le altre procedure concorsuali.

L'art. 2119 c.c., co. 2, come già indicato, si riferisce pure alla liquidazione coatta amministrativa. La disposizione d'altra parte è stata ritenuta applicabile, «in via di analogia, per comunanza di *ratio*», anche alla «procedura di concordato preventivo»⁴¹⁷: in questa logica tuttavia potendo essere ritenuta operante per la serie intera delle procedure concorsuali.

Nello stesso tempo l'art. 3, legge n. 223 del 1991, prendeva in considerazione i «casi di dichiarazione di fallimento, di emanazione del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa ovvero di sottoposizione all'amministrazione straordinaria»; anche però l'ipotesi di «ammissione al concordato preventivo consistente nella cessione dei beni».

Ebbene sembra possibile dire che quanto fino ad ora sostenuto valga per l'insieme delle procedure concorsuali: specifiche disposizioni rendendo anzi più agevole e meno controverso, in relazione ad alcune di queste, l'esito indicato.

⁴¹¹ Vedi pure le circolari ministeriali menzionate nella nota 46.

⁴¹² Si veda la nota 38.

⁴¹³ Così il co. 2 dell'art. 104 bis. Cfr. M. Marazza, V. Anibaldi, *op. cit.*, 2291 e P. Tullini, *op. cit.*, 202 e 227.

⁴¹⁴ Così M. L. Vallauri, *op. ult. cit.*, 125. Vedi pure M. Marazza, V. Anibaldi, *op. cit.*

⁴¹⁵ Cfr. M. L. Vallauri, *op. ult. cit.*, 126. Cfr. pure P. Tullini, *op. cit.*, 230 ss.

⁴¹⁶ Così P. Tosi, *op. cit.*, 1232 e P. Tullini, *op. cit.*, 202.

⁴¹⁷ Così M. L. Vallauri, *op. ult. cit.*, 171.

A proposito innanzitutto della liquidazione coatta - «procedura concorsuale con finalità liquidatoria», la quale «non si atteggia a procedimento a carattere giurisdizionale, bensì si caratterizza per essere una procedura amministrativa» - è in effetti possibile replicare esattamente quanto precisato per il fallimento: la funzione dell'istituto così come le norme coinvolte, cioè l'art. 2119 c.c. e l'art. 72 legge fallimentare (ai sensi dell'art. 201 della medesima legge), risultando le medesime⁴¹⁸.

Mutano invece sia le disposizioni, soggette ad evoluzioni continue ed in più momenti convulse, che soprattutto la funzione, prendendo in considerazione l'amministrazione straordinaria.

L'art. 3 della legge n. 223 del 1991 faceva in particolare riferimento alla «amministrazione straordinaria della grande impresa in crisi», già disciplinata dalla l. n. 95 del 1979⁴¹⁹: cui sono però seguiti il d. lgs. n. 270 del 1999, a proposito ora della «amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza»⁴²⁰; subito dopo inoltre numerosi ulteriori provvedimenti, introdotti quasi sempre per gestire specifiche vicende di crisi ed insolvenza di importanti imprese (da Volareweb a Parmalat ad Alitalia ecc.)⁴²¹. Mentre la procedura, affidata come già visto per la liquidazione coatta all'autorità amministrativa, risponde ora alla finalità diametralmente opposta «di conservazione dei complessi produttivi»⁴²².

Ai sensi dell'art. 27 del d. lgs. n. 270 del 1999, sono in effetti contemplati due programmi, attraverso cui realizzare l'obiettivo di «recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali»: quello della «cessione dei complessi aziendali» e della «ristrutturazione economica e finanziaria dell'impresa».

Ebbene nel sistema normativo concernente l'istituto assume centrale rilievo, ai fini qui investigati, l'art. 50 del d. lgs. n. 270 del 1999: ove viene stabilito che la regola generale del primo comma - secondo cui «il commissario straordinario può sciogliersi dai contratti, anche ad esecuzione continuata o periodica, ancora ineseguiti o non interamente eseguiti da entrambe le parti alla data di apertura dell'amministrazione straordinaria» - non si applichi proprio «ai contratti di lavoro subordinato, in rapporto ai quali restano ferme le disposizioni vigenti»⁴²³.

D'altra parte, in relazione al primo programma (di cessione dei beni), occorre pure menzionare l'art. 63. Nella disposizione viene stabilito, ai sensi del co. 2, che ai fini della vendita di aziende o di rami di azienda in esercizio, «l'acquirente deve obbligarsi a proseguire per almeno un biennio le attività imprenditoriali e a mantenere per il medesimo periodo i livelli occupazionali stabiliti

⁴¹⁸ Cfr. M. L. Vallauri, *op. cit.*, 142 e 143.

⁴¹⁹ Su cui vedi S. Liebman, *Il rapporto di lavoro nell'amministrazione straordinaria ...*, *op. cit.*, 968 ss.

⁴²⁰ Cfr. A. Caiafa, *La regolamentazione dei rapporti di lavoro nella legge di riforma dell'amministrazione straordinaria*, in *Mass. giur. lav.*, 2000, 296 ss.

⁴²¹ La disciplina dell'istituto è comunque allo stato assai articolata, posto che «si trovano ... a convivere due tipi di procedura, assoggettati in parte ad una differente disciplina: quella regolata esclusivamente dal d. lgs. n. 270 del 1999 e quella regolata - non in via esclusiva, stante l'applicabilità per quanto non diversamente disposto, delle norme del d. lgs. n. 270/1999 in quanto compatibili - da una accozzaglia di norme innestate sul d.l. n. 347/2003; procedura la cui disciplina è poi in parte differenziata per le imprese operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali». In tale complesso articolato di norme l'art. 50, rilevante come si vedrà ai fini di questo approfondimento, opera però per tutte le distinte procedure. Cfr. L. Guglielmucci, *Diritto fallimentare*, *op. cit.*, 421.

⁴²² Così L. Guglielmucci, *op. cit.*, 419.

⁴²³ Cfr. P. G. Alleva, *La sorte del rapporto ...*, *op. cit.*, 690 nonché M. Marazza, V. Anibaldi, *op. cit.*, 2245. La disposizione opera per tutte le distinte procedure: cfr. L. Guglielmucci, *op. cit.*, 434.

all'atto della vendita»; in applicazione del co. 4 invece (come già visto accadere nell'ipotesi di vendita regolamentata dall'art. 105 legge fallimentare), che sia effettuata la consultazione delle organizzazioni sindacali pure quanto al «trasferimento solo parziale dei lavoratori alle dipendenze dell'acquirente» nonché ad «ulteriori modifiche delle condizioni di lavoro consentite dalle norme vigenti in materia»⁴²⁴.

A proposito del programma di ristrutturazione, nello stesso tempo, come pure è stato sottolineato, «la continuità occupazionale è addirittura scontata»⁴²⁵.

Questi elementi per un verso allora rendono incontestabile che i rapporti di lavoro proseguano senza soluzione di continuità, dopo la sottoposizione dell'impresa ad amministrazione straordinaria. Sotto altro profilo consentono inoltre di affrontare le questioni sull'accesso agli interventi di integrazione salariale straordinaria, di «crisi aziendale», «riorganizzazione aziendale» e finanche «contratto di solidarietà», ai sensi dell'art. 21, d. lgs. n. 148 del 2015, in modo sensibilmente diverso ed evidentemente più semplice, rispetto a quanto indicato per il fallimento, anche ove sia stato disposto l'esercizio provvisorio. Nel contempo la normale continuità dell'attività pone problemi molto minori, quanto alla applicazione del regime di prededuzione dei crediti retributivi: in tal caso disciplinato ai sensi dell'art. 52 del d. lgs. n. 270⁴²⁶.

Si tratta di osservazioni riferibili anche al concordato preventivo, che invece rientra tra «le soluzioni concordate della crisi d'impresa», oggetto da ultimo di «un evidente *favor*»⁴²⁷.

In tale ambito assume rilievo, per inciso, pure il concordato fallimentare: proposto eventualmente anche da lavoratori/creditori; nel quale può essere pure stabilita la prosecuzione dell'attività. Restando però in tal caso ovviamente fermo l'«unico scopo della procedura» e cioè «quello della soddisfazione dei creditori»⁴²⁸.

Inoltre vanno considerati gli accordi di ristrutturazione dei debiti ed i piani di risanamento, ove invece viene eminentemente valorizzata l'autonomia dei privati, al fine della gestione della crisi di impresa: il ruolo pubblico nel primo caso limitandosi in particolare alla omologazione, da parte dell'organo giudiziario, dell'accordo già raggiunto; mentre nel secondo è assente qualunque «avallo di un organismo terzo, sia esso amministrativo o giudiziario»⁴²⁹. Ciò che per inciso impone di distinguere tra i due istituti: come peraltro ha fatto l'ordinamento, nel momento in cui ha assimilato i soli accordi di ristrutturazione al concordato preventivo, nell'economia dell'art. 47, legge n. 428 del 1990⁴³⁰.

⁴²⁴ Secondo tale norma «Nell'ambito delle consultazioni relative al trasferimento d'azienda previste dall'articolo 47 della legge 29 dicembre 1990, n. 428, il commissario straordinario, l'acquirente e i rappresentanti dei lavoratori possono convenire il trasferimento solo parziale dei lavoratori alle dipendenze dell'acquirente e ulteriori modifiche delle condizioni di lavoro consentite dalle norme vigenti in materia».

⁴²⁵ Così P. G. Alleva, *op. ult. cit.*, 690.

⁴²⁶ Viene qui stabilito che «I crediti sorti per la continuazione dell'esercizio dell'impresa e la gestione del patrimonio del debitore sono soddisfatti in prededuzione a norma dell'articolo 111, primo comma, numero 1), della legge fallimentare, anche nel fallimento successivo alla procedura di amministrazione straordinaria».

⁴²⁷ Così M. L. Vallauri, *op. ult. cit.*, 155 ss. Vedi pure P. Tullini, *op. cit.*, 201.

⁴²⁸ Cfr. M. L. Vallauri, *op. ult. cit.*, 133 e 135.

⁴²⁹ Cfr. M. L. Vallauri, *op. ult. cit.*, 188.

⁴³⁰ Si veda in particolare il co. 4 bis, lettera b-ter. Cfr. M. L. Vallauri, *op. ult. cit.*, 187 ss. nonché M. Marazza, V. Anibaldi, *op. cit.*, 2274 ss.

Sia gli accordi di ristrutturazione dei debiti che i piani di risanamento vedono comunque l'imprenditore continuare ad operare: non emergendo modificazioni di sorta, rispetto alla regolamentazione giuslavoristica normalmente operante (salvo quanto precisato appunto dall'art. 47).

Ebbene per quel che riguarda il concordato preventivo, vera e propria procedura concorsuale, il legislatore privilegia - come già visto per l'amministrazione straordinaria - «strumenti che consentano la conservazione della funzionalità del complesso produttivo»⁴³¹: contemplandosi anzi specificatamente, all'art. 186 bis, l'ipotesi della «prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore», della «cessione dell'azienda in esercizio» ovvero del «conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società, anche di nuova costituzione».

Pure in presenza di concordato preventivo l'imprenditore continua in effetti ad esercitare i propri poteri: anche se lo può fare solamente sotto il controllo degli organi della procedura⁴³².

Mentre a proposito dei rapporti pendenti assume per un verso ora significato il «mancato espresso richiamo dell'art. 72 legge fallimentare (a differenza del rinvio operato ad altre disposizioni relative alla procedura fallimentare)»⁴³³. Sotto altro profilo occorre invece considerare l'art. 169 bis, legge fallimentare, secondo cui il debitore può chiedere all'organo giudiziario l'autorizzazione a sciogliersi «dai contratti ancora ineseguiti o non compiutamente eseguiti alla data della presentazione del ricorso» ovvero a sospenderli «per non più di sessanta giorni, prorogabili una sola volta».

Tuttavia questa regolamentazione generale, ai sensi del co. 4 dell'articolo, non opera per i rapporti di lavoro subordinato⁴³⁴. Ciò permettendo appunto di dire che pure a seguito di omologazione del concordato preventivo, esattamente come precisato a proposito dell'amministrazione straordinaria, i medesimi proseguano senza soluzione di continuità.

⁴³¹ Cfr. M.L. Vallauri, *op. ult. cit.*, 160 e M. Marazza, V. Anibaldi, *op. cit.*, 2238 ss.

⁴³² Cfr. M. L. Vallauri, *op. ult. cit.*, 168.

⁴³³ Cfr. M. L. Vallauri, *op. ult. cit.*, 169.

⁴³⁴ Vedi P. Tullini, *op. cit.*, 220 ss. e M. L. Vallauri, *op. ult. cit.*, 171.