



UNIVERSITÀ  
DEGLI STUDI  
DI PADOVA

Sede Amministrativa: Università degli Studi di Padova

Dipartimento di Scienze politiche, giuridiche e studi internazionali

SCUOLA DI DOTTORATO DI RICERCA IN : Diritto internazionale e diritto privato e del lavoro  
CICLO XXVI°

**TITOLO TESI**

**La tutela dei lavoratori subordinati e dei livelli occupazionali nel  
trasferimento d'azienda di imprese in crisi o insolventi**

**Direttore della Scuola** : Ch.ma Prof.ssa Manuela Mantovani

**Supervisore** : Ch.mo Prof. Luigi Menghini

**Dottorando** : Gian Piero Gogliettino

## Capitolo 1

### Modifiche soggettive del rapporto di lavoro: anamnesi normativa

SOMMARIO: 1.1 PREMessa - 1.2 LA VERSIONE STORICA - 1.3 L'ARTICOLO 47 DELLA LEGGE N. 428/1990 E LA DIRETTIVA UE N. 77/187 - 1.3.1 LA TUTELA IN MATERIA DI LICENZIAMENTO - 1.3.2 IL CONTRATTO E IL RAPPORTO DI LAVORO SECONDO LA DIRETTIVA COMUNITARIA - 1.3.3 I DIRITTI INDIVIDUALI E IL CONTRATTO COLLETTIVO - 1.3.4 LA SOLIDARIETÀ PASSIVA E ATTIVA - 1.4 IL D.LGS. N. 18/2001 E LA DIRETTIVA UE N. 98/50 - 1.4.1 LA NOZIONE LAVORISTICA DI AZIENDA - 1.4.2 I PUNTI SALIENTI: LA GIURISPRUDENZA INTERNA E COMUNITARIA - 1.4.3 LA CONSERVAZIONE E LA PREESISTENZA DELL'ATTIVITÀ ECONOMICA ORGANIZZATA - 1.4.4 IL TRASFERIMENTO DEL RAMO D'AZIENDA - 1.4.5 LA MODALITÀ VOLONTARIA O COATTIVA DEL TRASFERIMENTO - 1.4.6 I LIMITI AL RECESSO INDIVIDUALE O COLLETTIVO - 1.4.7 ULTERIORI NOVITÀ - 1.5 IL D.LGS. 10 SETTEMBRE 2003 E LA DIRETTIVA UE N. 2001/23 - 1.5.1 L'IDENTIFICAZIONE DEL RAMO D'AZIENDA - 1.5.2 LA DISCIPLINA DELL'*OUTSOURCING*

#### 1.1 Premessa

Diversamente da altre discipline - in ragione delle quali ciascuna operazione traslativa (cessione/conferimento) ha una sua peculiare regolamentazione, con altrettanti e svariati risvolti giuridici ed economici - nel diritto del lavoro, tenuto conto della necessità di apprestare una particolare tutela legale alla parte più debole del rapporto di lavoro, *ergo* il lavoratore dipendente, le conseguenze della circolazione dell'azienda, in linea generale, sono omogenee nel senso che, indipendentemente dalla tipologia negoziale o dal provvedimento attraverso il quale essa si attua, gli effetti non cambiano.

La fattispecie del trasferimento d'azienda e, in modo più particolare, di un suo ramo, sia in termini di circolazione c.d. *progressiva* (cessione e affitto) che di circolazione c.d. *invertita* (retrocessione alla scadenza dell'affitto)<sup>1</sup>, ha assunto a partire dagli inizi degli anni '80 un ruolo sempre più rilevante nella disciplina del lavoro, soprattutto in considerazione del fatto che, abbandonando l'impresa una fisionomia di stampo fordista sulla quale erano e sono tutt'oggi tarate le disposizioni del codice civile in materia lavoristica<sup>2</sup>, il ricorso alla circolazione parziale del complesso aziendale ha rappresentato una modalità organizzativa sempre più utilizzata secondo una logica c.d. *reticolare* di decentramento produttivo (c.d. *outsourcing*)<sup>3</sup>, così da poter concentrare la propria attività esclusivamente sul *core business*. In tal modo viene favorita una redistribuzione dei rischi legati all'incertezza delle situazioni economiche tra i diversi

---

<sup>1</sup> V. Buonajuto, *Il trasferimento dell'azienda e del lavoratore*, Cedam, 1999, 3.

<sup>2</sup> V. G. Santoro Passarelli, *Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro*, Giappichelli, 2004, 2.

<sup>3</sup> V. Carinci, De Luca Tamajo, Tosi, Treu, *Diritto del lavoro*, II, Utet, 2011, 138; G. Santoro Passarelli, *Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro*, cit., 2; Perulli, *Tecniche di tutela nei fenomeni di esternalizzazione*, in *ADL*, 2003, 473.

operatori permettendo così, alle imprese, di indirizzare più opportunamente le proprie risorse verso quegli investimenti considerati strategici per la crescita aziendale, in ragione della propria *mission*<sup>4</sup>.

Trattasi, quindi, di fenomeni indirizzati a tutelare un interesse dell'imprenditore, per contrastare gli effetti, per certi versi spietati, della globalizzazione senza esporlo, al contempo, anche agli ulteriori rischi connessi a una procedura complicata e costosa di licenziamento collettivo, che hanno trovato sostegno pure in una norma lavoristica, quale l'art. 2112 c.c. che, di fatto, si era e, a maggior ragione, ancora oggi, si pone l'obiettivo di tutelare *in primis* la posizione dei lavoratori subordinati<sup>5</sup>.

Del resto, l'art. 2112 c.c. è espressione dell' equilibrio tra due principi costituzionali, quali la libertà economica del cedente e del cessionario da un lato (art. 41, c. 1, Cost.), e la protezione dei lavoratori dall'altro (art. 41, c. 2, Cost.)<sup>6</sup>.

Ecco perché il legislatore, partendo da una iniziale regolamentazione della tutela lavoristica generale attraverso la prima versione dell'art. 2112 c.c., - tenuto conto della necessità di adattarla alle repentine e profonde mutazioni dei processi economici, senza però mai compromettere, ma anzi rafforzare, le garanzie individuali poste a favore del prestatore di lavoro in termini di conservazione del posto di lavoro e, dunque, dei propri diritti - è intervenuto a più riprese attraverso specifici emendamenti, anche per dare attuazione alle diverse sollecitazioni, nonché condanne<sup>7</sup>, provenienti dalla Unione europea

---

<sup>4</sup> V. Ricci, *Trasferimento di azienda in crisi e rapporti di lavoro*, in *DDG*, 2, 2004, 225.

<sup>5</sup> Sulla tesi, in dottrina, di un'eterogeneità dei fini o crisi di identità della disciplina codicistica del lavoro del trasferimento d'azienda, v. De Luca Tamajo, Salimbeni, *Il trasferimento d'azienda*, in Vallebona (a cura di), *I contratti di lavoro*, Tomo 2, in Rescigno (diretto da), *Trattato dei contratti*, Gabrielli, 2009, 1822; Perulli, *Tecniche di tutela nei fenomeni di esternalizzazione*, cit., 476; Raffi, *Tutela del lavoratore nel trasferimento d'azienda tra normativa nazionale e normativa comunitaria*, Giuffrè, 2004, 50; Romei, *Cessione di ramo d'azienda e appalto*, in *DLRI*, 1999, 349.

<sup>6</sup> V. Bavaro, *Il trasferimento d'azienda e di ramo d'azienda*, in Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti a tre anni dalla legge 30/2003*, Cacucci, 2006, 223 e 254.

<sup>7</sup> Corte di giustizia europea che, in diverse occasioni, ai fini dell'applicabilità delle tutele previste dalla Direttiva in materia di trasferimento di impresa, ha posto l'accento sull'*entità economica* trasferita, a condizione che la stessa conservi la propria identità, risultando ciò dal fatto che la sua gestione sia stata effettivamente proseguita o ripresa dal nuovo imprenditore (cfr. Corte di giustizia Ue 18 marzo 1986, causa C-24/85, *Spijkers*; Corte di giustizia Ue 19 maggio 1992, causa C-29/91, *Stichting*; Corte di giustizia Ue 14 aprile 1994, causa C-392/92, *Schmidt*; Corte di giustizia Ue 7 marzo 1996, causa C-171/94, *Merckx*; Corte di giustizia Ue 15 dicembre 2005, cause riunite C-232/04 e C-233/04, *Güney-Görres e Demir*).

attraverso tre distinte direttive comunitarie<sup>8</sup> che, nel corso degli anni, si sono avvicinate<sup>9</sup>.

In particolare, il legislatore si è posto il problema di disciplinare gli effetti delle modificazioni soggettive del rapporto di lavoro relative alla posizione del datore di lavoro-imprenditore<sup>10</sup>, tenuto conto che la sostituzione soggettiva del lavoratore, dato il carattere dell'infungibilità della sua prestazione<sup>11</sup>, giusta la rilevanza dell'*intuitus personae*, non è ammessa ad alcun titolo nel nostro ordinamento<sup>12</sup>.

Modificazioni che, comunque, come rilevato dai giudici del lavoro, non sono indenni da limiti, nel senso che la tutela giuslavoristica troverà applicazione purché, pur potendosi verificare un avvicendamento nella posizione dell'imprenditore, il nucleo aziendale continui a sopravvivere<sup>13</sup>.

Così, la Corte di cassazione e, indirettamente, anche la Corte di giustizia europea, hanno fissato dei principi fondamentali in materia di trasferimento d'azienda, in virtù dei quali non hanno ritenuto applicabile la tutela *ex art. 2112 c.c.* nel caso di cessione di attività tra due soggetti senza corrispondente alienazione del complesso dei beni<sup>14</sup>. Per cui, affinché si realizzi la successione *ex lege* del cessionario nei rapporti di lavoro subordinato, non basta che l'oggetto del trasferimento sia la mera attività economica, ma è necessario procedere a una valutazione complessiva che verifichi che la stessa attività trasferita conservi la propria identità, e cioè ne rimanga immutata oltre all'attività economica svolta, anche l'organizzazione aziendale e l'organico in

---

<sup>8</sup> Mi riferisco alla direttiva 77/187/CEE del 14 febbraio 1977, alla direttiva 98/50/CE del 29 giugno 1998 che ha integrato e modificato la precedente e, infine, alla direttiva 2001/23/CE del 12 marzo 2001 che ha abrogato le precedenti e ha aggiunto modifiche marginali; nello specifico, quest'ultima ha attuato una mera codificazione della disciplina precedente (cfr. primo *considerando* della stessa direttiva), riordinando complessivamente la materia.

<sup>9</sup> Per un'analisi del rapporto tra diritto comunitario e diritto interno, v. Foglia, *Il dialogo tra diritto comunitario e nazionale del lavoro: la giurisprudenza*, in *DLRI*, 1992, 758 ss.; Caiafa, *La nuova direttiva sull'insolvenza del datore di lavoro*, in Cosio (a cura di), *Bollettino Europeo Lavoro*, in *DPL*, supplemento, 47, 2010, 10 ss..

<sup>10</sup> Secondo l'art. 2082 c.c. "è imprenditore chi esercita professionalmente una attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi".

<sup>11</sup> Requisito dell'infungibilità della prestazione del lavoratore subordinato che, rispetto ai contratti a carattere personale, determina la disapplicazione dell'art. 2558 c.c., contenente la disciplina generale in materia di successione nei contratti a carattere non personale in operazioni di trasferimento d'azienda.

<sup>12</sup> Cfr. Barraco, *Le modificazioni soggettive del rapporto di lavoro: il trasferimento d'azienda*, in *Commentario di diritto del lavoro*, Carinci (diretto da), *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, Cester (a cura di), Tomo II, Utet, 2007, 1463 ss..

<sup>13</sup> V. Favalli, Rotondi, *Manuale pratico di diritto del lavoro*, Cedam, 2002, 341. In giurisprudenza, secondo cui non è applicabile l' art. 2112 c.c. "in quanto all'epoca dell'acquisto del ramo d'azienda, l'attività aziendale .... era già cessata", cfr. Cass. 24 settembre 2010, n. 20232.

<sup>14</sup> Cfr. Cass. 1 ottobre 2012, n. 16641; Cass. 19 agosto 2009, n. 18385; Cass. 24 novembre 1989, n. 5062. In ambito europeo, cfr. Corte di giustizia Ue 20 gennaio 2011, causa C-463/09; in senso conforme, Corte di giustizia Ue 29 luglio 2010, causa C-151/09, p. 31.

servizio<sup>15</sup>, tale da garantire il perseguimento di uno specifico obiettivo<sup>16</sup>, ovvero, anche nell'ipotesi di sola cessione dei beni, diviene importante accertare quale sia stato, secondo la volontà dei contraenti, l'oggetto specifico del contratto, e cioè se i beni ceduti siano stati considerati nella loro autonoma individualità o, non piuttosto, nella loro funzione unitaria e strumentale<sup>17</sup>.

Perché, dunque, non si verifichi una simulazione del trasferimento, nel caso di specie, di un ramo d'azienda, ai sensi dell'art. 2112 c.c., è necessario che vi sia un'autonoma capacità produttiva del ramo stesso, così da permettergli di funzionare autonomamente sul mercato<sup>18</sup>.

Ancora, è stata ritenuta legittima dalla giurisprudenza la disapplicazione dell'art. 2112 c.c. in presenza di totale cessazione dell'attività imprenditoriale, con licenziamento dei dipendenti, e di successiva alienazione dei beni aziendali, qualora sia esclusa nei fatti la sussistenza di qualsiasi nesso teleologico tra il licenziamento, determinato dalla cessazione effettiva dell'attività, e la successiva vendita<sup>19</sup>.

Principio, infatti, che può non valere in assoluto, anche in considerazione del fatto che può essere disattesa la tesi in diritto secondo cui qualora l'attività imprenditoriale non sia continuata, non può configurarsi la fattispecie della cessione d'azienda, ma solo di singoli beni. Invero, pur in mancanza di continuazione di attività, può ben permanere il bene giuridico azienda, inteso quale complesso di elementi materiali e giuridici organizzati al fine dell'esercizio di un'impresa, poiché la mera cessazione dell'attività per un periodo più o meno lungo, non implica di per sé il venir meno dell'organizzazione aziendale<sup>20</sup>.

Quindi, in definitiva, stabilire “se, nella fattispecie concreta, sia stata trasferita un'azienda ovvero soltanto beni aziendali, costituisce indagine di fatto,

---

<sup>15</sup> Cfr. Cass. 17 luglio 2008, n. 19740; Trib. Rieti 24 luglio 2006, n. 522. Nella giurisprudenza comunitaria, secondo cui per stabilire se si verifica il mantenimento dell'identità dell'attività economica “*si deve prendere in considerazione il complesso delle circostanze di fatto che caratterizzano l'operazione di cui trattasi, fra le quali rientrano in particolare il tipo di impresa o di stabilimento in questione, la cessione o meno degli elementi materiali, quali gli edifici ed i beni mobili, il valore degli elementi immateriali al momento della cessione, la riassunzione o meno della maggior parte del personale da parte del nuovo imprenditore, il trasferimento o meno della clientela, nonché il grado di analogia delle attività esercitate prima e dopo la cessione e la durata di un'eventuale sospensione di tali attività. Va tuttavia precisato che tutti questi elementi sono soltanto aspetti parziali della valutazione complessiva cui si deve procedere e non possono, perciò, essere considerati isolatamente*”, cfr. Corte di giustizia Ue 11 marzo 1997, causa C-13/95, *Suzen*.

<sup>16</sup> Cfr. Cass. 4 dicembre 2002, n. 17207; Corte di giustizia Ue 24 gennaio 2002, causa C-51/00, *Temco*, punto 23.

<sup>17</sup> Cfr. Cass. 1 dicembre 2005, n. 26196.

<sup>18</sup> Cfr. Cass. 22 gennaio 2013, n. 1456.

<sup>19</sup> Cfr. Cass. 24 settembre 2010, n. 20232; Cass. 2 luglio 1984, n. 3887; App. Salerno 3 ottobre 2001.

<sup>20</sup> Cfr. Cass. 6 maggio 2009, n. 10400 e Cass. 23 giugno 2001, n. 8617, entrambe rispetto all'ipotesi di apertura di una procedura concorsuale (liquidazione coatta amministrativa); Cass. 23 giugno 2001, n. 8621, riferita alla procedura fallimentare; Trib. Varese 22 settembre 2011.

riservata al giudice del merito e sottratta al sindacato di legittimità se congruamente motivata”<sup>21</sup>.

In effetti, il legislatore, nell'apprestare con la norma codicistica una tutela individuale al posto di lavoro, si è preoccupato soprattutto di legare le sorti del lavoratore a quelle dell'azienda, o parti di essa, diventando influenti quelle dell'imprenditore<sup>22</sup>.

Parallelamente alla disciplina corporativa, però, e in stretto collegamento con essa, va tenuta in considerazione per i giuslavoristi anche un'altra disposizione, quale l'art. 47, della legge 29 dicembre 1990, n. 428, che non solo ha procedimentalizzato il trasferimento d'azienda con più di 15 dipendenti, ma ha anche istituito un correlato diritto di precedenza a favore dei lavoratori dipendenti non passati alle dipendenze del cessionario, nonché contestualmente, con gli articoli 4-bis e 5, ha fissato una speciale disciplina in deroga all'art. 2112 c.c. per le imprese in *crisi o insolventi*, la cui analisi formerà oggetto della presente ricerca e di cui si dirà in seguito.

Anche per meglio comprendere la portata della norma derogatoria, in una logica sistematica e teleologica, diventa propedeutico procedere a un *excursus* normativo della disciplina generale codicistica, seppure sommariamente e senza troppo entrare nel merito della sua portata<sup>23</sup>, alla luce delle influenze provenienti dalle specifiche norme sovranazionali, nonché dalla giurisprudenza interna e comunitaria.

## 1.2 La versione storica

Il legislatore del 1942<sup>24</sup>, inizialmente, oltre a prevedere una norma, esattamente l'art. 2558 c.c., che regolamentasse *lato sensu* la successione nei contratti che non avessero carattere personale<sup>25</sup>, diversamente e giustamente si pose il

---

<sup>21</sup> Cfr. Cass. 30 dicembre 1999, n. 14755.

<sup>22</sup> V. Raffi, *Tutela del lavoratore nel trasferimento di azienda tra normativa nazionale e normativa comunitaria*, cit., 13.

<sup>23</sup> In dottrina, per un'analisi della disciplina generale in materia di trasferimento d'azienda, v. Del Punta, *Diritto del lavoro*, Giuffrè, 2012, 671 ss.; Vallebona, *Breviario di diritto del lavoro*, Giappichelli, 2012, 333 ss.; Miscione, *Dialoghi di Diritto del lavoro*, Ipsoa, 2010, 473 ss.; De Luca Tamajo, Salimbeni, *Il trasferimento d'azienda*, cit., 1821 ss.; Mazzotta, *Diritto del lavoro*, in Iudica e Zatti (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Terza edizione, Giuffrè, 2008, 280 ss.; Carinci, De Luca Tamajo, Tosi, Treu, *Diritto del lavoro*, cit., 138 ss.; Barraco, *Le modificazioni soggettive del rapporto di lavoro: il trasferimento d'azienda*, cit., 1463 ss.; Galantino, *Diritto del lavoro*, Giappichelli, 2006, 680 ss..

<sup>24</sup> V. Regio decreto 16 marzo 1942, n. 262.

<sup>25</sup> Così il 1° comma dell'art. 2558 c.c.: “*Se non è pattuito diversamente, l'acquirente dell'azienda subentra nei contratti stipulati per l'esercizio dell'azienda stessa che non abbiano carattere personale*”. La norma, la cui *ratio* è quella di tutelare l'integrità del complesso aziendale e il suo avviamento, per costante orientamento giurisprudenziale, si riferisce esclusivamente ai contratti a prestazioni corrispettive, non ancora eseguite o esaurite da nessuna delle due parti (cfr., *ex multis*, Cass. 29 aprile

problema di fissare, attraverso l'art. 2112 c.c., pure una garanzia particolare che guardasse alla sorte dei rapporti di lavoro subordinato<sup>26</sup> interessati da un mutamento della titolarità dell'azienda<sup>27</sup>.

Infatti, nella prima versione della norma lavoristica, al primo comma, veniva stabilito, anche rispetto all'ipotesi dell'usufrutto e dell'affitto d'azienda<sup>28</sup>, che “*in caso di trasferimento dell'azienda, se l'alienante non ha dato disdetta in tempo utile, il contratto di lavoro continua con l'acquirente, e il prestatore di lavoro conserva i diritti derivanti dall'anzianità raggiunta anteriormente al trasferimento*”.

Dunque, da un'analisi letterale della norma emerge, innanzitutto, la circostanza che mentre in ragione dell'art. 2112 c.c. la successione negli effetti giuridici del contratto di lavoro avviene *ex lege*, non necessitando di un atto di volontà del lavoratore interessato<sup>29</sup> né, tantomeno, del datore di lavoro subentrante, in forza

---

1998, n. 4367). Diversamente, qualora una delle due prestazioni fosse stata interamente eseguita e residui solo un debito o un credito per l'imprenditore, ovvero nel caso di contratti in cui è prevista la prestazione a carico di una sola parte, troveranno applicazione gli artt. 2559 e 2560 del codice civile (Martorano, *L'azienda*, in Buonocore (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, Giappichelli, 2010, 165).

<sup>26</sup> Si tratta di una tutela individuale riferita esclusivamente ai rapporti di lavoro subordinato, essendo l'art. 2112 c.c. ricompreso nelle norme del codice civile attinenti al lavoro dipendente (v. Barraco, *Le modificazioni soggettive del rapporto di lavoro: il trasferimento d'azienda*, cit., 1512 ss.; nel senso di escludere i rapporti parasubordinati, in dottrina, v. Mariani, *Effetti del trasferimento d'azienda sui contratti di lavoro autonomo*, in *Quad. giur. lav.*, Confindustria Bergamo, 2012, 2, 78; Maiolini, *Trasferimento d'azienda e rapporti di lavoro*, in Santini, *Il trasferimento d'azienda*, in *Dir. Gius.*, Giuffrè, supplemento, 46, 2006, 60; in giurisprudenza, cfr. Cass. 25 luglio 1986, n. 4779). Viceversa, in linea generale, per i contratti di lavoro autonomo, aventi carattere personale, opererà l'istituto della cessione del contratto, *ex art.* 1406 c.c., per il cui perfezionamento diventa necessario il consenso del lavoratore ceduto. Diversamente, per i contratti di lavoro autonomo, aventi carattere non personale, troverà applicazione l'art. 2558 c.c. (ad es. contratto di agenzia, cfr. Cass. 12 ottobre 2007, n. 21445; Cass. 16 maggio 2000, n. 6351; Trib. Padova 21 settembre 1995, n. 859). Per un approfondimento in dottrina, v. Mariani, *Effetti del trasferimento d'azienda sui contratti di lavoro autonomo*, cit., 72 ss.; Piccioli, *Il trasferimento d'azienda*, Frighetto (con il contributo di), in *Working paper*, Adapt, 36, 2006, 9 ss.; Vanzetti, *Osservazioni sulla successione nei contratti relativi nell'azienda ceduta*, in *Riv. soc.*, 1965, 539 ss.; Ravà, *Diritto industriale*, I, Torino, 1981, 59 ss.; Nuzzo, *Trasferimento di azienda e rapporto di lavoro*, Cedam, 2002, 57.

<sup>27</sup> Per un'analisi del rapporto di *species* a *genus* tra la norma dell'art. 2112 c.c. e quella dell'art. 2558 c.c., v. Cottino, *Diritto commerciale*, Padova, 1976, 175 ss.. Viceversa, sulla diversità tra gli artt. 2112 c.c. e 2558 c.c., v. Magrini, *La sostituzione soggettiva nel rapporto di lavoro*, Milano, 1980; G. Santoro Passarelli, *Il trasferimento dell'azienda*, in *Trattato di dir. privato*, Rescigno (diretto da), Torino, 1986, 599 ss..

<sup>28</sup> Si tratta di una previsione rimasta inalterata nelle successive modifiche dell'art. 2112 c.c.

<sup>29</sup> In dottrina, sulla tesi minoritaria dell'esistenza in capo al lavoratore di un *diritto di opposizione* alla prosecuzione del rapporto di lavoro, v. Barraco, *Le modificazioni soggettive del rapporto di lavoro: il trasferimento d'azienda*, cit., 1498 ss.; Raffi, *Tutela del lavoratore nel trasferimento d'azienda tra normativa nazionale e normativa comunitaria*, cit., 59 ss.; Scarpelli, *Trasferimenti d'azienda e esternalizzazioni*, in *DLRI*, 1999, 499 ss.. In senso contrario, Lambertucci, *Trasferimento di azienda e problemi occupazionali*, in *DRI*, 2010, 2, 392; Magnani, *Trasferimenti di impresa ed esternalizzazioni*, in *DLRI*, 1991, 491. Secondo un orientamento giurisprudenziale minoritario, è comunque legittima la rinuncia da parte del lavoratore alla tutela della continuità del rapporto di lavoro, in quanto il diritto di rinunciare deve ritenersi determinato e attuale (cfr. Cass. 18 agosto 2000, n. 10963). Contrariamente alla copiosa giurisprudenza interna (cfr., *ex multis*, Cass. 23 luglio 2002, n. 10761), anche la Corte di giustizia europea ha riconosciuto una facoltà per il lavoratore di rifiutare il trasferimento, lasciando

di una norma imperativa e fatta salva, comunque a suo tempo, la possibilità per il datore di lavoro cedente di poter recedere dal contratto di lavoro nel rispetto dei termini di preavviso, nell'ipotesi della norma giuscommerciale, avente carattere dispositivo, viene lasciata all'acquirente la facoltà di potersi accordare diversamente con il venditore dell'azienda<sup>30</sup> per i contratti non aventi carattere personale<sup>31</sup>, mentre ai terzi è lasciata l'opportunità di recedere solo per giusta causa<sup>32</sup>, in deroga alla disciplina generale sulla cessione dei contratti *ex art.* 1406 c.c., secondo cui la cessione del contratto è efficace solo previo consenso dell'altra parte<sup>33</sup>.

Inoltre, è del tutto evidente che, nella prima versione del '42, la normativa giuslavoristica rappresentava una tutela in un certo senso *debole* per il lavoratore, potendo infatti l'alienante recedere in qualunque momento e per qualsiasi ragione, previa *disdetta in tempo utile*<sup>34</sup>, tenuto conto che all'epoca non esisteva una disciplina che limitasse il recesso del datore di lavoro<sup>35</sup>.

Circostanza poi superata con l'avvento della legge in materia di licenziamenti individuali del 15 luglio 1966, n. 604, in virtù della quale fu stabilito che *“il licenziamento del prestatore di lavoro non può avvenire che per giusta causa ai sensi dell'articolo 2119 del Codice civile o per giustificato motivo”*.

---

però la regolamentazione della fattispecie alla normativa degli Stati membri (cfr. Corte di giustizia Ue 24 gennaio 2002, causa C-51/00, *Temco*, punto 36; Corte di giustizia Ue 11 luglio 1985, causa C-105/84, *Foreningen*, punto 17, secondo cui la direttiva n. 77/187 *non contempla il trasferimento dei diritti e degli obblighi di coloro che erano alle dipendenze del cedente al momento del trasferimento, ma che volontariamente cessano di lavorare alle dipendenze del cessionario*). Sul punto, giova rilevare che l'introduzione del *diritto legale di opposizione* è parte integrante di una proposta di modifica dell'art. 2112 c.c., presentata su iniziativa di alcuni deputati, fra cui Zipponi (proposta di legge n. 2261), il quale diritto assume rilievo soprattutto rispetto all'ipotesi del trasferimento parziale dell'azienda, in linea con la normativa comunitaria che lascia sulla questione ampia facoltà agli Stati membri (v. art. 7 dir. Ue n. 77/187; art. 7 dir. Ue n. 98/50; art. 8 dir. Ue n. 2001/23).

<sup>30</sup> Ciò può avvenire inserendo nel contratto di cessione apposite clausole, quali il patto contrario *ex art.* 2558 c.c..

<sup>31</sup> Deve trattarsi, ai fini dell'applicazione dell'art. 2558 c.c., di contratti comunque strumentali all'esercizio dell'azienda, escludendo, quindi, quelli stipulati dall'imprenditore per fatti extra-aziendali (v. Pettiti, *Il trasferimento volontario d'azienda*, Napoli, 1970; in giurisprudenza, cfr. Cass. 29 marzo 2010, n. 7517). Rispetto ai primi, per un'analisi sulla distinzione tra contratti d'azienda in senso stretto, intendendosi per tali quelli che hanno a oggetto il godimento di beni aziendali (es. contratti di leasing, di locazione) e contratti d'impresa, cioè quelli strumentali all'esercizio dell'attività economica (es. contratti con i fornitori o con i clienti, rapporti di lavoro autonomo), v. Piccioli, *Il trasferimento d'azienda*, cit., 8; Mariani, *Effetti del trasferimento d'azienda sui contratti di lavoro autonomo*, cit., 72.

<sup>32</sup> Per un'esemplificazione giurisprudenziale della giusta causa, v. Piccioli, *Il trasferimento d'azienda*, cit., 8 ss..

<sup>33</sup> Infatti, secondo l'art. 1406 c.c. *“ciascuna parte può sostituire a sé un terzo nei rapporti derivanti da un contratto con prestazioni corrispettive, se queste non sono state ancora eseguite, purché l'altra parte vi consenta”*. Circa la specialità della norma lavoristica rispetto alle altre disposizioni generali del codice civile, v. Favalli, Rotondi, *Manuale pratico di diritto del lavoro*, cit., 339.

<sup>34</sup> Tale previsione era conforme al contenuto dell'art. 11 della legge sull'impiego privato (r.d.l. n. 1825/1924).

<sup>35</sup> V. Mazzotta, *Diritto del lavoro*, cit., 281.

Ciò determinò, *per relationem*, il fatto che il trasferimento non poteva costituire *ex se* un giustificato motivo oggettivo di licenziamento, salvo che a esso non si accompagnasse una ristrutturazione organizzativa<sup>36</sup>, anche in vista della cessione<sup>37</sup>.

### **1.3 L'articolo 47 della legge n. 428/1990 e la direttiva Ue n. 77/187**

Considerando le conclusioni del § precedente, rilevava un particolare aspetto più che mai attuale legato alla vicenda circolatoria, riconosciuto anche dalla Corte europea, e cioè non che fosse pregiudicato licenziare ma era necessario, per la legittimità dell'atto di recesso, che lo stesso licenziamento non trovasse la propria causa nel trasferimento dell'azienda<sup>38</sup>.

Previsione, quest'ultima, inizialmente prevista dalla sola giurisprudenza interna, ma poi recepita espressamente da una norma lavoristica, quale la prima versione del comma 4 dell'art. 47 della l. n. 428/1990<sup>39</sup>, *ante* intervento emendativo a opera dell'art. 2 del d.lgs. 2 febbraio 2001, n. 18; art. 47 emanato – seppure con un certo ritardo rispetto alla prima norma comunitaria in materia<sup>40</sup>, quale la direttiva n. 77/187/Cee del 14 febbraio 1977 - non solo per stabilire disposizioni conformi agli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee, ma anche per dare riscontro alla condanna subita dal nostro Paese, per inadempienza alla stessa direttiva, ad opera della Corte di giustizia europea<sup>41</sup> la quale evidenziò che il nostro ordinamento del lavoro era lacunoso rispetto alla previsione di una tutela del lavoratore sul piano collettivo<sup>42</sup>.

Per tale ragione, sotto quest'ultimo profilo, fu introdotto un procedimento di informazione e consultazione sindacale, propedeutico all'atto del trasferimento

---

<sup>36</sup> In dottrina, v. De Luca Tamajo, Salimbeni, *Il trasferimento d'azienda*, cit., 1822. Sulla compatibilità, secondo la dottrina e la giurisprudenza, tra il trasferimento d'azienda e il licenziamento, v. Rota, *Trasferimento d'azienda e licenziamento*, in *Quad. giur. lav.*, Confindustria Bergamo, 2012, 2, 88 ss.; Cosio, *Discipline del trasferimento d'azienda*, FrancoAngeli, 1995, 109 ss.. In giurisprudenza, cfr., *ex multis*, Cass. 14 novembre 1978, n. 5255; Cass. 9 luglio 1984, n. 3991; Cass. 1 marzo 1985, n. 1754; Cass. 14 luglio 1995, n. 7690; Cass. 11 giugno 2008, n. 15495.

<sup>37</sup> V. Zoli, *Cessione di azienda e licenziamento dei lavoratori*, in *GC*, I, 1984, 3290. Cfr. Cass. 9 luglio 1984, n. 3991.

<sup>38</sup> Cfr. Corte di giustizia Ue 12 marzo 1998, causa C-319/94, *Dassy*, punto 36.

<sup>39</sup> Per un approfondimento dell'art. 47, l. n. 428/1990, v. Buonajuto, *Il trasferimento dell'azienda e del lavoratore*, cit., 18 ss..

<sup>40</sup> Per un'analisi dell'influenza *diretta* della direttiva europea n. 77/187 sulle cessioni d'azienda intervenute nelle more della sua tardiva attuazione da parte dello Stato italiano o, comunque, all'indomani del suo recepimento in qualche modo divergente, v. Buonajuto, *Il trasferimento dell'azienda e del lavoratore*, cit., 12 ss..

<sup>41</sup> Corte di giustizia Cee 10 luglio 1986, causa C-235-84, in *Foro it.*, 1989, IV, 12, con nota di De Luca.

<sup>42</sup> V. Menghini, *I contratti di lavoro*, in Guglielmucci (a cura di), *I contratti in corso di esecuzione nelle procedure concorsuali*, Cedam, 2006, 544.

aziendale che – come vedremo analiticamente nell’ultimo capitolo – è *conditio sine qua non* per la validità dell’accordo in deroga.

Dal punto di vista, invece, delle tutele individuali, di cui daremo conto nei paragrafi che seguono, furono totalmente riscritti i primi tre commi dell’art. 2112 c.c., *ex art.* 47, c. 3, della legge del 1990.

### 1.3.1 *La tutela in materia di licenziamento*

Ritornando, innanzitutto, alla questione relativa alla limitazione in materia di recesso da parte del cedente, strettamente connesso alla modifica del 1° comma della norma codicistica, fu espressamente previsto al comma 4 che “*Ferma restando la facoltà dell’alienante di esercitare il recesso ai sensi della normativa in materia di licenziamenti, il trasferimento d’azienda non costituisce di per sé motivo di licenziamento*”<sup>43</sup>.

Fu attestato, in questo modo e in maniera diretta, il venir meno del recesso *ad nutum*, stabilendo così che, fermo restando l’obbligo del preavviso, il cedente per poter recedere dal rapporto di lavoro è tenuto a indicarne una causa giustificatrice che non può coincidere con il trasferimento *ex se*<sup>44</sup>.

Conseguentemente, gli Ermellini, ogniqualvolta l’atto di recesso sia riconducibile all’avvenuta sostituzione del titolare dell’azienda, in quanto nullo, ne disporranno la disapplicazione, pur se intimato in epoca antecedente al trasferimento<sup>45</sup> e nonostante il cessionario non ne fosse a conoscenza<sup>46</sup>, con la conseguenza che i dipendenti devono essere considerati in forza alla data della cessione, cosicché il rapporto di lavoro prosegue *ex art.* 2112 c.c. con il cessionario<sup>47</sup>, in conformità al dettato normativo europeo, anche dell’epoca<sup>48</sup>, e alla giustizia comunitaria<sup>49</sup>.

---

<sup>43</sup> Disposizione poi trasposta nell’attuale formulazione del comma 4 dell’art. 2112 c.c., per effetto dell’art. 1, c. 1, d.lgs. n. 18/2001.

<sup>44</sup> . Menghini, *I contratti di lavoro*, cit., 545.

<sup>45</sup> Cfr. Cass. 8 marzo 2011, n. 5507; Cass. 12 aprile 2010, n. 8641.

<sup>46</sup> Cfr. Cass. 28 febbraio 2012, n. 3041; Cass. 12 aprile 2010, n. 8641. Riferito all’ipotesi della cessione di ramo d’azienda, cfr. Cass. 2 febbraio 2013, n. 2603.

<sup>47</sup> Se è vero che è necessaria, ai fini dell’applicazione dell’art. 2112 c.c., la vigenza del rapporto di lavoro al momento del trasferimento (cfr. *ex multis*, Cass. 29 marzo 2010 n. 7517), è altrettanto vero che la stessa tutela legale opererà anche nell’ipotesi in cui il rapporto di lavoro non esista *de facto*, ma *de iure*, per effetto di controversia giudiziaria anche successiva al trasferimento (cfr. Cass. 28 febbraio 2012, n. 3041; Cass. 25 marzo 2003, n. 8228), ovvero in caso di licenziamento inefficace poiché intimato solo oralmente (cfr. Cass. 18 gennaio 2013, n. 1220), con la conseguenza della persistenza del rapporto di lavoro anche al momento della circolazione dell’azienda (Cass. 1 agosto 2007, n. 16955). In dottrina, Buonajuto, *Il trasferimento dell’azienda e del lavoratore*, cit., 76-77.

<sup>48</sup> Cfr. art. 4, par. 1, dir. 77/187/Cee.

<sup>49</sup> Cfr. Corte di giustizia Ue 12 marzo 1998, causa C-319/94, *Dassy*; Corte di giustizia Ue 7 febbraio 1985, causa C-19/83. Sulla legittimità di un diritto di opposizione al trasferimento, v. *sub*, nota 29).

In particolare, i giudici comunitari, rispetto all'esistenza o inesistenza di un contratto o di un rapporto di lavoro alla data del trasferimento, hanno fissato il principio secondo cui *“per stabilire se il licenziamento sia stato motivato dal solo fatto del trasferimento, ....., si devono prendere in considerazione le circostanze oggettive in cui il licenziamento è avvenuto e in particolare, in un caso come quello di specie, il fatto che esso ha acquistato effetto in una data vicina a quella del trasferimento e che i lavoratori interessati sono stati riassunti dal cessionario”*, lasciando poi alla competenza del giudice nazionale le valutazioni di fatto<sup>50</sup>.

### **1.3.2 Il contratto e il rapporto di lavoro secondo la direttiva comunitaria**

La normativa sovranazionale n. 77/187, pur non prevedendo ancora una regolamentazione derogatoria del trasferimento delle aziende in crisi o insolventi, era dedicata all'armonizzazione delle legislazioni nazionali concernenti il mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento delle aziende, e si rivolgeva *“ai trasferimenti di imprese, di stabilimenti o parti di stabilimenti a un nuovo imprenditore in seguito a cessioni contrattuali o a fusioni”*, invitando gli Stati membri ad *“adottare le disposizioni necessarie per proteggere i lavoratori in caso di cambiamento di imprenditore, in particolare per assicurare il mantenimento dei loro diritti”*<sup>51</sup>.

Nello specifico, la direttiva - ma si tratta di una lettura applicabile anche alle successive - inquadrava il trasferimento d'azienda attraverso due direttrici, una oggettiva che atteneva alla definizione del trasferimento d'azienda, o di un suo ramo, e individuava le operazioni economiche che soggiacevano alla disciplina, e una soggettiva, che fissava il principio dell'indifferenza dei rapporti di lavoro rispetto alle vicende circolatorie dell'impresa, rafforzava le posizioni creditorie dei lavoratori e introduceva una procedura di consultazione sindacale obbligatoria<sup>52</sup>.

Inoltre, dalla lettera della medesima disposizione europea emergeva anche un altro aspetto, di non secondaria importanza e anch'esso ripreso dalle successive, e cioè il fatto che il legislatore comunitario, nel fissare le tutele per il lavoratore interessato da fenomeni circolatori del complesso aziendale, considerava, quale cedente, non solo il datore di lavoro formale, ossia legato allo stesso prestatore da un *contratto di lavoro*, ma anche *lato sensu* quel soggetto responsabile della conduzione dell'attività economica trasferita, alla quale la prestazione del

---

<sup>50</sup> Cfr. Corte di giustizia Ue 15 giugno 1988, causa C-101/87, *Bork*, punto 18.

<sup>51</sup> V. i *considerando* della dir. n. 77/187/Cee.

<sup>52</sup> V. De Luca Tamajo, Salimbeni, *Il trasferimento d'azienda*, cit., 1823.

lavoratore inerisce, pur in assenza di *rapporti contrattuali* diretti fra le stesse parti, dal momento che la tutela che la direttiva assicurava aveva come oggetto il vincolo tra il lavoratore e l'attività economica alla quale egli era addetto.

Così, recentemente, la Corte di giustizia Ue con la sentenza 21 ottobre 2010, causa C-242/09, la quale, nel pronunciarsi circa l'applicazione delle tutele della direttiva n. 2001/23 ai lavoratori interessati dal trasferimento di un'impresa appartenente ad un gruppo, presso cui erano distaccati, a un'impresa esterna al gruppo, ma principio ugualmente estendibile anche in vigenza della prima norma comunitaria n. 77/187<sup>53</sup>, ha stabilito che le garanzie apprestate dal legislatore trovano applicazione, *ex art.* 3, par. 1, pur in assenza di un vincolo contrattuale con il cedente, per il semplice fatto che i lavoratori stessi sono assegnati a esso permanentemente, dal momento che la norma fa riferimento, alternativamente e in modo equivalente, a un contratto di lavoro o a un rapporto di lavoro<sup>54</sup>.

Sfumatura non recepita espressamente dal legislatore nazionale, tant'è vero che sia nel primo testo della norma codicistica del '42, nel quale si faceva riferimento esclusivamente al *contratto di lavoro*, che in quello successivamente modificato, ad opera inizialmente dell'art. 47 della l. n. 428/1990, in cui si parla solo di *rapporto di lavoro*, non emerge il richiamo ad ambedue i concetti e dunque una loro distinzione, facendone intendere in tal modo una certa omogeneità<sup>55</sup>.

Sul punto, autorevole dottrina ebbe modo di affermare che il cambio di rotta del legislatore nazionale fosse stato determinato dalla necessità di ricomprendere nelle tutele *ex art.* 2112 c.c. anche i "*rapporti non aventi una formale origine contrattuale*"<sup>56</sup>.

Altri, invece, interpretarono la modifica come la necessità da parte del normatore interno di evitare che, parlandosi di *contratto* e non di *rapporto di lavoro*, si determinasse come conseguenza una cristallizzazione delle condizioni fissate nella fase genetica del rapporto di lavoro, senza tener conto di quelle maturate *in fieri* durante la fase funzionale<sup>57</sup>.

---

<sup>53</sup> V. art. 3, par. 1, dir. 77/187/Cee.

<sup>54</sup> Per un approfondimento della questione sollevata dalla Corte di giustizia Ue con sentenza 21 ottobre 2010, causa C-242/09, *Heineken, v. Stanchi, Trasferimento dell'attività di impresa e titolarità del contratto di lavoro*, in *GLav*, 45, 2010, 27 ss..

<sup>55</sup> Sulla neutralità della sostituzione della nozione "impropria" di *contratto* con quella di *rapporto di lavoro*, v. Cosio, *Discipline del trasferimento d'azienda*, cit., 91.

<sup>56</sup> V. Foglia, *Trasferimenti d'azienda ed effetti sui rapporti di lavoro*, in *MGL*, 1991, 330.

<sup>57</sup> E' stato osservato che l'ambito di tutela del lavoratore "è individuato nei diritti che derivano dal rapporto di lavoro e non già dal contratto di lavoro. Tale sfumatura terminologica significa che il trasferimento fa salve le modifiche che siano intervenute nel rapporto dopo la conclusione del contratto, e quindi anche quelle che si siano verificate attraverso comportamenti concludenti e negozialmente significativi che abbiano aggiunto dei diritti alla posizione originaria". V. Mannacio, *Riforma Biagi: il trasferimento di azienda*, in *GLav*, 15, 2004, 19. In dottrina, per un approfondimento

In questa direzione, giustappunto, l'art. 47, c. 3, innanzi richiamato relativamente alla riscrittura delle tutele individuali, che, nel modificare il 1° comma dell'art. 2112 c.c. così da parlare più semplicemente di *rapporto di lavoro*, ha voluto garantire pure i diritti acquisiti ed entrati a far parte del patrimonio del lavoratore in corso di rapporto, connessi però non più solo all'anzianità lavorativa maturata, ma anche ai trattamenti individuali e collettivi già riconosciutigli<sup>58</sup>.

### 1.3.3 I diritti individuali e il contratto collettivo

Per quanto concerne i diritti provenienti dal contratto collettivo applicato dal cedente, la norma codicistica emendata anche in questo caso ha fissato, con il nuovo comma 3 e alla stregua del comma 1, un criterio circa il loro mantenimento, in quanto non era pacifico in giurisprudenza leggere la disposizione *ex art. 2112 c.c., c. 1*, nel senso di una successione *ex lege* pure della disciplina collettiva<sup>59</sup>.

Per cui, allo scopo di porre fine a siffatte errate e controverse interpretazioni restrittive, fu introdotto un *principio di ultrattività* della contrattazione collettiva secondo cui il trattamento economico e normativo spettante al lavoratore trasferito doveva essere commisurato ai parametri fissati dalla stessa contrattazione collettiva applicata e vigente all'atto del trasferimento, di qualunque livello e limitatamente alla parte normativa<sup>60</sup>, e questo fino alla sua scadenza tranne nell'ipotesi in cui il cessionario applicava un proprio accordo collettivo<sup>61</sup>, indipendentemente dal livello, anche *in peius* per lo stesso lavoratore<sup>62</sup>.

---

sul perché della sostituzione terminologica, v. De Luca Tamajo, Salimbeni, *Il trasferimento d'azienda*, cit., 1845 ss.; Scarpelli, *Il mantenimento dei diritti del lavoratore nel trasferimento d'azienda: problemi vecchi e nuovi*, in *QL, Il trasferimento d'azienda*, 2004, 105. In generale, sulla distinzione tra contratto di lavoro e rapporto di lavoro, v. Mazzotta, *Diritto del lavoro*, cit., 303 ss..

<sup>58</sup> "Ove, invece, un diritto, pur trovando origine nel contratto individuale, veda i suoi effetti in tutto o in parte regolati da una fonte collettiva, si troverà esposto alle modificazioni che può subire quest'ultima ..... con la sola, ma importante avvertenza, che tali modificazioni potranno influire solo sulle conseguenze che dal mantenimento del diritto si produrranno per il singolo lavoratore e non mai anche sulla spettanza". Così, Romei, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento d'azienda*, in Schlesinger (diretto da), *Commentario al codice civile*, Milano, 1993, 154.

<sup>59</sup> Cfr. Cass. 8 luglio 1992, n. 8315; Cass. 26 febbraio 1992, n. 2410; Cass. 4 febbraio 1988, n. 1147. In dottrina, sulla problematica relativa alla disciplina collettiva applicabile in tema di trasferimento d'azienda, Miscione, *Dialoghi di Diritto del lavoro*, cit., 486 ss.; Mazzotta, *Diritto del lavoro*, cit., 288 ss.; Romei, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento d'azienda*, cit., 189 ss.; Lunardon, *Avvicendamento delle discipline collettive e continuità del rapporto di lavoro*, in *MGL*, 1999, 1142 ss.; Lambertucci, *Le tutele del lavoratore nella circolazione dell'azienda*, Giappichelli, 1999, 47 ss..

<sup>60</sup> Infatti, testualmente, l'art. 2112 c.c. parla di trattamenti economici e normativi. Sul mantenimento degli usi aziendali in caso di trasferimento d'azienda, v. G. Santoro Passarelli, *Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro*, cit., 56 ss..

<sup>61</sup> In caso di sostituzione del contratto collettivo, qualora si tratti di situazioni giuridiche *in fieri* (ad es. un premio di fedeltà per la cui corresponsione sia necessario il possesso, da parte del lavoratore, di una

E' del tutto evidente che una lettura della previsione nazionale nel senso di una possibile sostituzione immediata e automatica del contratto collettivo applicato dal subentrante<sup>63</sup>, violava quanto stabilito dalla direttiva n. 77/187, ma anche le successive<sup>64</sup>, laddove fissava un limite di almeno un anno di conservazione delle condizioni di lavoro fissate dal contratto collettivo del cedente<sup>65</sup>.

Per cui, ai fini di un'interpretazione della norma interna coerente con la finalità della direttiva, appare corretto leggere il termine "applicabili", in ragione di una sostituzione immediata e prima della scadenza del contratto collettivo del cedente, nel senso di riferirlo non ai contratti già esistenti nell'impresa del cessionario, ma a contratti negoziati *ad hoc, ergo* i cc.dd. *contratti di ingresso*, onde ottenere un'armonizzazione tra le due eventuali differenti discipline<sup>66</sup>.

Dal combinato disposto dei commi 1 e 3 dell'art. 2112 c.c., però, sembrerebbe emergere una certa discrasia, sul piano della continuità, tra le garanzie legali per il lavoratore, ossia rispettivamente tra i trattamenti di origine individuale e legale e quelli di origine collettiva, essendo questi ultimi legati al fattore temporale, in quanto validi "*fino alla scadenza dei contratti collettivi applicati e salvo che siano sostituiti da altri contratti collettivi applicabili all'impresa del cessionario*".

---

certa anzianità di servizio non ancora raggiunta al momento del trasferimento d'azienda) la modificazione della fonte collettiva potrà influire sulla nascita stessa del diritto, salva una diversa regolamentazione più favorevole predisposta dalla stessa autonomia collettiva (v. Cosio, *Discipline del trasferimento d'azienda*, cit., 94 ss.).

<sup>62</sup> Cfr. Cass. 8 settembre 1999, n. 9545; Cass. 12 giugno 2007, n. 13726; Cass. 18 maggio 2011, n. 10937. Va, tuttavia, evidenziata una recente decisione della Corte di giustizia europea, secondo la quale la derogabilità *in peius* dei trattamenti retributivi è illegittima se la stessa derivi da un mancato riconoscimento dell'anzianità maturata dal lavoratore presso il cedente. Infatti, ha stabilito che "*quando un trasferimento ai sensi della direttiva 77/187 porta all'applicazione immediata, ai lavoratori trasferiti, del contratto collettivo vigente presso il cessionario e inoltre le condizioni retributive previste da questo contratto sono collegate segnatamente all'anzianità lavorativa, l'art. 3 di detta direttiva osta a che i lavoratori trasferiti subiscano, rispetto alla loro posizione immediatamente precedente al trasferimento, un peggioramento retributivo sostanziale per il mancato riconoscimento dell'anzianità da loro maturata presso il cedente, equivalente a quella maturata da altri lavoratori alle dipendenze del cessionario, all'atto della determinazione della loro posizione retributiva di partenza presso quest'ultimo*" (cfr. Corte di giustizia Ue 6 settembre 2011, causa C-108/10, *Scattolon*).

<sup>63</sup> Sul significato da attribuire al termine "applicabili", nel senso di "effettivamente applicati" determinando così una sostituzione automatica della contrattazione collettiva del cedente con quella del cessionario, ovvero alla luce della direttiva n. 77/187 non consentendone l'applicazione automatica, ma necessitando di un negoziato tra le parti in sede di esame congiunto, anche per un'eventuale applicazione graduale della stessa attraverso i c.d. *contratti collettivi di ingresso*, v. G. Santoro Passarelli, *La disciplina del rapporto di lavoro nel trasferimento d'azienda: evoluzione e prospettive*, in *QL, Il trasferimento d'azienda*, 2004, 12; Buonajuto, *Il trasferimento dell'azienda e del lavoratore*, cit., 71 ss..

<sup>64</sup> Secondo il Consiglio europeo ogni riferimento alla direttiva n. 77/187 va inteso come un riferimento alla direttiva n. 98/50 e, quindi, n. 2001/23 (cfr. art. 12, par. 2, dir. n. 2001/23).

<sup>65</sup> Cfr. art. 3, par. 2, dir. 77/187 e art. 3, par. 3, dir. 2001/23.

<sup>66</sup> V. De Luca Tamajo, Salimbeni, *Il trasferimento d'azienda*, cit., 1850; G. Santoro Passarelli, *La disciplina del rapporto di lavoro nel trasferimento d'azienda: evoluzione e prospettive*, cit., 12.

In effetti, se può parlarsi di una cristallizzazione dei primi nel contratto individuale rispetto al cessionario, non può dirsi lo stesso per i secondi<sup>67</sup>, venendo risolto il problema della contraddizione attraverso il principio della continuità, nel rispetto delle competenze e degli ambiti delle fonti normative. Per cui, la conservazione dei diritti del lavoratore fa sì che la previsione normativa di essi, indipendentemente dalla fonte da cui provenga, non subisce modifiche in ragione del trasferimento, ma può subirle per effetto della successione temporale delle fonti normative (legge e contratto collettivo), cosicché i diritti già entrati nel patrimonio giuridico del lavoratore sono imm modificabili, mentre quelli non ancora maturati seguiranno le sorti della nuova disciplina collettiva applicata dal nuovo datore di lavoro, che potrebbe essere anche peggiorativa della precedente<sup>68</sup>.

Rispetto, invece, alle cc.dd. *situazioni esaurite* o *maturate*, ossia quelle situazioni relative a diritti entrati ormai nel patrimonio del lavoratore e originati da prestazioni di lavoro precedentemente rese in favore del cedente, non si applicherà la regola della successione, bensì quella della responsabilità solidale di cui al comma 2 dell'art. 2112 c.c.<sup>69</sup>.

### **1.3.4 La solidarietà passiva e attiva**

Veniamo, così, all'ulteriore punto di debolezza della versione storica dell'art. 2112 c.c., che era rappresentato dalla circostanza che la *solidarietà passiva* tra cedente e cessionario<sup>70</sup> fosse limitata esclusivamente ai crediti - conosciuti o conoscibili - che il prestatore aveva al tempo del trasferimento, lasciando fuori quelli che non risultavano dai libri dell'impresa o che non fossero stati comunicati<sup>71</sup>, anche se sul punto va rilevato che la legislazione comunitaria all'epoca vigente, ma pure quella successiva, non obbligava gli Stati membri alla previsione di un regime legale di solidarietà<sup>72</sup>.

---

<sup>67</sup> Cfr. Cass. 8 settembre 1999, n. 9545, in *MGL*, 1999, 1147, con nota di Lunardon.

<sup>68</sup> V. De Luca Tamajo, Salimbeni, *Il trasferimento d'azienda*, cit., 1848; per un approfondimento pure rispetto al problema degli usi aziendali e dei trattamenti previdenziali integrativi, v. Scarpelli, *Il mantenimento dei diritti del lavoratore nel trasferimento d'azienda: problemi vecchi e nuovi*, cit., 111 ss..

<sup>69</sup> V. Nuzzo, *Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro*, cit., 61.

<sup>70</sup> La previsione legale della solidarietà fra cedente e cessionario rafforza la posizione creditoria del lavoratore, così da verificarsi, dal punto di vista del soggetto passivo, la trasformazione dell'obbligazione da semplice a complessa (v. Scarpelli, *Il mantenimento dei diritti del lavoratore nel trasferimento d'azienda: problemi vecchi e nuovi*, cit., 117).

<sup>71</sup> V. Miscione, *Dialoghi di Diritto del lavoro*, cit., 474; Mazzotta, *Diritto del lavoro*, cit., 281.

<sup>72</sup> Infatti, la direttiva comunitaria prevedeva, e continua a prevedere con l'ultima in materia, la n. 2001/23/CE, la possibilità e non l'obbligo per gli Stati membri di fissare una responsabilità solidale tra cedente e cessionario (v. art. 3, par. 1, dir. 77/187/Cee).

Va, comunque, evidenziato che è vero che la nuova versione del 2° comma dell'art. 2112 c.c., giusta modifica *ex art.* 47 della l. n. 428/1990, ha rafforzato la solidarietà tra cedente e cessionario rispetto all'intera posizione giuridica del lavoratore subordinato vigente all'atto del trasferimento<sup>73</sup>, circoscrivendola così non più solo all'anzianità lavorativa già maturata ed eliminando *de facto* qualunque contingentamento al riconoscimento dei crediti<sup>74</sup>, non solo retributivi ma anche risarcitori<sup>75</sup> del lavoratore<sup>76</sup>, ma è altrettanto vero che ha riconfermato la possibilità, per il lavoratore, di liberare l'alienante dagli stessi obblighi solidali in virtù di accordi in deroga, solo che, diversamente dal passato in cui era lasciata alle parti libertà di forma<sup>77</sup>, viene prescritta la condizione secondo cui gli stessi accordi devono essere perfezionati nell'ambito delle procedure di conciliazione *ex artt.* 410 e 411 c.p.c.<sup>78</sup>.

Si tratta, in sostanza, di una manifestazione individuale di *volontà abdicativa assistita* che, come emerge da un'interpretazione letterale della norma, non si concreta in una rinuncia *tout court* del lavoratore ai propri diritti, bensì in una parziale abdicazione ad agire nei confronti di una parte dell'operazione traslativa, ossia il cedente<sup>79</sup>.

---

<sup>73</sup> Parte della dottrina ritiene che la nuova formulazione del 2° comma dell'art. 2112 c.c. comporta che la solidarietà passiva opera rispetto alle obbligazioni che trovano la loro fonte non solo nei rapporti di lavoro che siano proseguiti presso il cessionario, ma anche in quelli che siano cessati al momento o prima del trasferimento (v. De Luca Tamajo, Salimbeni, *Il trasferimento d'azienda*, cit., 1841; G. Santoro Passarelli, *Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro*, cit., 64; Cosio, *Discipline del trasferimento d'azienda*, cit., 106 ss.). Sullo stesso piano, in ragione dell'annullamento del licenziamento per violazione di legge, cfr. Cass. 16 ottobre 2013, n. 23533. Di diverso avviso non solo parte della giurisprudenza, ma anche della dottrina secondo cui la solidarietà passiva non opera con riferimento ai crediti relativi ai rapporti di lavoro cessati prima del trasferimento, salva la responsabilità dell'acquirente *ex art.* 2560 c.c. (v. Scarpelli, *Il mantenimento dei diritti del lavoratore nel trasferimento d'azienda: problemi vecchi e nuovi*, cit., 118 ss.; cfr. Cass. 29 marzo 2010, n. 7517; Cass. 19 dicembre 1997, n. 12899; Trib. Milano 25 ottobre 2001).

<sup>74</sup> Il riferimento alla *conoscenza* o *conoscibilità* è stato soppresso nella norma novellata, in quanto ha eliminato un "contrasto" con la direttiva, in ragione della procedura d'infrazione promossa dalla commissione europea contro il nostro Paese (v. De Luca, *Salvaguardia dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda: "funzione" del diritto comunitario e della giurisprudenza della Corte di giustizia nella interpretazione ed applicazione della nuova disciplina nazionale (prime considerazioni sull'art. 47 della "legge comunitaria per il 1990")*, in *Foro it.*, IV, 1991, 298).

<sup>75</sup> Cfr. Cass. 12 aprile 2010, n. 8641; Cass. 6 marzo 1998, n. 2521; Trib. Milano 21 ottobre 2010; Trib. Pavia 14 dicembre 2002.

<sup>76</sup> I Giudici di legittimità hanno stabilito che il cessionario sarà tenuto a riconoscere ai lavoratori passati alle sue dipendenze qualunque trattamento economico eziologicamente ricollegabile all'attività lavorativa svolta prima del trasferimento, anche se a lui sconosciuti, ovvero riconosciuti giudizialmente successivamente a tale evento (cfr. Cass. 12 giugno 1998, n. 5909).

<sup>77</sup> La vecchia norma non ha avuto applicazione perché riferita ai sindacati corporativi (v. G. Santoro Passarelli, *Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro*, cit., 66).

<sup>78</sup> Si tratta, in effetti, di rinunce dei lavoratori a diritti inderogabili *ex art.* 2113 c.c., che devono realizzarsi in sede di commissione provinciale o sindacale, in sede giudiziale *ex art.* 185 c.p.c., nonché presso le sedi e con modalità fissate dai contratti collettivi (art. 412-*ter* c.p.c.), o innanzi al collegio di conciliazione e arbitrato irrituale (art. 412-*quater* c.p.c.). Si tratta, in sostanza, di una deroga convenzionale dell'art. 2112 c.c..

<sup>79</sup> V. De Luca Tamajo, Salimbeni, *Il trasferimento d'azienda*, cit., 1827.

Anche se, a dire il vero, nella prassi e nel silenzio della legge e, potremo aggiungere, secondo un percorso quantomeno più logico, risultano più frequenti e comunque legittimi accordi individuali transattivi *ex art. 2113 c.c.* comportanti non solo la rinuncia da parte del dipendente ad agire anche nei confronti dell' acquirente<sup>80</sup>, senza però per questo dover rinunciare necessariamente ai diritti maturati fino al momento del trasferimento e per i quali continuerà a risponderne l'alienante, ma pure l' interruzione del rapporto di lavoro con il cedente e la costituzione *ex novo*, senza soluzione di continuità, di autonomi rapporti di lavoro con il subentrante.

Tra l'altro, parte della giurisprudenza aveva già considerato percorribile l'aggiramento della continuità legale dei rapporti di lavoro per mezzo di accordi collettivi contenenti una deroga convenzionale al 1° comma dell'art. 2112 c.c.<sup>81</sup>, purché finalizzati alla salvaguardia dei posti di lavoro, piuttosto che alla continuità degli stessi<sup>82</sup>, non consentendo, al contempo, l'esclusione dal passaggio all'acquirente di parte dei lavoratori, pena l'invalidità delle stesse pattuizioni sindacali<sup>83</sup>.

Alla stessa stregua, non può non riscontrarsi una *solidarietà attiva* tra cedente e cessionario<sup>84</sup>, nel senso che la disposizione riconosce al cessionario non solo titolo ad agire nei confronti dei lavoratori acquisiti per tutti i crediti maturati dal cedente verso gli stessi lavoratori<sup>85</sup>, ma anche di poterli legittimamente licenziare per motivi disciplinari per fatti accaduti prima del trasferimento d'azienda<sup>86</sup>.

#### 1.4 *Il d.lgs. n. 18/2001 e la direttiva Ue n. 98/50*

Il primo significativo allineamento della disciplina interna alla filosofia comunitaria, efficace a decorrere dal 1° luglio 2001, si è avuto per effetto

---

<sup>80</sup> V. Miscione, *Dialoghi di Diritto del lavoro*, cit., 486.

<sup>81</sup> Sulla tesi minoritaria di una derogabilità convenzionale dell'art. 2112 c.c. da parte delle organizzazioni sindacali, v. Notaro, *Trasferimento dell'azienda in crisi e derogabilità dell'art. 2112 c.c. in sede collettiva*, in *RIDL*, 1, 2007, 179 ss..

<sup>82</sup> Sulla efficacia di accordi sindacali transattivi in deroga alla disciplina di cui all'art. 2112 c.c., ma vincolanti solo nei confronti dei lavoratori iscritti alle associazioni sindacali stipulanti, o che vi abbiano successivamente aderito, cfr. Cass. 18 agosto 1978, n. 3901; Cass. 7 dicembre 1981, n. 6482; Cass. 14 luglio 1995, n. 7690; Cass. 23 ottobre 1995, n. 11004; Cass. 23 giugno 2000, n. 8583; Cass. 13 novembre 2001, n. 14098; Cass. 26 maggio 2006, n. 12573; Pretura Lodi 12 marzo 1987.

<sup>83</sup> Cfr. Cass. 30 agosto 2000, n. 11422, in *RIDL*, 3, 2001, 519 ss., con nota di Marinelli.

<sup>84</sup> Va opportunamente evidenziato che il regime di tutela solidaristico tra cedente e cessionario rispetto ai crediti/debiti vantati dai lavoratori non si estende anche a eventuali posizioni debitorie/creditorie del cedente nei confronti di soggetti terzi quali gli enti previdenziali, in ragione del fatto che il lavoratore - quale titolare della tutela - è un soggetto estraneo al c.d. *rapporto contributivo* (cfr., *ex multis*, Cass. 16 giugno 2001, n. 8179).

<sup>85</sup> Cfr. Cass. 5 maggio 1995, n. 4873.

<sup>86</sup> Cfr. Cass. 27 settembre 2007, n. 20221.

dell'art. 1, c. 1, del d.lgs. 2 febbraio 2001, n. 18<sup>87</sup>, in virtù del quale sono stati recepiti gli indirizzi contenuti nella direttiva europea n. 98/50/Ce<sup>88</sup>, che ha integrato e modificato la precedente n. 77/187, per poi essere trasfusa nella n. 2001/23.

Innanzitutto, il decreto n. 18, oltre a emendare l'art. 47 della l. n. 428/90<sup>89</sup> e a rubricare l'art. 2112 c.c. quale "*Mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda*", coerentemente con il titolo della direttiva così da anteporre, assumendo rilevanza, la tutela dei diritti dei lavoratori agli interessi del datore di lavoro, ha apportato modifiche significative alla regolamentazione codicistica, tra cui assume particolare rilievo l'aver fornito una definizione giuslavoristica di azienda, fino a quel momento assente e per questo mutuata dall'art. 2555 c.c.<sup>90</sup>.

#### **1.4.1 La nozione lavoristica di azienda**

Ai sensi del nuovo comma 5 dell'art. 2112 c.c., viene definita l'azienda, ai fini del trasferimento, quale *attività economica organizzata*<sup>91</sup>, *con o senza scopo di lucro, al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi, 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*.

Dalla nuova formulazione della norma emerge, *in primis*, il richiamo implicito e indiretto all'art. 2082 c.c.<sup>92</sup>, venendo così valorizzato l'elemento dell'*organizzazione*, svincolata dalla necessaria presenza di beni e quale condizione idonea a rendere impresa un'*attività economica*<sup>93</sup>. Potremmo,

---

<sup>87</sup> Per un commento al decreto legislativo n. 18/2001, v. G. Santoro Passarelli, Foglia, *La nuova disciplina del trasferimento d'impresa*, in *Commento al d.lgs. 2 febbraio 2001, n. 18*, Ipsoa, 2001, 3; Zambelli, *Le novità in materia di trasferimento d'azienda*, in *GL*, 2001, 9-12.

<sup>88</sup> L'emanazione del decreto ha dato compimento alla delega attribuita al Governo contenuta nella legge 21 dicembre 1999, n. 526, ai fini dell'attuazione della direttiva n. 1998/50/Ce.

<sup>89</sup> V. art. 2, c. 1, d.lgs. n. 18/2001.

<sup>90</sup> In dottrina, v. Caiafa, *Le vicende circolatorie dell'impresa*, in *MGL*, 2001, 1, 50; Cester, *Trasferimento d'azienda e rapporti di lavoro: la nuova disciplina*, in *LG*, 6, 2001, 505; Nuzzo, *Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro*, cit., 3 ss..

<sup>91</sup> Come è agevole rilevare, il legislatore italiano nel recepire la direttiva comunitaria n. 98/50, anziché riprendere il concetto europeo di "entità economica organizzata", ha parlato di "attività economica organizzata" con lo scopo di voler togliere rilievo all'insieme di mezzi (v. Maresca, *Le "novità" del legislatore nazionale in materia di trasferimento d'azienda*, in *ADL*, 2001, 595).

<sup>92</sup> Per un approfondimento, v. Cester, *La fattispecie: la nozione di azienda, di ramo d'azienda e di trasferimento fra norme interne e norme comunitarie*, in *QL*, *Il trasferimento d'azienda*, 2004, 32 ss..

<sup>93</sup> V. Marazza, *Impresa e organizzazione nella nuova nozione di azienda trasferita*, in *ADL*, 2001, 607; Raffi, *Tutela del lavoratore nel trasferimento d'azienda tra normativa nazionale e normativa comunitaria*, cit., 18.

quindi, in questo modo attestare il passaggio dalla fattispecie del trasferimento d'azienda a quello d'impresa<sup>94</sup>.

Il tutto in sintonia con le osservazioni non solo di parte della dottrina<sup>95</sup>, ma anche della giurisprudenza interna<sup>96</sup>, le quali si posero il problema di non poter comprimere gli effetti dell'art. 2112 c.c. in ragione di logiche giuscommercialistiche, tali da tenere i due concetti di *impresa* e *azienda* distinti e separati, ma al contrario, con il precipuo obiettivo di tutelare in ogni modo possibile la posizione del dipendente, di allargarne gli orizzonti considerando l'azienda *lato sensu*, quale realtà più leggera, elastica, dematerializzata, ponendo in tal modo l'accento sull'impresa, quale *organizzazione* e *attività*, così da svincolarla dalla definizione limitata *ex art. 2555 c.c.*<sup>97</sup>.

In questo modo, affrancandosi la disciplina lavoristica dalle categorie commercialistiche<sup>98</sup>, è stata abbandonata la teoria dell'azienda intesa quale complesso di beni distinti e atomisticamente considerati (concezione atomistica), per approdare a una sua definizione come *universitas* (concezione universalistica), che amplia la nozione di bene aziendale, tale da considerare l'azienda stessa quale attività economica organizzata non solo di beni, ma anche di servizi e/o di lavoratori, in ragione della loro funzione unitaria e strumentale<sup>99</sup>.

Spostando, quindi, l'ago della bilancia dalla nozione di *azienda* a quella di *impresa*, *rectius* imprenditore, quale *centro di imputazione dell'impresa*<sup>100</sup> che si svolge mediante l'azienda, viene eliminata, per il diritto del lavoro<sup>101</sup>, qualunque differenza ontologica tra i due concetti, rappresentando *un unicum*, in ragione di un rapporto di *mezzo a fine*<sup>102</sup>, coerentemente col diritto

---

<sup>94</sup> Per un'analisi, v. Cester, *La fattispecie: la nozione di azienda, di ramo d'azienda e di trasferimento fra norme interne e norme comunitarie*, cit., 36-41.

<sup>95</sup> V. Mainardi, "Azienda" e "ramo d'azienda": il trasferimento nel d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, in *DL Marche*, n. 3, 2003, 684; G. Santoro Passarelli, *Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro*, cit., 7.

<sup>96</sup> Cfr. Cass. 30 dicembre 2003, n. 19842; Cass. 14 dicembre 2002, n. 17919; Cass. 4 dicembre 2002, n. 17207; Cass. 23 luglio 2002, n. 10761; Cass. 22 luglio 2002, n. 10701. *Contra*, per una nozione commercialistica di azienda *ex art. 2555 c.c.*, cfr. Cass. 19 aprile 2003, n. 6388; Cass. 25 ottobre 2002, n. 15105; Cass. 4 dicembre 2002, n. 17207; Cass. 23 ottobre 2002, n. 14961.

<sup>97</sup> Così, v. Mazziotti, *Trasferimento d'azienda e tutele dei lavoratori*, in De Luca Tamajo, Rusciano, Zoppoli (a cura di), *Mercato del lavoro e vincoli di sistema*, Editoriale Scientifica, 2004, 618; Raffi, *Tutela del lavoratore nel trasferimento d'azienda tra normativa nazionale e normativa comunitaria*, cit., 20, 31.

<sup>98</sup> V. De Luca Tamajo, *La disciplina del trasferimento di ramo d'azienda dal codice civile al d.lgs. n. 276 del 10 settembre 2003*, in De Luca Tamajo, Rusciano, Zoppoli (a cura di), *Mercato del lavoro e vincoli di sistema*, Editoriale Scientifica, 2004, 572.

<sup>99</sup> Cfr. Cass. 17 luglio 2008, n. 19740; Cass. 1 dicembre 2005, n. 26196; Cass. 30 dicembre 1999, n. 14755; Cass. 17 marzo 1993, n. 3148.

<sup>100</sup> V. Oppo, *Impresa e imprenditore (dir. comm.)*, in *EGT*, XVI, Roma, 1989, 1 ss..

<sup>101</sup> Infatti il comma 5 dell'art. 2112 c.c. afferma "Ai fini e per gli effetti di cui al presente articolo".

<sup>102</sup> V. Buonocore, *Il "nuovo" testo dell'art. 2112 del codice civile e il trasferimento di un ramo d'azienda*, in *GComm*, 2003, II, 321.

comunitario che, in maniera pragmatica, utilizza esclusivamente il concetto di impresa.

Viene, in questo modo, superata anche la differenza terminologica tra la nozione di *attività* utilizzata dal diritto interno e quella di *entità* tipica del diritto comunitario, in ragione del fatto che, nel primo caso, l'azienda è posta in funzione dell'impresa, mentre nel secondo caso l'entità economica è funzionale allo svolgimento dell'attività economica<sup>103</sup>.

#### **1.4.2 I punti salienti: la giurisprudenza interna e comunitaria**

Le conseguenze della versione emendata dell'art. 2112 c.c., sul piano pratico, sono state significative.

Infatti, prima delle modifiche, i giudici nazionali si accontentavano di verificare il ricorrere dell'astratto requisito del trasferimento del complesso aziendale<sup>104</sup>, quale insieme di beni potenzialmente idonei all'esercizio dell'impresa (c.d. *azienda inerte*)<sup>105</sup>, indipendentemente dalla loro proprietà<sup>106</sup>, dando così un'interpretazione pressoché *statica* della disposizione e ponendo nei fatti l'accento più sull'*azienda* che sull'*attività dell'impresa*<sup>107</sup>.

Così, *per relationem*, la fattispecie "trasferimento d'azienda" ricorreva anche nell'ipotesi in cui il cessionario non esercitava alcuna attività di impresa, estendendo in tal modo la cerchia dei potenziali acquirenti<sup>108</sup>.

Diversamente la giustizia europea che, invece, estremizzandone il senso al contrario, con alcune pronunce e il sovrano obiettivo di estendere l'ambito di applicazione delle tutele, aveva fatto ricorrere la fattispecie della direttiva n. 77/187 in presenza della cessione della sola attività economica svolta, non rappresentando il complesso dei beni l'elemento indispensabile e qualificante la fattispecie stessa, bensì un fattore sufficiente ed eventuale, ma per niente necessario.

Così, la Corte europea, con la sentenza *Schmidt*<sup>109</sup>, nel considerare ricorrenti le tutele apprestate dalla direttiva nell'ipotesi della cessione di un servizio

---

<sup>103</sup> V. Bavaro, *Il trasferimento d'azienda e di ramo d'azienda*, cit., 238.

<sup>104</sup> V. Tinti, *La nozione di trasferimento d'azienda e il nuovo art. 2112 c.c.*, in *Commentario sistematico*, Magnani (a cura di), in *Nuove leggi civ. comm.*, 1992, 647 ss..

<sup>105</sup> Sulle questioni connesse all'azienda senza (attività di) impresa, v. Cester, *La fattispecie: la nozione di azienda, di ramo d'azienda e di trasferimento fra norme interne e norme comunitarie*, cit., 34-34.

<sup>106</sup> V. Nappi, *Negozi traslativi dell'impresa e rapporti di lavoro*, ESI, 1999, 19; Buffa, De Lucia, *Il lavoratore nel trasferimento d'azienda*, Halley Professionisti, 2006, 36; in giurisprudenza, cfr. Trib. Lecce 25 luglio 2003.

<sup>107</sup> Cfr. Cass. 23 giugno 2001, n. 8621; Cass. 5 aprile 1995, n. 3974; Cass. 17 aprile 1996, n. 3627; Cass. 14 luglio 1984, n. 4132; Cass. 21 novembre 1984, n. 5971.

<sup>108</sup> V. G. Santoro Passarelli, *La disciplina del rapporto di lavoro nel trasferimento d'azienda: evoluzione e prospettive*, cit., 17.

aziendale, nel caso di specie un servizio di pulizia, anche se del tutto accessorio rispetto all'oggetto sociale dell'impresa e nonostante a esso sia adibito soltanto un dipendente, dando così preminenza all'attività/organizzazione, piuttosto che ai beni che la caratterizzano.

Insomma uno scenario abbastanza dicotomico, in cui ad un'interpretazione interna incentrata sull'elemento *azienda*, se ne contrapponeva un'altra comunitaria imperniata sull'*impresa*, tale da far immaginare un'equiparazione tra trasferimento d'azienda e appalto di servizi<sup>110</sup>.

Posizioni certamente esasperate, nell'uno e nell'altro caso, ma poi superate con l'avvento della direttiva n. 98/50, anche allo scopo di evitare il ricorrere delle tutele ivi previste nei casi di mero trasferimento d'attività<sup>111</sup>.

Infatti, l'art. 1, lett. b), della direttiva del 1998, oltre a prevedere espressamente l'estensione delle tutele anche a parti d'impresa, stabilì che “è considerato come trasferimento ... quello di un'entità economica che conserva la propria identità, intesa come insieme di mezzi organizzati al fine di svolgere un'attività economica, sia essa essenziale o accessoria”.

Anche se, già prima dell'operatività della stessa direttiva n. 98/50, non mancarono altrettanti pronunciamenti europei in ragione dei quali fu stabilito che l'entità economica non poteva essere ridotta all'attività che le era stata affidata, né tantomeno all'organizzazione.

Stiamo parlando della sentenza *Suzen*<sup>112</sup> (v. *infra*), con la quale i giudici europei esclusero l'applicazione della direttiva del 1977 nel caso di trasferimento di attività senza trasferimento di beni, ovvero di trasferimento di beni e rapporti giuridici senza esercizio dell'impresa, facendo invece ricorrere la fattispecie del trasferimento nell'ipotesi in cui un'entità economica - vale a dire un complesso organizzato di persone e di elementi che consentono l'esercizio di un'attività economica finalizzata al perseguimento di un determinato obiettivo - conservi la sua identità al di là dell'operazione controversa<sup>113</sup>.

---

<sup>109</sup> Cfr. Corte di giustizia europea 14 aprile 1994, causa C-392/92, *Schmidt*; v. Buonajuto, *Il trasferimento dell'azienda e del lavoratore*, cit., 21 ss..

<sup>110</sup> Raffi, *Tutela del lavoratore nel trasferimento d'azienda tra normativa nazionale e normativa comunitaria*, cit., 38.

<sup>111</sup> Cfr. Corte di giustizia Ue 14 aprile 1994, causa C-392/92, *Schmidt*; Corte di giustizia Ue 7 marzo 1996, causa C-171/94, *Mercks*. In dottrina, v. G. Santoro Passarelli, *Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro*, cit., 11; Miscione, *Dialoghi di diritto del lavoro*, cit., 479 ss.; Lambertucci, *Trasferimento di azienda e problemi occupazionali*, cit., 391; Nuzzo, *Trasferimento di azienda e rapporto di lavoro*, cit., 10 ss.. Solo nel settore delle pubbliche amministrazioni il trasferimento di attività ad altri soggetti, pubblici o privati, comporta l'applicazione dell'art. 2112 c.c. (v. art. 31, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165; Cass. 16 giugno 2005, n. 12956; Cass. 14 aprile 2005, n. 7747).

<sup>112</sup> Cfr. Corte di giustizia europea 11 marzo 1997, causa C-13/95, *Suzen*; v. G. Santoro Passarelli, *Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro*, cit., 8 ss..

<sup>113</sup> Cfr., anche, Corte di giustizia Ue 24 gennaio 2002, causa C-51/00, *Temco*, punto 33.

O, ancora, della sentenza *Vidal*, secondo la quale il criterio decisivo per stabilire se si configura un trasferimento ai sensi della direttiva è rappresentato dalla circostanza che l'entità in questione conservi la propria identità, il che risulta in particolare dal fatto che la sua gestione sia stata effettivamente proseguita o ripresa<sup>114</sup>.

Quindi, in sintesi, anche secondo i prevalenti pronunciamenti della Corte europea, la fattispecie legale del trasferimento comporta che i due elementi – cessione del complesso dei beni e rapporti giuridici (fattore statico) e esercizio dell'impresa (fattore dinamico) da parte del cessionario – sono entrambi necessari e sinergici<sup>115</sup>.

### **1.4.3 La conservazione e la preesistenza dell'attività economica organizzata**

Sono, dunque, due i fattori che, anche secondo l'ordinamento interno, rilevano ai fini della ricorrenza delle tutele lavoristiche, sia in presenza di un trasferimento totale che parziale di azienda, anche se, in quest'ultimo caso, solo rispetto alla fattispecie ante d.lgs. n. 276/2003 (v. *infra*).

Un primo, presente anche nel diritto europeo, che è quello della *conservazione*, nel processo circolatorio, dell'identità da parte dell'attività organizzata, ossia dell' *integrità funzionale della compagine aziendale*<sup>116</sup>, il che fissa un limite all'autonomia delle parti, dovendo comunque conservare intatto, fino al momento del trasferimento, lo scopo della propria attività.

Un secondo, quello della *preesistenza* di un'attività economica organizzata, in verità assente nel diritto comunitario<sup>117</sup>, che si concreta nella necessità dell'utilizzo effettivo dell'entità trasferita da parte del cedente prima del trasferimento, ovvero, anche se trattasi di azienda temporaneamente inerte, nel fatto che ciò che viene trasferito deve essere vitale, cioè non totalmente privo di qualsiasi predisposizione al proficuo svolgimento<sup>118</sup>.

E' d'obbligo precisare che la presenza di entrambi i fattori, quali quelli della preesistenza dell'attività organizzata e della conservazione della sua identità,

---

<sup>114</sup> Cfr. Corte di giustizia Ue 10 dicembre 1998, cause riunite C-127/96, C-229/96 e C-74/97, *Vidal*, punto 22; nella giurisprudenza interna, cfr. Cass. 20 agosto 1992, n. 9706.

<sup>115</sup> Cfr. anche, Corte di giustizia Ue 24 gennaio 2002, causa C-51/00, *Temco*; Corte di giustizia Ue, 18 marzo 1986, causa C-24/1985, *Spijkers*.

<sup>116</sup> V. Lepore, *Commento all'art. 32 del d.lgs. 276/2003*, in De Luca Tamajo, G. Santoro Passarelli (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro, Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Cedam, 2007, 487.

<sup>117</sup> Anche se gli Ermellini hanno sostenuto che, pur in assenza del dato letterale nelle direttive comunitarie relativo al requisito della *preesistenza*, l'entità economica trasferita deve in realtà ritenersi preesistente al trasferimento, non potendo conservarsi quel che non c'è (cfr. Cass. 4 dicembre 2012, n. 21711; Cass. 13 ottobre 2009 n. 21697).

<sup>118</sup> V. De Luca Tamajo, Salimbeni, *Il trasferimento d'azienda*, cit., 1828.

non comporta necessariamente la *continuazione* dell'attività imprenditoriale da parte del cessionario, coerentemente col dettato europeo. Infatti, pur evidenziando la nuova formulazione della norma, rispetto al passato, l'aspetto *dinamico* dell'attività di impresa, ma non nel senso di continuazione dell'attività organizzata bensì di dinamicità del fenomeno imprenditoriale nell'ambito del trasferimento, ciò non si traduce nella circostanza che la continuazione dell'attività deve realizzarsi anche oltre il trasferimento in quanto, se così fosse, si porrebbe in capo al subentrante un limite non giustificato rispetto alla libertà di iniziativa economica<sup>119</sup>.

Insomma, si tratta di elementi che concorrono tutti a una definizione di azienda, in sintonia con i principi comunitari e ai fini dell'applicazione della normativa del fenomeno traslativo, più *leggera, dematerializzata*, tale da permettere la valorizzazione pure dei rapporti di lavoro, astrattamente considerati, quali strumenti utili al fine di individuare l'attività imprenditoriale di organizzazione<sup>120</sup>.

Per cui, in talune ipotesi, il valore dell'azienda, oggetto di trasferimento, può essere rappresentato non solo dai beni che la compongono, ma addirittura, estremizzandone il significato, anche dalla sola manodopera, quale bagaglio di conoscenze (c.d. *know how*)<sup>121</sup>, soprattutto in quei settori o aree produttive in cui le strutture materiali assumono scarsa se non nessuna rilevanza (c.d. *labour intensive*)<sup>122</sup>, a condizione però che gli stessi lavoratori siano in grado di svolgere autonomamente – ossia senza l'impiego di beni – le proprie funzioni anche presso il cessionario<sup>123</sup>.

---

<sup>119</sup> Cester, *La fattispecie: la nozione di azienda, di ramo d'azienda e di trasferimento fra norme interne e norme comunitarie*, cit., 40; G. Santoro Passarelli, *Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro*, cit., 22. In giurisprudenza, anche nel senso che non incombe sul cedente l'onere di verificare le capacità e potenzialità imprenditoriali del cessionario, cfr. Cass. 26 gennaio 2012, n. 1085; Cass. 18 ottobre 2011, n. 21484.

<sup>120</sup> V. Raffi, *Tutela del lavoratore nel trasferimento di azienda tra normativa nazionale e normativa comunitaria*, cit., 31, 41.

<sup>121</sup> V. G. Santoro Passarelli, *Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro*, cit., 7; Raffi, *Tutela del lavoratore nel trasferimento d'azienda tra normativa nazionale e normativa comunitaria*, cit., 75-76. In giurisprudenza, cfr. Cass. 26 gennaio 2012, n. 1085; Cass. 10 gennaio 2004, n. 206. Anche se non sono mancate decisioni che hanno ritenuta applicabile la fattispecie legale del trasferimento d'azienda, anche prima delle modifiche introdotte dal d.lgs. n. 18/2001, al caso in cui la cessione, nel caso di specie, parziale dell'azienda, abbia avuto ad oggetto pure solo un gruppo di dipendenti dotati di particolari competenze che siano stabilmente coordinati e organizzati tra loro, così da rendere le loro attività interagenti ed idonee a tradursi in beni e servizi ben individuabili (cfr., *ex multis*, Cass. 5 marzo 2008, n. 5932).

<sup>122</sup> Secondo autorevole dottrina, l'art. 2112 c.c. troverà applicazione anche rispetto a quelle situazioni in cui, pur essendo prevalente presso il cedente la presenza di beni materiali, viene trasferito solo un insieme organizzato di lavoratori, dovendosi guardare, ai fini della genuinità dell'operazione traslativa, *la almeno potenziale autonomia funzionale o organizzativa del segmento ceduto* (v. De Luca Tamajo, Salimbeni, *Il trasferimento d'azienda*, cit., 1831).

<sup>123</sup> Cfr. Cass. 3 ottobre 2013, n. 22613; Cass. 23 luglio 2002, n. 10761.

Dunque, “*si potrebbe ipotizzare un trasferimento d’azienda (..) anche nel caso in cui un imprenditore subentri in un’attività precedentemente svolta da altri acquisendo, a tal fine, la disponibilità del solo personale utilizzato dal primo imprenditore. Ciò, bene inteso, a condizione che il personale così individuato ed organizzato esprima una propria capacità produttiva di beni o servizi per il mercato e sia, pertanto, idoneo ad assurgere, in sé considerato, a strumento di impresa*”. (...). *In conclusione, (...), si potrà dunque configurare un trasferimento d’azienda, proprio perché oggetto del trasferimento è l’organizzazione e non l’azienda, in tutti quei casi in cui i beni materiali non sono necessariamente strumentali, o lo sono in misura ridotta e quasi insignificante, alla produzione di beni e servizi*”<sup>124</sup>.

E’, quindi, all’aspetto qualitativo *rectius organizzativo* dei mezzi di produzione che bisogna guardare, piuttosto che al loro spessore o alla loro quantità, con una valorizzazione dell’elemento della organizzazione del lavoro anziché della consistenza dei beni implicati nel trasferimento, e ciò anche rispetto a quelle attività che, pur caratterizzandosi presso il cedente per la prevalenza di beni materiali, vengono smaterializzate all’atto del trasferimento<sup>125</sup>, purché chiaramente si tratti di “*un’organizzazione di persone preesistente alla vicenda di decentramento produttivo e non creata ad hoc e quindi strumentale all’espulsione di elementi scomodi*”<sup>126</sup>.

Così i giudici europei con la decisione *Temco*<sup>127</sup>, o, ancora, con la sentenza *Suzen*, laddove nel precisare che ai fini dell’applicazione della direttiva n. 77/187, il trasferimento deve avere ad oggetto “*un’attività economica organizzata in modo stabile*”, intesa quale “*complesso organizzato di persone e di elementi che consentano l’esercizio di un’attività economica finalizzata al perseguimento di un determinato obiettivo*”, ha ricondotto la manodopera nella nozione stessa di “*entità economica*”, sulla base della considerazione che “*in determinati settori in cui l’attività si fonda essenzialmente sulla manodopera, un gruppo di lavoratori che assolva stabilmente una attività comune, può corrispondere ad una entità economica*” (punto 21); affermazione, questa, reputata dalla dottrina di grande rilievo, tale da determinare uno spostamento dell’angolo visuale in cui si colloca il rapporto di lavoro, che passa da essere

---

<sup>124</sup> Marazza, *Impresa e organizzazione nella nuova nozione di azienda trasferita*, cit., 599.

<sup>125</sup> Si pensi, ad esempio, al trasferimento della mera attività gestionale (v. De Luca Tamajo, Salimbeni, *Il trasferimento d’azienda*, cit., 1831, 1833).

<sup>126</sup> V. Raffi, *Tutela del lavoratore nel trasferimento di azienda tra normativa nazionale e normativa comunitaria*, cit., 41.

<sup>127</sup> Corte di giustizia Ue 24 gennaio 2002, causa C-51/00, *Temco*, punto 33.

*destinatario di forma di tutela a elemento costitutivo del complesso aziendale*<sup>128</sup>.

#### **1.4.4 Il trasferimento del ramo d'azienda**

Frequentemente, l'esigenza da parte delle imprese di realizzare politiche di ristrutturazione e/o di esternalizzazione, in ragione della necessità di garantire elevati standard di efficienza aziendale, viene soddisfatta anche attraverso il ricorso al trasferimento parziale d'azienda.

Il legislatore, però, a fronte di questa esigenza, si è preoccupato di porre una regolamentazione lavoristica, per cui i principi sin qui esposti devono estendersi anche, giusta previsione del novellato comma 5 dell'art. 2112 c.c., alla fattispecie del trasferimento del ramo d'azienda, inteso quale *articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata*, con il precipuo obiettivo di porre limiti all'uso simulato dell'istituto, dietro il quale mascherare vere e proprie riduzioni di personale, liberandosi così di interi settori collaterali di servizi e di tutti i lavoratori addetti ai medesimi.

Si è trattato, quindi, di una previsione legislativa interna dovuta non solo alla necessità di allargare e rafforzare sempre più le maglie della garanzia lavoristica anche a favore di quei lavoratori coinvolti nella circolazione parziale dell'azienda, con l'obiettivo di scongiurare qualunque fenomeno in frode alla legge<sup>129</sup>, nel senso non solo di simulazioni di cessioni di singoli beni in realtà trasferimenti d'azienda, ma anche, al contrario, di simulazioni di trasferimenti, in verità trasferimento di singoli beni (c.d. teorema delle *aziende bara*)<sup>130</sup>, ma anche, tenuto conto dell'*eterogenesi dei fini* dell'art. 2112 c.c., di dotare la stessa norma di valenze di flessibilità organizzativa<sup>131</sup>.

A onor del vero, la fattispecie del trasferimento del ramo d'azienda, nel diritto del lavoro, compare normativamente, prima dell'art. 2112 c.c., come emendato dal d.lgs. n. 18/2001, con l'art. 3, commi 3 e 4, della legge 23 luglio 1991, n. 223, pure se nel codice civile l'ipotesi era già presente nel vecchio testo dell'art. 2573 c.c.<sup>132</sup>, a proposito del trasferimento del diritto di uso del marchio

---

<sup>128</sup> V. Buffa, De Lucia, *Il lavoratore nel trasferimento d'azienda*, cit., 43.

<sup>129</sup> V., sul punto, De Luca Tamajo, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, in De Luca Tamajo (a cura di), *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, Esi, 2002, 35 ss.; Novella, Vallauri, *Il nuovo art. 2112 c.c. e i vincoli del diritto europeo*, in *DLRI*, 2005, 201.

<sup>130</sup> V. Miscione, *Dialoghi di Diritto del lavoro*, cit., 476 ss..

<sup>131</sup> V. De Luca Tamajo, Salimbeni, *Il trasferimento d'azienda*, cit., 1825-1826.

<sup>132</sup> Secondo la vecchia disposizione dell'art. 2573 c.c., prima della modifica operata dall'art. 83 del d.lgs. 4 dicembre 1992, n. 480, in attuazione della direttiva n. 89/104/Cee, il marchio poteva essere ceduto solo con l'azienda o parte di essa (cfr. Cass. 8 gennaio 1991, n. 67).

registrato, anche se si trattava, e continua a trattarsi, di una tutela posta a favore del consumatore e non del lavoratore<sup>133</sup>.

Anche la giurisprudenza interna, coerentemente con la direttiva n. 77/187<sup>134</sup> operante *ratione temporis*, è stata da sempre concorde nel ritenere applicabile la disciplina *ex art. 2112 c.c.*, anche nella sua versione *ante* modifica *ex art. 1*, d.lgs. n. 18/2001, alle ipotesi di cessione di unità produttive<sup>135</sup>, a condizione però che si tratti di un insieme di elementi produttivi organizzati dall'imprenditore per l'esercizio di un'attività, e che si presentino prima del trasferimento come una entità dotata di autonoma e unitaria organizzazione, separabile dal complesso aziendale generale<sup>136</sup>, idonea al perseguimento dei fini dell'impresa e che conservi nel trasferimento la propria identità<sup>137</sup>.

E ancora, rispetto alla questione semantica connessa al concetto della *conservazione* dell'identità dell'impresa, i giudici già affermarono che la stessa nozione presuppone una preesistente realtà produttiva autonoma e funzionalmente esistente, e non anche una struttura produttiva creata *ad hoc* in occasione del trasferimento, o come tale identificata dalle parti del negozio traslativo<sup>138</sup>.

Quindi, una limitazione del diritto positivo derivante da una nozione più restrittiva di ramo di azienda che, per essere tale, deve avere una sua autonomia funzionale, nel senso che deve presentarsi *come una sorta di piccola azienda in grado di funzionare in modo autonomo, e che non deve rappresentare, al contrario, il prodotto dello smembramento di frazioni non autosufficienti e non coordinate tra loro, né una mera espulsione di ciò che si riveli essere pura eccedenza di personale*<sup>139</sup>, pena l'applicazione dell'art. 1406 c.c..

---

<sup>133</sup> V. G. Santoro Passarelli, *Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro*, cit., 6.

<sup>134</sup> Direttiva comunitaria n. 77/187 che comprendeva, nel suo ambito di applicazione, anche i trasferimenti di "*parti di stabilimenti*" (v. art. 1, par. 1).

<sup>135</sup> Cfr. Cass. 24 gennaio 1991, n. 671; Cass. 17 marzo 1993, n. 3148; Cass. 5 maggio 1995, n. 4873; Cass. 18 maggio 1985, n. 5483; Cass. 16 dicembre 1995, n. 12872; Cass. 14 dicembre 1998, n. 12554; Cass. 30 dicembre 1999, n. 14755; Cass. 10 gennaio 2004, n. 206; Cass. 6 aprile 2006, n. 8017; Cass. 10 aprile 2008, n. 9414; Cass. 13 aprile 2011, n. 8465.

<sup>136</sup> V. Cester, *Le novità in materia di trasferimento di ramo d'azienda*, in Carinci e Miscione (a cura di), *Il diritto del lavoro dal "Libro Bianco" al Disegno di legge delega 2002*, Ipsoa, 2002, 26 ss..

<sup>137</sup> Cfr., *ex multis*, Cass. 30 dicembre 2003, n. 19842.

<sup>138</sup> Cfr. Cass. 17 luglio 2008, n. 19740.

<sup>139</sup> Cfr. Cass. 25 ottobre 2002, n. 15105.

### 1.4.5 La modalità volontaria o coattiva del trasferimento

Dal testo novellato dell'art. 2112 c.c. emerge, inoltre, anche l'inconferenza della tipologia contrattuale<sup>140</sup> (cessione volontaria), ovvero del provvedimento (cessione coattiva) – autoritativo, amministrativo o giudiziario - attraverso i quali si realizza il trasferimento, nonché del fine di lucro<sup>141</sup> dell'attività economica organizzata<sup>142</sup>, rispetto alla ricorrenza delle garanzie lavoristiche.

*A fortiori*, è stata fornita una definizione *neutrale* degli attori della vicenda traslativa, scomparendo il riferimento ai concetti di alienante e acquirente e sostituendoli con quelli onnicomprensivi di cedente e cessionario, proprio a voler rimarcare l'eliminazione dal testo della norma civilistica della necessità di atti negoziali, quali fattispecie legittimanti l'applicazione dell'art. 2112 c.c., ricomprendendo, in conformità con lo spirito comunitario, anche vicende giuridiche non contrattuali<sup>143</sup>, nonché fenomeni traslativi che prescindano da un rapporto contrattuale diretto tra cedente e cessionario<sup>144</sup>.

### 1.4.6 I limiti al recesso individuale o collettivo

Viene, inoltre, recepita nell'art. 2112 c.c. la disposizione, già presente nell'art. 47, c. 4, l. n. 428/1990, poi abrogata per effetto dell'art. 2, c. 1, d.lgs. n. 18/2001, relativa all'illegittimità dei licenziamenti per ragioni inerenti il

---

<sup>140</sup> Per un approfondimento, in dottrina, sull'orientamento giurisprudenziale consolidatosi anteriormente alla modifica della norma, che dava rilevanza all'origine contrattuale del trasferimento, v. Nuzzo, *Trasferimento di azienda e rapporto di lavoro*, cit., 14 ss..

<sup>141</sup> Sul significato da attribuire al *fine di lucro* e, dunque, sull'estensione delle tutele dell'art. 2112 c.c. anche all'ipotesi dei datori di lavoro non imprenditori, v. Miscione, *Dialoghi di Diritto del lavoro*, cit., 481 ss.. In giurisprudenza, cfr., Corte di giustizia Ue 8 giugno 1994, causa C-382/92, e, *ex multis*, Cass. 7 aprile 2008, n. 8989; Cass. 7 agosto 2002, n. 11986. In senso contrario, secondo la giurisprudenza interna ante riforma, cfr. Cass. 27 febbraio 1997, n. 1789; Cass. 3 agosto 1998, n. 7611.

<sup>142</sup> Ciò in linea con quanto sostenuto dalla Corte di giustizia e dalla Cassazione, ancor prima degli interventi del legislatore comunitario del 1998 e interno del 2001 (v. De Luca Tamajo, Salimbeni, *Il trasferimento d'azienda*, cit., 1828).

<sup>143</sup> Si pensi, ad esempio, ai trasferimenti coattivi in linea con la giustizia europea (cfr., *ex multis*, Corte di giustizia Ue 14 settembre 2000, causa C-343/98, *Collino*. *Contra*, ma prima dell'entrata in vigore delle modifiche all'art. 2112 c.c. per effetto del d.lgs. n. 18/2001, la giurisprudenza interna, in ragione della prevalenza degli interessi pubblicistici rispetto a quelli privatistici *ex art. 2112 c.c.* (cfr. Cass. 24 marzo 2004, n. 5934; Cass. 24 febbraio 2004, n. 2796; Cass. 26 febbraio 2003, n. 2936; Cass. 8 aprile 1997, n. 3025), anche se non sono mancate altrettante pronunce favorevoli richiamando gli orientamenti comunitari (cfr. Cass. 15 gennaio 2010, n. 21278; Cass. 22 ottobre 2007, n. 22067; Cass. 8 ottobre 2007, n. 21023; Cass. 20 settembre 2003, n. 13949; Cass. 23 giugno 2001, n. 8617).

<sup>144</sup> V. Miscione, *Dialoghi di Diritto del lavoro*, cit., 482. Sulla non necessità, ai fini della ricorrenza delle tutele *ex art. 2112 c.c.*, di rapporti contrattuali diretti fra cedente e cessionario, fattispecie riscontrabile nella successione di appalti e purché l'operazione si accompagni al trasferimento di un'entità economica tra le due imprese appaltatrici, cfr. Cass. 2 marzo 2012, n. 3301; Cass. 13 gennaio 2005, n. 493; Cass. 29 novembre 1996, n. 10688; Corte di giustizia Ue 20 novembre 2003, causa C-340-01, *Abler*; Corte di giustizia Ue 10 dicembre 1998, cause riunite C-127/96, C-229/96 e C-74/97, *Vidal*, punto 30; Corte di giustizia Ue 10 dicembre 1998, cause riunite C-173/96, C-247/96, *Hidalgo*; Corte di giustizia Ue 7 marzo 1996, cause riunite C-171/94, C-172/94, *Merckx*.

trasferimento, anche se con alcune pronunce gli Ermellini ne hanno riconosciuto nei fatti la percorribilità, previo esperimento, in presenza dei requisiti di legge, della procedura del licenziamento collettivo<sup>145</sup>, anche in seno alla procedura di trasferimento *ex art.* 47.

Sia chiaro che le motivazioni a fondamento del licenziamento oggettivo, sia esso individuale o collettivo, non esistendo alcuna differenza ontologica tra i due per effetto della l. n. 223/1991, devono risiedere nei processi di riorganizzazione aziendale del cedente<sup>146</sup>, anche se tali da rendere appetibile l'eventuale cessione, e non attenersi a fatti che trovano come unico motivo, eventualmente su richiesta del cessionario, quello di agevolare il trasferimento, nel qual caso, riguardando esigenze organizzative dello stesso cessionario, i licenziamenti potranno essere intimati solo da quest'ultimo e, come già detto, anche in sede procedurale *ex art.* 47, purché interessino solo i lavoratori coinvolti nel trasferimento, e non pure altri dello stesso subentrante<sup>147</sup>.

Del resto, *a fortiori* della percorribilità del licenziamento per fatti oggettivi rileva l'art. 47, c. 6, l. n. 428/1990, laddove fissa un diritto di precedenza a favore dei “*lavoratori che non passano alle dipendenze dell'acquirente*”.

In pratica, considerando quella parte della dottrina e della giurisprudenza che ritengono applicabile il diritto in questione a tutte le ipotesi di trasferimento d'azienda, sia esse *in bonis*, insolventi o in crisi, avendo quindi una portata generale, si prevede espressamente che possano esserci dei lavoratori c.d. *eccedentari* che non passano alle dipendenze dell'cessionario<sup>148</sup>, licenziabili a causa del trasferimento d'azienda<sup>149</sup>.

Rispetto, invece, alla posizione del lavoratore, in linea con il contenuto della norma comunitaria *ex art.* 4, par. 2, direttiva n. 98/50, ma presente anche nelle altre due direttive in materia, è stata prevista la possibilità di poter rassegnare le

---

<sup>145</sup> Così la Corte, nel prevedere che il trasferimento d'azienda in linea di principio non può essere addotto come causa giustificatrice del licenziamento, non escludendo che il cedente in vista dell'evento traslativo possa recedere, sia pure eventualmente in maniera illegittima, dal rapporto, ha fissato il principio di diritto secondo cui *il trasferimento d'azienda (o di un suo ramo) non costituisce giustificato motivo di licenziamento e qualora il cedente adotti siffatta misura risolutiva e convenga con le organizzazioni sindacali le modalità di assunzione da parte dell'acquirente dei lavoratori licenziati, ricorrendo i presupposti di cui alla l. 23 luglio 1991, n. 223, art. 24, deve essere comunque seguita la procedura prevista dall'art. 4 della stessa legge* (cfr., tra le più recenti, Cass. 29 aprile 2009, n. 10005; Cass. 11 giugno 2008, n. 15495; Cass. 16 maggio 2006, n. 11424).

<sup>146</sup> Risulta chiaro che le considerazioni non dovrebbero reggere nel caso di licenziamento per totale cessazione dell'attività dell'impresa che sia teleologicamente collegata al successivo trasferimento d'azienda (v. Nuzzo, *Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro*, cit., 68).

<sup>147</sup> Scarpelli, *Il mantenimento dei diritti del lavoratore nel trasferimento d'azienda: problemi vecchi e nuovi*, cit., 95-96.

<sup>148</sup> Cfr. Tamborrino, *Le operazioni straordinarie*, Giuffrè, 2004, 352. In senso contrario, Cosio, *Discipline del trasferimento d'azienda*, cit., 155 ss..

<sup>149</sup> Cfr. Cass. 27 gennaio 2004, n. 1474. In dottrina, per un approfondimento del collegamento tra licenziamento e trasferimento d'azienda, v. Cessari, *Dai licenziamenti ai trasferimenti collettivi*, in *RIDL*, 1982, I, 11.

proprie dimissioni, senza necessità di preavviso e qualificandole per giusta causa *ex art.* 2119 c.c., 1° c., in ragione di una sostanziale modifica delle condizioni di lavoro<sup>150</sup>, purché presentate entro il termine di tre mesi dalla cessione<sup>151</sup> e da far valere, ovviamente, nei confronti del cessionario<sup>152</sup>.

Non solo. Con l'entrata in vigore dell'art. 32, c. 4, lett. c), l. 4 novembre 2012, n. 183 (c.d. collegato lavoro), che ha modificato l'art. 6 della l. n. 604/1966, viene pure riconosciuta la facoltà al lavoratore, qualora intenda contestare la sussistenza di un valido trasferimento d'azienda, di impugnarlo, a condizione però che vi provveda, a pena di decadenza, entro il termine di 60 giorni dalla data del trasferimento stesso.

#### **1.4.7 Ulteriori novità**

Ulteriore integrazione è stata quella che ha interessato il 3° comma dell'art. 2112 c.c., relativo all'ultrattività della disciplina contrattuale collettiva, ed è consistita nell'aggiunta del secondo periodo secondo cui "*l'effetto di sostituzione si produce esclusivamente fra contratti collettivi del medesimo livello*".

Dall'espressione rileva, *in primis*, rispetto al passato, la limitazione alla sostituzione legale, immediata e automatica, della contrattazione collettiva del cedente con quella del cessionario, nel senso che, una volta scaduta la prima<sup>153</sup>, la stessa sostituzione è legittima solo a condizione che si tratti di accordi collettivi di pari livello, anche se comportanti un trattamento normativo meno favorevole per il lavoratore<sup>154</sup>.

Inoltre, è evidente la portata della previsione che è appunto quella di favorire un graduale traghettamento dalla vecchia alla nuova disciplina contrattuale, almeno in quelle ipotesi, non infrequenti, in cui il cessionario applichi un contratto collettivo di livello diverso da quello nazionale<sup>155</sup>.

Ma non è mancato chi, in dottrina, ne ha evidenziato l'assurdità, nonché evidenti profili di illegittimità costituzionale, in ragione non solo del fatto che l'utilizzo da parte del legislatore del riferimento al *livello di contrattazione sindacale* non trova nel nostro ordinamento un preciso significato giuridico, ma

---

<sup>150</sup> Sul punto, per un approfondimento in dottrina, v. Scarpelli, *Il mantenimento dei diritti del lavoratore nel trasferimento d'azienda: problemi vecchi e nuovi*, cit., 101 ss..

<sup>151</sup> Sulla natura perentoria del termine, cfr. Trib. Bologna 11 gennaio 2005.

<sup>152</sup> V. Carinci, De Luca Tamajo, Tosi, Treu, *Diritto del lavoro*, cit., 144; nella giurisprudenza europea, cfr. Corte di giustizia Ue 12 novembre 1998, in causa C-399/1996, *Sanders*.

<sup>153</sup> V. le considerazioni illustrate, a tal proposito, a seguito delle modifiche *ex art.* 47, l. n. 428/1990.

<sup>154</sup> V. De Luca Tamajo, Salimbeni, *Il trasferimento d'azienda*, cit., 1824; Raffi, *Tutela del lavoratore nel trasferimento d'azienda tra normativa nazionale e normativa comunitaria*, cit., 33,77 ss..

<sup>155</sup> V. Calafiore, *I contratti collettivi applicabili*, in G. Santoro Passarelli, Foglia (a cura di), *La nuova disciplina del trasferimento d'impresa*, Ipsoa, 2002, 121.

anche in forza della libertà costituzionalmente garantita degli sviluppi della contrattazione collettiva che, nel caso di specie, verrebbe limitata<sup>156</sup>.

### 1.5 *Il d.lgs. 10 settembre 2003 e la direttiva Ue n. 2001/23*

La successiva rivisitazione dell'art. 2112 c.c. da parte del legislatore si è avuta per effetto dell'art. 32 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, emanato in attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro contenute nella legge 14 febbraio 2003, n. 30<sup>157</sup>, nonché degli impegni assunti con il Patto per l'Italia del 5 luglio 2002 per la competitività e l'inclusione sociale<sup>158</sup>. L'intervento emendativo, però, a differenza del passato, non deve essere visto come una risposta alla direttiva comunitaria n. 2001/23/Ce, tant'è vero che la stessa direttiva non ha fatto altro che abrogare le precedenti, attuandone una mera codificazione e riordinando complessivamente la materia<sup>159</sup>, quanto piuttosto come la certificazione del passaggio dalle scelte garantiste del 2001 a quelle liberiste del 2003<sup>160</sup>.

Invero, l'intento del legislatore è stato quello di soddisfare gran parte delle istanze di flessibilità provenienti dal mondo delle imprese, modificando ulteriormente la nozione di trasferimento di azienda o parte di essa<sup>161</sup>, compensandole, però, in ragione dell'aggiunta del comma 6 all'art. 2112 c.c., con la previsione di un particolare regime di solidarietà nel caso dell'esternalizzazione di cui all'art. 29, c. 2, d.lgs. n. 276/2003<sup>162</sup>.

In particolare, lasciando invariato, rispetto alla precedente novella, il richiamo all'irrilevanza della tipologia contrattuale o del provvedimento, sono state espressamente inserite la cessione contrattuale e la fusione<sup>163</sup> – quest'ultima quale fenomeno di trasformazione societaria al pari della scissione<sup>164</sup> -

---

<sup>156</sup> V. Scarpelli, *Il mantenimento dei diritti del lavoratore nel trasferimento d'azienda: problemi vecchi e nuovi*, cit., 111.

<sup>157</sup> Cfr. art. 2, c. 1, lett. p).

<sup>158</sup> Si tratta dell'accordo siglato tra il Governo, la Cisl e la Uil, fatta eccezione della Cgil.

<sup>159</sup> Cfr. il primo *considerando* della direttiva n. 2001/23; Cass. 25 ottobre 2002, n. 15105.

<sup>160</sup> V. Barraco, *Trasferimento di ramo d'azienda: la nuova nozione tra flessibilità e vincoli*, in *GLav*, 22, 2007, 43.

<sup>161</sup> V. De Luca Tamajo, Salimbeni, *Il trasferimento d'azienda*, cit., 1824. In senso contrario, rispetto alla prima versione del d.lgs. n. 276/2003, v. Cester, *La fattispecie: la nozione di azienda, di ramo d'azienda e di trasferimento fra norme interne e norme comunitarie*, cit., 45.

<sup>162</sup> Normativa modificata recentemente dall'art. 4, c. 31, della legge 28 giugno 2012, n. 92 (c.d. riforma Fornero). Va, inoltre, detto che la versione originaria del 6° comma dell'art. 2112 c.c., nel fissare la disciplina della solidarietà tra appaltante e appaltatore, faceva riferimento alla fattispecie civilistica *ex art.* 1676 c.c., per poi essere modificato ai sensi dell'art. 9 del d.lgs. 6 ottobre 2004, n. 251.

<sup>163</sup> Già prima della previsione normativa, la giurisprudenza considerava la fusione una fattispecie del trasferimento d'azienda ai sensi dell'art. 2112 c.c. (cfr. Cass. 29 maggio 1996, n. 4951; Cass. 26 novembre 1994, n. 10068).

<sup>164</sup> Cfr. Cass. 6 ottobre 1998, n. 9897.

esclusivamente a scopo meramente esemplificativo, ma non esaustivo, delle fattispecie rientranti nell'art. 2112 c.c.<sup>165</sup>, conformemente alle diverse direttive europee<sup>166</sup> e alla giurisprudenza di legittimità formatesi precedentemente alla modifica normativa *de qua*<sup>167</sup>.

### 1.5.1 L'identificazione del ramo d'azienda

In attuazione della legge delega n. 30/2003<sup>168</sup> è stata, poi, prevista la sostituzione, in riferimento all'autonomia funzionale del ramo d'azienda, del requisito della *conservazione* e, ovviamente, della *preesistenza* (aspetto oggettivo) con quello dell'*identificazione* dal cedente e dal cessionario al momento del suo (articolazione) trasferimento (aspetto soggettivo o convenzionale).

In pratica, secondo la nuova veste assegnata al ramo d'azienda, non è più indispensabile che l'articolazione sia funzionalmente autonoma già prima dell'operazione circolatoria, e questo allo scopo di superare le difficoltà interpretative rispetto alla concreta individuazione della fattispecie, soprattutto con riguardo a quei complessi produttivi caratterizzati da un alto tasso di interdipendenza funzionale tra i vari settori, ovvero, al contrario, da un eterogeneità degli stessi<sup>169</sup>.

Invero, il ramo d'azienda è ora definito dal legislatore quale *articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata, identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento*.

Dalla definizione, emerge l'esaltazione – pericolosa – del *nomen iuris*, in virtù del fatto che le parti interessate possono confezionare, a loro piacimento e senza alcun criterio legale oggettivo, quel ramo d'azienda strumentale ai propri interessi, facendolo in tal modo rientrare in ogni caso nella fattispecie *ex art. 2112 c.c.*.

Previsione, però, in contrapposizione alla giurisprudenza interna sviluppatasi, sia prima che dopo le anzidette modifiche<sup>170</sup>, a prescindere dal fatto che

---

<sup>165</sup> Per un approfondimento in dottrina sul titolo del trasferimento, v. Cester, *La fattispecie: la nozione di azienda, di ramo d'azienda e di trasferimento fra norme interne e norme comunitarie*, cit., 41 ss.; G. Santoro Passarelli, *Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro*, cit., 13 ss.; De Luca Tamajo, Salimbeni, *Il trasferimento d'azienda*, cit., 1825; Mazzotta, *Diritto del lavoro*, cit., 284-285.

<sup>166</sup> V., ad esempio, art. 1, dir. 77/187/Cee.

<sup>167</sup> Cass., S.U., 28 luglio 1986, n. 4812.

<sup>168</sup> Cfr. art. 1, c. 2, lett. p), l. n. 30/2003.

<sup>169</sup> V. De Luca Tamajo, Salimbeni, *Il trasferimento d'azienda*, cit., 1834 ss..

<sup>170</sup> Infatti i Giudici ritengono che non sono applicabili le regole dell'art. 2112 c.c. al ramo d'azienda ceduto, creato *ad hoc*, qualora questi non integri una *preesistente* unità produttiva autonoma e funzionale (prima, cfr. Cass. 30 marzo 2012, n. 5117; Cass. 1 febbraio 2008, n. 2489; Cass. 30 dicembre 2003, n. 19842; Cass. 25 ottobre 2002, n. 15105; dopo, in quanto in contrasto con la direttiva n. 2001/23, cfr. Cass. 4 dicembre 2012, n. 21711; Cass. 21 novembre 2012, n. 20422; Cass. 26 gennaio

nessuna delle tre direttive faccia espresso richiamo al concetto della *preesistenza*, ma condivisa da parte della dottrina in ragione delle sempre più pressanti richieste di maggiore flessibilità provenienti da parte delle imprese, onde poter fronteggiare le sfide connesse al fenomeno incontrollato della globalizzazione, fornendogli così un contenitore normativo sempre più sensibile alle loro necessarie opzioni organizzative<sup>171</sup>.

Ma è proprio riguardo a queste giustificazioni della causa che altrettanti autori hanno comunque parlato di uno sconfinamento (*i.e.* eccesso di delega) del legislatore delegato rispetto ai principi contenuti nella legge delega, laddove ha eliminato – con l’attività emendativa - dalla formulazione dell’ultimo periodo dell’ultimo comma dell’art. 2112 c.c. anche il requisito della *conservazione* di identità, *rectius* stabilità dell’articolazione oggetto di cessione, entrando in tal modo conflitto non solo con i dettami della Carta costituzionale, ma anche con le previsioni della direttiva comunitaria<sup>172</sup> e con l’interpretazione che ne ha fornito la Corte di giustizia<sup>173</sup>.

In estrema sintesi, questo significa che l’identità deve comunque preesistere affinché possa essere conservata, e ciò in quanto logicamente non si può conservare un qualcosa che non esiste già prima del trasferimento da effettuare e che viene creato, sulla base dell’accordo tra cedente e cessionario, solo all’atto dell’operazione traslativa<sup>174</sup>.

Ma, anche a voler considerare l’indirizzo scientifico a favore della modifica, la circostanza che il legislatore abbia riconosciuto alle parti una parziale *derogabilità convenzionale* all’art. 2112 c.c., rispetto all’ambito di applicazione della norma stessa<sup>175</sup>, non vuol affatto significare il venir meno della condizione secondo la quale la parte di azienda ceduta deve comunque pur

---

2012, n. 1085; Trib. Milano 30 giugno 2010, n. 2966; Trib. Milano 18 maggio 2010, n. 2240; Trib. La Spezia 14 ottobre 2008, 579).

<sup>171</sup> La soluzione normativa *ex d.lgs. n. 276/2003* è ritenuta apprezzabile in ragione del fatto che la precedente versione dell’art. 2112 c.c. comunque non impediva operazioni simulate (v. De Luca Tamajo, Salimbeni, *Il trasferimento d’azienda*, cit., 1835-1836). Ma non è mancato chi, in dottrina, ha evidenziato il rischio di un processo di mercificazione della persona e dei suoi diritti (v. Raffi, *Tutela del lavoratore nel trasferimento d’azienda tra normativa nazionale e normativa comunitaria*, cit., 27; Alleva, *Ricerca e analisi dei punti critici del decreto legislativo 276/2003 sul mercato del lavoro*, in *www.cgil.it*, 16).

<sup>172</sup> V. art. 1, par. 1, lett. b), dir. n. 2001/23.

<sup>173</sup> Sui profili di illegittimità europea e costituzionale della norma, in quest’ultimo caso per violazione del canone di ragionevolezza, in quanto la deroga si ispira esclusivamente alle ragioni d’impresa, v. Cester, *La fattispecie: la nozione di azienda, di ramo d’azienda e di trasferimento fra norme interne e norme comunitarie*, cit., 51 ss..

<sup>174</sup> Perulli, *Tecniche di tutela nei fenomeni di esternalizzazione*, cit., 482; Passalacqua, “*Patto per l’Italia*”: sviluppi e prospettive in tema di trasferimento d’azienda, in *DL*, 2002, 220 ss..

<sup>175</sup> V. Cester, *Il trasferimento di azienda e di parte di azienda fra garanzie per i lavoratori e nuove forme organizzative per l’impresa: l’attuazione delle direttive comunitarie è conclusa?*, in *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, vol. II, Carinci, Cester (a cura di), *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d’azienda*, Ipsoa, 2004, 264.

sempre presentare una sua autonomia funzionale<sup>176</sup>, anche se solo all'atto del trasferimento e, quindi, *ex post* venendo così modificato il momento temporale in cui deve essere verificata, ossia una qualche oggettività e riconoscibilità esterna<sup>177</sup>, cosicché l'articolazione deve essere in grado di poter funzionare da sola per lo svolgimento di una determinata attività di impresa<sup>178</sup>, anche se diversa da quella esercitata dal conferente<sup>179</sup>, e nonostante il ramo sia stato rescisso dal complesso aziendale.

Tanto a voler corroborare il principio giurisprudenziale secondo il quale l'azienda e il suo ramo sono comunque due concetti assimilati, differenziati solo, logicamente, sotto il profilo quantitativo<sup>180</sup>, e, quindi, non per questo destinatari di differenti trattamenti.

Pertanto, la disposizione, in ragione del precipuo obiettivo di tutelare i lavoratori, non è tale da lasciare ampi spazi di manovra all'autonomia delle parti, consentendo agli stessi di poter ricondurre nella fattispecie legale qualunque ipotesi di smembramento del complesso aziendale, dovendosi perciò pur sempre riferirsi a qualcosa di oggettivo<sup>181</sup>, *ergo* l'*attività organizzata*, tanto più che la norma emendata parla di possibile *individuazione* dell'articolazione, e non di una sua *creazione* arbitraria<sup>182</sup>.

Resta pur sempre il fatto che ora, rispetto alla previgente versione della norma, ferme restando le osservazioni che precedono, sarà cura del cedente e del cessionario *confezionare* la parte di azienda in vista dell'operazione circolatoria e, dunque, quale risultato di un combinato disposto della volontà dei due soggetti, in precedenza considerati in assoluto ininfluenti ai fini dell'applicazione dell'art. 2112 c.c..

Tra l'altro, la modifica normativa richiama alla nostra mente una peculiare disposizione *speciale*, quale l'art. 1, c. 13, del d.l. 28 agosto 2008, n. 134 (conv. dalla l. 27 ottobre 2008, n. 166)<sup>183</sup>.

---

<sup>176</sup> Per un approfondimento del c.d. *principio di effettività*, finalizzato ad impedire fenomeni simulatori, v. Nappi, *Negozi traslativi dell'impresa e rapporti di lavoro*, cit., 158.

<sup>177</sup> V. Cester, *La fattispecie: la nozione di azienda, di ramo d'azienda e di trasferimento fra norme interne e norme comunitarie*, cit., 56; Aniballi, *Il trasferimento di "ramo d'azienda" nel fallimento e nell'amministrazione straordinaria: compatibilità della disciplina italiana con la normativa europea*, in *RIDL*, 2012, 2, 349; Menghini, *I contratti di lavoro*, cit., 594.

<sup>178</sup> Cfr. Cass. 26 gennaio 2012, n. 1085.

<sup>179</sup> Cfr. Cass. 30 dicembre 2003, n. 19842.

<sup>180</sup> V. Aniballi, *Il trasferimento di "ramo d'azienda" nel fallimento e nell'amministrazione straordinaria: compatibilità della disciplina italiana con la normativa europea*, cit., 347. In giurisprudenza, cfr., *ex multis*, Cass. 25 ottobre 2002, n. 15105; Trib. Genova 22 giugno 2009.

<sup>181</sup> Cfr. Trib. Padova 5 febbraio 2007, n. 1079.

<sup>182</sup> V. Russo, *La revisione della disciplina del trasferimento d'azienda*, in *GLav.*, 4, 2003, 80. Sulla possibile ricorrenza delle tutele *ex art.* 2112 anche in caso di "*frazionamento e cessione di parte dello specifico settore aziendale destinato a fornire il supporto logistico sia al ramo ceduto che all'attività della società cessionaria*", cfr. Cass. 3 ottobre 2013, n. 22613.

<sup>183</sup> Art. 1, c. 13, d.l. n. 134/2008, che ha integrato con il comma 2-ter l'art. 5 del d.l. n. 347/2003.

Si tratta, nello specifico, di un intervento riformatore volto a estendere le misure previste per la ristrutturazione delle grandi imprese insolventi<sup>184</sup> alle grandi imprese in crisi eroganti servizi pubblici essenziali<sup>185</sup> (v. *infra*, cap. 3), consacrando così la loro ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria qualora presentino concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico anche attraverso la cessione dei complessi aziendali<sup>186</sup>, o di beni e contratti<sup>187</sup>, in alternativa alla ristrutturazione economica e finanziaria dell'impresa<sup>188</sup>.

In particolare, è stato previsto, tra l'altro, che il *Commissario e il cessionario possono concordare il trasferimento solo parziale di complessi aziendali o attività produttive in precedenza unitarie e definire i contenuti di uno o più rami d'azienda, anche non preesistenti, con individuazione di quei lavoratori che passano alle dipendenze del cessionario.*

Però, come si può facilmente intuire da un'interpretazione letterale della norma, in questo caso, a differenza dell'ipotesi generale prevista in materia di cessione del ramo d'azienda, viene conferito un potere assoluto alle parti nell'individuare l'oggetto del trasferimento parziale, ossia la frazione di azienda o anche le attività produttive, in quanto, oltre a venire espressamente evidenziata l'inconferenza dell'elemento della preesistenza, manca comunque un riferimento al "*requisito dell'autonomia funzionale del ramo di azienda nel momento del suo trasferimento*", quale criterio principe fissato dal legislatore, con la legge delega n. 30/2003, ai fini del recepimento della direttiva comunitaria n. 2001/23.

E' evidente, quindi, che tale disposizione, se letta nel senso di non comportare necessariamente la ricorrenza del requisito dell'autonomia funzionale, è manifestamente contraria ai principi comunitari e, per *relationem*, nazionali, al punto tale da presentare evidenti profili di illegittimità, ma è anche la chiara dimostrazione dell'indirizzo assunto dal nostro legislatore il quale, rispetto alle situazioni di crisi aziendale *qualificata* di particolari imprese, con l'obiettivo di salvare il salvabile, tende sempre più a svincolarsi dalla disciplina generale in materia di circolazione dei complessi aziendali<sup>189</sup>.

---

<sup>184</sup> V. d.l. 23 dicembre 2003, n. 347 (conv. dalla l. 18 febbraio 2004, n. 39).

<sup>185</sup> Cfr. il *ritenuta* del d.l. n. 134/2008.

<sup>186</sup> V. art. 27, c. 2, lett. a), d.lgs. n. 270/1999.

<sup>187</sup> V. art. 27, c. 2, lett. b-bis), d.lgs. n. 270/1999.

<sup>188</sup> V. art. 27, c. 2, lett. b), d.lgs. n. 270/1999.

<sup>189</sup> Anibaldi, *Il trasferimento di "ramo d'azienda" nel fallimento e nell'amministrazione straordinaria: compatibilità della disciplina italiana con la normativa europea*, cit., 352.

### 1.5.2 La disciplina dell'outsourcing

Altro aspetto che ha comportato l'intervento del legislatore domestico è stato quello che attiene alla regolamentazione lavoristica dei processi di *outsourcing rectius* di *esternalizzazione*<sup>190</sup>, quali manifestazioni di un "capitalismo molecolare"<sup>191</sup>, ossia di quei fenomeni che si concretano nella cessione ad altri, anche in situazioni in *intra moenia*<sup>192</sup>, di un ramo o reparto d'impresa, cui segue un contratto di appalto o altro contratto commerciale<sup>193</sup> tra gli stessi attori della vicenda traslativa, avente ad oggetto la stessa attività svolta in precedenza dallo stesso ramo o reparto ceduto<sup>194</sup>.

In particolare, il riferimento è al nuovo 6° comma dell'art. 2112 c.c., da cui emergono due elementi fondamentali.

Il primo che è quello dell'interazione tra il contratto di appalto, attraverso il quale si attua il decentramento produttivo, e il contratto della cessione di parte autonoma dell'azienda che, come giustamente rilevato dalla giurisprudenza ancor prima dell'entrata in vigore delle modifiche *ex* d.lgs. n. 276/2003, rappresentano due istituti giuridici distinti e autonomi<sup>195</sup>.

Il secondo che attiene, invece, all'introduzione di un particolare regime di solidarietà tra committente e appaltatore, nonché gli eventuali subappaltatori, precedentemente limitato nel *quantum* dal vecchio richiamo all'art. 1676 c.c. ma, poi, ridimensionato solo dal punto di vista temporale dall'art. 29, c. 2, d.lgs. n. 276/2003, che legittima, nei fatti, le operazioni di esternalizzazione, anche endoaziendali, nel rispetto comunque del 1° comma dello stesso articolo 29<sup>196</sup>, proprio in ragione della necessità di una loro distinzione da quelle ipotesi vietate di somministrazione illecita di manodopera<sup>197</sup>.

---

<sup>190</sup> Sul pericolo di fenomeni di esternalizzazione fraudolenta, v. De Luca Tamajo, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, cit., 10 ss..

<sup>191</sup> Per un'analisi del fenomeno, v. Bonomi, *Il capitalismo molecolare. La società al lavoro nel Nord Italia*, Einaudi, Torino, 1997.

<sup>192</sup> Concetto usato per indicare anche l'ipotesi del decentramento funzionale all'interno del perimetro aziendale dell'impresa committente (v. De Luca Tamajo, Salimbeni, *Il trasferimento d'azienda*, cit., 1839).

<sup>193</sup> Ci si riferisce ai contratti di fornitura, vendita, somministrazione, subfornitura *ex* l. 18 giugno 1998, n. 192, franchising, concessione di vendita, ecc. (v. De Luca Tamajo, Salimbeni, *Il trasferimento d'azienda*, cit., 1838).

<sup>194</sup> V. Mazzotta, *Diritto del lavoro*, cit., 286.

<sup>195</sup> Cfr. Cass. 2 ottobre 2006, n. 21287.

<sup>196</sup> L'articolo rubricato "Appalto" così statuisce: "Ai fini della applicazione delle norme contenute nel presente titolo, il contratto di appalto, stipulato e regolamentato ai sensi dell'articolo 1655 del codice civile, si distingue dalla somministrazione di lavoro per la organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore, che può anche risultare, in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto, dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto, nonché per la assunzione, da parte del medesimo appaltatore, del rischio d'impresa".

<sup>197</sup> V. art. 18, c. 5-bis, d.lgs. n. 276/2003.

In pratica il legislatore, in ragione della necessità di tutelare i lavoratori coinvolti in simili operazioni di *outsourcing*, ha previsto – fatta salva diversa previsione dei contratti collettivi nazionali - un’ ultrattività della responsabilità del cedente prevista dal comma 2 dell’art. 2112 c.c., in solido con l’appaltatore e l’eventuale subappaltatore, riferita ai trattamenti retributivi – anche indiretti e differiti - nonché alla contribuzione previdenziale e assicurativa dovuti in relazione all’esecuzione di un contratto di appalto, nel limite di due anni dalla cessazione dell’appalto stesso, in quanto la stessa responsabilità va oltre il momento del trasferimento.

Si tratta, comunque, di una norma che va necessariamente letta, secondo una logica sistematica, con il successivo comma 3 dello stesso art. 29, il quale precisa 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*”.

Orbene, in questa fattispecie, l’eventuale assunzione del personale da parte di un successivo appaltatore, quale adempimento di norme di legge, di contratto collettivo – che è l’ipotesi più frequente – o del contratto d’appalto, non vale quale presunzione assoluta di trasferimento ai sensi dell’art. 2112 c.c., con tutte le conseguenze del caso, in ragione della mancanza del presupposto della cessione totale o parziale, nella sua identità obiettiva, del complesso organizzato di beni e strumenti inerenti all’attività aziendale<sup>198</sup>.

Questa lettura, però, non deve indurci in errore e farci propendere sempre, semplicisticamente e automaticamente, per una disapplicazione, *tout court*, delle tutele individuali lavoristiche nell’ambito della successione di appalto, in ragione della mancanza di un rapporto diretto tra cedente e cessionario, nello specifico i due appaltatori, dovendo pertanto ricorrere un trasferimento di sola attività, ossia di mera esternalizzazione di servizi senza azienda<sup>199</sup>.

Infatti, come già rappresentato innanzi e in sintonia con la giurisprudenza<sup>200</sup>, l’art. 2112 c.c. non troverà applicazione sempre che l’operazione di *outsourcing* non si concreti nel trasferimento di un’*entità economica organizzata* in forma d’impresa tra i due appaltatori<sup>201</sup>, per cui essendo la vicenda traslativa, sul piano dei rapporti di lavoro, qualificata come cessione in blocco dei relativi

---

<sup>198</sup> Cfr. Cass. 4 giugno 2013, n. 14010.

<sup>199</sup> V. Miscione, *Dialoghi di diritto del lavoro*, cit., 480.

<sup>200</sup> Cfr. Cass. 16 maggio 2013, n. 11918; Cass. 7 dicembre 2006, n. 26215; Corte di giustizia Ue 20 novembre 2003, causa C-340/01, *Abler*.

<sup>201</sup> V. *sub*, nota 144. In dottrina, v. Incontro, *Trasferimento ramo d’azienda ed appalti, commento alla sentenza del tribunale di Siracusa, sez. lavoro, n. 1145/08*, in Cosio (a cura di), *Bollettino Europeo Lavoro*, in *DPL*, supplemento, 47, 2010, 165 ss..

contratti, la stessa richiede per il suo perfezionamento il consenso da parte di ciascuno dei singoli lavoratori ceduti *ex art.* 1406<sup>202</sup>.

Va, inoltre, sottolineata l'eliminazione dal testo del 5° comma del riferimento alla “*produzione o scambio di beni o servizi*” con il precipuo obiettivo di rafforzare, ulteriormente, rispetto all'inconferenza dello scopo di lucro sancita dal d.lgs. n. 18/2001, la tesi dell'estensione delle tutele lavoristiche anche alle ipotesi di trasferimenti che interessano soggetti non imprenditori ai sensi dell'art. 2082 c.c.<sup>203</sup> e, dunque, attività economiche organizzate non imprenditoriali.

---

<sup>202</sup> V. Aprile, *La cessione lavoristica dell'azienda fallita*, in Aprile, Bellè, *Diritto concorsuale del lavoro*, Ipsoa, 2013, 72; cfr. Cass. 17 luglio 2008, n. 19740.

<sup>203</sup> V. Maiolini, *Trasferimento d'azienda e rapporti di lavoro*, cit., 57.

## Capitolo 2

### Le vicende circolatorie delle imprese in crisi e insolventi: disciplina in deroga

SOMMARIO: 2.1 PREMESSA - 2.2 LA DEREGOLAZIONE CONTROLLATA ANTE L. N. 428/1990 - 2.3 LA DEROGA DEL 1990 E LA DIRETTIVA N. 77/187 - 2.4 IL CONTRASTO TRA L'ORDINAMENTO INTERNO E LA DIRETTIVA N. 98/50 - 2.5 LE FATTISPECIE DEROGATORIE DELLA DIRETTIVA EUROPEA - 2.5.1 PROCEDURE DI INSOLVENZA E LIQUIDAZIONE DEL PATRIMONIO - 2.5.1.1 (SEGUE): PUNTI DI CONTATTO CON LA NORMATIVA INTERNA - 2.5.2 PROCEDURE DI INSOLVENZA CONSERVATIVE E PRE-FALLIMENTARI - 2.5.2.1 (SEGUE): PROFILI DI COMPATIBILITÀ DEL CONCORDATO PREVENTIVO E DELL'ACCORDO DI RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI CON LA DISCIPLINA COMUNITARIA - 2.5.2.2 (SEGUE): CRISI E INSOLVENZA, LE RAGIONI DELLA RIFORMA NAZIONALE? - 2.5.3 LA GRAVE CRISI ECONOMICA DELL'IMPRESA: CONDONO LAVORISTICO EUROPEO - 2.5.3.1 (SEGUE): LA CONDANNA EUROPEA DEL 2009 - 2.5.3.2 (SEGUE): PUNTI DI CONTATTO CON LA NORMATIVA INTERNA

#### 2.1 *Premessa*

L'*excursus* normativo tracciato nel capitolo precedente assume una peculiare rilevanza anche rispetto all'attività degli organi delle procedure concorsuali, i quali, ai fini dell'applicazione della normativa in deroga, dovranno comunque pur sempre verificare che oggetto della cessione sia sempre un'azienda, o rami di essa, ovvero un complesso di beni e contratti come definiti dall'art. 2112 c.c.. Inoltre, le considerazioni che precedono, connesse agli aspetti lavoristici legati alle vicende circolatorie dell'impresa *in bonis*, si sono rese necessarie, seppure in maniera sommaria e attraverso una ricostruzione storica della specifica disciplina normativa, in quanto la disapplicazione delle garanzie *ex art. 2112 c.c.*, per effetto dell'art. 47, commi 4-bis e 5, della legge 29 dicembre 1990, n. 428, non è automatica, ma necessita della ricorrenza di due requisiti, *conditiones sine qua non*, quali la sussistenza di uno stato di insolvenza o di grave crisi aziendale e il raggiungimento di un accordo sindacale trilaterale, secondo la procedura prevista dai primi due commi dello stesso art. 47.

Viene, in questo modo, confermata la teoria secondo la quale, pur caratterizzandosi i commi finali dell'art. 47 rispetto all'art. 2112 c.c. per la loro diversità di funzione e finalità, in realtà tra le due norme lavoristiche si viene a creare un rapporto di dipendenza, definito come di genere a specie<sup>204</sup>.

Quindi, partendo dal principio generale secondo cui nel nostro ordinamento non vige un meccanismo di derogabilità meramente convenzionale delle tutele *ex art. 2112 c.c.*, è stato giustamente evidenziato dalla giurisprudenza che qualora l'accordo collettivo, idoneo a costituire norma derogatoria della fattispecie, non

---

<sup>204</sup> V. Nappi, *Negozi traslativi dell'impresa e rapporti di lavoro*, cit., 314 ss..

risulta perfezionato, resterà applicabile la disciplina generale<sup>205</sup>; fermo restando che il presupposto costitutivo per legittimare la *competenza gestionale* del sindacato è rappresentato dal controllo pubblico autoritativo, amministrativo o giudiziario, che certifichi lo stato di crisi o di insolvenza e, dunque, la prevalenza delle ragioni di recupero dell'azienda<sup>206</sup>.

Nello specifico, si tratta di una normativa speciale la quale, nonostante fosse stata emanata con un certo ritardo rispetto alla direttiva europea n. 77/187 vigente *ratione temporis*, è risultata sul punto originalmente antesignana, riconoscendo al trasferimento dell'azienda, o parti di essa, una valenza strategica per superare la crisi, con il precipuo obiettivo di salvaguardare, almeno in parte, l'occupazione.

E', dunque, una fattispecie complessa, la cui derogabilità al sistema codicistico ha posto le proprie fondamenta nella circostanza che l'emergenza e la crisi aziendale trovino, nel diritto, una disciplina più sensibile e ammorbidita<sup>207</sup> che riconosca rilievo alla dimensione collettiva, legata alla tutela dei complessi aziendali e, quindi, anche dei posti di lavoro, almeno in misura parziale, anziché a quella individuale caratterizzata, invece, dalla tutela radicata nell'art. 2112 c.c..

In altre parole, emerse la necessità da parte del legislatore nazionale di apprestare un sistema normativo che fosse in sintonia con l'affermazione di un sottosistema dell'impresa in crisi<sup>208</sup>, e che, rispondendo a logiche diverse dal modello codicistico, permettesse di sacrificare gli interessi dei lavoratori *uti singuli* nei confronti del cessionario, rispetto a quelli dei lavoratori intesi quale collettività/categoria interessata al mantenimento dei possibili livelli occupazionali<sup>209</sup>.

In tale direzione si mosse e, ancora oggi, si muove la *ratio* della disposizione derogatoria, che si concreta nella necessità di eliminare, o quantomeno contenere, quei costi lavoristici che possono compromettere l'acquisto

---

<sup>205</sup> Cfr. Cass. 22 settembre 2011, n. 19282. Sulla necessità di un accordo individuale o collettivo, v., anche, Cass. 5 marzo 2008, n. 5929; Cass. 6 novembre 2003, n. 16673.

<sup>206</sup> In realtà, esistono in giurisprudenza orientamenti che riconoscono natura transattiva agli accordi collettivi stipulati al di fuori dell'area dell'art. 47, c. 5, l. n. 428/1990 e che recano una deroga convenzionale alla continuità del lavoro, seppure secondo precise condizioni (cfr. Cass. 26 maggio 2006, n. 12573, in *RIDL*, 2007, II, 172 ss., con nota di Notaro). L'Autore della nota, però, è di parere contrario.

<sup>207</sup> V. Carinci, *Un diritto del lavoro classico alla vigilia del terzo millennio*, in *Diritto del lavoro, Commentario*, Carinci (diretto da), I, Zoli (a cura di), Utet, 1998, LXXXIII.

<sup>208</sup> V. Cosio, *Discipline del trasferimento d'azienda*, cit., 16.

<sup>209</sup> Vallebona, *Il trasferimento dell'azienda in crisi: agevolazioni per l'acquirente e tutela dei posti di lavoro*, in *DLRI*, 1980, 268, *ivi* 273.

dell'azienda da parte del potenziale acquirente, pregiudicandone così la sua commerciabilità e, dunque, la continuazione dell'attività economica<sup>210</sup>.

Finalità, tra l'altro, che ha trovato corrispondenza, e con la quale si interseca, nella recente riforma delle procedure concorsuali la quale, in contrapposizione al precedente modello di insolvenza ispirato a una logica liberista<sup>211</sup>, si è anch'essa posta il problema della necessità di anteporre l'interesse pubblicistico di conservazione delle componenti positive dell'impresa, ossia dei beni produttivi ma anche dei livelli occupazionali, anche qui in misura almeno parziale, a quello privatistico dei singoli lavoratori relativo alla conservazione e alla continuazione del loro rapporto di lavoro, senza però al contempo compromettere la tutela del ceto creditorio.

Quindi, anche il diritto fallimentare, seppure con un certo ritardo rispetto al diritto del lavoro, considera la circolazione del complesso aziendale, o porzioni di esso, una leva strategica per il perseguimento di obiettivi di rilevanza sociale e, quindi, quale strumento privilegiato per superare la crisi<sup>212</sup>, anche nell'ottica del maggior *favor creditoris*<sup>213</sup>, talvolta sacrificato<sup>214</sup>.

In questo capitolo mi soffermerò, in particolare, sull'analisi della disciplina lavoristica in deroga, in uno con quella del diritto fallimentare relativa all'amministrazione straordinaria, sia nella versione normotipica che nelle varianti speciali, e sui presupposti che devono ricorrere, pena l'applicazione delle tutele generali stabilite dal codice civile, nonché sul processo evolutivo che ha caratterizzato l'opera emendativa derogatoria del nostro legislatore, quale risposta alle *provocazioni* provenienti dal legislatore europeo e, in modo particolare, dai giudici sovranazionali.

## 2.2 *La deregolazione controllata ante l. n. 428/1990*

Innanzitutto può tornare utile ripercorrere, seppure brevemente, l'attività legislativa frammentata e disorganica – sia lavoristica che fallimentare – meglio conosciuta come la *legislazione dell'emergenza* che, a decorrere dalla prima metà degli anni settanta, si caratterizzò per la sua sensibilità rispetto alla necessità, a fronte di situazioni oggettivamente delicate da un punto di vista

---

<sup>210</sup> V. G. Santoro Passarelli, *La disciplina del rapporto di lavoro nel trasferimento d'azienda: evoluzione e prospettive*, in *DL*, 2003, 763-777; Vallebona, *Il trasferimento dell'azienda in crisi: agevolazioni per l'acquirente e tutela dei posti di lavoro*, cit., 280.

<sup>211</sup> V. Nappi, *Negozi traslativi dell'impresa e rapporti di lavoro*, cit., 158.

<sup>212</sup> V. Menghini, *I contratti di lavoro*, cit., 495; Caiafa, *Risanamento dell'impresa e tutela dei lavoratori*, in *DPL*, Inserto, 3, 2010, 5.

<sup>213</sup> V. Anibaldi, *Il trasferimento di "ramo d'azienda" nel fallimento e nell'amministrazione straordinaria: compatibilità della disciplina italiana con la normativa europea*, cit., 382.

<sup>214</sup> E' il caso, ad esempio, dell'amministrazione straordinaria. In dottrina, v. AA.VV., *Diritto fallimentare*, Piras (prefazione di), Giuffrè, 2008, 26.

socio-economico, di attutirne gli effetti attraverso norme *ad hoc*, così da porre rilievo alla salvaguardia dell'occupazione rispetto all'interesse alla continuità dei singoli rapporti di lavoro<sup>215</sup>.

In effetti, in una sì tale situazione generale di recessione economica, si rese necessario apprestare, soprattutto a favore delle imprese di notevoli dimensioni, una “*strumentazione per governare l'ammodernamento dell'apparato industriale italiano, già in parte invecchiato, e comunque duramente scosso dalla crisi*”<sup>216</sup>.

Mi riferisco, in particolare, a tutta quella serie di leggi che, attraverso la decretazione d'urgenza, tale da comportare spesso anche il possibile accesso a finanziamenti pubblici, ebbero come obiettivo quello di salvaguardare l'azienda, o rami di essa, in ragione dell'intollerabilità della loro espulsione sotto il profilo dei cd. “*valori industriali*” del Paese<sup>217</sup>, onde evitare che la degenerazione delle crisi portasse alla loro correlata liquidazione attraverso la procedura fallimentare.

Va, comunque, fatto rilevare che non è mancato chi, in dottrina, ha avuto modo di evidenziare gli *errori* e gli *orrori* scaturenti dall'uso improprio della c.d. “*legislazione dell'emergenza*”, considerata più come ammortizzatore sociale che quale reale volano di ripresa dell'impresa<sup>218</sup>, pur non potendo fare a meno di evidenziare la lungimiranza del nostro legislatore, rispetto al collega europeo, nel apprestare norme che riconoscessero rilievo a interessi di natura pubblicistica<sup>219</sup>.

In concreto, le fattispecie legislative sono le più disparate<sup>220</sup>.

In particolare, nell'ambito del diritto del lavoro, merita attenzione il d.l. 30 marzo 1978, n. 80 (conv., con modif., dalla l. 26 maggio 1978, n. 215)<sup>221</sup>, emanato a seguito della riconosciuta inadeguatezza della precedente legge 12

---

<sup>215</sup> V. Galantino, *Diritto del lavoro*, cit., 698.

<sup>216</sup> V. D'Antona, *Pubblici poteri nel mercato del lavoro, amministrazioni e contrattazione collettiva nella legislazione recente*, in *RIDL*, I, 20, 1987, 239.

<sup>217</sup> V. Nappi, *Negozi traslativi dell'impresa e rapporti di lavoro*, cit., 289.

<sup>218</sup> V. Nappi, *Negozi traslativi dell'impresa e rapporti di lavoro*, cit., 292; Carabelli, *Crisi, imprese e lavoro*, Cacucci, 1990, 218 ss..

<sup>219</sup> V. Buonajuto, *Il trasferimento dell'azienda e del lavoratore*, cit., 10 ss..

<sup>220</sup> Sempre nell'ambito della decretazione d'urgenza, oltre a quelle esaminate, meritano di essere richiamati l'art. 5 del d.l. 9 dicembre 1981, n. 721 (conv. in l. n. 25/82), relativo all'attuazione del programma riguardante le società del gruppo Sir; l'art. 11 del d.l. 23 dicembre 1976, n. 857 (conv. in l. n. 39/1977), relativo al trasferimento del portafoglio di un'impresa assicurativa sottoposta a liquidazione coatta amministrativa. Per un approfondimento, v. Orlandini, *Il trasferimento di azienda nelle imprese in stato di crisi tra dibattito teorico e prassi sindacale*, in *GDLRI*, 2005, 108, 593 ss..

<sup>221</sup> Norma abrogata dall'art. 4, c. 16, l. 23 luglio 1991, n. 223, ad eccezione dell'art. 4-bis. Si trattava, tra l'altro, di una disposizione che, dati i suoi contenuti, era nata a termine (poi prorogata per effetto delle leggi finanziarie fino al 1997), proprio per sdrammatizzarne la sua portata derogante (v. Nappi, *Negozi traslativi dell'impresa e rapporti di lavoro*, cit., 295). Per un approfondimento della norma, v. Buonajuto, *Il trasferimento dell'azienda e del lavoratore*, cit., 114-119.

agosto 1977, n. 675 sulla riconversione industriale, in quanto priva di strumenti atti a favorire i trasferimenti totali o parziali dell'azienda in crisi<sup>222</sup>, pur riconoscendole il fatto di aver esteso, in considerazione della condizione di "crisi aziendale di particolare rilevanza sociale", la Cassa integrazione anche alle imprese in dissesto totale e irreversibile, con l'attività da tempo cessata<sup>223</sup>. Nello specifico, l'art. 1, c. 3, l. n. 215/78<sup>224</sup>, prevedeva, quale conseguenza dell'accertato stato di crisi aziendale da parte del CIPI – ex art. 2, c. 5, lett. c), l. 675/1977 – e del raggiungimento di un accordo con i sindacati maggiormente rappresentativi circa il trasferimento dell'azienda, la possibile disapplicazione del 1° comma dell'art. 2112 c.c..

Come si evince dal testo della norma, già allora il legislatore, allo scopo di evitare usi *ad personam* della deroga, prescrisse l'obbligo dell'accordo sindacale, pur trattandosi – a differenza dell'attuale regime in deroga - di una disapplicazione parziale dell'art. 2112 c.c., in quanto interveniva esclusivamente sul principio della continuità dei rapporti di lavoro subordinato, di cui al comma 1 della stessa norma codicistica, lasciando quindi operative le ulteriori garanzie nei termini allora previsti in materia di solidarietà tra alienante e acquirente<sup>225</sup>.

Altra disposizione lavoristica dell'emergenza, che riconosceva al trasferimento dell'azienda a terzi, o di sue parti, una valenza strategica per la conservazione del suo patrimonio, pur comportando uno scardinamento dei diritti individuali dei lavoratori, era rappresentata dal d.l. 9 dicembre 1986, n. 835 (conv., con modif., in l. 6 febbraio 1987, n. 19)<sup>226</sup>, che fissava norme per le imprese in crisi sottoposte ad amministrazione straordinaria ai sensi del d.l. 30 gennaio 1979, n. 26 (conv., con modif., dalla l. 3 aprile 1979, n. 95)<sup>227</sup>, c.d. *legge Prodi*<sup>228</sup>.

In questo caso però, come si poteva rilevare dal contenuto dell'art. 3, c. 1, la disapplicazione dell'art. 2112 c.c., sempre rispetto alla sola continuità del rapporto di lavoro, riguardava solo quei lavoratori che fossero stati esclusi dal passaggio all'acquirente all'atto del trasferimento, e che fossero passati alle sue dipendenze in un momento successivo, e non anche quelli che passavano contestualmente alla cessione, purché però il subentrante si fosse obbligato alla

---

<sup>222</sup> Cfr. Cass., S.U., 8 agosto 1991, n. 8640.

<sup>223</sup> V. Menghini, *I contratti di lavoro*, cit., 493; cfr. art. 2, c. 5, lett. c), l. 675/1977.

<sup>224</sup> Si trattò di una norma in deroga apprestata per offrire una soluzione al c.d. caso *Unidal*.

<sup>225</sup> Anche se non sono mancate, in giurisprudenza, pronunce che di fatto estesero la disapplicazione delle garanzie dell'art. 2112 c.c. anche rispetto alla responsabilità solidale del cessionario (cfr. *ex multis*, Cass. 28 marzo 1985, n. 2187).

<sup>226</sup> Norma abrogata dal d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270.

<sup>227</sup> Norma abrogata, fatta eccezione dell'art. 2-bis, dal d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270, che ha fissato la nuova disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza (c.d. *Prodi-bis*).

<sup>228</sup> Poi integrata dalla legge 25 marzo 1993, n. 80.

continuazione dell'attività per almeno due anni dalla cessione e al mantenimento di precisi livelli occupazionali.

E' lampante, però, come la norma appena richiamata abbia anticipato, in parte, la previsione dell'art. 47, c. 6, l. n. 428/1990, relativa alla fattispecie dell'esclusione soggettiva, perché se è vero, come è vero, che lo stesso comma 6 priva i lavoratori eccedentari, che dovessero passare al cessionario in un momento successivo al trasferimento, delle tutele *ex art.* 2112 c.c., però è altrettanto vero che con la novella del 1990 non solo la disapplicazione delle garanzie è totale – quindi riferita anche al principio solidaristico e alla conservazione dei trattamenti collettivi – ma, contestualmente, è anche previsto uno specifico diritto di precedenza, carente invece nella legge del 1987.

A ogni buon conto, la percorribilità della deroga ai diritti individuali dei lavoratori non passati con il subentrante all'atto della cessione, sempre quali dipendenti di imprese in amministrazione straordinaria, era stata in parte oggetto di censura dalla Corte di giustizia europea.

Il riferimento è alla sentenza *D'Urso*<sup>229</sup>, rispetto alla quale il ragionamento seguito dai giudici, contraddicendo parzialmente le conclusioni a cui era pervenuto l'avvocato generale Walter Van Gerven, il quale aveva escluso *tout court* l'amministrazione straordinaria dal campo di applicazione della direttiva n. 77/187<sup>230</sup>, poggiava sulla circostanza che la legge italiana pur rimandando, per la disciplina concreta della procedura, alla liquidazione coatta amministrativa<sup>231</sup>, avente quindi notoria finalità liquidatoria al pari del fallimento, di fatto prevedeva la possibilità che il decreto che disponeva la liquidazione dell'impresa potesse anche pronunciarsi sulla continuazione della sua attività in gestione commissariale, in ragione di un piano di risanamento predisposto dal commissario<sup>232</sup>.

Nella specifica ipotesi della continuazione, quindi, poiché la finalità del procedimento stava anzitutto “*nel restituire all'impresa un equilibrio che consenta di garantire la sua attività futura*”, non si poteva giustificare la disapplicazione della direttiva, almeno fino a quando la prosecuzione stessa avesse avuto effetto; viceversa, qualora non fosse stata disposta la

---

<sup>229</sup> Cfr. Corte di giustizia Ue 25 luglio 1991, causa C-362/89, *D'Urso*. Va, però, evidenziato che i giudici europei, già prima della citata sentenza, avevano assunto un identico indirizzo, anche se riferito al diritto olandese e rispetto all'istituto della *sospensione dei pagamenti* (cfr. Corte di giustizia Ue 7 febbraio 1985, causa C-135/83, *Abels*).

<sup>230</sup> La posizione dell'avvocato generale si basava sulla circostanza che aveva equiparato l'amministrazione straordinaria al fallimento, in ragione del fatto che anche per l'amministrazione straordinaria doveva ricorrere il requisito dello *stato di insolvenza* e, inoltre, perché la stessa procedura si svolgeva sotto il controllo del giudice (v. Contaldi, *Sulla tutela dei lavoratori in diritto comunitario in caso di trasferimento di imprese soggette ad amministrazione straordinaria*, in *GC*, 5, 1992, 1132).

<sup>231</sup> Cfr. sentenza *D'Urso*, punto 28.

<sup>232</sup> V. art. 2, l. n. 95/1979.

continuazione dell'attività di impresa, o quando fosse scaduta la validità del provvedimento che ne autorizzava la continuazione, emergendo o, potremo aggiungere, prevalendo il fine liquidatorio del procedimento, poteva invece trovare accoglimento il sacrificio dei diritti individuali apprestati dalla norma comunitaria<sup>233</sup>.

In effetti, poiché in quest'ultimo caso il procedimento mirava di fatto, al pari del fallimento, alla liquidazione dei beni del debitore unicamente per soddisfare i creditori concorsuali, i trasferimenti operati in queste circostanze potevano essere esclusi dalla sfera di applicazione della direttiva.

Posizione dei giudici sovranazionali che, contrariamente a quella del legislatore nazionale che argomentava le proprie ragioni sulla base della finalità strettamente liquidatoria della procedura, *sic et simpliciter*, era coerente con quella assunta da parte della dottrina e della giurisprudenza interna, le quali avevano acutamente osservato che la finalità preminente del procedimento era il salvataggio di grossi complessi industriali e, dunque, anche la salvaguardia dei posti di lavoro<sup>234</sup>, per cui l'obiettivo era salvare piuttosto che distruggere (*rectius* liquidare) le imprese in crisi, senza però al contempo compromettere i diritti dei creditori, pur subordinandoli allo scopo del risanamento<sup>235</sup>.

All'atto pratico, con la pronuncia *D'Urso*, emerse un principio fondamentale che consentì di stabilire la legittimità di una norma di uno Stato membro rispetto alla possibilità di derogare alle tutele apprestate dalla direttiva comunitaria, e cioè che al di là della tipologia del procedimento, che, nel caso di specie, corrispondeva all'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, con ciò evidenziandone il suo carattere speciale<sup>236</sup>, e della natura del controllo – amministrativo o giudiziario - esercitato sulla procedura stessa, quello che contava era la finalità della procedura, nel senso che la stessa doveva

---

<sup>233</sup> Si potrebbe eccepire che poiché anche nel fallimento si può avere la continuazione dell'attività attraverso l'esercizio provvisorio *ex art. 104, l.f.*, allora anche in tal caso dovrebbe trovare applicazione la direttiva. In effetti, al di là dell'assimilazione sul piano empirico, il ragionamento non regge da un punto di vista squisitamente giuridico, in quanto nel caso del fallimento la continuazione, temporanea, dell'attività può essere disposta solo per non creare un danno grave ai creditori rispetto ad un suo arresto immediato; viceversa, nel caso dell'amministrazione straordinaria, la continuazione ha la finalità di contribuire al reinserimento dell'impresa sul mercato (v. Contaldi, *Sulla tutela dei lavoratori in diritto comunitario in caso di trasferimento di imprese soggette ad amministrazione straordinaria*, cit., 1133).

<sup>234</sup> Ciò in linea con la relazione alla legge n. 95/1979 che riportava che lo scopo della procedura di amministrazione straordinaria è “*quello di salvare le parti sostanzialmente sane dell'impresa o del gruppo di imprese, trasferendone la proprietà dall'imprenditore vecchio ad uno nuovo, cui però non si trasferiscono i debiti*” (v. Contaldi, *Sulla tutela dei lavoratori in diritto comunitario in caso di trasferimento di imprese soggette ad amministrazione straordinaria*, cit., 1132). In giurisprudenza, cfr. Cass. 9 giugno 1988, n. 3894; Trib. Milano 22 marzo 1989.

<sup>235</sup> V. Menghini, *I contratti di lavoro*, cit., 490 ss..

<sup>236</sup> Il richiamo al carattere della *specialità* del diritto fallimentare rispetto al diritto nazionale e comunitario, tale da comportare la previsione di norme specifiche, è presente anche nella sentenza *Abels*, cit., punti 15,17.

comportare la liquidazione del patrimonio aziendale e la cessazione della sua attività.

In definitiva, i giudici, colmando quel vuoto lasciato dal legislatore comunitario rispetto alle fattispecie in deroga, stabilirono che il criterio da seguire per valutare la compatibilità di una fattispecie derogatoria al diritto comunitario è, dunque, rappresentato dall'obiettivo perseguito dal procedimento, sia esso amministrativo che giudiziario<sup>237</sup>.

Bisogna, però, sul punto anche evidenziare che la parziale apertura della Corte europea si fondò sulla circostanza che, all'epoca dei fatti, mancava, nel diritto comunitario, una espressa disposizione in deroga in caso di fallimento, limitandone comunque la portata alle sole ipotesi di liquidazione dei beni del cedente, in ragione dell'obiettivo che la direttiva di allora si poneva, e che ancora oggi si pone, che era quello di impedire che la ristrutturazione nell'ambito del mercato comune si operasse a danno dei lavoratori delle imprese interessate<sup>238</sup>.

Pur tuttavia, nonostante i principi comunitari delineati, non sono mancate pronunce giurisprudenziali interne che invece, pur in presenza delle specifiche normative *de quibus* che autorizzavano la deroga alle tutele *ex art.* 2112 c.c. e a prescindere da esse, addirittura riconobbero la piena legittimità alle mere pattuizioni collettive e, quindi, al potere derogatorio delle parti sociali, pur ponendo il vincolo di efficacia dell'accordo ai soli lavoratori iscritti alle organizzazioni sindacali stipulanti, o che vi abbiano successivamente aderito<sup>239</sup>, volte alla gestione transattiva dei processi di crisi aziendale a tutela della salvaguardia dell'occupazione, almeno parziale, comportanti un sacrificio dei diritti soggettivi degli stessi lavoratori sanciti dall'ordinamento giuridico generale<sup>240</sup>.

Ma non sono mancate, in senso contrario, anche decisioni interne che, pur in presenza dei principi giurisprudenziali europei e nazionali di apertura, a certe condizioni, alla deroga alle tutele apprestate dalla direttiva n. 77/187, hanno escluso, *sic et simpliciter*, la disapplicazione dell'art. 2112 c.c. – anche se riferita ad un'ipotesi ante l. n. 428/1990 – nonostante il trasferimento avesse interessato aziende insolventi<sup>241</sup>.

---

<sup>237</sup> Cfr. sentenza *D'Urso*, cit., punto 26.

<sup>238</sup> Cfr. sentenza *D'Urso*, cit., punto 23.

<sup>239</sup> Cfr. Cass. 21 marzo 1994, n. 2660.

<sup>240</sup> Cfr. Cass. 26 maggio 2006, n. 12573, in *RIDL*, 1, 2007, 179 ss., con nota di Notaro che manifesta opinione contraria; Cass. 23 ottobre 1995, n. 11004. Cfr. anche, Pretura di Lodi che, con sentenza 12 marzo 1987, legittimò la possibilità della costituzione *ex novo* dei rapporti di lavoro nei confronti di un diverso datore di lavoro, in ragione di accordi collettivi aventi natura sostanzialmente transattiva, a prescindere dalle leggi speciali di gestione delle crisi aziendali, quali la l. n. 675/1977 e la n. 215/1978.

<sup>241</sup> Cfr. Cass. 23 giugno 2001, n. 8617; Cass. 6 maggio 2009, n. 10400.

In particolare, il citato orientamento poggiava le sue ragioni sul fatto che, comunque, la normativa comunitaria non impediva a uno Stato membro che fossero “*previste dalle legislazioni interne livelli di tutela eventualmente maggiori, ancorché comportanti maggiori rigidità del sistema*”<sup>242</sup>.

### ***2.3 La deroga del 1990 e la direttiva n. 77/187***

In una situazione in cui il principio della certezza del diritto era pressoché aleatorio, lasciando così agli organi della magistratura un significativo, quanto sostanziale, potere di regolamentazione delle diverse fattispecie, a volte, come abbiamo visto, anche in maniera diversa e contrastante, era auspicabile un intervento del legislatore che ristabilisse l'ordine delle cose.

La disposizione che fissò una prima disciplina organica che permettesse, non solo di superare le incoerenze del sistema normativo previgente<sup>243</sup>, ma anche di limitare quell'ampio potere derogatorio riconosciuto, nel corso degli anni, alle organizzazioni sindacali, volto a favorire la disapplicazione *lato sensu* delle tutele individuali *ex art. 2112 c.c.*, anche al di fuori delle specifiche fattispecie derogatorie individuate dalla *c.d. legislazione dell'emergenza*, era, e ancora oggi lo è, rappresentata dall'art. 47, c. 5, l. n. 428/1990.

E fu così che, con l'approvazione della norma, l'organo legislativo individuò in maniera organica, chiara e tassativa, specifiche ipotesi derogatorie soggettive e condizioni per la loro percorribilità, in presenza delle quali si poteva già giustificare il sacrificio delle garanzie individuali fissate dalla normativa generale in materia di trasferimento d'azienda.

Passiamo, quindi, all'analisi delle particolarità della disposizione interna in deroga, attualmente ancora in vigore, alla luce dei diversi e articolati interventi giurisprudenziali, sia nazionali che europei, che si sono succeduti nel tempo precedente all'entrata in vigore della direttiva n. 98/50, sostituita poi dalla n. 2001/23, tralasciandone, così per il momento, il contrasto coll'ordinamento comunitario sfociato poi recentemente nella significativa decisione della Corte di giustizia del 2009 (v. *infra*), che di fatto ha portato, gioco forza, il nostro legislatore a riformare in parte la disciplina, tale da comportare la creazione di un sistema duale di *flessibilizzazione e disapplicazione* dell'art. 2112 c.c..

Va, in ogni caso, riconosciuto, al nostro legislatore, il merito di aver strutturato una norma che pur essendo, all'epoca della sua emanazione, prodromica

---

<sup>242</sup> V. art. 7 dir. n. 77/187.

<sup>243</sup> V. Villani, *Trasferimento d'azienda. Profili di diritto del lavoro e della previdenza sociale*, Utet, 2000, 131.

rispetto ad un'analoga previsione in deroga da parte del legislatore europeo<sup>244</sup>, proprio perché assente nella prima versione della direttiva n. 77/187, entrandone comunque in rotta di collisione, così come con le successive nonostante la presenza in esse di specifiche fattispecie derogatorie, giuste decisioni dei giudici sovranazionali, è rimasta in ogni modo indenne da emendamenti per circa un ventennio.

In particolare, come rilevato dalla dottrina, ma anche dalla giurisprudenza, si tratta di una norma speciale rispetto all'art. 2112 c.c., la cui *ratio* è quella non solo di favorire il risanamento delle imprese insolventi o in crisi, ma anche di agevolarne la cessione, salvaguardando così, nei limiti della loro commerciabilità, almeno in parte l'occupazione<sup>245</sup>, attraverso il riconoscimento di una continuità materiale e non giuridica delle prestazioni lavorative<sup>246</sup>, che si realizza mediante l'automatica estinzione dei pregressi rapporti di lavoro e la riassunzione *ex novo* degli stessi lavoratori<sup>247</sup>.

In concreto, la prima versione dell'art. 47, c. 5, stabiliva 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*

---

<sup>244</sup> V. Buonajuto, *Il trasferimento dell'azienda e del lavoratore*, cit., 18 ss..

<sup>245</sup> V. Anibaldi, *Il trasferimento di “ramo d'azienda” nel fallimento e nell'amministrazione straordinaria: compatibilità della disciplina italiana con la normativa europea*, cit., 353; Romei, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento d'azienda*, cit., 287 ss.; Lambertucci, *Trasferimento di azienda e problemi occupazionali*, cit., 387; cfr. Cass. 11 gennaio 2007, n. 398.

<sup>246</sup> Si parla, infatti, di continuità in senso a-tecnico, per il semplice fatto che il legislatore, nel testo della norma, prima dice che il *“rapporto di lavoro continua con l'acquirente”*, ma subito dopo afferma che *“non trova applicazione l'art. 2112 c.c.”* (v. Romei, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento dell'azienda*, cit., 230 ss.; Cosio, *Discipline del trasferimento d'azienda*, cit., 144 ss.; Magno, *La nuova disciplina del trasferimento d'azienda*, in *DL*, I, 1991, 148. *Contra*, Carabelli, *Trasferimenti dell'azienda: la nuova Direttiva europea. Una riflessione su alcuni possibili punti di contrasto con la normativa italiana*, in *LI*, 1998, 21, 14; Carabelli, Veneziani, *Il trasferimento di azienda in Italia*, in *AA.VV.*, *La trasmissione de impresas en Europa*, Cacucci, 1999, 150.

<sup>247</sup> Cfr. Cass. 13 novembre 2009, n. 24093.

*che quest'ultimo continui a rimanere, in tutto o in parte, alle dipendenze dell'alienante*<sup>248</sup>.

Dal testo della disposizione rilevava il fatto che il nostro legislatore, ai fini della operatività delle deroghe, richiedesse oltre al raggiungimento di un accordo sindacale, indistintamente l'accertamento di uno stato di crisi o di insolvenza, equiparando così nei fatti la situazione di crisi a quella di decozione, ma senza tuttavia attestare, con ciò, una loro identità ontologica (v. *infra*, § 2.5.2.2).

Questo atteggiamento leggero e generoso di estensione delle deroghe, a prescindere dagli indirizzi e dai principi manifestati dai giudici sovranazionali rispetto alla c.d. *legislazione dell'emergenza*, come già analizzati nel precedente paragrafo, faceva però già presagire dei dubbi di legittimità rispetto al diritto comunitario<sup>249</sup>.

Infatti, non è un caso che i giudici europei, interpellati dal Pretore di Lecce in merito alla compatibilità del comma 5 dell'art. 47 con la direttiva n. 77/187, ritenendo la questione pregiudiziale sollevata dal giudice *a quo* ricevibile sulla base di specifiche argomentazioni, con la sentenza *Spano* si rifece, richiamandolo, al criterio sovrano già fissato con la sentenza *D'Urso*, consistente nell'obiettivo/finalità che il procedimento, sia esso amministrativo o giudiziario, persegue, ritenendolo dirimente per stabilire la legittimità o meno della disposizione interna<sup>250</sup>.

Nella specie, la Corte, nell'affrontare la problematica relativa alla percorribilità della deroghe in presenza di un'impresa in stato di crisi, ai sensi dell'art. 2, c. 5, lett. c), l. n. 675/1977, partendo dalla considerazione che la condizione di crisi di una impresa è meno grave di quella di insolvenza, ebbe modo di precisare che, contrariamente a quanto avviene con il fallimento, il procedimento di accertamento dello stato di crisi è volto a consentire il risanamento della situazione economico-finanziaria dell'impresa e, soprattutto, il mantenimento dei livelli occupazionali, mirando, pertanto, a favorire la prosecuzione della sua attività nella prospettiva di una ripresa futura<sup>251</sup>.

Per cui, alla stregua della sentenza *D'Urso*, i giudici ritennero che in presenza di un procedura che favorisce la continuazione dell'attività, ponendosi per questo in contrapposizione alla liquidazione del patrimonio aziendale, in uno con il fatto che il procedimento dello stato di crisi non implica alcun controllo

---

<sup>248</sup> In effetti, con l'art. 47, l. n. 428/1990, l'Italia ha recepito nel nostro ordinamento la direttiva n. 77/187 in materia di mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di imprese, di stabilimenti o di parti di stabilimenti.

<sup>249</sup> In dottrina, in tal senso, v. Contaldi, *Sulla tutela dei lavoratori in diritto comunitario in caso di trasferimento di imprese soggette ad amministrazione straordinaria*, cit., 1135.

<sup>250</sup> Cfr. Corte di giustizia Ue 7 dicembre 1995, causa C-472/93, *Spano*, punto 24.

<sup>251</sup> Cfr., rispetto al diritto belga, Corte di giustizia Ue 12 marzo 1998, causa C-319/94, *Dassy*, punto 24, che ha richiamato le conclusioni a cui era giunta con la sentenza *Spano*.

giudiziario o provvedimento di amministrazione del patrimonio, non può trovare albergo una decisione europea che giustifichi la norma interna.

Tra l'altro, sempre la Corte di giustizia, evidenziò che nemmeno la circostanza che la legge nazionale in deroga condiziona la sua operatività al raggiungimento di un accordo con i rappresentanti dei lavoratori finalizzato al mantenimento, almeno parziale, dei posti di lavoro, può consentire di sottrarre il trasferimento dell'azienda dall'ambito di applicazione delle norme fissate dalla direttiva a tutela dei lavoratori subordinati<sup>252</sup>.

Insomma, nessuna opportunità di aggiramento della normativa europea: ogni qualvolta l'attività aziendale prosegue, anche all'interno di una procedura di liquidazione giudiziale e pure se nelle more del trasferimento d'azienda, nulla giustifica la privazione ai lavoratori dei diritti loro attribuiti dalla direttiva<sup>253</sup>.

Certo è che i nostri giudici non sono stati a guardare tant'è che, nonostante i principi espressi dai loro colleghi europei<sup>254</sup> che, con le pronunzie citate, evidenziarono la parziale non conformità della disciplina nazionale, hanno stabilito, riferendosi alla decisione *Spano*, che *“la non conformità del medesimo art. 47, comma 5, l. n. 428 del 1990 alla direttiva n. 77/187/Cee, nell'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia con la sentenza del 7 dicembre 1995, causa n. C-472/93 non ne preclude l'applicazione nell'ordinamento interno, non potendo, peraltro, la disposizione comunitaria avere efficacia diretta nei rapporti tra privati”*<sup>255</sup>.

In effetti, gli Ermellini, limitando gli effetti della pronuncia della Corte di giustizia, hanno risolto la questione facendo leva sul principio della c.d. *efficacia diretta verticale* della direttiva<sup>256</sup>, nel senso che una volta che è stata recepita attraverso una legge o un decreto legislativo, ovvero una volta decorso il termine fissato dalla stessa direttiva per il suo recepimento<sup>257</sup>, la parziale o tardiva attuazione delle disposizioni in essa contenute possono dar luogo, dinanzi al giudice nazionale, a una responsabilità dello Stato, in termini di risarcimento del danno<sup>258</sup>, e non già per farne scaturire obblighi e oneri a carico del singolo<sup>259</sup>.

---

<sup>252</sup> Cfr. sentenza *Spano*, cit., punto 31.

<sup>253</sup> Cfr. sentenza *Dassy*, cit., punto 31.

<sup>254</sup> Molti dei principali principi del diritto comunitario vanno ricercati non già nei Trattati o nelle altre fonti (direttive, regolamenti, ecc..) ma nella giurisprudenza della Corte di giustizia (v. Arnulf, *The European Union and its Court of Justice*, Oxford, 1999, 528).

<sup>255</sup> Cfr. Cass. 12 maggio 1999, n. 4724. Sulla stessa questione v., anche, Cass. 30 agosto 2000, n. 11422; Cass. 21 marzo 2001, n. 4073; Cass. 16 maggio 2002, n. 7120.

<sup>256</sup>

Cfr.

[http://europa.eu/legislation\\_summaries/institutional\\_affairs/decisionmaking\\_process/114527\\_it.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/decisionmaking_process/114527_it.htm).

<sup>257</sup> Diversamente dalla direttiva, il regolamento, una volta entrato in vigore, trova diretta applicazione nel diritto interno degli Stati membri.

<sup>258</sup> Cfr. Pret. Milano 14 luglio 1998, secondo cui *“Il dipendente che - in occasione di un trasferimento d'azienda connesso a crisi aziendale, soggetto alla disciplina della l. 26 maggio 1978 n. 215 - non*

Atteggiamento condiviso da parte della dottrina la quale ha precisato che l'obbligo, in capo al giudice nazionale, di conformare l'interpretazione della disciplina interna alla normativa comunitaria, viene meno quando la prima risulta in frontale contrasto con la seconda<sup>260</sup>.

Bisogna, peraltro, precisare che la direttiva vincola lo Stato membro, e comunque solo per quel che concerne i risultati da raggiungere, quale obbligazione di risultato, senza peraltro indicarne la modalità<sup>261</sup>.

Essa contiene, infatti, una norma teleologica, o programmatica, il cui scopo è quello di indicare il fine ma non lo strumento giuridico ad esso congruo, che rimane affidato non ai singoli cittadini, bensì agli organi legislativi dello Stato membro, per cui né i cittadini, né tantomeno i giudici interni, sono sottoposti alla direttiva, anche nel caso in cui, a seguito del suo recepimento, la norma interna risulti parzialmente incompatibile<sup>262</sup>.

Posizioni della Cassazione che, tra l'altro, sembrano essere in armonia con l'orientamento della Consulta la quale, pur sostenendo che le statuizioni risultanti dalle sentenze della Corte di giustizia, al pari dei regolamenti, hanno immediata applicazione<sup>263</sup>, con una successiva decisione, ha anche dichiarato che *“le sentenze della Corte di giustizia delle comunità europee rese nel giudizio promosso contro uno Stato per violazione degli obblighi comunitari, hanno efficacia dichiarativa del diritto comunitario”* e, quindi, in quanto finalizzate a precisarne il significato, non determinano tuttavia un'abrogazione della richiamata disposizione nazionale, ma ne producono un effetto di disapplicazione, tale da comportare l'esigenza per gli Stati membri di apportare le necessarie modificazioni o abrogazioni al proprio diritto interno, al fine di

---

*abbia potuto ottenere il passaggio alle dipendenze dell'acquirente a seguito della mancata attuazione, nell'ordinamento italiano, della direttiva Cee 14/2/77 n. 187, ha diritto di ottenere dal Governo italiano il risarcimento del danno, da commisurarsi alle retribuzioni che avrebbe maturato alle dipendenze dell'acquirente”.*

<sup>259</sup> Per un approfondimento in dottrina, v. Caiafa, *La nuova direttiva sull'insolvenza del datore di lavoro*, cit., 10-14; Calzolaio, *Il valore di precedente delle sentenze della Corte di giustizia*, in RCDP, 2009, vol. 1, 41-72; Joerges, *Il ruolo interpretativo della corte di giustizia e la sua interazione con le corti nazionali nel processo di europeizzazione del diritto privato*, in RCDP, 2000, 2, 275; Bacchini, *Trasferimento di azienda in crisi: nuova condanna dalla Corte Ue*, in DPL, 33, 2009, 1949.

<sup>260</sup> In tal senso, v. Cosio, *Commento a Corte Giustizia 11/06/2009*, in LG, 2009, 1133; G. Santoro Passarelli, *Il difficile adeguamento del diritto interno al diritto comunitario*, in RIDL, 1998, I, 317 ss.; Lambertucci, *Le tutele del lavoratore nella circolazione dell'azienda*, Giappichelli, 1999, 70 ss.. In termini parzialmente diversi, v. Pizzoferrato, *La nozione giuslavoristica di trasferimento d'azienda tra diritto comunitario e diritto interno*, in RIDL, 1998, I, 429 ss.. *Contra*, nel senso che il giudice italiano è tenuto a disapplicare la norma interna in contrasto con la normativa comunitaria, v. Carabelli, Veneziani, *Il trasferimento di azienda in Italia*, cit., 103 ss. e 155 ss..

<sup>261</sup> Infatti, secondo l'art. 288, comma 3, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, *“la direttiva vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi”*.

<sup>262</sup> Cfr. Cass. 12 maggio 1999, n. 4724.

<sup>263</sup> Cfr. Corte costituzionale 23 aprile 1985, n. 113.

depurarlo da eventuali incompatibilità o disarmonie con le prevalenti norme comunitarie<sup>264</sup>.

#### **2.4 Il contrasto tra l'ordinamento interno e la direttiva n. 98/50**

In effetti, come abbiamo avuto modo di vedere nel paragrafo precedente, il conflitto tra i due livelli normativi nasce già rispetto alla direttiva n. 77/187, laddove il diritto italiano consentiva indistintamente la disapplicazione dell'art. 2112 c.c., *sic et simpliciter*, sia nel caso di crisi aziendale *qualificata* che di insolvenza e a prescindere dalla finalità di ciascuna procedura.

Ma i maggiori problemi, per il nostro legislatore, sono cominciati a diventare significativi con l'approvazione, da parte del Consiglio europeo, della direttiva del 29 giugno 1998, n. 50, che, modificando la precedente n. 77/187, per poi essere abrogata e trasfusa nella direttiva n. 2001/23/Ce del 12 marzo 2001<sup>265</sup>, regolamentò espressamente le fattispecie in deroga.

Inizialmente, si pensava o, sarebbe meglio dire, si sperava che con l'entrata in vigore della direttiva n. 98/50 il contrasto tra i due distinti ordinamenti sarebbe andato affievolendosi o, addirittura, sarebbe stato superato<sup>266</sup>, in ragione del fatto che, nella versione emendata, la norma comunitaria n. 77/187 aveva espressamente previsto la possibilità per gli Stati membri di poter disapplicare, in maniera modulata, gli art. 3 e 4 in caso di trasferimenti effettuati nell'ambito di procedure di insolvenza, o di procedure speciali per promuovere la sopravvivenza di società di cui sia dichiarata una situazione di crisi economica<sup>267</sup>.

In realtà, quale preludio della condanna europea del 2009 di non conformità della norma interna riferita alla situazione di grave crisi aziendale rispetto al diritto comunitario, e dunque della sfasatura parziale esistente tra i due livelli normativi, il comportamento del nostro Paese era già stato oggetto di censura – con parere motivato - da parte della Commissione europea, che però non riuscì a sfociare in una corrispondente condanna della Corte di Giustizia in quanto,

---

<sup>264</sup> Cfr. Corte Costituzionale 11 luglio 1989, n. 389.

<sup>265</sup> V. art. 12 dir. n. 2001/23.

<sup>266</sup> In questa direzione, v. Menghini, *L'attenuazione delle tutele individuali dei lavoratori in caso di trasferimento di azienda di impresa in crisi o soggetta a procedure concorsuali dopo la direttiva 50/98 e il d.lgs. 270/99*, in *RGL*, 2000, 208 ss.; De Luca Tamajo, Salimbeni, *Il trasferimento d'azienda*, cit., 1821 ss.; Villani, *Trasferimento d'azienda*, cit., 130 ss.; Pizzoferrato, *I riflessi della direttiva 98/50/CE sull'ordinamento italiano*, in *DLRI*, 1999, 463 ss.; *contra* Carabelli, *Trasferimenti d'azienda: la nuova Direttiva europea*, cit., 5 ss.; Roccella, Treu, *Diritto del lavoro e della comunità europea*, Cedam, 2007, 358.

<sup>267</sup> V., settimo e ottavo *considerando*, dir. n. 98/50.

all'uopo interpellata, dichiarò irricevibile il ricorso presentato dalla stessa Commissione per via di un vizio procedurale<sup>268</sup>.

In pratica, i giudici di Lussemburgo non poterono entrare nel merito del procedimento d'infrazione in quanto la propedeutica e necessaria lettera di diffida inoltrata dalla Commissione europea nei confronti dell'Italia faceva riferimento a una direttiva che non aveva ancora recepito le opzioni in deroga, che erano invece presenti al momento del successivo parere motivato della stessa Commissione, per cui, venendosi a creare una sfasatura tra la diffida e il parere, fu impedito all'Italia un pieno esercizio del diritto di difesa, con ciò invalidando il procedimento precontenzioso, che costituisce invece una garanzia essenziale dei diritti di uno Stato membro<sup>269</sup>.

*Escamotage*, però, che non resse l'impatto rispetto alla successiva presa di posizione della Corte europea che, con la sentenza dell'11 giugno 2009, causa C-561/07, considerando questa volta ricevibile il ricorso presentato dalla Commissione europea per inadempimento dell'Italia riguardo agli obblighi imposti dalla direttiva in materia di trasferimento d'azienda, colse e diede valore ai rilievi mossi, mettendo così a confronto, in chiave sanzionatoria, il diritto interno con quello comunitario.

## ***2.5 Le fattispecie derogatorie della direttiva europea***

Prima di entrare nel merito della sentenza *de qua*, in modo tale da comprendere meglio la sua portata, diventa innanzitutto propedeutico analizzare, comparandole con il diritto interno, quelle che sono le ipotesi in deroga contenute nella normativa sovranazionale e, più precisamente, nell'art. 4 bis della direttiva n. 98/50, poi trasposte, pedissequamente, nell'art. 5 della successiva direttiva n. 2001/23.

In particolare, il legislatore comunitario, allo scopo di garantire la sopravvivenza sia di imprese insolventi, a prescindere dalla circostanza che l'operazione di trasferimento d'azienda sia effettuata nell'ambito di una procedura di liquidazione, sia di imprese in crisi economica, ha autorizzato gli Stati membri a poter disapplicare, *in toto* o parzialmente, gli artt. 3 e 4 della direttiva n. 77/187<sup>270</sup>.

---

<sup>268</sup> Cfr. Corte di giustizia Ue 5 giugno 2003, causa C-145/01.

<sup>269</sup> Infatti, i rilievi mossi dalla Commissione europea con la lettera di diffida non consideravano, in quanto inesistenti all'epoca della sua emissione, le specifiche ipotesi in deroga *ex art.* 4 bis introdotte dalla direttiva n. 98/50, non permettendo così allo Stato italiano una difesa opportunamente calibrata che tenesse conto anche delle deroghe ivi previste.

<sup>270</sup> V. settimo e ottavo *considerando* della dir. n. 98/50/Ce.

A ben vedere, si tratta, in realtà, di un'autorizzazione non assolutamente arbitraria, ossia libera da qualunque indicazione, e illimitata, ma al contrario circoscritta a specifiche fattispecie soggettive e condizioni, anche se alcune non ben chiare per l'interprete<sup>271</sup>, mostrando così l'Unione europea l'intenzione di voler governare direttamente specifiche situazioni di sofferenza dei sistemi produttivi<sup>272</sup>, pur tenendo in giusta considerazione i percorsi interpretativi elaborati in epoca precedente dalla Corte di Lussemburgo<sup>273</sup> e *supra* analizzati. Infatti, con l'art. 5, sono state tracciate le linee guida che gli Stati membri devono seguire al fine di legittimare la disapplicazione o l'ammorbidente delle garanzie comunitarie poste a favore dei lavoratori dipendenti coinvolti in un processo circolatorio del complesso aziendale, consentendo così un intervento modificatore sul piano delle tutele *individuali*, ma non certamente di quelle *collettive*, relative alle procedure di informazione e consultazione sindacale<sup>274</sup>.

Nello specifico, è stato disposto che le garanzie individuali non operano in presenza di fallimento o di una procedura di insolvenza analoga aperta in vista della liquidazione dei beni del cedente e purché il procedimento stesso si svolga sotto il controllo di un'autorità pubblica competente<sup>275</sup>; ovvero, pur operando le tutele, è stato stabilito che sarà possibile invece affievolirne la portata, rispetto sia al trasferimento dal cedente al cessionario degli obblighi connessi al rapporto di lavoro, sia al mantenimento delle condizioni di lavoro dei lavoratori, in presenza di procedure di insolvenza non necessariamente finalizzate alla liquidazione dei beni del cedente, ma pur sempre soggette a un controllo pubblico competente<sup>276</sup>.

Inoltre, sempre l'art. 5 ha previsto un ulteriore livello di affievolimento delle tutele anche in presenza di una situazione di grave crisi economica, ma in questo particolare caso solo rispetto alle condizioni di lavoro dei lavoratori, purché lo stato di crisi sia dichiarato da un'autorità pubblica competente, sia aperto al controllo giudiziario e, infine, le specifiche disposizioni interne in deroga siano vigenti alla data del 17 luglio 1998<sup>277</sup>.

---

<sup>271</sup> V. Menghini, *L'attenuazione delle tutele individuali dei lavoratori in caso di trasferimento di azienda di impresa in crisi o soggetta a procedure concorsuali dopo la direttiva 50/98 e il d.lgs. 270/99*, cit., 216.

<sup>272</sup> V. Villani, *Trasferimento d'azienda*, cit., 133.

<sup>273</sup> V. settimo *considerando* della dir. n. 2001/23/Ce.

<sup>274</sup> In particolare, sul piano collettivo, la dir. n. 98/50 rafforza, o meglio valorizza l'aspetto inerente alla rappresentanza dei lavoratori coinvolti nel trasferimento d'azienda (v. art. 4 bis, par. 2, lett. b); art. 4 bis, par. 4; art. 5, par. 1, 3 c.).

<sup>275</sup> V. art. 4 bis, par. 1, dir. n. 98/50.

<sup>276</sup> V. art. 5, par. 2, dir. n. 01/23.

<sup>277</sup> V. art. 5, par. 3, dir. n. 01/23. Si precisa che la data limite del 17 luglio 1998 coincide con la data di pubblicazione della direttiva n. 98/50 nella Gazzetta ufficiale delle Comunità europee.

Orbene, il legislatore comunitario, nella sua attività riformatrice, ha certamente tenuto conto degli indirizzi fissati dalla Corte di giustizia, ponendo al centro quale criterio discrezionale quello della finalità della procedura, ma è altrettanto vero che, considerando le diverse criticità emerse *in fieri*, ha introdotto ulteriori elementi innovativi in termini di deroghe di maggiore portata, ampliando così gli stessi principi giurisprudenziali richiamati<sup>278</sup>.

E' chiaro come, con la riscrittura della direttiva n. 77/187, l'elemento giurisprudenziale della prosecuzione dell'attività sia diventato ininfluenza ai fini dell'operatività o meno delle deroghe alle tutele individuali – tant'è che non è stato espressamente ripreso nel testo della direttiva modificata -, assumendo valore caratterizzante e immanente unicamente rispetto alla procedura dell'amministrazione straordinaria, ma non nel senso di condizionare o meno la percorribilità dell'attività derogatoria (v. *infra*).

In sintesi, gli effetti conseguenti alla modifica della direttiva di prima generazione sono lampanti. Viene, in concreto, disegnato un sistema derogatorio che, condizionando non poco l'attività del nostro legislatore rispetto alla regolamentazione di successive e specifiche procedure<sup>279</sup>, si sviluppa in tre distinte fattispecie, tali da consentire interventi in misura variabile sui diritti individuali dei lavoratori.

Emerge, così, la volontà del legislatore comunitario di apprestare un diverso trattamento autorizzatorio, di cui uno con efficacia anche per il futuro qualora si tratti di procedimenti di insolvenza, indipendentemente dalla loro finalità liquidatoria del patrimonio aziendale, un altro solo per legittimare, sanandole, fattispecie già esistenti, in presenza di una situazione di grave crisi aziendale, senza peraltro consentire agli Stati membri, sul punto, di introdurre ulteriori e nuove eccezioni<sup>280</sup>.

In definitiva, è evidente il punto di caduta del legislatore comunitario: la previsione di normative nazionali in deroga *tout court* alle tutele individuali fissate dalla direttiva sono consentite e possono trovare lecito accoglimento in quanto conformi alle indicazioni contenute nella norma comunitaria, per cui solo a certe condizioni e rispetto a quelle procedure che, pur presentando il

---

<sup>278</sup> V. Pizzoferrato, *Il trasferimento d'azienda nelle imprese in crisi*, in *QL, Il trasferimento d'azienda*, 2004, 154.

<sup>279</sup> Mi riferisco, in particolare, all'amministrazione straordinaria ex d.lgs. n. 270/1999, rispetto alla quale il legislatore ha usato una terminologia inequivoca per definire, già nelle disposizioni generali, le "finalità conservative del patrimonio produttivo" dell'impresa insolvente, "mediante prosecuzione, riattivazione o riconversione delle attività imprenditoriali" (v. Villani, *Trasferimento d'azienda*, cit., 134).

<sup>280</sup> V. Villani, *Trasferimento d'azienda*, cit., 134; Corte di giustizia 7 dicembre 1995, causa C-472/93, *Spano*, in *Foro it.*, 1996, IV, 205, con nota di Cosio.

carattere dell'insolvenza, siano finalizzate esclusivamente alla liquidazione del patrimonio aziendale, a prescindere dalla continuazione dell'attività.

### ***2.5.1 Procedure di insolvenza e liquidazione del patrimonio***

La prima ipotesi derogatoria alle disposizioni generali contenute nella direttiva n. 2001/23, *ex* articoli 3 e 4, è fissata dall'art. 5, par. 1, della stessa norma comunitaria n. 2001/23 e riguarda le imprese assoggettate a fallimento o a una procedura di insolvenza, a condizione però che gli stessi procedimenti concorsuali si caratterizzino per il fatto di svolgersi sotto il controllo di un'autorità pubblica competente e di essere finalizzati alla liquidazione del patrimonio dell'impresa per il mero soddisfacimento delle pretese dei creditori. In effetti, in ragione di questa prima fattispecie derogatoria, è possibile escludere, nell'ambito di un fenomeno traslativo aziendale e lasciando comunque salva la facoltà per gli Stati membri di poter decidere in senso più favorevole per i lavoratori, la prosecuzione dei rapporti di lavoro presso il cessionario (art. 3.1, c. 1)<sup>281</sup>, l'applicazione del principio della responsabilità solidale tra cedente e cessionario rispetto agli obblighi derivanti dal rapporto di lavoro e preesistenti al trasferimento (art. 3.1, c. 2), l'obbligo per il cessionario di rispettare le condizioni di lavoro risultanti dai contratti collettivi applicati dal cedente fino alla loro scadenza (art. 3.3), il mantenimento a favore dei lavoratori trasferiti dei regimi di previdenza complementare (art. 3.4), nonché, infine, la condizione che il trasferimento non possa costituire *ex se* motivo di licenziamento dei lavoratori (art. 4).

La particolarità della disposizione, che recepisce, ampliandoli, gli orientamenti della Corte di giustizia europea, sta nel fatto che i diritti individuali dei lavoratori non trovano applicazione per la mera circostanza che la procedura sia aperta in vista della liquidazione dei beni del cedente, non richiedendo l'ulteriore requisito della non continuazione dell'attività o della sua cessazione<sup>282</sup>, in ragione del fatto che, appunto, l'unica conseguenza possibile è la disgregazione del patrimonio aziendale.

Tanto più che, anche rispetto a un modello concorsuale liquidatorio, la continuazione dell'attività produttiva può essere strumentale a esso, e può rappresentare una valida opportunità per la migliore, ancorché non immediata, soddisfazione dei creditori<sup>283</sup>.

---

<sup>281</sup> Sull'interpretazione dell'art. 3.1, cfr. sentenza *D'Urso*, cit., punto 1 delle conclusioni.

<sup>282</sup> V. Nuzzo, *Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro*, cit., 164.

<sup>283</sup> V. Caiafa, *La nuova direttiva sull'insolvenza del datore di lavoro*, cit., 4.

E' vero anche che, diversamente dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, la norma comunitaria si è limitata a circoscrivere la deroga unicamente agli art. 3 e 4 della direttiva, e non a tutte le sue prescrizioni, come emerge appunto dalle conclusioni della sentenza D'Urso<sup>284</sup>, quasi a voler corroborare la tesi secondo cui, rispetto alle sole procedure concorsuali liquidatorie, tutto può rientrare nel concetto di trasferimento d'azienda insolvente e, quindi, anche una varietà di beni aggregati senza alcun criterio di idoneità e funzionalità rispetto all'esercizio di una determinata attività.

Nel merito, premesso che è abbastanza chiara la portata delle deroghe all'art. 3, non può certamente dirsi la stessa cosa rispetto all'art. 4.

La possibilità che il trasferimento possa costituire un giustificato motivo oggettivo di licenziamento, è una caratteristica esclusiva solo di questa prima fattispecie derogatoria, rispetto alla quale, come è stato giustamente evidenziato dalla dottrina, non esiste, in giurisprudenza, alcun pronunciamento.

Pertanto, volendoci addentrare nella questione, ritengo *in primis* che la disapplicazione del paragrafo 2 dell'art. 4, sia comprensibile e giusta in quanto non è corretto attribuire al datore di lavoro fallito la colpa del potenziale peggioramento delle condizioni di lavoro del lavoratore trasferito, cosicché le eventuali dimissioni del prestatore non potranno essere qualificate per giusta causa, evitando, in tal modo, un aggravamento degli oneri della procedura<sup>285</sup>.

*In secundis*, ritengo altrettanto logica e giustificabile, tenuto conto della *ratio* della normativa in deroga, la disapplicazione anche del paragrafo 1 dello stesso art. 4 che, come abbiamo già visto a proposito dell'analisi dell'art. 2112 c.c., attiene appunto al divieto di licenziamento motivato dal trasferimento<sup>286</sup>.

Infatti, seguendo un'interpretazione sistematica e teleologica, penso che questa specifica previsione in deroga coincida, ed è coerente, anche con la finalità perseguita dalla procedura concorsuale che, pur se squisitamente liquidatoria, può consistere nel salvataggio del complesso aziendale, o parte di esso, attraverso la sua circolazione, nella misura in cui, sia chiaro, la cessione non comprometta il soddisfacimento dei creditori concorsuali che, anzi, possono vedere rafforzate nel trasferimento le possibilità di liquidazione delle proprie posizioni creditorie.

Invero, è stato evidenziato in dottrina che, tra gli esiti della regolazione della crisi, *la cessione dell'azienda costituisce un modo alternativo di liquidazione che, con la conservazione dell'organismo produttivo, consente nel contempo un più fruttuoso realizzo del patrimonio dell'insolvente e la tutela anche di altri*

---

<sup>284</sup> Cfr. sentenza D'Urso, cit., punto 2 delle conclusioni.

<sup>285</sup> V. Menghini, *I contratti di lavoro*, cit., 610-611.

<sup>286</sup> *Contra*, v. Menghini, *I contratti di lavoro*, cit., 610.

*interessi coinvolti nel dissesto*, quale quello, tra i diversi, dei dipendenti rispetto alla conservazione del posto di lavoro<sup>287</sup>.

Quindi, in tale direzione, il fatto di poter ricorrere a riduzioni dei livelli occupazionali in ragione del trasferimento, senza alcun rischio di contenzioso, *rectius* oneri per la procedura in caso di illegittimità dei licenziamenti, incidendo positivamente sull' economicità aziendale, assume una valenza strategica non indifferente ai fini del buon esito della stessa operazione traslativa.

Del resto, la circostanza che la circolazione dell'azienda possa giocare un ruolo determinante ai fini della sua conservazione, anche nel caso del fallimento, è attestata dalla previsione, nell'ambito della legge fallimentare, di una regolamentazione *ad hoc* in materia di affitto e vendita d'azienda, rispettivamente con gli artt. 104 bis e 105 l.f., avendo appunto il legislatore carpito, negli stessi fenomeni, un vantaggio competitivo per tutti i soggetti coinvolti, siano essi i creditori che i lavoratori occupati.

Diversamente, un' eventuale posizione ostativa alla deroga all'art. 4, par. 1, rappresentando indubbiamente un ostacolo all'eventuale e auspicabile cessione dell'azienda, nel senso innanzi illustrato, non garantirebbe alcuna altra prospettiva ai lavoratori subordinati se non quella dei licenziamenti collettivi, tra l'altro neanche più eventualmente preceduti dalla collocazione in C.i.g.s. *concorsuale*, ex art. 3 della l. n. 223/1991.

Infatti, tenuto conto delle recenti modifiche, l'ammortizzatore sociale straordinario, contrariamente al passato, è attivabile solo quando sussistano valide prospettive di continuazione o di ripresa dell'attività in uno con la salvaguardia, anche parziale, dei livelli di occupazione<sup>288</sup>, che, secondo i diversi e alternativi criteri oggettivi stabiliti dal Ministero del lavoro con decreto 4 dicembre 2012, ricorrono, tra i vari, anche in presenza di cessione, totale o parziale, ovvero di affitto a terzi dell'azienda o di rami di essa<sup>289</sup>.

Infine, *a fortiori* del ragionamento che vede possibile la deroga al divieto di licenziare in ragione dell'operazione traslativa, rileva anche la circostanza che se il legislatore europeo avesse voluto limitare la disapplicazione al solo art. 4, par. 2, lo avrebbe fatto espressamente, non richiamando, come invece ha fatto, nel testo dell'art. 5, par. 1, la disapplicazione *tout court* dell'art. 4.

---

<sup>287</sup> V. Guglielmucci, *Diritto fallimentare*, Giappichelli, 2008, 14.

<sup>288</sup> V. art. 46 bis, c. 1, lett. h), d.l. 22 giugno 2012, n. 83 (conv. dalla l. 7 agosto 2012, n. 134).

<sup>289</sup> Decreto pubblicato sulla G.U. n. 28 del 2 febbraio 2013.

### 2.5.1.1. (segue): punti di contatto con la normativa interna

Rispetto a quest'ultimo punto e alle connesse considerazioni elaborate, nonché considerando l'ampiezza della deroga, il contenuto della disposizione interna è coerente con la norma europea laddove, a norma dell'art. 47, c. 5, nel prevedere la totale disapplicazione dell'art. 2112 c.c., fa sì che gli effetti derogatori si riversino anche sulla previsione del comma 4 della norma codicistica, per cui il trasferimento può costituire *ex se* un giustificato motivo di licenziamento.

Non solo. Ulteriori convergenze della norma interna su quella comunitaria si ravvisano anche in altri passaggi quali, sul piano individuale, la disapplicazione del principio della continuazione del rapporto di lavoro – anche se il concetto della *continuazione* usato in maniera impropria dal legislatore interno non deve indurci in errore, dovendolo leggere in senso a-tecnico e non giuridico<sup>290</sup> –, nonché della solidarietà tra cedente e cessionario per i crediti maturati fino all'atto del trasferimento, la possibilità di non dover riconoscere, fino alla loro scadenza, i trattamenti collettivi applicati dal cedente, indipendentemente quindi dal fatto che il cessionario applichi o meno un suo contratto, e, infine, il non aver previsto, come invece avrebbe potuto fare, la procedura per la notifica da parte del cedente dei diritti e obblighi da trasferirsi al cessionario e il trasferimento di diritti connessi a prestazioni di previdenza complementare.

Per quanto riguarda, in particolare, il meccanismo della continuazione del rapporto di lavoro, da un punto di vista squisitamente operativo, ci si chiede se i lavoratori che passano senza soluzione di continuità alle dipendenze del cessionario debbano essere preventivamente licenziati dal cedente. Sul punto non si ravvisa nella norma – sia interna che comunitaria - un obbligo in tal senso, per cui la cessazione del rapporto di lavoro e la successiva immediata riassunzione *ex novo* del lavoratore trasferito si realizzano *ex lege* non appena viene posto in essere il trasferimento secondo i termini fissati dall'accordo sindacale, non dovendosi, quindi, porsi neanche il problema del preavviso non trattandosi di licenziamento<sup>291</sup>.

---

<sup>290</sup> In particolare, la dottrina ha rilevato che la dizione "...il ...rapporto di lavoro continua" significa non che il rapporto di lavoro con il cedente prosegue giuridicamente con il cessionario, ma che a proseguire sono solo le prestazioni di lavoro rese presso la stessa azienda, cosicché il rapporto di lavoro con il cedente si interrompe e ne inizia uno nuovo con il cessionario (v. Menghini, *I contratti di lavoro*, cit., 638-639; Fimmandò, *Fallimento e circolazione dell'azienda socialmente rilevante*, Giuffrè, 2000, 324; Villani, *Il trasferimento dell'azienda nell'impresa in crisi e nelle procedure concorsuali*, in *Nuove leggi civ. comm., Disposizioni in tema di trasferimento d'azienda*, 1992, 667; cfr. Cass. 13 novembre 2009, n. 24093).

<sup>291</sup> V. Menghini, *I contratti di lavoro*, cit., 644. *Contra*, in ragione della necessità di stipulare un contratto di assunzione, A. Corrado, D. Corrado, *I rapporti di lavoro nel fallimento*, Giappichelli, 2007, 242. Circa le valutazioni critiche al meccanismo, v. Bellè, *Il concordato preventivo*, in Aprile, Bellè, *Diritto concorsuale del lavoro*, cit., 283 ss..

Del resto questa visione è coerente anche con la prima conclusione a cui è giunta la Corte europea con la sentenza *D'Urso* che, nel fornire, potremo definirla, un'interpretazione autentica dell'art. 3, par. 1, della direttiva n. 77/187, il cui contenuto è pressoché identico a quello dell'art. 3, par. 1, della direttiva di ultima generazione, ha stabilito che “*tutti i contratti o i rapporti di lavoro esistenti alla data del trasferimento di un'impresa (...) si trasmettono ipso jure al cessionario per il solo fatto del trasferimento*”.

Quanto, invece, all'ambito di applicazione soggettivo delle deroghe, ossia alla tipologia di procedura concorsuale, viene naturale l'accostamento e, dunque, la legittimità europea dell'art. 47, c. 5, l. n. 428/1990 rispetto al fallimento, alla liquidazione coatta amministrativa e al concordato preventivo con cessione dei beni<sup>292</sup>, in quanto trattasi di istituti squisitamente improntati su una logica liquidatoria e garantista delle ragioni creditorie, ma non certamente alle ulteriori e prevalenti modalità del concordato preventivo<sup>293</sup> e all'amministrazione straordinaria, in quest'ultimo caso in ragione delle sue particolarità anche successive alla riforma *ex d.lgs. n. 270/1999*<sup>294</sup>.

Infatti, rispetto a quest'ultima procedura di insolvenza, il fatto di includerla nell'ambito del comma 5 aveva un senso, coerentemente con il principio enunciato dalla Corte europea con la sentenza *D'Urso*, in vigenza della sua vecchia disciplina *ex l. n. 95/79* (c.d. legge *Prodi*) e, comunque, solo nella misura in cui lo stesso procedimento non si fosse caratterizzato per la continuazione dell'attività, tale da garantire all'azienda una sua attività futura.

Ma il discorso è cambiato, come vedremo meglio *infra*, con l'avvento della nuova regolamentazione dell'istituto concorsuale, dettata dal d.lgs. n. 270/1999 ma, anche, da ulteriori sue peculiari evoluzioni, per cui la disciplina in deroga *ex art. 47, c. 5*, rispetto alla nuova versione della procedura, non ha più avuto ragione di esistere<sup>295</sup>.

---

<sup>292</sup> V. art. 182 l.f.. Si tratta della forma residuale concordataria, alla stregua della *cessio bonorum* (cfr. Cass. 11 agosto 2000, n. 10738), in ragione della quale non sarà possibile prevedere altro che la liquidazione *atomistica* dei singoli beni, senza alcuna valorizzazione sistemica di tutti o di parte degli stessi beni (v. AA.VV., *Il nuovo concordato preventivo a seguito della riforma*, in *I quaderni della scuola di Alta formazione*, ODCEC Milano, 2012, n. 43, 9 ss., 17). Sulla circostanza che la particolare modalità concordataria non è più assimilabile all'istituto della *cessio bonorum*, v. Bozza, *La fase esecutiva del concordato preventivo con cessione dei beni*, in *Fa*, 7, 2012, 768.

<sup>293</sup> In ragione della riforma fallimentare iniziata nel 2005, l'istituto concorsuale, da mero strumento liquidatorio, ha assunto le vesti di modalità risanatoria del complesso aziendale, giusta relazione illustrativa al d.l. 14 marzo 2005, n. 35 (conv. in l. 14 maggio 2005, n. 80) che definisce il concordato preventivo come “*lo strumento attraverso il quale la crisi dell'impresa può essere risolta anche per mezzo di accordi stragiudiziali che abbiano a oggetto la ristrutturazione dell'impresa*” (v. Dalmasso di Garzegna, *Il concordato delle società*, in *Il caso.it*, 22 aprile 2013, 14).

<sup>294</sup> Così, anche, Villani, *Trasferimento di azienda*, cit., 145; Pizzoferrato, *Il trasferimento d'azienda nelle imprese in crisi*, cit., 159.

<sup>295</sup> V. Nuzzo, *Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro*, cit., 164; Menghini, *I contratti di lavoro*, cit., 612.

Merita, inoltre, di essere sottolineata anche la posizione dei nostri giudici circa la congruità della norma italiana alla direttiva comunitaria, riguardo alla fattispecie del concordato preventivo con cessione di beni.

Ebbene, anche se in maniera poco comprensibile, la Corte nell'evidenziare la finalità liquidatoria della procedura nonché la conformità della nostra novella rispetto alla norma sovranazionale, anziché richiamare, ai fini della legittimità della deroga interna, il par. 1 dell'art. 4 bis, della direttiva n. 98/50, fa riferimento alla lettera b), evidentemente del par. 2, che invece, come vedremo *infra*, interessa le imprese assoggettate a una procedura di insolvenza non finalizzata alla liquidazione del patrimonio aziendale, la cui ricorrenza determina *per relationem* solo la possibile disapplicazione *rectius* modifica delle condizioni di lavoro, non interessando quindi tutte le altre garanzie individuali apprestate dalla direttiva, come invece stabilisce, per il caso di specie, l'ordinamento interno con l'art. 47, c. 5<sup>296</sup>.

Ciò a dimostrazione della difficile opera interpretativa degli operatori del diritto delle previsioni comunitarie per cui, volendo attualizzare la posizione degli Ermellini, il richiamo all'art. 4 bis, lett. b), della direttiva n. 98/50, può trovare una sua logica solo se si tiene conto delle recenti modifiche che hanno interessato la stessa procedura concordataria, in ragione delle quali il concordato preventivo ha acquisito la fisionomia di procedimento deputato principalmente a risolvere e superare le situazioni di crisi d'impresa, attraverso un accordo tra imprenditore e creditori, sempre sotto la vigilanza dell'autorità giudiziaria, cosicché la modalità liquidatoria con cessione dei beni assume carattere residuale<sup>297</sup>.

Sul piano, invece, delle tutele collettive, ulteriori punti di contatto tra i due livelli normativi si ravvisano laddove la norma interna non solo rimanda ai primi commi dell'art. 47, onde richiamare le regole in materia di informazione e consultazione dei rappresentanti dei lavoratori, ma sancisce, questa volta *ad abundantiam* riguardo al legislatore comunitario, anche l'obbligo del raggiungimento di un accordo sindacale trilaterale, tra cedente, cessionario e organizzazioni sindacali dei lavoratori, apprestando così una normativa di vantaggio per i prestatori di lavoro subordinato, vista sempre con favore da qualunque ordinamento, non solo comunitario<sup>298</sup>, e per questo non fautrice di problemi di legittimità.

---

<sup>296</sup> Cfr. Cass. 12 maggio 1999, n. 4724.

<sup>297</sup> Per un approfondimento del particolare istituto nella modalità liquidatoria, v. Fauda, *Il piano proposto dall'impresa in crisi*, in AA.VV. (a cura di), *Il fallimento e altre procedure concorsuali*, Ipsa, 2013, 530-531.

<sup>298</sup> V. art. 8 dir. n. 2001/23.

### 2.5.2 Procedure di insolvenza conservative e pre-fallimentari

Veniamo, ora, alla seconda previsione derogatoria fissata dall'art. 5, par. 2, della direttiva n. 2001/23, tenendo ben presente le maggiori difficoltà legate alla sua corretta interpretazione della norma<sup>299</sup>, le quali possono trovare un minimo di dipanamento solo facendo ricorso a un criterio di tipo sistematico e teleologico.

Ma vediamo, *in primis*, quali sono gli effetti lavoristici, sul piano delle tutele individuali, che discendono dalla particolare ipotesi in deroga.

In tutte quelle situazioni ascrivibili alla fattispecie in commento, non comportando la disapplicazione *tout court* delle garanzie individuali fissate dalla direttiva, bensì trovando le stesse in linea di principio ricorrenza, sarà possibile, in ragione della specifica previsione e secondo precise condizioni, incidere solo su alcune di esse, quali la solidarietà tra cedente e cessionario<sup>300</sup> e, in alternativa o in aggiunta, la conservazione delle condizioni di lavoro dei lavoratori, il tutto al fine di salvaguardare i livelli occupazionali<sup>301</sup>, ma non certamente sulle previsioni contenute nell'art. 4 della direttiva, relative all'illegittimità dei licenziamenti giustificati dal trasferimento d'azienda.

E' evidente, anche in questo caso, l'intenzione del legislatore che consiste nel cercare di rendere quanto più conveniente possibile il subentro del cessionario in un'azienda insolvente, a prescindere dalla finalità liquidatoria della procedura, accordando però, questa volta, alle parti coinvolte meno opportunità di manovre in deroga.

Infatti, premesso che anche in questo caso è richiesta la condizione che le procedure siano soggette al controllo di un'autorità pubblica competente, le deroghe, tassative e parziali, sono però concesse purché esistano specifiche forme di garanzia, concorrenti o alternative, rappresentate dalla protezione dei crediti di lavoro dei lavoratori subordinati maturati anteriormente al trasferimento attraverso l'accollo di un soggetto terzo (fondo di garanzia)<sup>302</sup> e

---

<sup>299</sup> Non può trascurarsi il fatto che le questioni terminologiche collegate alle diverse versioni linguistiche degli atti comunitari hanno sovente creato problemi di cui le istituzioni comunitarie sono consapevoli (v. Pelaggi, *Trasferimento d'azienda nelle imprese in crisi, potere di recesso del cedente e del cessionario ed effetti del licenziamento illegittimo alla luce della giurisprudenza comunitaria*, in *MGL*, 1998, 6, 623, a commento della sentenza *Dassy*, cit.).

<sup>300</sup> V. art. 5, par. 2, lett. a), dir. n. 2001/23.

<sup>301</sup> V. art. 5, par. 2, lett. b), dir. n. 2001/23.

<sup>302</sup> Nell'ordinamento nazionale il Fondo di garanzia – al cui finanziamento partecipa anche il datore di lavoro con il versamento di un contributo pari allo 0,20% della retribuzione imponibile – è gestito dall'Inps, e interviene per la liquidazione del TFR e dei crediti relativi agli ultimi tre mesi del rapporto di lavoro (v. art. 2 della l. 29 maggio 1982, n. 297; artt. 1, 2 e 4 del d.lgs. 27 gennaio 1992, n. 80, emanato in attuazione della direttiva n. 80/987/Cee in materia di tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro; d.lgs. 19 agosto 2005, n. 186, emanato in attuazione della direttiva n. 2002/74/Ce concernente la tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro.

dalla stipula di un accordo collettivo che comporti “*modifiche delle condizioni di lavoro dei lavoratori intese a salvaguardare le opportunità occupazionali garantendo la sopravvivenza dell’impresa, dello stabilimento o di parti di imprese o di stabilimenti*”<sup>303</sup>.

Per cui, in presenza del primo strumento di garanzia connesso ai crediti di lavoro, la direttiva permette di incidere sul principio solidaristico, nonché, in virtù della sottoscrizione di un accordo trilaterale tra cedente, cessionario e rappresentanti dei lavoratori, sul piano dei trattamenti collettivi applicati dal cedente agli stessi lavoratori.

Analizzato, quindi, in linea generale l’oggetto delle deroghe, rimandando oltre per un ulteriore approfondimento nel merito, cerchiamo ora di comprendere il loro ambito soggettivo, così da consentire, poi, la verifica della legittimità delle particolari previsioni nazionali derogatorie alla luce del *diktat* del legislatore europeo.

Ecco che, allora, diventa necessario soffermarsi sull’espressione utilizzata dal legislatore comunitario “*indipendentemente dal fatto che la procedura sia stata aperta in vista della liquidazione dei beni del cedente stesso*”, in virtù della quale viene attestata l’inconferenza, a differenza della prima fattispecie derogatoria, della finalità liquidatoria della procedura.

Certo è che trovare un senso logico all’inciso non è impresa facile, tant’è vero che in dottrina, sul punto, si sono sviluppate le più disparate e particolari interpretazioni<sup>304</sup>, a dimostrazione della oggettiva difficoltà di collocare pragmaticamente l’affermazione, nonché della sua possibile lettura sotto vari punti di vista, alcuni condivisibili, altri un po’ meno, soprattutto quando si è voluto individuare la chiave di volta nell’elemento della continuazione dell’attività.

In questa direzione, non è possibile pensare che, considerando ininfluente l’obiettivo liquidatorio della procedura, allora diventa strategico e dirimente, ai fini della ricorrenza della prima o della seconda fattispecie derogatoria, la semplice autorizzazione dell’attività<sup>305</sup>.

---

Per un *excursus* storico in dottrina, v. Caiafa, *La nuova direttiva sull’insolvenza del datore di lavoro*, cit., 6 ss.; A. Corrado, D. Corrado, *I rapporti di lavoro nel fallimento*, cit., 241 e 337 ss; nella prassi amministrativa, v. circ. Inps 15 luglio 2008, n. 74. Sull’esclusione dell’intervento del Fondo di garanzia, cfr. Cass. 10 luglio 2006, n. 15644; Cass. 21 giugno 2006, n. 14312).

<sup>303</sup> V. Pizzoferrato, *Il trasferimento d’azienda nelle imprese in crisi*, cit., 154. A dire il vero, l’Autore parla di forme di garanzia alternative, ma in effetti, se leggiamo attentamente la norma, le stesse possono anche concorrere, permettendo così la ricorrenza contemporanea di entrambe le deroghe ivi contenute, in quanto la direttiva le separa utilizzando le congiunzioni semplici *e* ed *o*.

<sup>304</sup> Per un’analisi dettagliata, v. Menghini, *I contratti di lavoro*, cit., 613-619.

<sup>305</sup> Secondo l’Autore, “*applicare al fallimento e alle altre analoghe procedure liquidative il discrimine fra continuazione o meno dell’attività è (...) frutto di un equivoco se mutuato dall’elaborazione giurisprudenziale della Corte di giustizia*” (v. Villani, *Trasferimento d’azienda*, cit., 142).

Infatti, se così fosse, si avrebbe che la prima ipotesi in deroga ricorrerebbe quando, pur trattandosi di procedure di insolvenza, non sia stata decisa la continuazione dell'attività; viceversa, la seconda opzione derogatoria si applicherebbe non solo in presenza di una procedura di insolvenza non liquidatoria, ma anche nel caso in cui, pur essendo il procedimento liquidatorio, sia stata autorizzata la prosecuzione dell'attività<sup>306</sup>.

Una simile interpretazione dell'inciso normativo non può assolutamente condividersi, né rispetto alla prima fattispecie derogatoria, *ex art. 5, par. 1*, in ragione del fatto che il legislatore comunitario non ha mai condizionato la finalità liquidatoria alla prosecuzione dell'attività, attraverso un esplicito richiamo nel testo della norma dell'elemento dell'autorizzazione dell'attività, e coerentemente alla sentenza *Abels*<sup>307</sup>, né tantomeno alla seconda ipotesi in deroga, *ex art. 5, par. 2*, perché anche in questo caso sarebbe stato logico un chiaro richiamo del legislatore alla continuazione dell'attività, dando così attuazione del principio fissato con la sentenza *D'Urso*, laddove i giudici considerarono applicabili le tutele fissate dalla direttiva in materia di trasferimento d'azienda qualora la procedura di insolvenza, nel caso di specie l'amministrazione straordinaria, pur essendo in teoria liquidatoria, in realtà poteva anche non realizzare lo scopo, proprio in ragione della ricorrenza dell'elemento della continuazione dell'attività, che assicurava al contrario la conservazione del complesso aziendale.

Rispetto alla prima fattispecie in deroga, la critica mossa è in linea pure con quella parte maggioritaria della dottrina che ritiene, riferendosi al fallimento, e dunque a una procedura strutturalmente liquidatoria per antonomasia, l'eventuale continuazione dell'attività, anche attraverso l'autorizzazione all'esercizio provvisorio, ininfluenza rispetto all'obiettivo del procedimento<sup>308</sup>, che anzi, al contrario, lo rafforza e, potremmo aggiungere, lo agevola, in quanto volta alla migliore liquidazione del patrimonio del fallito<sup>309</sup>, con il precipuo obiettivo di soddisfare più compiutamente il ceto creditorio.

Riguardo, invece, alla seconda ipotesi derogatoria, la scelta del legislatore di non considerare il criterio giurisprudenziale della continuazione dell'attività,

---

<sup>306</sup> V. Carabelli, Veneziani, *Il trasferimento di azienda in Italia*, cit., 146-149.

<sup>307</sup> V. Nuzzo, *Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro*, cit., 164.

<sup>308</sup> V. Aniballi, *Il trasferimento di "ramo d'azienda" nel fallimento e nell'amministrazione straordinaria: compatibilità della disciplina italiana con la normativa europea*, cit., 370; Nonno, *Commento sub art. 105*, in Ferro (a cura di), *La legge fallimentare*, Cedam, 2011, 1234; A. Corrado, D. Corrado, *I rapporti di lavoro nel fallimento*, cit., 237; Villani, *Trasferimento di azienda*, cit., 142,145.

<sup>309</sup> Cfr. Cass. 9 gennaio 1987, n. 71. In particolare, la Corte afferma che l'esercizio provvisorio "non è configurabile come trasferimento di azienda dell'imprenditore fallito al curatore fallimentare" e "non ha la finalità di conservare l'azienda e di gestire l'impresa coi normali criteri, né ha lo scopo di risanamento aziendale (...), ma esclusivamente quello di consentire una liquidazione dell'impresa a condizioni più favorevoli".

non lascia per niente perplessi, tant'è che la presa di posizione dei giudici europei è stata precedente all'entrata in vigore della direttiva n. 98/50, per cui è lecito pensare che, coscientemente, il legislatore comunitario abbia voluto allentare *ex post* il principio della propria magistratura, quale frutto di un equivoco<sup>310</sup>, in ragione del fatto che non solo la finalità del risanamento può comunque tornare utile per avvalorare questioni di interesse pubblico ma, inoltre, si tratta, pur sempre, di procedure soggette a un particolare controllo da parte dell'autorità pubblica competente, la cui mancanza è stata infatti una delle cause che ha portato la Corte di giustizia a escludere la legittimità delle deroghe nel caso specifico della situazione di grave crisi economica<sup>311</sup>.

Inoltre, *a fortiori* del fatto che l'autorizzazione dell'attività non può essere dirimente rispetto alla corretta interpretazione dell'inciso europeo, rileva la circostanza che il legislatore comunitario, anche con l'art. 2 della direttiva comunitaria 22 ottobre 2008, n. 94 in materia di insolvenza, nel precisare che le procedure concorsuali si caratterizzano per l'insolvenza del datore di lavoro, tali da comportare lo spossessamento parziale o totale dell'imprenditore e la designazione di un curatore, non ha richiesto ai fini della loro qualificazione l'ulteriore requisito della continuazione dell'attività<sup>312</sup>, non lasciando così all'interprete alcun margine di previsione di una eventuale sottocategoria tipologica che si sarebbe venuta a caratterizzare appunto per le modalità di liquidazione del patrimonio del debitore<sup>313</sup>.

Quindi, in definitiva, non è corretto legare il concetto di insolvenza, o anche di crisi, a quello della continuazione dell'attività, per il semplice fatto che le due diverse espressioni di difficoltà economico-finanziaria riguardano la posizione dell'imprenditore e non certamente l'esercizio dell'impresa, tant'è che in questo modo il legislatore fallimentare tiene ben distinto l'inadempimento dell'imprenditore dall'esercizio dell'impresa, riqualificando quest'ultimo<sup>314</sup>.

Tanto premesso, e dato per assodato che la presenza o meno dell'elemento della continuazione dell'attività non ci aiuta a dipanare la questione, ecco che allora diventa preferibile, da un punto di vista metodologico, seguire un processo logico che non può prescindere dalla *voluntas legis* connessa all'introduzione, da parte del legislatore comunitario, delle specifiche fattispecie in deroga.

In quest'ottica, pertanto, è propedeutico e utile richiamare il contenuto del settimo *considerando* contenuto nella direttiva n. 98/50, con il quale viene posto in risalto la necessità di garantire la sopravvivenza di imprese insolventi,

---

<sup>310</sup> V. Villani, *Trasferimento di azienda*, cit., 142.

<sup>311</sup> Cfr. sentenza *Dassy*, cit., punto 24.

<sup>312</sup> V., anche, art. 2, lett. c), regolamento 29 maggio 2000, n. 1346.

<sup>313</sup> V. Villani, *Trasferimento di azienda*, cit., 142.

<sup>314</sup> AA.VV., *Il nuovo concordato preventivo a seguito della riforma*, cit., 60.

*sic et simpliciter*, principio poi ribadito, a dimostrazione della sua rilevanza, nel testo del paragrafo 2, lett. b), dell'art. 4 bis, e ulteriormente integrato con la necessità di salvaguardare anche i livelli occupazionali.

Per cui, per il perseguimento di tali obiettivi e in ragione degli stessi, il legislatore ha comunque ritenuto opportuno operare una distinzione, esclusivamente ai fini dell'entità delle deroghe, tra procedure meramente liquidatorie e procedure con finalità di risanamento e di conservazione<sup>315</sup>, coerentemente rappresentate, rispettivamente, dalle due specifiche fattispecie derogatorie, *ex art. 5, par. 1*, ed *ex art. 5, par. 2*, manifestando in questo modo la volontà di non voler escludere da una potenziale derogabilità quei procedimenti che, seppure di insolvenza, non determinano la liquidazione dei beni del cedente.

In più, oltre al metodo teleologico, l'assunto, posto tra parentesi, deve essere interpretato anche per mezzo del ricorso a un criterio sistematico, attraverso cioè una lettura combinata dei primi due paragrafi dell'art. 5, per cui sembra possibile sostenersi che l'elemento da considerare ai fini della ricorrenza della prima o della seconda ipotesi in deroga sia rappresentato, semplicemente e rispettivamente, dal carattere liquidatorio o meno della procedura, ritenendo quindi pleonastico il richiamo all'inconferenza della finalità liquidatoria, presente nell'ipotesi derogatoria *ex art 5, par. 2*<sup>316</sup>.

In definitiva, premesso che è condivisibile l'impostazione dottrinale secondo la quale l'inciso relativo all'indipendenza della procedura rispetto al fine liquidatorio non può essere letto nel senso che si viene a creare una sovrapposizione tra le prime due ipotesi in deroga, e, quindi, preso atto di un'infelice quanto contorta tecnica legislativa, quello che rileva, ai fini della distinzione tra le due autonome fattispecie derogatorie, non è tanto la natura, in astratto, liquidatoria o meno della procedura, quanto piuttosto il loro reale epilogo, liquidativo o di risanamento.

Pertanto, riconoscendo centralità al risultato effettivo dell'istituto concorsuale, quale criterio discriminante cooptato dall'indirizzo giurisprudenziale europeo, se il trasferimento dell'azienda avviene in un contesto squisitamente liquidatorio, allora troverà applicazione la fattispecie delle deroghe totali; viceversa, troveranno applicazione le deroghe parziali se il fenomeno circolatorio interesserà imprese assoggettate sia a una procedura priva *ab initio* del carattere liquidatorio, tale da rendere chiaro, fin dalla sua fase genetica, la

---

<sup>315</sup> Del resto ciò è conforme anche alla circostanza che per il legislatore comunitario, ai fini della definizione dello stato di insolvenza, bisogna includere "anche le procedure d'insolvenza diverse dalla liquidazione" (v. direttiva 2008/94/CE, quarto *considerando*).

<sup>316</sup> V. Menghini, *I contratti di lavoro*, cit., 614.

conservazione e il risanamento del complesso aziendale, sia a un procedimento rispetto al quale, a prescindere dalla finalità originaria, non è, a priori, astrattamente individuabile l'esito, liquidativo (o meno), così da comprendere, nella specifica ipotesi derogatoria, anche quelle procedure pre-fallimentari<sup>317</sup>.

Tra l'altro l'azione legislativa, come abbiamo avuto già modo di vedere, non è stata tale da giustificare e riconoscere alla seconda fattispecie derogatoria un trattamento di favore al pari di quello fissato per le procedure comportanti la *mera* liquidazione del patrimonio del debitore, tant'è vero che relativamente alle deroghe parziali sono stati fissati comunque dei limiti e delle condizioni, assenti nella prima fattispecie, basate sulla previsione, a seconda del tipo di intervento derogatorio, di specifiche forme di tutela, concorrenti o alternative, quali il Fondo di garanzia e l'obbligo di un accordo sindacale.

Un modo, comunque, anche rispetto a questa seconda fattispecie derogatoria, per avvalorare il principio del male minore, un comune denominatore tutte le volte che c'è di mezzo la necessità di limitare, per quanto possibile, i danni conseguenti a una decozione aziendale, sia in termini di caduta dei livelli occupazionali, sia in termini di aumento della spesa pubblica, in ragione di maggiori risorse necessarie per sostenere interventi di politiche passive del lavoro.

Principio che, è giusto chiarire, ha una sua valenza nella misura in cui è funzionale al fine precipuo che la procedura si pone, che è quello di salvaguardare il complesso dei beni, quale azienda, o parti di essa, purché il *core business* dell'impresa sia ancora valido ed efficace, ma non certamente l'imprenditore, che, solo in ragione del principale obiettivo del procedimento concorsuale, può trovare una sua indiretta tutela.

Altro elemento di criticità della seconda fattispecie derogatoria attiene, però, non solo all'*ambito soggettivo* delle deroghe in essa contenute, ma anche al significato da attribuire all'espressione "*modifiche delle condizioni di lavoro*" contenuta nella lett. b) dell' art. 5, paragrafo 2, e, dunque, al loro *ambito oggettivo* che, ricordiamolo, prescrivono, ai fini della loro praticabilità, il raggiungimento di un accordo sindacale trilaterale, ipotesi tra l'altro applicabile, per espresso rinvio, pure alla fattispecie di cui al successivo § 2.5.3. In particolare, sulla questione dell'ampiezza della deroga si sono sviluppate, in dottrina, due diverse opinioni ermeneutiche.

Una prima, di tipo estensivo, secondo la quale la disposizione va letta nel senso di consentire non solo modificazioni *in peius* del trattamento economico e

---

<sup>317</sup> V. Bellè, *Il concordato preventivo*, cit., 267 ss.; Pizzoferrato, *Il trasferimento delle imprese in crisi*, cit., 155; Menghini, *L'attenuazione delle tutele individuali dei lavoratori in caso di trasferimento di azienda di impresa in crisi o soggetta a procedure concorsuali dopo la direttiva 50/98 e il d.lgs. 270/99*, cit., 223; Nappi, *Negozi traslativi dell'impresa e rapporti di lavoro*, cit., 332.

normativo dei lavoratori, ma anche il passaggio parziale dei lavoratori occupati dal cedente, senza peraltro garantirgli la continuità giuridica del rapporto di lavoro, il tutto in considerazione della *ratio* della direttiva comunitaria, che è quella di salvaguardare le opportunità occupazionali in uno con la sopravvivenza dell'impresa<sup>318</sup>, e del fatto che l'obbligatorietà dell'accordo sindacale permette comunque di evitare abusi e utilizzi fraudolenti di cessioni agevolate<sup>319</sup>.

Una seconda, invece, di tipo restrittivo in virtù della quale, leggendo l'espressione "*modifiche delle condizioni di lavoro*" nel senso di limitare la deroga unicamente al trattamento economico e normativo in precedenza acquisito dai singoli lavoratori presso il cedente, non è consentito alle parti sociali di intervenire sulla continuità dei rapporti di lavoro e, quindi, sul *quantum* dei livelli occupazionali, che devono restare inalterati, in ragione del fatto che se il legislatore avesse voluto in tal senso, avrebbe potuto usare una terminologia più esplicita, aggiungendo al termine "modifiche" quello della "disapplicazione" della continuità del rapporto di lavoro, consentendo così alle parti del trasferimento di escludere parte dei lavoratori<sup>320</sup>.

Personalmente ritengo che questa seconda tesi sia la più plausibile, e ciò sotto un duplice profilo di ragioni, connesse fra di loro.

Il primo attiene al fatto che il legislatore comunitario, nel trattare la questione della tutela delle *condizioni di lavoro*, fa un esplicito richiamo ai contratti collettivi<sup>321</sup> che, con i trattamenti economici e normativi ivi previsti, integrano il contenuto del contratto individuale di lavoro, ma non individuano certamente la controparte del rapporto di lavoro, con ciò circoscrivendo la portata della previsione<sup>322</sup>.

Per cui, in questo senso, non mi sembra possibile, per le parti interessate dal trasferimento, e alla luce della giurisprudenza comunitaria, intervenire *in peius*, seppure attraverso accordi collettivi, su garanzie individuali sottratte alla

---

<sup>318</sup> V. Menghini, *I contratti di lavoro*, cit., 618; Pizzoferrato, *Il trasferimento d'azienda nelle imprese in crisi*, cit., 159 ss..

<sup>319</sup> V. De Luca Tamajo, Salimbeni, *Il trasferimento d'azienda*, cit., 1861.

<sup>320</sup> V. Lambertucci, *Trasferimento di azienda e problemi occupazionali*, cit., 407; Carabelli, Veneziani, *Il trasferimento di azienda in Italia*, cit., 148; Nappi, *Negozi traslativi dell'impresa e rapporti di lavoro*, cit., 352; Pelissero, *Il trasferimento di azienda fra diritto comunitario e diritto interno. L'individuazione della fattispecie*, in *RGL*, I, 1999, 828; La Terza, *Diritti dei lavoratori e trasferimento d'azienda*, in Amoroso, Di Cerbo, Maresca (a cura di), *Il diritto del lavoro*, Giuffrè, 2007, 875; Valentini, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, in Aprile, Bellè, *Diritto concorsuale del lavoro*, cit., 109; Caiafa, *Misure di prevenzione, procedure concorsuali e rapporti di lavoro*, in *DFSC*, 2012, 1, 99.

<sup>321</sup> V. art. 3, par. 3, dir. n. 2001/23.

<sup>322</sup> Così, anche, Undiemi, *La riforma fallimentare e la tutela dei lavoratori nel trasferimento di azienda in crisi: si accentua il contrasto tra diritto interno e diritto comunitario*, in Giureta, Università degli Studi di Palermo, 2010, VIII, 108.

disponibilità delle parti sociali quale appunto, nel caso di specie, la continuità del rapporto di lavoro, permettendo così di escludere dal passaggio al cessionario quei lavoratori considerati eccedentari<sup>323</sup>, alla stregua di quanto espressamente stabilito dall'opzione *ex art. 5, par. 1*.

In secondo luogo, va evidenziato che, in maniera addirittura più restrittiva<sup>324</sup>, è intervenuta recentemente la Corte di giustizia che, con la significativa sentenza dell'11 giugno 2009, causa C-561/07 con la quale l'Italia è stata condannata per essere venuta meno agli obblighi previsti dalla direttiva n. 2001/23 (*v. infra*), ha fornito una definizione *ad hoc* dell'assunto "*modifiche delle condizioni di lavoro*" contenuto implicitamente nell'art. 5, par. 3, affermando che esso non può essere inteso come una deroga specifica alla garanzia prevista dall'art. 3, par. 3, della direttiva n. 2001/23.

Così affermando, i giudici, nel precisare che l'art. 5, par. 3, non autorizza gli Stati membri a privare i lavoratori dei diritti loro garantiti dagli artt. 3 e 4 della direttiva, e nel fare riferimento ai diritti e agli obblighi del contratto collettivo del cedente e, dunque, al trattamento economico e normativo dei lavoratori, hanno stabilito che "*la modifica delle condizioni di lavoro presuppone che il trasferimento al cessionario dei diritti dei lavoratori abbia già avuto luogo*"<sup>325</sup>, con ciò, evidentemente, a voler significare appunto che l'intervento derogatorio non può tuttavia compromettere la continuità giuridica del rapporto di lavoro, essendo palese il richiamo alla lettera dell'art. 3, par. 1, della direttiva di seconda generazione.

#### ***2.5.2.1 (segue): profili di compatibilità del concordato preventivo e dell'accordo di ristrutturazione dei debiti con la disciplina comunitaria***

Partendo dalle osservazioni che precedono, abbiamo visto che non tutte le procedure di insolvenza perseguono il fine della disgregazione del patrimonio aziendale, con il precipuo obiettivo di soddisfare le pretese dei creditori concorsuali, ben potendo diversamente e, potremo aggiungere, prevalentemente rilevare l'aspetto del recupero del complesso aziendale, soprattutto in ragione della prosecuzione della sua attività.

Per cui, le fattispecie derogatorie *ex art. 5, par. 2, lett. a) e b)*, possono trovare una coerente rispondenza rispetto a quelle procedure di insolvenza non solo che

---

<sup>323</sup> V. sentenza *Spano*, cit., punto 31.

<sup>324</sup> V. Cester, *Due recenti pronunzie della Corte di Giustizia Europea in tema di trasferimento d'azienda. Sulla nozione di ramo d'azienda ai fini dell'applicazione della direttiva e sull'inadempimento della stessa da parte dello Stato italiano nelle ipotesi di deroga per crisi aziendale*, in *RIDL*, 2010, 1, 244.

<sup>325</sup> V. Corte di giustizia 11 giugno 2009, causa C-561/07, *Commissione vs. Repubblica italiana*, punto 46.

*ab origine* sono carenti della finalità liquidatoria, in ragione di una chiara finalità conservativa, ma anche che, nella loro fase iniziale, non consentono di prevedere la precipua finalità, ben potendo la stessa concretarsi in un esito liquidativo o meno, permettendo in tal modo di considerare anche i procedimenti pre-fallimentari miranti alla soluzione delle crisi temporanee.

In virtù di ciò, possiamo quindi sostenere che assume valore discrezionale tra le prime due fattispecie derogatorie il concreto atteggiarsi delle procedure concorsuali, potendo rilevare non solo l'aspetto genetico del procedimento, ma anche quello funzionale.

Traslando questi principi nel diritto interno è possibile ritenere che, dal punto di vista dell'*ambito soggettivo delle deroghe*, tralasciando, per il momento, la questione connessa alla situazione di crisi aziendale, il contenuto dell'art. 47, c. 4 bis, l. n. 428/1990 sia in linea con le indicazioni statuite dal diritto comunitario.

Infatti, considerato che, alla luce della filosofia fallimentare interna, propendono e si risolvono nella semplice liquidazione del patrimonio aziendale, per la migliore soddisfazione dei creditori, il fallimento, la liquidazione coatta amministrativa<sup>326</sup> e il concordato con cessione dei beni, quale formula concordataria residuale<sup>327</sup>, che conservano la struttura di procedimenti esecutivi<sup>328</sup>, si muove, invece, nella direzione che qui ci interessa, innanzitutto, l'amministrazione straordinaria, dato che è vero che si pone il precipuo obiettivo del risanamento e della conservazione aziendale, attraverso la continuazione dell'attività, così da garantire il diritto al lavoro *ex art. 4, c. 1, Cost.*, ma è altrettanto vero che la procedura ben potrebbe, sia in corso di svolgimento che alla fine, convertirsi in fallimento (*v. infra*).

In particolare, si tratta di una norma che è stata introdotta, nel nostro ordinamento lavoristico, dall'art. 19 quater del d.l. 25 settembre 2009, n. 135 (conv., con modif., in l. 20 novembre 2009, n. 166), emanato per dare attuazione alla sentenza di condanna del nostro Paese emessa dalla Corte di giustizia nel 2009, giusta causa C-561/07, in ragione del quale oltre a inserire il comma 4 bis nell'art. 47, ha portato nel suo ambito, estrapolandola dal comma

---

<sup>326</sup> Va precisato che il fallimento è affidato all'autorità giudiziaria, mentre la liquidazione coatta amministrativa all'autorità amministrativa.

<sup>327</sup> La cessione dei beni, nel concordato, si è trasformata da rigido schema tipicamente liquidatorio in mera modalità attuativa della proposta formulata, finendo per rivelarsi come "*un contenitore che può essere riempito in tanti modi diversi*". Di conseguenza, può essere compatibile anche col risanamento aziendale, nella forma della cessione *parziale* dei beni non funzionali all'attività d'impresa (*v. Bozza, La fase esecutiva del concordato preventivo con cessione dei beni*, cit., 767-768; Argenzio, *Il concordato preventivo in continuità*, in *Bri*, 2013, 2, 54).

<sup>328</sup> V. Guglielmucci, *Diritto fallimentare*, cit., 13.

5, la situazione di crisi aziendale, nonché l'amministrazione straordinaria con continuazione di attività<sup>329</sup>.

Disposizione che, poi, è stata successivamente integrata dall' art. 46 bis, c. 2, del d.l. 22 giugno 2012, n. 83 (conv., con modif., dalla l. 7 agosto 2012, n. 134), il quale, nel fissare misure in materia di accordi di lavoro, oltre ad apportare modifiche alla legge 28 giugno 2012, n. 92 (c.d. legge Fornero), ha ulteriormente ampliato le fattispecie soggettive beneficianti delle deroghe parziali, attraverso l'inclusione del concordato preventivo - valorizzandone così il ruolo, in linea col legislatore fallimentare, rispetto alla funzione recuperatoria *in bonis* dell'impresa -, pure nella modalità in *continuità aziendale*<sup>330</sup>, e dell'accordo di ristrutturazione dei debiti<sup>331</sup>, quali istituti concorsuali di risanamento dell'impresa attraverso la composizione negoziale della crisi<sup>332</sup>.

La diretta conseguenza di tali interventi emendativi è stata che, quando le intenzioni delle parti interessate dal trasferimento d'azienda, o rami di essa, consistono nel salvaguardare, almeno in parte, i livelli occupazionali, pur trovando (in astratto) applicazione l'art. 2112, le garanzie in esso contenute possono essere limitate secondo i termini stabiliti da un accordo sindacale.

Pertanto, può essere utile parlare, tecnicamente, di fattispecie di *flessibilizzazione* delle tutele lavoristiche, per tenerle distinte da quelle *derogatorie ex art. 47, c. 5*, proprio perché il punto di partenza, nel primo caso, è rappresentato dalla operatività delle regole poste dalla norma codicistica, salvo poi limarle secondo i criteri e le condizioni fissate non dal legislatore, ma dalle parti con l'accordo sindacale<sup>333</sup>.

Per quanto concerne, poi, la recente inclusione delle ultime due procedure tra quelle legittimanti la flessibilizzazione delle tutele lavoristiche, si ritiene che, facendo parte le stesse della famiglia dei procedimenti concorsuali<sup>334</sup> e quindi,

---

<sup>329</sup> V. art. 47, c. 4 bis, lett. a) e b), l. n. 428/1990.

<sup>330</sup> V. art. 186 bis l.f. Si tratta di una formula concordataria, introdotta recentemente dal d.l. n. 83/2012 (c.d. decreto crescita), finalizzata al superamento della crisi aziendale, al pari dell'amministrazione straordinaria, in ragione della quale la continuità aziendale ha ragione soprattutto per il salvataggio dei posti di lavoro e per evitare che l'interruzione dell'attività dell'impresa si riversi anche sui creditori (v. AA.VV., *Il nuovo concordato preventivo a seguito della riforma*, cit., 14).

<sup>331</sup> V. art. 47, c. 4 bis, lett. b bis) e b ter), l. n. 428/1990.

<sup>332</sup> In particolare, per quanto riguarda l'accordo di ristrutturazione dei debiti, si tratta di un istituto prefallimentare finalizzato alla soluzione di crisi temporanee (v. Manganelli, *Gestione delle crisi di impresa in Italia e negli Stati Uniti: due sistemi fallimentari a confronto*, in *Fa*, 2, 2011, nota 1, 130 ss.).

<sup>333</sup> V. Lambertucci, *Il trasferimento di azienda in crisi*, in *LG, Gli speciali*, 2010, 67.

<sup>334</sup> Rispetto agli accordi di ristrutturazione è dubbia, in dottrina, la loro qualificazione quali procedure concorsuali in senso tecnico, pur ammettendosi l'ipotesi di chi evidenzia la partecipazione a essi di tutti i creditori (v. Ferro, *Commento sub art. 182-bis*, in Ferro (a cura di), *La legge fallimentare*, Cedam, 2011, 2117). Nel senso di considerarli istituti concorsuali, v. Lo Cascio, *Crisi, continuità aziendale ed altri rimedi: criticità del nuovo sistema normativo*, in *Quotidiano Ipsos*, 29 agosto 2012.

in quanto tali, soggetti al controllo da parte dell'organo giudiziario, non si ravvisano da un punto di vista soggettivo elementi ostativi alla loro coerenza con le ipotesi derogatorie *ex art. 5, par. 2, lett. a) e b)*, direttiva n. 2001/23 e i principi giurisprudenziali europei<sup>335</sup>.

Va, però, correttamente evidenziato che, ai fini della legittima operatività della disciplina in deroga, è necessaria la ricorrenza, così da caratterizzare il requisito europeo del controllo giudiziario, dell'atto di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti<sup>336</sup>, ovvero, rispetto al concordato preventivo, della dichiarazione di apertura della procedura.

Da ciò emerge l'unica differenza lavoristica tra i due procedimenti, che consiste nel fatto che mentre nel caso del concordato, ai fini della possibile applicazione delle deroghe alle tutele individuali, in caso di trasferimento d'azienda, o rami di essa, l'accordo sindacale *erga omnes* può realizzarsi anche prima dell'omologa, ma comunque dopo l'apertura del procedimento<sup>337</sup>, nel caso degli accordi di ristrutturazione la flessibilizzazione delle garanzie può aversi, sempre attraverso un accordo trilaterale, ma solo dopo la loro omologazione da parte del Tribunale<sup>338</sup>, proprio perché, rispetto a quest'ultima procedura, è con il provvedimento di omologa che viene soddisfatto il requisito del controllo giudiziario.

Riguardo, però, alla procedura di concordato preventivo diventa necessario fare delle brevi osservazioni, onde poter comprendere, rispetto ad essa, quando ricorre la fattispecie derogatoria di cui all'art. 47, c. 5, l. n. 428/1990, ovvero quella della flessibilizzazione *ex art. 47, c. 4 bis*.

Bisogna, innanzitutto, evidenziare che l'inclusione dell'istituto concorsuale non solo tra le ipotesi soggettive di disapplicazione totale delle garanzie individuali *ex art. 2112 c.c.*, ma anche tra quelle caratterizzanti la loro possibile attenuazione, non rappresenta un errore normativo in virtù di una loro sovrapposizione, ma trova la sua ragione d'essere nella *ratio* innovativa perseguita dal legislatore con la riforma del concordato preventivo, che è

---

<sup>335</sup> Mentre l'accordo di ristrutturazione dei debiti (art. 182 bis, l.f.) è espressione di un modello di privatizzazione della gestione della crisi di impresa, il concordato preventivo ne rappresenta la via pubblica (v. Ambrosini, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Trattato di diritto commerciale*, Cottino (diretto da), Cedam, 2008, 157 ss.; Guglielmucci, *Diritto fallimentare*, cit., 12).

<sup>336</sup> Per un approfondimento dell'istituto, v. Restuccia, *Natura giuridica e struttura degli accordi di ristrutturazione dei debiti ai sensi del novellato art. 182 bis l. fall.*, in *Riv. Not.*, Giuffrè, 2012, 6, 1257 ss..

<sup>337</sup> Correttamente, in dottrina, si ritiene che l'attivazione delle deroghe parziali non sono estendibili al concordato "con riserva", *ex art. 161 c. 6, l.f.*, in quanto tale fattispecie fallimentare non prevede un provvedimento di ammissione, che è solo eventuale e a seguito del deposito della proposta concordataria (v. Bellè, *Il concordato preventivo*, cit., 281).

<sup>338</sup> V. Bellè, *Piani attestati di risanamento e accordi di ristrutturazione*, in Aprile, Bellè, *Diritto concorsuale del lavoro*, cit., 250.

appunto quella di definire positivamente, in chiave preventiva e sempreché sostenibile, situazioni di criticità aziendale, salvando così l'impresa dal dissesto ed evitando, *per relationem*, il suo fallimento; finalità che, recentemente, è stata ulteriormente rafforzata con il *decreto sviluppo* n. 83/2012, attraverso l'esplicita regolamentazione del *concordato in continuità aziendale*<sup>339</sup>.

In effetti, il legislatore ha colto l'opportunità concessagli dalla direttiva di seconda generazione di consentire, in un'ottica di recupero dei valori aziendali, l'ammorbidente delle garanzie individuali apprestate a favore dei lavoratori subordinati nell'ambito di un trasferimento d'azienda già a decorrere dalla fase di apertura della procedura concordataria, in ragione del fatto che, con il decreto di ammissione, risultano comunque soddisfatti i requisiti comunitari indispensabili a legittimare le deroghe parziali, ossia che si tratti di una procedura di insolvenza e che la stessa sia assoggettata ad un controllo giudiziario<sup>340</sup>.

Del resto, come avviene durante la *fase giudiziaria di osservazione* dell'amministrazione straordinaria e, talvolta, anche a seguito della dichiarazione di fallimento, con l'apertura del concordato preventivo l'attività d'impresa continua *ex art. 167, c. 1, l.f.*, indipendentemente dalla circostanza che la procedura porti al risanamento dell'impresa, ovvero alla mera liquidazione dei suoi beni, in quanto l'esito sarà definito solo con l'omologazione della proposta concordataria, a seguito della sua approvazione da parte dei creditori.

Tanto premesso, anche alla luce delle considerazioni ermeneutiche elaborate circa l'interpretazione delle prime due fattispecie derogatorie comunitarie più consona alla *voluntas legis* che sottende alle stesse, possiamo quindi ritenere applicabile la fattispecie della disapplicazione *tout court* delle tutele individuali tutte le volte in cui la circolazione aziendale interessi un concordato che, a seguito della sua omologazione da parte del Tribunale, si risolva nella cessione *totale* dei beni, con chiara finalità liquidatoria; viceversa, si applicherà la fattispecie della flessibilizzazione non solo nell'ipotesi in cui il trasferimento d'azienda si realizza successivamente all'apertura della procedura

---

<sup>339</sup> V. art. 186 bis l.f..

<sup>340</sup> E' corretto, comunque, precisare che, a differenza del fallimento, si tratta di un controllo giudiziario alquanto limitato, esercitato dal Tribunale, dal giudice delegato e dal commissario giudiziale, in quanto, l'imprenditore ovvero gli organi sociali preposti conservano, ai sensi dell'art. 167, c. 1, l.f., il potere di amministrare i beni aziendali e di gestire l'attività economica svolta, eccezione fatta per gli atti di straordinaria amministrazione che devono essere autorizzati dal giudice delegato, comportando così una situazione di *spossessamento attenuato* rispetto al fallito (v. Fauda, *Le ragioni e le prospettive del ricorso al concordato preventivo*, in AA.VV. (a cura di), *Il fallimento e altre procedure concorsuali*, Ipsoa, 2013, 507. Sugli organi della procedura, v. Palmerio, *Gli organi della procedura*, in AA.VV. (a cura di), *Il fallimento e altre procedure concorsuali*, Ipsoa, 2013, 610 ss.).

concordataria, ma prima del decreto di omologazione<sup>341</sup>, non essendo chiaro e prevedibile, fin dalla sua fase genetica, l'epilogo<sup>342</sup>, ossia se l'istituto porterà al risanamento dell'impresa ovvero al mero soddisfacimento dei creditori, ma anche quando, successivamente all'omologa, la finalità attestata del concordato, per effetto di apposita approvazione da parte della maggioranza dei creditori, è quella di salvare l'azienda, anche attraverso la continuazione *diretta* dell'attività da parte dello stesso imprenditore (c.d. concordato di ristrutturazione), ovvero attraverso la sua continuazione *indiretta* (c.d. concordato con cessione), in ragione della cessione/conferimento a terzi dell'azienda<sup>343</sup>.

In estrema sintesi, quindi, riterrei più logico che il discrimine tra le due diverse opzioni derogatorie nazionali possa essere individuato non tanto nella circostanza che l'azienda risulti attiva o meno<sup>344</sup>, elemento che potrà avere una sua valenza per il diritto fallimentare, ma non certamente per il diritto del lavoro dato che, come abbiamo già verificato a proposito del fallimento<sup>345</sup> e alla luce dei principi ermeneutici connessi alle previsioni derogatorie europee, la finalità liquidatoria di una procedura non è compromessa dalla eventuale e possibile prosecuzione dell'attività produttiva<sup>346</sup>, quanto piuttosto nell'obiettivo perseguito dalla procedura, sia esso liquidatorio o di risanamento<sup>347</sup>.

---

<sup>341</sup> Il trasferimento d'azienda, nel corso della fase di apertura e prima dell'omologa del concordato, potrà realizzarsi solo attraverso l'affitto d'azienda, o parti di essa, ben potendo il ricorso alla particolare tipologia contrattuale essere propedeutico all'esecuzione di un concordato preventivo di risanamento *indiretto*, (v. Bonfatti, *I concordati preventivi di risanamento*, in *Il Caso.it*, 2011, n. 228, 22). Sulla percorribilità, nella fase che precede l'omologa del concordato, solo dell'affitto e non anche di attività liquidatorie dei beni del debitore assimilabili alla vendita forzata, cfr. Trib. Bergamo 1 dicembre 2011. Inoltre, essendo l'affitto d'azienda un atto di straordinaria amministrazione, lo stesso necessita, per l'imprenditore *in crisi*, di apposita autorizzazione da parte del giudice delegato (cfr. Cass. 11 agosto 2004, n. 15484; Trib. Sulmona 5 dicembre 2007; v. Gaeta, *Effetti del concordato preventivo*, in AA.VV., *Fallimento e altre procedure concorsuali*, Fauceglia, Panzani (diretto da), Utet, 2009, 1649 ss.). Sulla circostanza che gli atti di straordinaria amministrazione sono quelli *nuovi*, ossia sorti nel corso della procedura, cfr. Trib. Prato 14 giugno 2012.

<sup>342</sup> V., anche, Fabbri, *Trasferimento di azienda in crisi: disciplina nazionale e comunitaria*, in *DPL*, 2013, 2, 86.

<sup>343</sup> E' corretto parlare di *continuità aziendale*, e non di *continuità imprenditoriale*, in ragione del fatto che per la realizzazione del concordato preventivo in continuità non rileva che esso si inquadri in un piano di ristrutturazione o, invece, di cessione finale del complesso produttivo o di suo conferimento (v. Pacchi, *Flash sul concordato preventivo in continuità*, in *Quotidiano Ipsosa*, 26 agosto 2013). Sulla distinzione tra continuità *diretta* e *indiretta*, v. AA.VV., *Il nuovo concordato preventivo a seguito della riforma*, cit., 17.

<sup>344</sup> V. Bellè, *Il concordato preventivo*, cit., 271 ss..

<sup>345</sup> Infatti si tende a escludere che il fallimento produca come effetto automatico e immediato la cessazione dell'impresa, assegnandosi all'esercizio provvisorio funzione sostitutiva e non conservativa del patrimonio aziendale (v. G. Santoro Passarelli, *Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro*, cit., 78).

<sup>346</sup> V. Anibaldi, *Il trasferimento di "ramo d'azienda" nel fallimento e nell'amministrazione straordinaria: compatibilità della disciplina italiana con la normativa europea*, cit., 358, 370. Rispetto al concordato con cessione dei beni, v. Bozza, *La fase esecutiva del concordato preventivo con cessione dei beni*, cit., 778.

<sup>347</sup> Sulla possibile doppia finalità del concordato, cfr. Trib. Monza 7 aprile 2009.

Per cui, ciò che rileva è la fase del procedimento concorsuale, ossia se ci si trova in quella di *apertura*, oppure di *omologa*, dato che solo con quest'ultimo provvedimento giudiziario la proposta concordataria, così come approvata dai creditori, viene validata dal Tribunale, manifestando in tal modo la precisa e chiara finalità concordataria e dando inizio alla fase esecutiva.

A *fortiori* di tale attività ermeneutica, rileva il contenuto dell'art. 175 l.f., rubricato "*Discussione della proposta di concordato*", che, al c. 2, statuisce che "*la proposta di concordato non può più essere modificata dopo l'inizio delle operazioni di voto*", con ciò attestando l'ammissibilità di eventuali interventi modificativi – successivi alla fase di ammissione - aventi ad oggetto, ad esempio, un piano concordatario completamente diverso<sup>348</sup> che, come è noto, può mirare alla ristrutturazione dei debiti e alla soddisfazione dei creditori mediante il tentativo di risanamento della situazione economica, finanziaria e patrimoniale dell'impresa in vista della sua prosecuzione, diretta o indiretta, ovvero mediante la predisposizione di un programma di liquidazione di tutte le sue attività<sup>349</sup>.

Del resto, ciò è coerente con la natura eminentemente contrattuale che connota il nuovo concordato preventivo.

#### **2.5.2.2 (segue): crisi e insolvenza, le ragioni della riforma nazionale?**

Rinviando per un'analisi più approfondita della disciplina dell'amministrazione straordinaria al capitolo 3°, in riferimento all'estromissione della situazione della crisi aziendale dall'ambito di azione del comma 5, dell'art. 47, considerato che l'intervento emendativo si è reso necessario per sanare il contrasto tra il livello normativo europeo e quello italiano, come emerso dalla sentenza europea n. 561/07, in ragione della quale l'Italia è stata condannata per l'impropria assimilazione della condizione oggettiva di *crisi* a quella di *insolvenza*, saremmo portati a pensare che, *prima facie*, proprio tale scorretta equivalenza sia stata alla base della scelta, per il nostro legislatore, di intervenire, lasciando peraltro intendere che per il nostro sistema giuridico le due fattispecie di difficoltà aziendale sono equivalenti, e quindi, in quanto tali, destinatarie dello stesso trattamento normativo.

---

<sup>348</sup> V. Palmerio, *La domanda di concordato*, in AA.VV. (a cura di), *Il fallimento e altre procedure concorsuali*, Ipsoa, 2013, 562; Vitalone, *L'adunanza dei creditori*, in AA.VV., *Fallimento e altre procedure concorsuali*, Faucegna, Panzani (diretto da), Utet, 2009, 1716 ss..

<sup>349</sup> V. Palmerio, *La domanda di concordato*, cit., 548; Fauda, *Il piano proposto dall'impresa in crisi*, cit., 515; Jachia, *Il concordato preventivo e la sua proposta*, in AA.VV., *Fallimento e altre procedure concorsuali*, Faucegna, Panzani (diretto da), Utet, 2009, 1602.

In effetti, premesso che nel nostro ordinamento non esiste una definizione generale delle due situazioni, si tratta pur sempre di due presupposti oggettivi che, come evidenziato dalla dottrina, sono ontologicamente differenti in ragione del fatto che la *crisi*, quale rischio di insolvenza, è la situazione nella quale si trova l'imprenditore che, pur essendo in grado di adempiere le obbligazioni scadute, è prevedibile che non sarà in grado di adempiere le obbligazioni di prossima scadenza, diversamente dall'*insolvenza* che si verifica quando la crisi esplode all'esterno, sfociando in una carenza dei mezzi necessari a far fronte alle obbligazioni<sup>350</sup>.

Per cui, riprendendo una parafrasi di un esponente della dottrina, “*la crisi è una malattia e l'insolvenza è la morte: la malattia non è la morte, ma può costituirne una delle cause*”<sup>351</sup>.

Si tratta, insomma, di una distinzione resasi necessaria soprattutto in quanto, con la riforma fallimentare iniziata nel 2005, il legislatore ha assunto una posizione meno ortodossa nei confronti della gestione dell'insolvenza<sup>352</sup>, quale sistema indirizzato esclusivamente alla liquidazione coattiva del patrimonio aziendale, ponendosi al contrario anche nell'ottica della sua conservazione, attraverso procedure – finanche privatistiche - indirizzate specificamente al risanamento dell'azienda, pur in presenza di una crisi aziendale particolarmente rilevante e significativa<sup>353</sup>.

E' questo il caso, quali istituti richiamati nel comma 4 bis dell'art. 47, del *concordato preventivo* (lett. b bis)), destinato a diventare la procedura principale del nuovo modello concorsuale per la risoluzione della crisi d'impresa<sup>354</sup>, e dell'accordo di ristrutturazione dei debiti (lett. b ter)), laddove il

---

<sup>350</sup> Per un approfondimento in dottrina, v. Guglielmucci, *Diritto fallimentare*, cit., 9 ss.; AA.VV., *Diritto fallimentare*, cit., 22 ss..

<sup>351</sup> V. Alessi, *Il nuovo concordato preventivo*, in *DFSC*, 2005, VI, 1133 ss..

<sup>352</sup> La disciplina fallimentare nasce, originariamente, secondo uno spirito sanzionatorio e punitivo dell'imprenditore fallito, diversamente dal modello americano che non determinava effetti restrittivi dei diritti personali dell'imprenditore. Infatti, la procedura prende il nome di *bankruptcy*, che deriva da bancarotta, e che identificava nel Medioevo il mercante insolvente cui veniva rotto il banco utilizzato per la propria attività commerciale (V. Manganelli, *Gestione delle crisi di impresa in Italia e negli Stati Uniti: due sistemi fallimentari a confronto*, cit., nota 1).

<sup>353</sup> In questo senso, il legislatore della riforma, traendo spunti dall'esperienza di altri sistemi giuridici, in modo particolare quello americano, è intervenuto non solo sugli aspetti sostanziali dei preesistenti istituti fallimentari, ma ha anche introdotto, in sintonia con la *filosofia* della privatizzazione delle procedure concorsuali e con un intento deflattivo del ricorso al fallimento, due nuovi strumenti pre-fallimentari, in un'ottica di soluzione anticipata della crisi, quali i piani di risanamento, ex art. 67, c. 3, lett. d), l.f., e gli accordi di ristrutturazione dei debiti, ex art. 182 bis l.f. (v. Manganelli, *Gestione delle crisi di impresa in Italia e negli Stati Uniti: due sistemi fallimentari a confronto*, cit., 130; rispetto al diritto tedesco, v. Guglielmucci, *La legge tedesca sull'insolvenza*, Giuffrè, 2000, 16 ss.).

<sup>354</sup> V. Alberti, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Cedam, 2013, prefazione; v. AA.VV., *Il nuovo concordato preventivo a seguito della riforma*, cit., 9.

legislatore richiede, quale presupposto per la loro ammissione, lo *stato di crisi*<sup>355</sup>.

Questa nuova filosofia fallimentare, pur tale da non determinare un'identità ontologica tra i due concetti di crisi e insolvenza, non deve portarci a propendere per un'estrapolazione del concordato preventivo dal contesto delle procedure concorsuali, con la possibile conseguenza del suo mancato assoggettamento al controllo giudiziario<sup>356</sup> e, quindi, *per relationem* per una illegittimità della sua inclusione tra le fattispecie di *flessibilizzazione* delle tutele, tanto è vero che lo stesso legislatore ha risolto il dilemma precisando che in tale situazione “*per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza*”<sup>357</sup>.

Significativa è stata, in questa direzione, la recente decisione del Tribunale di Arezzo che, nel precisare che solo con riferimento al concordato preventivo “*per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza, ossia l'impotenza economica funzionale e non transitoria per la quale l'imprenditore non è più in grado di far fronte regolarmente e con mezzi normali alle proprie obbligazioni per il venir meno delle condizioni di liquidità e di credito necessarie alla propria attività*”, ha stabilito anche “*che lo stato di crisi non può che atteggiarsi con connotati di minore gravità e riguarda, quindi, tutte quelle situazioni che sono potenzialmente idonee a sfociare nell'insolvenza medesima*”<sup>358</sup>.

Ovvero, come sostenuto anche dalla Cassazione che, nel pronunciarsi in merito alla problematica relativa alla consecuzione delle procedure concorsuali, tale da comportare la coincidenza del *dies a quo* della procedura fallimentare con la data di ammissione alla procedura concorsuale minore, ha precisato che non esiste alcuna differenza ontologica tra i due concetti, qualora lo stato di crisi risulti di natura irreversibile<sup>359</sup>.

In definitiva, tra le due situazioni obiettive si viene quindi a determinare un rapporto di specialità in cui lo *stato di crisi* si configura come la fattispecie maggiore e più ampia, capace di annoverare situazioni di difficoltà meno avanzata rispetto allo *stato di insolvenza*, anch'esso ricompreso nell'ampia nozione di crisi<sup>360</sup>, quale crisi conclamata, irreversibile, tale da culminare

---

<sup>355</sup> Cfr., per il concordato, art. 160, c. 1, l.f., e, per l'accordo di ristrutturazione, art. 182-bis, c. 1, l.f.

<sup>356</sup> La regolazione della crisi in una procedura di insolvenza è, in genere, affidata all'autorità giudiziaria. Difatti, in alcuni casi, la gestione della crisi è affidata all'autorità amministrativa, come avviene nella *liquidazione coatta amministrativa*, quale procedura modellata su quella del fallimento, ovvero nell'*amministrazione straordinaria*, la cui gestione è affidata al Ministero delle attività produttive (v. Guglielmucci, *Diritto fallimentare*, cit., 13).

<sup>357</sup> V. art. 160, c. 3, l.f.

<sup>358</sup> Cfr. Trib. Arezzo 24 gennaio 2013.

<sup>359</sup> Cfr. Cass. 6 agosto 2010, n. 18437, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 2012, 6, 715 ss., con nota di Corbello.

<sup>360</sup> V. AA.VV., *Diritto fallimentare*, cit., 30.

prevalentemente nella liquidazione del complesso aziendale, come avviene nel caso del fallimento, della liquidazione coatta amministrativa o del concordato con cessione dei beni.

Detto questo, come si può intuire, seppure sicuramente non con una certa agevolatezza e, comunque, pure alla luce dei rivoluzionari principi fissati dal legislatore fallimentare, innanzi esposti, la *ratio* che sottende l'azione legislativa del lavoro non può essere certamente circoscritta al mero recepimento delle indicazioni provenienti dalla Corte di giustizia, ma è molto più articolata, ben potendosi legittimamente immaginare che il legislatore domestico, partendo dai principi fissati dai giudici europei, abbia colto l'occasione per dare vita a un contenitore legittimante le deroghe parziali, includendo così nell'ambito delle fattispecie cc.dd. di *flessibilizzazione*, appunto, anche quegli istituti fallimentari il cui precipuo obiettivo non è la disgregazione del patrimonio aziendale, bensì che la *res* azienda sopravviva alla dichiarazione di insolvenza.

Quindi, in realtà, il nostro legislatore, in ragione di un disegno complessivo attuato attraverso i due successivi emendamenti che hanno modificato il testo originale dell'art. 47 della legge n. 428/1990, ha voluto non solo rafforzare la propria posizione circa la compatibilità della sua previsione lavoristica con le indicazioni stabilite dalla direttiva comunitaria, evidenziando al contempo, rispetto alla procedura dell'amministrazione straordinaria, l'inconferenza della continuazione dell'attività<sup>361</sup>, ma anche muoversi, tenendo conto della *ratio* delle procedure concorsuali<sup>362</sup>, verso la creazione di un sistema sempre più organico e integrato di norme che, seppur appartenenti a ordinamenti differenti, operino in stretta connessione tra di loro, avendo in comune lo scopo del risanamento dell'azienda e del superamento della crisi aziendale, in uno con la salvaguardia dei livelli occupazionali.

Detto ciò, il problema significativo connesso alla compatibilità del diritto interno col diritto comunitario, escludendo l'ipotesi della situazione di crisi aziendale (v. *infra*), attiene a un altro profilo, che è quello inerente all'*ambito oggettivo delle deroghe*, pur non mancando di evidenziare, come già fatto in precedenza, i limiti delle condanne della Corte europea sul diritto interno, in termini di disapplicazione della norma domestica<sup>363</sup>.

---

<sup>361</sup> V. De Luca Tamajo, Salimbeni, *Il trasferimento d'azienda*, cit., 1862.

<sup>362</sup> L'obiettivo del legislatore fallimentare è certamente quello di consentire, nei limiti del possibile, il risanamento dell'azienda e, quindi, il superamento della crisi (V. Caiafa, *Le vicende economiche dell'impresa in crisi: diritto del lavoro comunitario e tutela del lavoratore*, in *DF*, 2005, 558).

<sup>363</sup> Cfr. Cass. 14 ottobre 2010, n. 21214, p. 11. In dottrina, v. G. Santoro Passarelli, *Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro*, cit., 81.

In altre parole, la questione vera attiene al fatto di verificare fino a che punto quell'ampia competenza gestionale derogatoria attribuita dal nostro legislatore alle parti sociali, rispetto alle fattispecie soggettive considerate, sia conforme all'art. 5, par. 2, lett. a) e b), alla stregua della sua analisi oggettiva fatta innanzi, dato che, come è stato legittimamente evidenziato in dottrina, la tecnica legislativa utilizzata alla fine della fiera non è che abbia cambiato di molto le cose rispetto al passato<sup>364</sup>.

Pertanto, onde poter dare una risposta all'interrogativo, dobbiamo partire dal fatto che, pur avendo il legislatore, con il primo intervento emendativo dell'art. 47, dato vita a un sistema duale di deroghe che, caratterizzandosi per la presenza di un modello alternativo di disapplicazione e di flessibilizzazione delle tutele individuali, ci porta *prima facie* a propendere per una coerente differenziazione, in chiave comunitaria, tra le due fattispecie, in realtà ha lasciato inalterata, rispetto all'ipotesi della derogabilità parziale, la sua capacità operativa.

Infatti, anche in ragione del nuovo c. 4 bis dell'art. 47, al pari del comma 5, è ora possibile, attraverso un accordo sindacale, di fatto privare i lavoratori subordinati di tutte le tutele individuali apprestate dall'art. 2112 c.c., comprendendo così *ad abundantiam* non solo la deroga al principio della continuità giuridica del rapporto di lavoro presso il cessionario, ma anche al divieto di licenziamento di cui all'art. 4, par. 1, direttiva n. 2001/23<sup>365</sup>, situazione che, come abbiamo già detto, non è coerente con la previsione *ex art.* 5, par. 2, lett. a) e b), che limita invece, *extrema ratio*, l'intervento derogatorio al solo principio solidaristico e/o alle condizioni di lavoro<sup>366</sup>, strettamente intese.

Va, però, opportunamente precisato che la circostanza che il nostro legislatore consente l'applicazione della deroga al principio della solidarietà, trova la sua coerenza con i dettami comunitari non tanto in ragione della obbligatorietà dell'accordo sindacale, quanto piuttosto della previsione e operatività all'interno del nostro ordinamento di forme di tutela dei crediti dei lavoratori (Fondo di garanzia Inps).

In definitiva, la nuova architettura derogatoria inserita nel nuovo testo dell'art. 47, attraverso i commi 4 bis e 5, si concreta essenzialmente in un *virtuosismo*

---

<sup>364</sup> V. Valentini, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, cit., 101 ss.; Cester, *Due recenti pronunzie della Corte di Giustizia Europea in tema di trasferimento d'azienda*, cit., 282 ss..

<sup>365</sup> V, anche, Lambertucci, *Trasferimento di azienda e problemi occupazionali*, cit., 405.

<sup>366</sup> In concreto, rispetto alle modifiche delle condizioni di lavoro, l'accordo sindacale trilaterale può interessare, ad es. l'orario di lavoro, l'anzianità di servizio, la retribuzione, ma nei limiti dell' art. 36 Cost. (v. Bellè, *Il concordato preventivo*, cit., 275).

del nostro legislatore<sup>367</sup>, che non credo possa reggere di fronte a ulteriori e nuovi attacchi da parte della Commissione europea, avendo nei fatti creato una mera differenziazione letterale in quanto, nel caso della flessibilizzazione, ricorrendo le tutele dell'art. 2112 c.c., è possibile derogarvi *in peius* con un accordo sindacale, senza alcun limite, mentre, nel caso della disapplicazione *tout court*, partendo da una situazione di non applicazione (letteralmente *non trova applicazione*) delle tutele individuali codicistiche, sarà possibile, sempre attraverso un passaggio sindacale, fissare condizioni *in melius* in quanto nulla impedisce alle parti interessate di prevedere "condizioni di miglior favore"<sup>368</sup>. Quindi, in definitiva, più che di una distinzione di risultato, potremo parlare di una distinzione di metodo.

### **2.5.3 La grave crisi economica dell'impresa: condono lavoristico europeo**

L'art. 5, par. 3, della direttiva n. 2001/23 prevede che "uno Stato membro ha facoltà di applicare il paragrafo 2, lettera b), a trasferimenti in cui il cedente sia in una situazione di grave crisi economica quale definita dal diritto nazionale, purché tale situazione sia dichiarata da un'autorità pubblica competente e sia aperta al controllo giudiziario, a condizione che tali disposizioni fossero già vigenti nel diritto nazionale il 17 luglio 1998".

In particolare, con tale previsione è stata lasciata la possibilità a uno Stato membro, rispetto all'ipotesi *certificata* di crisi aziendale, di poter modificare, richiamando il contenuto dell'art. 5, par. 2, lett. b) e in presenza di un accordo sindacale, le sole *condizioni di lavoro* dei lavoratori subordinati, giustificando la particolare concessione legislativa in ragione del fatto che l'obiettivo è quello di salvaguardare i livelli occupazionali attraverso la sopravvivenza dell'impresa.

Riguardo, in particolare, alla questione ermeneutica legata all'espressione *modifiche delle condizioni di lavoro*, è stato fatto notare in dottrina che l'interpretazione estensiva dell' assunto, nel senso di comprendervi anche la possibilità di individuare la controparte del rapporto di lavoro, troverebbe conferma nel contenuto dell'art. 63, c. 4, d.lgs. n. 270/1999 (v. *infra*), in ragione del quale, ricorrendo l'aggettivo "*ulteriore*", di fatto la deroga al

---

<sup>367</sup> Così, anche, Bellè, *Il concordato preventivo*, cit., 270; Anibaldi, *Il trasferimento di "ramo d'azienda" nel fallimento e nell'amministrazione straordinaria: compatibilità della disciplina italiana con la normativa europea*, cit., 359.

<sup>368</sup> Infatti, nel testo della legge, viene specificato che *non trova applicazione l'articolo 2112 c.c.* (v. art. 47, c. 5, l. n. 428/1990).

principio della continuità giuridica del rapporto di lavoro viene considerata un' espressione concreta della modifica delle condizioni di lavoro<sup>369</sup>.

Ma, a tal proposito, non posso far a meno di rilevare che, pur applicando una metodologia sistemica, una norma domestica non può certamente garantire e *certificare* la coerenza dell'interpretazione rispetto al *diktat* comunitario, proprio perché, come abbiamo già avuto modo di vedere in altre situazioni, il nostro Paese è stato già destinatario di condanne, per cui nulla impedisce che la stessa disposizione interna, riferita all'amministrazione straordinaria, risulti sul punto contraria alla direttiva, tale da comportare, in ragione della sua violazione, il diritto al risarcimento del danno per il lavoratore.

In ogni caso, è stato fatto notare che con l'art. 5, par. 3, è emersa la chiara volontà del legislatore comunitario, più che di autorizzare fattispecie derogatorie per il futuro, di sanare *ex post* situazioni pregresse, quale quella emersa dalla sentenza *Spano*, connessa, appunto, alla fattispecie italiana della situazione di crisi aziendale, come regolata dall'art. 2, c. 5, lett. c), l. n. 675/1977<sup>370</sup>.

In tal senso, si potrebbe parlare, in effetti, di una sorta di condono legale europeo che ha avuto il fine di definire bonariamente posizioni illegittime fissate da norme già vigenti nel diritto nazionale alla data del 17 luglio 1998, ma non certamente di autorizzare successive e identiche fattispecie derogatorie, trattandosi pur sempre di previsioni legislative contrarie allo spirito comunitario<sup>371</sup>.

Evidente è, quindi, l'intenzione di fondo del legislatore comunitario, che è appunto quella di non riconoscere, alla particolare ipotesi soggettiva, titolo a derogare, neppure parzialmente, alle tutele poste a favore dei lavoratori subordinati.

Ciò trova conforto anche nella circostanza della previsione, col testo della direttiva, di una determinata data limite, oltre la quale la predisposizione di una disciplina in deroga connessa a situazioni di gravi crisi non possono assolutamente giustificare il venir meno delle garanzie individuali.

Entrando, però, nel merito della disposizione europea, giova peraltro rilevare che, oltre alla rilevanza dell'elemento temporale, non tutte le situazioni di crisi

---

<sup>369</sup> Così, v. Pizzoferrato, *Il trasferimento d'azienda nelle imprese in crisi*, cit., 161.

<sup>370</sup> V. Menghini, *I contratti di lavoro*, cit., 621; Nappi, *Negozi traslativi dell'impresa e rapporti di lavoro*, cit., 334.

<sup>371</sup> Nel senso di aver considerato la disposizione quale sanatoria *ad hoc*, v. Pizzoferrato, *I riflessi della direttiva 98/50/CE sull'ordinamento italiano*, cit., 471; Menghini, *L'attenuazione delle tutele individuali dei lavoratori in caso di trasferimento di azienda di impresa in crisi o soggetta a procedure concorsuali dopo la direttiva 50/98 e il d.lgs. 270/99*, cit., 208; Villani, *Trasferimento d'azienda*, in *Digesto comm.*, Aggiornamento, Utet, 2000, 863; Cosio, *Il trasferimento delle imprese in crisi*, in G. Santoro Passarelli, Foglia (a cura di), *La nuova disciplina del trasferimento d'impresa*, Ipsa, 2002, 152. *Contra*, v. Carabelli, Veneziani, *Il trasferimento di azienda in Italia*, cit., 155 ss..

aziendale disciplinate da norme già in vigore alla data del 17 luglio 1998 possono essere oggetto di sanatoria, legittimando così fattispecie derogatorie parziali, ma solo quelle che si caratterizzano per il fatto di essere dichiarate da un'autorità pubblica competente e di essere soggette al controllo giudiziario.

### **2.5.3.1 (segue): la condanna europea del 2009**

E' proprio sulla base di tali *conditiones sine qua non* che la Corte europea è intervenuta nuovamente, dopo la sentenza *Spano*, con la successiva e recente decisione dell'11 giugno 2009, causa C-561/07, dichiarando di fatto, rispetto alla fattispecie della "crisi aziendale", l'art. 47, c. 5, l. n. 428/1990 illegittimo, non avendo l'Italia rispettato i principi fissati dalla direttiva n. 2001/23 in materia di tutela dei diritti dei lavoratori subordinati in caso di trasferimento di azienda.

Ciò ci porta ovviamente a sostenere, diversamente dalla dottrina sviluppatasi prima della sentenza *de qua*, il fatto che, con l'avvento della direttiva n. 98/50, il legislatore europeo non abbia voluto affatto condonare la specifica fattispecie interna in deroga, e questo perché, se così fosse stato, non avrebbe avuto senso un ulteriore e successivo intervento dei giudici europei per attestarne la contrarietà al diritto europeo, tanto più che all'atto dell'entrata in vigore della direttiva *de qua*, legittimante specifiche fattispecie derogatorie, la disciplina della situazione di "crisi aziendale", *ex art. 2, c. 5, lett. c), l. n. 675/1977*, era già vigente.

*A fortiori*, va ricordato che il nostro Paese aveva già rischiato nel 2003, sulla scorta della sentenza *Spano* e a seguito di una procedura di infrazione avviata dalla Commissione europea, l'ennesima pronuncia di condanna dinanzi alla Corte di giustizia per la non conformità dell'art. 47, c. 5, alla direttiva n. 77/187, solo che, in quella circostanza e diversamente dal caso *Spano*, pur prevedendo la stessa direttiva, in ragione delle modifiche apportate dalla successiva norma n. 98/50, specifiche fattispecie derogatorie in precedenza assenti, la decisione dei giudici fu di rigetto del ricorso dell'organo europeo, per via di un mero vizio procedurale<sup>372</sup>.

Nel merito, la Commissione europea significò ai giudici europei che la legge italiana in deroga violava la direttiva n. 77/187, laddove permetteva la disapplicazione delle tutele individuali ivi contenute, tra l'altro in presenza, non solo, di una situazione di crisi aziendale, ma anche di un concordato preventivo

---

<sup>372</sup> In particolare, ci si riferisce alla procedura di infrazione avviata dalla Commissione delle Comunità europee. Per ulteriori approfondimenti, v. Menghini, *I contratti di lavoro*, cit., 624 ss..

con cessione dei beni e di un'amministrazione straordinaria, nel caso di continuazione dell'attività produttiva.

Purtuttavia, i giudici, non potendosi esprimere nel merito per i motivi innanzi espressi, ebbero comunque modo di affermare che “*non è escluso che le disposizioni di cui all'art. 47, nn. 5 e 6, della legge n. 428/1990, (...), possano eventualmente, almeno in parte, corrispondere alle ipotesi considerate dal citato art. 4 bis*”<sup>373</sup>, lasciando con ciò presagire un minimo di tolleranza.

Tolleranza però, evidentemente, nei confronti della procedura del concordato con cessione dei beni e dell'amministrazione straordinaria, ma non certamente della situazione di crisi aziendale, tant'è vero che con la successiva sentenza del 2009, nel verificare la compatibilità della norma interna in deroga con il livello normativo sovranazionale, ha condannato nuovamente l'Italia laddove ha consentito la deroga all'art. 2112 c.c. anche rispetto a quelle ipotesi di imprese *in bonis*, pur trattandosi di una condizione di crisi come accertata dall'autorità amministrativa.

Tesi che trova una sua conferma indiretta in una recente sentenza della Corte di Cassazione che, chiamata a pronunciarsi su questioni inerenti una procedura di amministrazione straordinaria ha confermato, appunto, che lo specifico procedimento concorsuale non è incompatibile col diritto europeo in ragione del fatto che la sentenza europea dell'11 giugno 2009 ha interessato la situazione di “*crisi aziendale*”<sup>374</sup>.

Bisogna, comunque, rilevare che con la decisione *de qua*, diversamente dalla sentenza *Spano*, la Corte europea ha considerato il parallelismo con le previsioni in deroga espressamente richiamate nella direttiva n. 2001/23, non esistenti all'epoca della prima decisione sulla medesima materia e quindi, per questo, particolarmente significativa.

In particolare, i giudici, nel ribadire il sistema duale di *disapplicazione* e di *flessibilizzazione* delle tutele in presenza, rispettivamente, di procedure liquidative e conservative<sup>375</sup>, hanno verificato, e confermato, l'esclusione della fattispecie italiana dall'ambito di applicazione non solo dell'art. 5, par. 3, sua naturale collocazione, ma anche dell'art. 5, par. 2, lett a) della direttiva n. 2001/23.

In concreto la Corte, oltre a motivare che la situazione di crisi non legittima per niente la deroga al divieto di licenziamento *ex art.* 4, par. 1 della direttiva, in quanto la procedura di accertamento dell'anzidetta condizione aziendale non

---

<sup>373</sup> Cfr. Corte di giustizia europea 5 giugno 2003, causa C-145/01, *Commissione vs. Repubblica italiana*, punto 16.

<sup>374</sup> Cfr. Cass. 10 novembre 2011, n. 23420.

<sup>375</sup> V. Lambertucci, *Trasferimento di azienda e problemi occupazionali*, cit., 405.

rappresenta un motivo oggettivo tale da giustificare variazioni sul piano dell'occupazione<sup>376</sup>, ha posto l'accento più che sull'elemento della continuazione dell'attività, sul fatto che non si può assimilare, considerato l'obiettivo perseguito, la situazione di grave crisi aziendale a una procedura di insolvenza, poiché il particolare procedimento non è sottoposto ad alcun controllo giudiziario o provvedimento di amministrazione del patrimonio dell'impresa, né tantomeno prevede alcuna sospensione dei pagamenti.

In più i giudici hanno sostenuto che, rispetto alla condizione della sottoposizione della procedura al controllo giudiziario, il CIPI, oggi Ministero del lavoro, si limita semplicemente a dichiarare lo stato di crisi dell'impresa ai fini della concessione temporanea della CigS, non effettuando pertanto, in ragione di tale attestazione, alcuna forma di controllo sullo stesso procedimento<sup>377</sup>.

Non solo. Addirittura, la magistratura si è spinta anche oltre affermando che, pur volendo avvalorare *in extremis* l'inclusione della fattispecie interna nell'ambito dell'ipotesi derogatoria parziale *ex art. 5, par. 2, lett. a)*, riconoscendo così, solo ai fini dell'accesso alle deroghe, una sorta di equivalenza tra la situazione di crisi aziendale e le procedure di insolvenza<sup>378</sup>, questo comunque non autorizza, il diritto italiano, alla disapplicazione *tout court* delle tutele individuali, così come fissate dagli artt. 3 e 4 della direttiva<sup>379</sup>. Circa, invece, alla possibile coerenza della norma interna con l'ulteriore previsione in deroga *ex art. 5, par. 3, della direttiva n. 2001/23*, i giudici europei hanno precisato che, pure in questo caso, la specifica opportunità derogatoria ivi prevista non permette ad ogni modo di privare i lavoratori dei diritti loro garantiti dagli artt. 3 e 4 della direttiva, ma di intervenire eventualmente sulle loro condizioni di lavoro, ma non altresì sul principio della continuità del rapporto di lavoro<sup>380</sup>.

Inoltre, tornando nuovamente sulla questione relativa al requisito del controllo giudiziario, la Corte europea, contraddicendo la tesi dell'Italia, ha sostenuto che quest'ultimo presupposto non si realizza nella fattispecie soggettiva interna, dal momento che *“presuppone un controllo costante dell'impresa dichiarata in situazione di grave crisi economica da parte del giudice competente”*<sup>381</sup>.

---

<sup>376</sup> Cfr. sentenza *Commissione vs. Repubblica italiana*, cit., causa C-561/07, punto 36.

<sup>377</sup> Cfr. sentenza *Commissione vs. Repubblica italiana*, cit., causa C-561/07, punti 38-39.

<sup>378</sup> In un certo senso, il giudice europeo ha dato per buona l'argomentazione del nostro Stato secondo cui *“l'accertamento della crisi aziendale ai sensi di tale legge presuppone lo stato d'insolvenza dell'impresa”* (cfr. sentenza *Commissione vs. Repubblica italiana*, cit., causa C-561/07, punto 23).

<sup>379</sup> Cfr. sentenza *Commissione vs. Repubblica italiana*, cit., causa C-561/07, punto 41.

<sup>380</sup> Cfr. sentenza *Commissione vs. Repubblica italiana*, cit., causa C-561/07, punti 45-46.

<sup>381</sup> Cfr. sentenza *Commissione vs. Repubblica italiana*, cit., causa C-561/07, punto 47.

### 2.5.3.2 (segue): punti di contatto con la normativa interna

Abbiamo visto, in definitiva, che, secondo la recente posizione assunta dalla Corte europea, l'inclusione dello stato di crisi tra quelle ipotesi legittimanti modifiche *in peius* delle garanzie individuali *ex art. 2112 c.c.*, per effetto dell'art. 47, c. 5, l. n. 428/1990, non può in nessun modo trovare accoglimento<sup>382</sup>, e ciò neanche in un'ottica *de iure condendo*, proprio in ragione della fissazione del limite del 17 luglio 1998, salvo poi considerare le riflessioni elaborate alla fine del presente paragrafo.

In un certo senso, già una parte della dottrina, senza tra l'altro conoscere gli esiti della sentenza europea del 2009, avanzò la tesi secondo cui la disposizione italiana sarebbe stata conforme alla direttiva solo qualora la presenza di una grave crisi aziendale avesse condotto l'impresa a uno stadio preliquidativo, ponendo così l'accento sull'obiettivo della procedura<sup>383</sup>.

Ma, in realtà, neanche l'operazione legislativa seguita dal nostro legislatore con la recente manovra emendativa di cui all'art. 19 quater della l. n. 166/2009, inserendo in maniera alquanto semplicistica l'ipotesi di *crisi aziendale* tra le fattispecie di flessibilizzazione delle tutele individuali *ex art. 47, c. 4 bis, lett. a)*, l. n. 428/1990, ha sanato la situazione di conflittualità<sup>384</sup>, pur trattandosi di una crisi *qualificata*, ossia di una situazione di particolare difficoltà economico-finanziaria dell'azienda, tale da presentare una certa rilevanza sociale, soprattutto in relazione alla questione occupazionale, in quanto attestata da un organo pubblico, in ragione della riproposizione dell'art. 2, c. 5, lettera c), della legge 12 agosto 1977, n. 675<sup>385</sup>.

Infatti è evidente che, indipendentemente dall'*artificio* legislativo utilizzato – che in questo caso investe, a differenza della seconda fattispecie derogatoria interna prevista per le procedure concorsuali, non solo l'ampiezza della deroga ma anche il suo ambito soggettivo - la soluzione adottata, a maggior ragione, non può reggere di fronte a ulteriori e potenziali attacchi da parte degli organi europei, proprio perché i due punti di debolezza, *ergo* i limiti evidenziati, con i

---

<sup>382</sup> Pur tuttavia non è mancata una decisione della Suprema Corte secondo cui l'art. 47, c. 5, l. n. 428/1990, rispetto alla situazione di grave crisi aziendale, è conforme ai precetti comunitari, in quanto "*la procedura era aperta al controllo giudiziario e verificabile*" (cfr. Cass. 14 ottobre 2010, n. 21214, punto 10). *Contra*, cfr. Trib. Monza 13 aprile 2011, n. 224.

<sup>383</sup> V. Cosio, *Il trasferimento dell'impresa in crisi*, in Caiafa, Cosio (a cura di), *Il trasferimento dell'azienda nell'impresa in crisi o insolvente*, Cedam, 2005, 13-16. Circa la legittimità *sic et simpliciter* della norma interna rispetto alla direttiva comunitaria, v. Villani, *Trasferimento d'azienda*, cit., 172 ss..

<sup>384</sup> V. Cosio, *I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *RIDL*, 2012, I, 331 ss.; Stanchi, *Trasferimento dell'impresa in crisi e deroghe all'art. 2112 c.c.*, in *GDir*, 50, 2009, 18.

<sup>385</sup> Ci si riferisce al Ministero del lavoro a cui sono state attribuite le competenze del soppresso CIPI, *ex art. 1, c. 2, d.l. 16 maggio 1994, n. 299, conv. dalla l. 19 luglio 1994, n. 451*. La soppressione del CIPI è, invece, avvenuta *ex art. 1, c. 21, l. 24 dicembre 1993, n. 537*.

due diversi interventi giurisprudenziali, rimangono pur sempre in vita, in virtù della loro cristallizzazione.

Mi riferisco, *in primis*, al fatto che la filosofia attribuita dal nostro legislatore al procedimento di ammissione alla CigS, è tale per cui la procedura stessa, pur trovando la propria ragione d'essere in uno specifico provvedimento del Ministero del lavoro, è lungi dal tendere alla liquidazione dell'impresa, mirando, al contrario, a favorire la continuazione dell'attività, nella prospettiva della futura ripresa<sup>386</sup>.

Inoltre, ed è questo l'aspetto di maggiore importanza che comporta l'illegittimità della norma, anche volendo soprassedere alla problematica inerente all'obiettivo del risanamento aziendale, in ragione della sopravvivenza dell'impresa, del resto in linea con la parziale apertura assunta in merito dal legislatore europeo – successivamente alla decisione *Spano* - con l'art. 4 bis, par. 3, della direttiva n. 98/50<sup>387</sup>, tale da far rientrare la fattispecie nella terza ipotesi derogatoria, resta comunque ferma la questione più complessa, non certamente risolvibile *de iure condito*, che si concreta nella circostanza che il procedimento di accertamento dello stato di crisi non implica alcuna forma di controllo giudiziario o provvedimento di amministrazione del patrimonio dell'impresa, né tantomeno una sospensione dei pagamenti<sup>388</sup>.

E' chiaro quindi, sulla base di tali considerazioni, soprattutto rispetto al presupposto del controllo giudiziario, che i giudici europei hanno con fermezza manifestato la loro contrarietà all'inclusione della procedura non solo tra quelle legittimanti ipotesi derogatorie assolute, ma anche tra quelle, quale contenitore tra l'altro più plausibile, che consentono una flessibilizzazione delle tutele individuali.

In teoria, pur volendo spingerci oltre, l'unica via di uscita, tenuto conto degli indirizzi giurisprudenziali europei forniti con la sentenza n. 561/07, potrebbe essere rappresentata, *de iure condendo*, dal fatto di far rientrare la grave crisi economica dell'impresa nell'area di operatività della seconda fattispecie derogatoria europea che, a differenza della terza ipotesi, non presenta alcun limite temporale, e ciò attraverso un emendamento alla norma interna che disciplina l'istituto. In particolare, si potrebbe prevedere che l'intervento del Ministero del lavoro non si limiti all' mero accertamento dello stato di crisi, ma determini anche un controllo sulla procedura, ferma restando, almeno quale

---

<sup>386</sup> Così, sentenza *Spano*, cit., punto 28.

<sup>387</sup> Nel senso di far rientrare, ma prima della sentenza europea del 2009, la fattispecie della crisi nell'ipotesi *ex art.* 4 bis, par. 3, della direttiva n. 98/50, v. Pizzoferrato, *Il trasferimento d'azienda nelle imprese in crisi*, cit., 159.

<sup>388</sup> Cfr. sentenza *Spano*, cit., punto 29.

punto di partenza inamovibile ma su cui poter intervenire *in peius*, l'applicazione delle tutele individuali *ex art. 2112 c.c.*.

Del resto, tale assunto può trovare una sua logica anche rispetto ai principi dell'ordinamento nazionale, in quanto sposerebbe la *ratio* che sottende la riforma del diritto fallimentare secondo cui, quale presupposto per l'apertura di una procedura concorsuale, rileva non solo lo stato di *insolvenza*, ma pure - in una logica di prevenzione - quello di *crisi*, assumendo *per relationem* valore gli istituti prefallimentari per la soluzione delle crisi temporanee, dando così ulteriore spessore alla finalità di risanamento e conservazione del patrimonio aziendale.

Purtuttavia, è evidente che il contrasto con il diritto europeo non sarebbe comunque sanato, dovendosi necessariamente intervenire anche a livello delle deroghe ammesse che, come abbiamo già visto, stante l'attuale formulazione dell'art. 47, c. 4 bis, della l. n. 428/1990, si spingono oltre le possibili concessioni.

## Capitolo 3

### L'amministrazione straordinaria e la direttiva n. 2001/23

SOMMARIO: 3.1 PREMESSA - 3.2 LE FATTISPECIE DEROGATORIE INTERNE: PROBLEMI DI COORDINAMENTO TRA L'ART. 47, C. 4 BIS, L. N. 428/1990, L'ART. 56, C. 3 BIS, E L'ART. 63, COMMI 4 E 5, DEL D.LGS. N. 270/1999, E LORO CONFORMITÀ COMUNITARIA - 3.3 LA CIRCOLAZIONE DI AZIENDA PER LE IMPRESE DEL SETTORE DEI SERVIZI PUBBLICI ESSENZIALI: IL CASO ALITALIA E RISVOLTI COMUNITARI

#### 3.1 Premessa

Diciamo subito che, come abbiamo già visto a proposito della *ratio* che sottende alla riforma del concordato preventivo, tale da provocare interventi integrativi nell'ambito della legislazione del lavoro, l'amministrazione straordinaria è un procedura concorsuale che, diversamente dal fallimento che si caratterizza per la liquidazione dei beni dell'imprenditore insolvente per il *mero* soddisfacimento del ceto creditorio, e quale alternativa ad esso, guarda con maggior favore al risanamento dell'impresa commerciale di maggiori dimensioni, secondo un criterio che cerchi di contemperare gli interessi collettivi – che in questa particolare fattispecie sono significativi, dati i notevoli livelli occupazionali che caratterizzano la sua attività - con quelli dei creditori.

Quanto, poi, alla possibilità per le parti interessate dalla circolazione dell'azienda di poter modulare le garanzie individuali apprestate per i lavoratori subordinati dall'art. 2112 c.c., la specifica disciplina in deroga inerente alla procedura concorsuale *de qua* è stata oggetto, nel corso degli anni, di un processo evolutivo che ha visto, in un primo momento, la sua estrapolazione dall'orbita lavoristica, rappresentata dall'art. 47, c. 5, l. n. 428/1990, per farla approdare nell'area del diritto fallimentare, *ex art.* 63, commi 4 e 5, d.lgs. n. 270/1999, per poi tornare nuovamente nell'ambito del diritto del lavoro, *ex art.* 47, c. 4 bis, l. n. 428/1990, in ragione del recente intervento *ex art.* 19 quater del d.l. n. 135/2009, il tutto avendo sempre come comune denominatore la riconosciuta inconferenza - da parte della legislazione europea - dell'elemento della continuazione dell'attività circa la possibile percorribilità delle deroghe.

In particolare, la questione della compatibilità del diritto interno col diritto europeo, in ragione della presenza dell'elemento dell'autorizzazione dell'attività, è stata oggetto di una prima analisi da parte della Corte di giustizia europea già con la sentenza *D'Urso*, seppure riferita alla vecchia disciplina dell'amministrazione straordinaria in uno con l'eventuale disapplicazione delle tutele individuali dei lavoratori alla luce delle regole fissate dalla direttiva di prima generazione, la n. 77/187, vigente *ratione temporis*.

In concreto, in quell'occasione, la posizione assunta dai giudici sovranazionali faceva riferimento alla l. n. 95/1979 (c.d. *Prodi*)<sup>389</sup>, la quale, emanata allo scopo di evitare il fallimento di imprese di rilevante interesse pubblico, si poneva come obiettivo principale quello della conservazione dei complessi produttivi, assicurata dalla continuazione dell'attività di impresa, e, dunque, pure dei livelli occupazionali, anche attraverso la riorganizzazione o conversione di tali attività, talvolta pure a discapito dei creditori<sup>390</sup>.

Si trattò, in effetti, del primo intervento legislativo, nell'ambito della regolamentazione delle procedure concorsuali che, compromettendo la coincidenza tra tutela del diritto di credito e interesse collettivo alla selezione naturale di tipo darwiniano, che si caratterizza per l'eliminazione dell'impresa inefficiente e che qualificava la logica della prima versione della legge fallimentare del 1942<sup>391</sup>, riconobbe valore preminente alla tutela dell'occupazione<sup>392</sup>.

Legge, però, che, anche a seguito della sua incompatibilità con le regole comunitarie sugli aiuti di Stato<sup>393</sup> e del fatto che rischiava di concretizzarsi in un intervento assistenzialistico, in ragione di agevolazioni pubbliche rivolte a imprese prive di qualsiasi possibilità di ripresa economica<sup>394</sup>, è stata abrogata per far spazio alla nuova e successiva disciplina fissata con il d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270 (c.d. *Prodi bis*)<sup>395</sup>.

Con l'entrata in vigore della *Prodi bis*, a differenza della regolamentazione previgente ancorata sostanzialmente alla procedura della liquidazione coatta amministrativa<sup>396</sup>, l'amministrazione straordinaria – quale procedura c.d.

---

<sup>389</sup> Successivamente integrata con il d.l. 23 gennaio 1993, n. 17 (conv., con modif., dalla l. 25 marzo 1993, n. 80).

<sup>390</sup> V. AA.VV., *Il nuovo concordato preventivo a seguito della riforma*, in *I quaderni della scuola di Alta formazione*, cit., 14; Di Peio, *Cessazione della procedura*, in AA.VV. (a cura di), *Il fallimento e altre procedure concorsuali*, Ipsa, 2013, 996.

<sup>391</sup> Rovelli, *I nuovi assetti privatistici nel diritto societario e concorsuale e la tutela creditoria*, in *Fa*, 2009, 1029.

<sup>392</sup> Vi era, però, in dottrina anche chi considerava la *ratio* della norma nella prospettiva della dissoluzione dell'impresa, al pari della liquidazione coatta amministrativa, a cui comunque rimandava la l. n. 95/1979 (v. de Ferra, *Manuale di diritto fallimentare*, Giuffrè, 1998, 400 ss.).

<sup>393</sup> V. Corte di giustizia Ue 1 dicembre 1998, causa C-200/97, *Ecotrade*; Corte di giustizia Ue 17 giugno 1999, causa C-295/97, *Rinaldo Piaggio*; decisione commissione europea del 20 marzo 1996, n. 96/434/CE; decisione 16 maggio 2000, n. 00/1403/CE; *contra*, Cass. 14 giugno 2010, n. 14223, con nota di Papagni, *“La continuazione dell'esercizio di impresa” ex articolo 2 legge Prodi non costituisce aiuto di Stato*, in *DG*, Giuffrè, 2010, 335 ss..

<sup>394</sup> V. Anibaldi, *Il trasferimento di “ramo d'azienda” nel fallimento e nell'amministrazione straordinaria: compatibilità della disciplina italiana con la normativa europea*, cit., 371.

<sup>395</sup> La norma trae origine dalla legge delega 30 luglio 1998, n. 274. Per un'analisi comparata tra legge *Prodi* e legge *Prodi bis*, v. Ferraro, *Il requisito occupazionale nell'amministrazione straordinaria*, in *GC*, 2001, 2, 474 ss..

<sup>396</sup> E' il caso di precisare che, pur sussistendo il richiamo alla liquidazione coatta amministrativa, la legge *Prodi* ha indubbiamente finalità conservative, rispetto alle quali la liquidazione del patrimonio aziendale rappresenta l'*extrema ratio*, anche se non mancano in dottrina visioni opposte (v. Zanichelli,

*bifasica*<sup>397</sup> - si è connotata soprattutto per la sua peculiare e marcata finalità conservativa<sup>398</sup>, almeno nel corso della prima fase c.d. *giudiziaria di osservazione*, successiva alla dichiarazione dello stato di insolvenza, in virtù della quale la continuazione dell'esercizio d'impresa non è più evento possibile, ma non necessario, bensì normale ed essenziale<sup>399</sup>, e inoltre l'attività liquidatoria è ammessa solo per quei beni che risultano non essere funzionali all'esercizio dell'attività imprenditoriale.

Ciò almeno fino a quando gli eventuali programmi, alternativi, di ristrutturazione economica e finanziaria, o di cessione dei complessi aziendali, che caratterizzano il processo di risanamento e conservazione dell'impresa a seguito dell'apertura del procedimento concorsuale nell'ambito della seconda fase c.d. *amministrativa*<sup>400</sup>, sono realizzabili, altrimenti vi è la conversione della stessa procedura in fallimento<sup>401</sup>.

Non è un caso, infatti, che la disciplina dell'istituto si apre proprio affermando che *“l'amministrazione straordinaria è la procedura concorsuale della grande impresa commerciale insolvente, con finalità conservative del patrimonio produttivo, mediante prosecuzione, riattivazione o riconversione delle attività imprenditoriali”*<sup>402</sup>.

Dalla definizione, che il legislatore dà, della procedura, emerge *in primis* l'interesse per la tutela del bene impresa *“quale entità oggettiva distinta dall'imprenditore nella sua duplice valenza di fonte unitaria della produzione e di fattore di mantenimento dell'occupazione”*<sup>403</sup>, e *in secundis* il fatto che la

---

*L'amministrazione straordinaria*, in AA.VV., *Fallimento e altre procedure concorsuali*, Fauceglia, Panzani (diretto da), Utet, 2009, 2011).

<sup>397</sup> V. Costa, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza dopo il d.lgs. 12.9.2007, n. 169*, Utet, 2008, 17.

<sup>398</sup> Da questo punto di vista, la *Prodi bis* si pone, comunque, in una posizione di continuità rispetto alla disciplina del 1979, nel ribadire la finalità della procedura di amministrazione straordinaria di conservazione del patrimonio produttivo della grande impresa commerciale insolvente mediante prosecuzione, riattivazione o riconversione dell'attività imprenditoriale (v. schede di lettura del disegno di legge A.S. n. 1315, in *www.senato.it*, gennaio 2009, n. 89, vol. I, 195).

<sup>399</sup> La gestione dell'impresa, a seguito della sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza, può essere affidata dal Tribunale allo stesso imprenditore insolvente, ovvero, a seguito dello *spossamento totale* del fallito, all/i commissario/i giudiziale/i fino alla dichiarazione di apertura della fase di amministrazione straordinaria vera e propria, oppure alla dichiarazione di fallimento (v. art. 8, c. 1, lett. f), d.lgs. n. 270/1999). Per un'esauriente ricostruzione lavoristica, v. Menghini, *I contratti di lavoro*, cit., 490 ss.

<sup>400</sup> A differenza della *Prodi*, con la *Prodi bis* l'apertura della procedura è evento probabile, al termine della fase *giudiziaria di osservazione*, e non automatico (v. Cimetti, *Inquadramento generale*, in AA.VV. (a cura di), *Il fallimento e altre procedure concorsuali*, Ipsoa, 2013, 897).

<sup>401</sup> V. artt. 30, 69 e 70 d.lgs. n. 270/1999. E' pur vero che è possibile anche l'ipotesi inversa, ossia la conversione del fallimento in amministrazione straordinaria, purché sussistano gli specifici requisiti previsti dall' art. 27 del d.lgs. n. 270/1999. (v. Zanichelli, *L'amministrazione straordinaria*, cit., 2020; cfr. Trib. Roma 7 giugno 2007, con nota di De Sabato, *Gruppi di imprese: dal fallimento all'amministrazione straordinaria*, in *GCo*, Giuffrè, 2009, 1, 193 ss.).

<sup>402</sup> V. art. 1 d.lgs. n. 270/1999.

<sup>403</sup> V. relazione di accompagnamento al d.lgs. n. 270/1999.

conservazione dei complessi aziendali può realizzarsi non solo attraverso la prosecuzione dell'attività imprenditoriale, ma anche attraverso il ripristino di attività già cessate, purché sussista ancora un'organizzazione produttiva da riattivare, o la loro riconversione entro i limiti stabiliti dall'oggetto sociale<sup>404</sup>.

Tra l'altro, il Governo, con l'anzidetta attività emendativa dell'istituto, ha voluto risolvere anche la problematica del disallineamento parziale della sua vecchia regolamentazione con la direttiva n. 77/187, causata dalla previsione dell'eventuale continuazione dell'attività aziendale, alla luce della nuova posizione, di maggiore apertura, assunta dal legislatore comunitario il quale, nel prevedere specifiche fattispecie derogatorie attraverso la norma di seconda generazione, la n. 98/50, ha considerato influente l'elemento dell'autorizzazione dell'attività.

Non solo. Con il decreto n. 270/1999, sembrerebbe essersi risolta pure quell'annosa questione relativa all'ambito di operatività della condizione della mancata continuazione dell'attività o della sua cessazione, di cui al comma 5 dell'art. 47, nel senso che andava riferita alla sola amministrazione straordinaria, e non a tutte le altre procedure concorsuali ivi richiamate<sup>405</sup>.

Quindi, la conseguenza, sul piano lavoristico, della riforma dell'amministrazione straordinaria, è stata appunto che, diventando la continuazione dell'attività immanente alla procedura, la disciplina del trasferimento *ex art. 47, c. 5, l. n. 428/1990* ha perso la sua efficacia, proprio perché legittima le deroghe solo nel caso di mancata continuazione o cessazione dell'attività, così da far ricadere la fattispecie prevalentemente nell'art. 63, commi 4 e 5, d.lgs. n. 270/1999<sup>406</sup> (*v. infra*, § 3.2).

Vero è, però, che anche le nuove regole dell'istituto, al pari del fallimento, difettano di una disciplina sistematica degli effetti sui rapporti di lavoro pendenti nonostante, proprio in questa peculiare fattispecie di insolvenza, il *quantum* occupazionale rappresenti un requisito significativo per l'ammissione alla procedura<sup>407</sup>, cosicché, anche rispetto all'amministrazione straordinaria,

---

<sup>404</sup> V. Rossi, *Il programma nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi*, in *GCo*, 2001, 3, 359.

<sup>405</sup> Per un approfondimento in dottrina, v. Nuzzo, *Trasferimento di azienda e rapporto di lavoro*, cit., 163 ss.. Nel senso di associare la condizione della mancata continuazione dell'attività o della sua cessazione alla sola amministrazione straordinaria, v. Villani, *Il trasferimento di azienda*, cit., 144; Nappi, *Negozi traslativi dell'impresa e rapporti di lavoro*, cit., 343 ss.. In giurisprudenza, cfr. Cass. 13 novembre 2009, n. 24093; Cass. 21 marzo 2001, n. 4073.

<sup>406</sup> V. Nuzzo, *Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro*, cit., 160; A. Corrado, D. Corrado, *I rapporti di lavoro nel fallimento*, cit., 238.

<sup>407</sup> V. art. 2, c. 1, lett. a), d.lgs. n. 270/1999.

vale il rinvio generale all'art. 2119, c. 2, c.c., in ragione del quale l'apertura della procedura non determina *ex se* la cessazione dei rapporti di lavoro<sup>408</sup>.

Ma prima di passare ad analizzare i peculiari aspetti lavoristici legati al fenomeno della circolazione aziendale, è giocoforza opportuno considerare e richiamare, secondo una visione sistemica, anche le successive evoluzioni della *Prodi bis*, elaborate in presenza di particolari situazioni d'emergenza industriale, tenendo ben presente che, l'imprenditore, pur presentando i requisiti necessari per poter accedere alle versioni evolute è, comunque, libero di scegliere tra le differenti opzioni normative dell'amministrazione straordinaria. Versioni *speciali* della fattispecie concorsuale che hanno preso corpo nel nostro ordinamento per il fatto che, molto spesso, la versione *comune* ha fallito rispetto alla finalità del recupero aziendale, sfociando quasi sempre in complessi e interminabili procedimenti di liquidazione.

Sto parlando, appunto, della *Marzano*, della *Marzano bis* e dell'ulteriore variante del decreto *Alitalia*, che si sono caratterizzate e distinte dalla *Prodi bis* non solo per quel che concerne l'entità dei requisiti dimensionali<sup>409</sup> e di indebitamento necessari per poter accedere all'amministrazione straordinaria, ma pure e, aggiungerei, soprattutto per la degiurisdizionalizzazione e semplificazione della procedura, nel senso di riconoscere un maggiore peso all'autorità amministrativa e di essere più rapida e snella in ragione del condensamento delle sue varie fasi (procedura c.d. *monofasica*)<sup>410</sup>.

Pertanto, a oggi, l'amministrazione straordinaria trova la sua declinazione non solo nel d.lgs. n. 270/1999, nella sua versione *comune* e normotipica ma anche, a causa della sua poca incisività rispetto al risanamento del complesso aziendale soprattutto di gruppi più grandi<sup>411</sup>, nelle varianti *speciali* di cui alla c.d. legge *Marzano* (d.l. 23 dicembre 2003, n. 347, conv., con modif, dalla l. 18 febbraio 2004, n. 39 – c.d. decreto *Parmalat*), alla c.d. legge *Marzano bis* (d.l. 29 novembre 2004, n. 281, conv. dalla l. 28 gennaio 2005, n. 6 – c.d. decreto

---

<sup>408</sup> V. art. 50, c. 4, lett. a), d.lgs. n. 270/1999. In dottrina, v. Valentini, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, cit., 93.

<sup>409</sup> Rispetto alla modalità di computo della soglia dimensionale richiesta, v. Cimetti, *Inquadramento generale*, cit., 908-910.

<sup>410</sup> In particolare il decreto Marzano, oltre a richiedere requisiti dimensionali e di indebitamento maggiori per poter accedere all'amministrazione straordinaria, si caratterizza proprio per il fatto di permettere l'accesso diretto alla procedura concorsuale, ossia senza il previo filtro dell'autorità giudiziaria (v. Guglielmucci, *Diritto fallimentare*, cit., 359 ss.; Cimetti, *Inquadramento generale*, cit., 899-900).

<sup>411</sup> V. Floreani, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi: un'analisi delle procedure dal 1979 al 1996*, in Caprio (a cura di), *Gli strumenti per la gestione delle crisi finanziarie in Italia: un'analisi economica*, Mediocredito Regione Lombardo, 1997, 329; Mucciarelli, *Impresa e impresa del gruppo nella nuova legge sull'amministrazione straordinaria*, in *RS*, 2000, 5, 868 ss..

*Volare*) e, infine, alla c.d. legge *Marzano ter* (d.l. 28 agosto 2008, n. 134, conv., con modif, in l. 27 ottobre 2008, n. 166 – c.d. decreto *Alitalia*)<sup>412</sup>.

Inizialmente, non è mancato in dottrina chi ha comunque evidenziato che neanche con la legge *Marzano* – che richiama, per quanto da essa non diversamente stabilito, le norme del d.lgs. n. 270/1999 in quanto compatibili<sup>413</sup> - si sia riusciti a ripristinare l'equilibrio del rapporto tra tutela dei diritti – soppressi con la legge *Prodi* - e tutela del mercato, intesa quale conservazione delle risorse residue del complesso aziendale<sup>414</sup>.

Non solo. E' stato pure sollevata la critica secondo cui, con la prima versione del decreto *Marzano*, il recupero dell'equilibrio economico poteva realizzarsi, quale via principale, attraverso la ristrutturazione economica e finanziaria dell'impresa, cosicché la percorribilità dello strumento della cessione dei complessi aziendali era subordinata alla mancata approvazione del programma di ristrutturazione<sup>415</sup>.

Evidentemente, questa è la dimostrazione che l'obiettivo prioritario del legislatore era quello di garantire il ritorno *in bonis* dell'imprenditore insolvente, in ragione di un programma di ristrutturazione, così da assicurare, al tempo stesso, e diversamente dal programma di cessione quale programma di risanamento solo economico, il pagamento di tutti i debiti e, dunque, il soddisfacimento dei creditori<sup>416</sup>.

Criticità poi superata, tant'è vero che con la terza versione del decreto *Marzano* del 2008, volta a regolare la procedura dell'amministrazione straordinaria delle “*società operanti nei settori dei servizi pubblici essenziali*”, l'istituto della cessione ha assunto addirittura un ruolo cruciale rispetto alla finalità di recupero delle attività imprenditoriali, onde garantire nel medio periodo la continuità del particolare servizio pubblico.

Infatti, oltre ad aver inserito, nel testo del decreto *Marzano*, il programma di cessione dei complessi aziendali<sup>417</sup>, ne ha previsto, integrando così la normativa della *Prodi bis*, una formula *ad hoc* per le società eroganti servizi pubblici essenziali, consistente nella previsione del programma di cessione dei complessi di beni e contratti<sup>418</sup>.

---

<sup>412</sup> V. Caiafa, *Procedure concorsuali di gestione della crisi e rapporti di lavoro*, in *Dpl*, Ipsoa, 2011, 33, 1934; Zanichelli, *L'amministrazione straordinaria*, cit., 2010 ss..

<sup>413</sup> V. art. 8 d.l. n. 347/2003.

<sup>414</sup> Alessi, *L'amministrazione straordinaria accelerata (legge Parmalat)*, in *Dfsc*, Cedam, Parte I, 2004, 21-23 e 27-31.

<sup>415</sup> V. Guglielmucci, *Diritto fallimentare*, cit., 360.

<sup>416</sup> Sulla distinzione tra il programma di cessione e quello di ristrutturazione, v. Bartolin, *L'apertura della procedura di amministrazione straordinaria: i requisiti sostanziali*, in *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, Costa (a cura di), Utet, 2008, 153.

<sup>417</sup> V. art. 1, c. 1, d.l. n. 134/2008.

<sup>418</sup> V. art. 1, c. 1 bis, d.l. n. 134/2008.

A ogni modo, si tratta di “*soluzioni volte, da un lato, ad impedire che enti societari, pur in una situazione di conclamata insolvenza, continuassero ad operare sul mercato consentendo, però, dall’altro, all’organo della procedura, di assicurare la erogazione del servizio pubblico essenziale, senza, dunque, interruzione*”<sup>419</sup>.

Per dirla in breve, è proprio grazie alle citate riforme che la normativa fallimentare si sarebbe trasformata da strumento punitivo a carattere prevalentemente liquidatorio, ancorato a un’arcaica e anacronistica concezione del fallimento, quale evento socialmente squalificante, in uno strumento più pragmaticamente orientato a un’efficace e rapida soluzione delle crisi d’impresa, nell’interesse di tutti i soggetti coinvolti<sup>420</sup>.

Invero, tali norme si sono fatte carico della necessità di apprestare una disciplina che fosse più calibrata, in ragione della notevole rilevanza sociale, sulle situazioni di crisi delle imprese di grandi dimensioni, in modo particolare dei gruppi di impresa, comunque assente nelle procedure classiche di insolvenza<sup>421</sup>.

Fatte queste dovute premesse, che ci servono anche per collocare opportunamente le diverse fattispecie derogatorie delle garanzie individuali apprestate a favore dei lavoratori subordinati coinvolti in un trasferimento d’azienda, contenute sia nella normativa *comune* che in quella *speciale* dell’amministrazione straordinaria, è chiaro che il ricorso al programma di *cessione dei complessi aziendali*, rispetto a quello di *ristrutturazione*, gioca un ruolo fondamentale ai fini della realizzazione dell’obiettivo dell’amministrazione straordinaria<sup>422</sup>, cosicché la possibilità di poter disapplicare le tutele *ex art. 2112 c.c.* punta a favorire la finalità conservativa del patrimonio produttivo, anche se a discapito dei creditori<sup>423</sup>.

Circolazione dell’azienda, o rami di essa, che possono certamente vedere nella continuazione dell’attività un elemento strategico “*in quanto, diversamente,*

---

<sup>419</sup> V. Caiafa, *Procedure concorsuali di gestione della crisi e rapporti di lavoro*, cit., 1934.

<sup>420</sup> V. Manganelli, *da Parmalat ad Alitalia: strumenti di gestione della crisi d’impresa*, in *DPS*, 2008, 24 e ss..

<sup>421</sup> V. Manganelli, *Gestione delle crisi di impresa in Italia e negli Stati Uniti: due sistemi fallimentari a confronto*, cit., 130.

<sup>422</sup> La conseguenza dell’esecuzione di un programma di cessione dei complessi aziendali è che “*l’attività di impresa è destinata ad essere proseguita ad opera di un soggetto giuridico diverso da quello assoggettato a procedura ed il soddisfacimento dei creditori si consegue attraverso la ripartizione del ricavato della cessione o, in caso di concordato con cessione dei beni a un assuntore, attraverso i pagamenti eseguiti dall’assuntore in corrispettivo dell’assunzione*” (v. Guglielmucci, *Diritto fallimentare*, cit., 366).

<sup>423</sup> Tutela debole del ceto creditorio che invece non si verifica nel caso di un programma di ristrutturazione, essendo lo stesso finalizzato all’integrale estinzione delle obbligazioni accertate in sede di verifica del passivo (v. Rossi, *Il programma nell’amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi*, cit., 362).

*venendo meno l'esigenza di conservazione dell'azienda, sarebbe impossibile svolgere valutazioni circa l'opportunità di riprendere, da parte del soggetto che potrebbe essere interessato alla sua acquisizione, una attività cessata, anche perché amministrazione e sfruttamento dell'organizzazione dei beni non possono mai discostarsi dal fine tipico, che si sostanzia, oltre che nella possibilità di una liquidazione più proficua e vantaggiosa del bene, anche nella mera conservazione dello stesso*"<sup>424</sup>.

Non è un caso, infatti, che il programma di cessione proposto dal Commissario straordinario, ai fini del riequilibrio economico dell'attività imprenditoriale, deve tener conto di due aspetti peculiari quali la salvaguardia dell'unità aziendale e, appunto, la prosecuzione dell'attività<sup>425</sup> (ad es. attraverso l'affitto d'azienda), seppure per il tempo necessario a realizzare la cessione definitiva<sup>426</sup>.

### **3.2 Le fattispecie derogatorie interne: problemi di coordinamento tra l'art. 47, c. 4 bis, l. n. 428/1990, l'art. 56, c. 3 bis, e l'art. 63, commi 4 e 5, del d.lgs. n. 270/1999, e loro conformità comunitaria**

Come ho già accennato all'inizio del § precedente, la regolamentazione del trasferimento d'azienda, attuato nell'ambito della procedura dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza, non ha trovato pace nel nostro ordinamento, passando da una iniziale disciplina di stampo lavoristico, *ex* art. 47, c. 5, l. n. 428/90, a una squisitamente fallimentare, giusta art. 63, commi 4 e 5, d.lgs. n. 270/99, per poi ricadere nuovamente nell'area del diritto del lavoro per effetto dell'art. 19 quater d.l. n. 135/2009, che ha introdotto il recente art. 47, c. 4 bis, l. n. 428/1990<sup>427</sup>.

E' facile immaginare che un tale, tormentoso, percorso emendativo, non ha certo facilitato il già difficile lavoro degli operatori del diritto, per cui, con le osservazioni che seguiranno, cercheremo di ricostruire l'anzidetto processo normativo, con l'obiettivo non soltanto di comprenderne la *ratio*, ma anche, in ragione di essa, di indicare il contenitore più consono per la specifica disciplina lavoristica del processo circolatorio.

---

<sup>424</sup> V. Caiafa, *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, in *DPL*, 2009, 23, 1362.

<sup>425</sup> V art. 55, c. 1, d.lgs. n. 270/1999.

<sup>426</sup> Prosecuzione dell'attività che comunque non può durare più di un anno, salvo proroga se la definizione del programma di cessione è imminente (v. Berruti, *Definizione ed esecuzione del programma*, in AA.VV. (a cura di), *Il fallimento e altre procedure concorsuali*, Ipsoa, 2013, 969).

<sup>427</sup> Per la disciplina derogatoria *ante* art. 47, c. 5, l. n. 428/1990, che prevedeva comunque deroghe più limitate, v. *sub*, § 2.2.

Diciamo subito che prima che fosse operativo il decreto del 1999, stante la l. n. 95/79 e vigente la l. n. 428/1990, l'opzione derogatoria ivi contenuta era consentita solo a condizione che l'attività di impresa non fosse continuata o fosse cessata; diversamente, nel caso di continuazione dell'attività, continuavano a trovare applicazione le vecchie norme<sup>428</sup>.

Successivamente, con l'entrata in vigore del decreto n. 270/1999, che, oltre a fissare l'attuale disciplina dell'amministrazione straordinaria, abrogò le vecchie regole in materia di trasferimento d'azienda in esercizio, trovò asilo nel nostro ordinamento una norma *ad hoc* che, a differenza del passato, permise di derogare alle tutele individuali *ex art. 2112 c.c.* solo rispetto a quei lavoratori che passavano all'acquirente all'atto della cessione, pur in presenza dell'elemento della continuazione dell'esercizio d'impresa.

Ciò fu reso possibile grazie alla maggiore tolleranza assunta dal livello normativo europeo nei confronti del requisito della prosecuzione, dimostrata dalla circostanza che, con la direttiva di seconda generazione, furono infatti previste distinte e specifiche fattispecie derogatorie, rispetto alle quali l'autorizzazione dell'attività è divenuta ininfluenza.

In particolare, la disciplina della cessione di aziende in esercizio trovò le proprie regole, nell'ambito del diritto fallimentare, attraverso l'art. 63, commi 4 e 5, d.lgs. n. 270/1999, e questo probabilmente anche con l'intento, del nostro legislatore, di creare un sistema organico di norme riferite alla specifica procedura di insolvenza; diversamente, l'art. 47, c. 5, richiedendo quale requisito quello della mancata continuazione dell'attività o la sua cessazione, ha conservato a oggi un'efficacia residuale rispetto a quelle imprese che, in ragione di una norma transitoria, hanno continuato a sottostare alle regole della l. n. 95/79 in quanto, alla data di entrata in vigore del decreto n. 270/1999, erano già soggette a una procedura di amministrazione straordinaria<sup>429</sup>.

Quindi, in definitiva, onde sgombrare il campo da possibili fraintendimenti, ecco spiegata, evidentemente, la motivazione per cui ancora oggi rinveniamo, in dottrina, tesi secondo le quali in presenza di una procedura di amministrazione straordinaria, caratterizzata dalla *mera* finalità liquidatoria, la deroga *tout court* delle tutele individuali è ancora possibile<sup>430</sup>, fattispecie che, rispetto alla nuova filosofia assunta dall'istituto concorsuale, non potrà mai più verificarsi proprio perché l'ammissione alla procedura – successiva alla fase

---

<sup>428</sup> Mi riferisco all'art. 3, c. 1, d.l. n. 835/1986 e all'art. 2 d.l. n. 62/1984. Sulla compatibilità di tali norme rispetto alla direttiva n. 98/50, v. Menghini, *I contratti di lavoro*, cit., 619-620.

<sup>429</sup> V. art. 106 d.lgs. n. 270/1999.

<sup>430</sup> Ritiene operante la previsione dell'art. 47, c. 5, l. n. 428/1990, anche nel caso di amministrazione straordinaria con finalità liquidatoria, Barraco, *Il trasferimento d'azienda*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, Ipsa, 2013, 6, 639.

c.d. *giudiziaria di osservazione* - è condizionata dalla presenza di concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali, qualificando così l'elemento della continuazione, mancando le quali il procedimento si convertirebbe, quasi inevitabilmente, nel fallimento<sup>431</sup>.

Ebbene, rispetto alla scelta, da parte del commissario straordinario, del programma di cessione dei complessi aziendali, la prosecuzione dell'attività - per un periodo ben definito - assume un ruolo centrale, come risulta dall'art. 27, c. 2, lett. a), del d.lgs. n. 270/1999, in quanto strumentale alla realizzazione della cessione stessa.

Non è un caso che la specifica e successiva regolamentazione dell'operazione circolatoria, dettata dall'art. 63, commi 4 e 5, del d.lgs. n. 270/1999, si caratterizzava appunto per il fatto che la cessione aziendale, in ragione della finalità conservativa dell'istituto concorsuale, poteva interessare solo aziende la cui attività era in essere, tant'è che la stessa norma era rubricata "*vendita di aziende in esercizio*".

Questo, però, non certifica assolutamente il fatto che, nel corso della procedura, non si possa verificare l'alienazione di parti di aziende non in esercizio, dando così un senso alle previsioni contenute nell'art. 62, e questo perché gli organi della procedura ben potranno, sempre in ragione di un piano conservativo, non disporre la continuazione della loro attività<sup>432</sup>, dando in tal modo vita a un processo di dismissione<sup>433</sup>.

Alienazione che potrà avvenire anche al compimento - entro il termine di scadenza ivi previsto - del programma di cessione autorizzato, qualora dalla sua integrale attuazione residuino cespiti non strategici<sup>434</sup>.

E' questo il caso contemplato dall'art. 73, in ragione del quale il Tribunale, su richiesta del commissario straordinario, o d'ufficio, dichiara, con decreto, la cessazione dell'esercizio dell'attività d'impresa, cosicché la procedura di amministrazione straordinaria viene considerata, ad ogni effetto, una procedura

---

<sup>431</sup> Nello specifico, l'art. 30 del d.lgs. n. 270/1999 dispone che se il Tribunale ritiene non sussistenti le prospettive di recupero, così come illustrate nella relazione del commissario giudiziale, deve dichiarare il fallimento. Ma tale passaggio non è obbligatorio, ben potendosi verificare il mero rigetto della richiesta di ammissione dell'impresa alla procedura, revocando la sentenza di dichiarazione di insolvenza (v. Zanichelli, *L'amministrazione straordinaria*, cit., 2042).

<sup>432</sup> Ciò è coerente con l'art. 56, c. 1, lett. a), del d.lgs. n. 270/1999 che, nel definire il contenuto del programma di recupero, riferendosi, quindi, indistintamente sia alla fattispecie del risanamento che a quella della cessione, chiede espressamente che vengano indicate le attività imprenditoriali destinate alla prosecuzione e quelle da dismettere.

<sup>433</sup> V. Villani, *Trasferimento d'azienda*, cit., 154; Rossi, *Il programma nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi*, cit., 362.

<sup>434</sup> E' stato infatti affermato che l'indirizzo di cessione non comporta necessariamente la vendita in blocco di tutto il patrimonio produttivo, ma può legittimamente riguardare la parte principale dell'attività, potendosi dalla stessa staccare rami secondari e cederli separatamente o addirittura liquidarli (v. Pajardi, Paluchowski, *Manuale di diritto fallimentare*, Giuffrè, 2008, 1091).

concorsuale a carattere liquidatorio, che si chiude con la ripartizione dell'attivo<sup>435</sup>.

Del resto, la circostanza che oggetto del trasferimento possano essere anche rami non in esercizio è coerente anche con la posizione della giurisprudenza interna la quale, disattendendo il principio in diritto secondo cui non è possibile configurare la fattispecie della cessione di azienda, ma solo di singoli beni, qualora l'attività imprenditoriale non sia continuata, ha affermato che la mera cessazione dell'attività per un periodo più o meno lungo non implica *ex se* il venir meno dell'organizzazione aziendale che di fatto qualifica il bene giuridico azienda<sup>436</sup>.

Quindi, una volta rappresentata la circostanza che nell'ambito dell'amministrazione straordinaria si può verificare sia un'operazione di cessione di aziende, o di suoi rami, in esercizio, sia la cessione di cespiti non in esercizio, quest'ultima fattispecie compatibile sia con una procedura di natura conservativa sia con una procedura di natura liquidativa, soffermiamoci sugli aspetti lavoristici connessi alla prima fattispecie traslativa, tralasciando, per il momento, quelli legati alle residue ipotesi circolatorie, per le quali si rimanda *infra*.

In questo senso, dobbiamo partire, *in primis*, dall'analisi della particolare disposizione fallimentare, anche perché in questo modo si potranno evidenziare le differenze con la recente e attuale disciplina stabilita dall'art. 47, c. 4 bis, l. n. 428/1990, e, dunque, le cause che ne hanno comportato l'espressa definizione da parte del legislatore del lavoro.

Durante la vigenza dell'art. 63, comma 4, era stabilito che “*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*”.

Il successivo comma 5 interveniva, invece, in merito al principio solidaristico, statuendo che “*salva diversa convenzione, è esclusa la responsabilità*

---

<sup>435</sup> Per completezza dell'informazione va detto che la chiusura della procedura potrà avvenire, tra l'altro e quale alternativa, anche nel caso della sua conversione in fallimento, sia durante che al termine dell'amministrazione straordinaria, ovvero perché è stato portato a compimento il programma di ristrutturazione (anche nella modalità del concordato), entro la scadenza ivi prevista, tale da determinare il recupero, per l'imprenditore insolvente, della capacità di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni (v. Zanichelli, *L'amministrazione straordinaria*, cit., 2058 ss.). Rispetto alla possibilità per l'imprenditore di chiedere l'ammissione al concordato preventivo, così da escludere il rischio dell'automatica conversione in fallimento nei casi di inammissibilità della procedura, v. Caiafa, *Procedure concorsuali di gestione della crisi e rapporti di lavoro*, cit., 1937.

<sup>436</sup> Cfr. *ex multis*, Cass. 6 maggio 2009, n. 10400.

*dell'acquirente per i debiti relativi all'esercizio delle aziende cedute, anteriori al trasferimento*".

In pratica il legislatore fallimentare, smarcandosi parzialmente dall'art. 47, c. 5, nel senso di considerare comunque operative le sole tutele collettive ivi contenute, dettava sul piano delle tutele individuali un *modus operandi* proprio, tale da permettere agli attori del trasferimento di poterle modulare, dando espressamente e opportunamente risalto al principio solidaristico e, in modo particolare, al principio della continuità giuridica del rapporto di lavoro.

Tutto ciò non è stato sicuramente frutto di una casualità dato che, per il nostro ordinamento, la specifica procedura concorsuale, onde permettere il perseguimento della finalità per la quale è stata concepita, ossia il recupero dei valori aziendali in un'ottica conservativa, considera strategica soprattutto l'ottimizzazione del costo del lavoro e, dunque, un intervento – *in peius* - sui livelli occupazionali, onde rendere quanto più possibile appetibile il complesso aziendale, così da favorirne la circolazione.

Del resto, non che la declinazione della responsabilità per il cessionario, in ordine ai debiti dell'azienda ceduta, non fosse ugualmente importante<sup>437</sup>, ma era chiara la prevalenza, rispetto ad essa, dell'elemento del contenimento della forza lavoro esistente presso il cedente all'atto del trasferimento, tant'è vero che la norma, riguardo al principio solidaristico, prevedeva espressamente la possibilità di poter stabilire pattiziamente anche in modo diverso, nel senso, quindi, della sua applicazione.

La questione della prevalenza dell'interesse pubblicistico del diritto al lavoro, rispetto a quello privatistico del diritto al posto di lavoro, emerge pure dal contenuto non solo dell'art. 63, c. 3, del decreto n. 270, laddove stabilisce che nell'ambito delle operazioni di vendita dell'azienda, ai fini della scelta dell'acquirente, oltre a rilevare il prezzo offerto, assume importanza anche l'*"affidabilità dell'offerente e del piano di prosecuzione delle attività imprenditoriali da questi presentato anche con riguardo alla garanzia di mantenimento dei livelli occupazionali"*, ma anche del comma 2 dello stesso articolo dove si prevede che *"l'acquirente deve obbligarsi a proseguire per almeno un biennio le attività imprenditoriali e a mantenere per il medesimo periodo i livelli occupazionali stabiliti all'atto della vendita"*.

In più, sempre riguardo alla prevalenza dell'interesse pubblicistico alla prosecuzione dell'attività d'impresa e al mantenimento, almeno parziale, dei livelli occupazionali rispetto a quello dei creditori, rileva il c.d. criterio della

---

<sup>437</sup> Si ritiene che la deroga al principio solidaristico investe anche i debiti del cedente verso i lavoratori dipendenti (v. Mandrioli, *Commento sub artt. 54-66 d.lgs. n. 270/1999*, in Maffei Alberti (a cura di), *Commentario breve alla legge fallimentare*, Cedam, 2009, 1535.

*redditività negativa* dell'azienda, che consente potenzialmente al commissario straordinario la cessione del complesso aziendale anche a un prezzo inferiore rispetto a quello ricavabile dalla vendita frazionata dei singoli cespiti che lo compongono<sup>438</sup>.

Insomma, si tratta di tutta una serie di previsioni che dimostrano quanto sia importante per il legislatore, attraverso la particolare procedura concorsuale, perseguire l'obiettivo del salvataggio dell'azienda in un'ottica conservativa, sempreché sostenibile e anche se a discapito dei creditori, prevedendo tra l'altro, ma solo a favore di quei lavoratori che passano alle dipendenze dell'acquirente, una sorta di *clausola legale di stabilità* del rapporto di lavoro, non prevista né dalla norma generale *ex art. 2112 c.c.*<sup>439</sup>, né tantomeno dall'art. 47, c. 5.

Infatti, in queste particolari ipotesi, l'imprenditore subentrante non è tenuto assolutamente a garantire l'occupazione, nemmeno per un breve periodo di tempo, di quei lavoratori che passano alle sue dirette dipendenze, potendo così ricorrere legittimamente a licenziamenti per fatti oggettivi dato che, stante anche le previsioni delle norme comunitarie, non solo il cedente, ma anche il cessionario può procedere a risolvere i rapporti di lavoro per motivi economici, tecnici o d'organizzazione, purché non coincidenti col trasferimento<sup>440</sup>, fatta eccezione per quelle procedure concorsuali strutturalmente liquidatorie rispetto alle quali è consentita, addirittura, anche la risoluzione del rapporto dovuta alla circolazione del complesso aziendale *ex se*<sup>441</sup>.

A questo punto, una volta sviscerate le peculiarità della disposizione fallimentare, non possiamo fare a meno di rilevarne i punti di conflitto con la direttiva n. 2001/23.

Diciamo subito che la norma domestica, rispetto al suo ambito soggettivo, era coerente con lo spirito derogatorio sotteso alla direttiva di seconda generazione che è, appunto, quello di consentire, anche in presenza di procedure di insolvenza *lato sensu*, l'applicazione delle deroghe non solo rispetto a quei procedimenti concorsuali strutturalmente non liquidativi, ma pure riguardo a quegli istituti concorsuali il cui esito non è definibile *ex ante*.

---

<sup>438</sup> V. art. 63, c. 1, d.lgs. n. 270/1999; cfr. App. Milano 22 aprile 2004.

<sup>439</sup> L'art. 2112 c.c. non contiene un obbligo per il cedente di verificare le capacità e potenzialità imprenditoriali dell'acquirente e, quindi, anche la sua capacità di continuare l'attività aziendale (v. *sub*, 22).

<sup>440</sup> V. art. 4, par. 1, dir. n. 2001/23; sentenza *Commissione vs. Repubblica italiana*, cit., causa C-561/07, punto 35.

<sup>441</sup> Va infatti segnalato che l'art. 47, c. 5, comporta, ricorrendone i requisiti, la disapplicazione *tout court* dell'art. 2112 c.c., e, quindi, volendo, anche la parte relativa al divieto di licenziamento nel caso in cui la sua motivazione risiede nel trasferimento. Del resto questa lettura è compatibile col dettato normativo contenuto nell'art. 5, par. 1, direttiva n. 2001/23.

Ne consegue che, ai fini della verifica delle incompatibilità tra i due livelli normativi, diventa fisiologica l'allocazione della disciplina interna nell'area dell'art. 5, par. 2, lett. a) e b), della direttiva n. 2001/23, da cui discende che l'intervento derogatorio poteva compromettere solo alcune delle tutele apprestate dalla stessa direttiva e, quindi, sul piano del nostro diritto, dall'art. 2112 c.c..

Tanto assodato, l'analisi dovrà riguardare particolarmente l'ambito oggettivo delle deroghe, per cui, come già analizzato innanzi e a cui si rimanda, la problematica si lega necessariamente alla diversa interpretazione, estensiva o restrittiva, che viene data dalla dottrina all'espressione europea "*modifiche delle condizioni di lavoro*", contenuta nell'art. 5, par. 2, lett. b), della direttiva.

Quindi, se consideriamo i criteri ermeneutici estensivi, la disposizione interna era coerente con la normativa europea, laddove consentiva di derogare, oltre alla conservazione dei trattamenti economici e normativi e al principio solidaristico, pure alla continuità del rapporto di lavoro<sup>442</sup>. Ciò, è evidente, con il precipuo obiettivo di favorire il più possibile la circolazione di aziende in difficoltà in uno con la salvaguardia, almeno parziale, dell'occupazione, attraverso l'abbattimento del costo del lavoro.

Diversamente, tenuto conto dell'interpretazione restrittiva, è lampante l'illegittimità della norma domestica nella misura in cui consentiva l'intervento derogatorio anche rispetto all'entità dell'occupazione e alla conservazione dell'anzianità lavorativa dei lavoratori ceduti.

Per cui, aderendo a quest'ultima tesi, cosicché la norma interna era incompatibile con i principi comunitari contenuti nella direttiva n. 2001/23, era legittima solo la deroga al principio solidaristico, *ex art. 5, par. 2, lett. a)*, e al trattamento economico e normativo dei lavoratori, *ex art. 5, par. 2, lett. b)*, senza alcuna possibilità di intervenire sulla continuità dei rapporti di lavoro.

Non posso, però, non dare atto al nostro legislatore di aver in parte risolto, con l'art. 63, e dunque rispetto alla procedura dell'amministrazione straordinaria, la questione di illegittimità dell'art. 47, c. 5, nei confronti del diritto europeo. Infatti, l'impostazione della norma fallimentare fu tale da considerare quale punto di partenza per le parti, ai fini della potenziale attivazione delle deroghe, non la disapplicazione *ope legis* delle tutele *ex art. 2112 c.c.*, che noi sappiamo bene riferibile solo alle procedure concorsuali con finalità dichiaratamente liquidatoria, ma la loro ricorrenza, coerentemente con lo spirito dell'art. 5, par. 2, direttiva n. 2001/23, consentendo così, solo per effetto di un accordo sindacale trilaterale, la loro modulazione *in peius, rectius* flessibilizzazione,

---

<sup>442</sup> V. Menghini, *I contratti di lavoro*, cit., 619-620.

fatta eccezione, come abbiamo già visto, per il principio solidaristico la cui deroga, se non diversamente stabilito nell' accordo stesso, operava *ex lege*.

Si è trattato, quindi, di un primo timido tentativo di intervento emendativo del nostro legislatore, quandanche in parte confliggente con il diktat europeo, verso quei capisaldi che sottendono alle fattispecie derogatorie europee, pur non mancando di evidenziare che, sul piano del diritto interno, l'inciso, dell'art. 63, “*ulteriori modifiche delle condizioni di lavoro consentite dalle norme vigenti*”, in ragione della sua limitata comprensibilità, diede anch'essa adito a diverse interpretazioni da parte della dottrina<sup>443</sup>.

Nello specifico, premesso che la norma incentivante prevedeva espressamente la possibilità di intervenire sui livelli occupazionali, così da poter consentire all' acquirente il passaggio solo parziale dei dipendenti dell'impresa insolvente, la questione poggiava sul fatto se l'accordo sindacale poteva impedire anche la prosecuzione giuridica dei loro rapporti di lavoro, consentendo in tal modo, al subentrante, di poterli costituire *ex novo*.

Al di là delle posizioni dei diversi autori<sup>444</sup>, e ferme restando le mie perplessità in ragione dell' adesione all'interpretazione restrittiva del contenuto dell'art. 5, par. 2, lett. b), della direttiva di seconda generazione, indubbiamente tutto ciò dimostrava l'esistenza, per il cessionario, di rischi sul piano civile, concorsuale e comunitario<sup>445</sup>.

Evidentemente, è proprio a questa *summa* di incertezze che è ascrivibile il successivo intervento emendativo ad opera del d.l. 29 novembre 2008, n. 185 (conv., con modif., dalla l. 28 gennaio 2009, n. 2), che, con l'art. 14, c. 5, introducendo nel nostro ordinamento l'art. 56, c. 3 bis, del d.lgs. n. 270/1999, cercò di porre rimedio alle criticità dell'art. 63, manifestando così quell'affannosa ricerca da parte del nostro legislatore di trovare soluzioni normative che sapessero rispondere, sempre meglio, alle crisi dei complessi aziendali di rilevante interesse pubblico.

In realtà, la tecnica legislativa adottata, anziché semplificare la materia, agevolando in tal modo pure l'attività degli operatori del diritto, la complicò ulteriormente, ponendo non pochi dubbi circa non solo la sua portata, ma anche la sua tenuta rispetto al diritto comunitario.

Infatti, sul piano squisitamente pratico, la norma stabilì che, nell'ambito dell'amministrazione straordinaria, la circolazione di complessi aziendali nonché di complessi di beni e contratti, “*in vista della liquidazione dei beni del*

---

<sup>443</sup> V. Nuzzo, *Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro*, cit., 161-162.

<sup>444</sup> Per un approfondimento, v. Menghini, *I contratti di lavoro*, cit., 643.

<sup>445</sup> Così, anche, Lo Cascio, *Minori garanzie per i lavoratori delle imprese insolventi*, in *Quotidiano Ipsoa*, 12 febbraio 2009.

*cedente, non costituiscono comunque trasferimento d'azienda, di ramo o di parti dell'azienda agli effetti previsti dall'articolo 2112 del codice civile”.*

Si trattò, in effetti, di una disposizione che, riferita all'amministrazione straordinaria, era palesemente incompatibile col livello comunitario, e questo perché, come si può facilmente rilevare dal contenuto del suo testo, consentiva la disapplicazione *tout court* delle tutele individuali apprestate dalla norma codicistica, legittime solo in presenza di procedure di stampo liquidativo.

Per cui, considerato che in dottrina esiste comunque una tesi – che personalmente non condivido per le ragioni che a seguire mi appresterò a rappresentare - che avrebbe giustificato tale previsione normativa in ragione del fatto che, essendo le due norme speciali coesistenti, onde evitare una loro sovrapposizione, l'art. 63, c. 4, avrebbe trovato applicazione rispetto alle sole dismissioni aventi a oggetto i cosiddetti “rami secchi”<sup>446</sup>, ritengo necessario entrare con maggior vigore nella questione.

In questo senso, è indispensabile comprendere il nesso eziologico dell'attività emendativa che ha portato alla definizione dell'art. 56 *de quo*, pertanto, in ragione di ciò, diventa propedeutico rifarsi alle schede di lettura del disegno di legge A.S. n. 1315, elaborate a cura del servizio studi del Senato, dal cui contenuto emerge, tra l'altro, e che merita una particolare attenzione, *che andrebbe attentamente valutata la compatibilità della disposizione in esame con la disciplina comunitaria*<sup>447</sup>.

In particolare, diventa necessario soffermarsi sull'espressione contenuta nella norma “*in vista della liquidazione dei beni del cedente*” la quale, pur stridendo con la finalità conservativa della procedura concorsuale, *ex art. 1, c. 1, d.lgs. n. 270/1999*, compare espressamente nel testo del documento *de quo* del Senato.

Da ciò deriverebbe che il criterio logico seguito dal nostro legislatore, nell'elaborare il contenuto dell'art. 53, sia stato tale da considerare la prima fattispecie derogatoria *ex art. 5, par. 1, direttiva n. 2001/23*, la quale infatti, come ho già ricordato, riconosce, ai fini della legittimità delle deroghe totali, valore all'inciso *de quo*, e questo in ragione dei principi salienti contenuti nella sentenza *D'Urso*.

Ma noi sappiamo bene che questo parallelismo direttiva/sentenza *D'Urso*, richiamato nel documento, non può assolutamente giustificare, in presenza di procedure conservative qual è appunto l'amministrazione straordinaria, una deroga complessiva a tutti gli apparati protettivi, per cui è evidente, *de plano*, l'errore in cui cadde il nostro legislatore nel poggiare la propria scelta sulla decisione della Corte di giustizia *de qua*, che, ricordiamolo, ammise sì la

---

<sup>446</sup> V. Mandrioli, *Commento sub artt. 54-66 d.lgs. n. 270/1999*, cit., 1534.

<sup>447</sup> V. schede di lettura del disegno di legge A.S. n. 1315, cit., 195 ss..

possibile deroga totale alle garanzie individuali fissate dalla direttiva, solo che, in quella circostanza, veniva considerata la vecchia disciplina dell'amministrazione straordinaria, di cui alla l. n. 95/79, oramai abrogata, e, tra l'altro, esclusivamente nella misura in cui la procedura stessa perseguiva la mera liquidazione del patrimonio aziendale, e non la continuazione dell'attività d'impresa.

A *fortiori* di tale tesi, rileva l'ulteriore intervento emendativo, a brevissima distanza, a opera dell'art. 14, c. 5, d.l. n. 135/2009 che, nel riportare la disciplina derogatoria nel testo dell'art. 47 della l. n. 428/1990, ha di fatto risolto non solo la problematica dell'evidente illegittimità dell'art. 53, tra l'altro preannunciata – indirettamente - dagli estensori del testo del documento del Senato, ma ha pure dissolto le questioni ermeneutiche connesse all'art. 63.

Quindi, ricorrendo al criterio cronologico per la soluzione delle antinomie normative verificatesi, in virtù del quale trova attuazione il principio *lex posterior derogat priori*, di fatto vengono abrogate implicitamente le norme precedenti, cosicché è possibile sostenere che la regolamentazione *tout court* del trasferimento delle imprese insolventi in amministrazione straordinaria è ora rinvenibile esclusivamente nell'art. 47, c. 4 bis, della l. n. 428/1990.

Tra l'altro, con l'entrata in vigore di questa norma, è stata risolta un'altra mancanza della vecchia disposizione, e cioè l'aver previsto nel nostro ordinamento lavoristico la disciplina, in deroga, anche in caso di trasferimento *temporaneo* d'azienda, o parti di essa, avvenuto nel corso della procedura concorsuale (*i.e. affitto d'azienda*)<sup>448</sup> e strumentale alla prosecuzione dell'attività di impresa così da favorire la cessione definitiva a terzi dell'azienda<sup>449</sup>, dato che, fino all'entrata in vigore dell'art. 47, c. 4 bis, in caso di circolazione *pro tempore* del complesso aziendale, trovava applicazione l'art. 2112 c.c. e non l'art. 63, commi 4 e 5, del d.lgs. n. 270/1999, in quanto lo stesso era tarato espressamente sulla tipologia contrattuale della vendita<sup>450</sup>.

A sostegno della tesi, rileva *in primis* il principio *ubi lex voluit dixit*, per cui se il legislatore avesse voluto estendere anche all'affitto d'azienda, o di suoi rami, la disciplina derogatoria dettata in caso di vendita l'avrebbe fatto espressamente, tanto più che in altre questioni attinenti alla disciplina

---

<sup>448</sup> Sul piano del diritto fallimentare, l'affitto d'azienda aveva già un suo indiretto richiamo nell'art. 42 del d.lgs. n. 270/1999.

<sup>449</sup> V. Berruti, *Definizione ed esecuzione del programma*, cit., 969; Zanichelli, *L'amministrazione straordinaria*, cit., 2060.

<sup>450</sup> In verità esistono in dottrina posizioni secondo le quali, anche prima dell'entrata in vigore dell'art. 47, c. 4 bis, e pur riconoscendo la poca chiarezza dell'art. 63, commi 4 e 5, d.lgs. n. 270/1999, l'affitto, come pure qualunque altra fattispecie circolatoria diversa dalla "vendita di aziende in esercizio", era comunque assoggettato alla norma in deroga *de qua* (v. Villani, *Trasferimento d'azienda*, cit., 156 ss., in modo particolare, 160; Ponti, Spadetto, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, Cedam, 2006, 190).

dell'amministrazione straordinaria ha in modo diretto richiamato il particolare istituto negoziale<sup>451</sup>; *in secundis*, prima della previsione del comma 4 bis, considerando l'interpretazione restrittiva dell'art. 63, non era comunque possibile colmare la *vacatio legis* ricorrendo alla disciplina più generale contenuta nel comma 5 dell'art. 47, e questo perché la norma si applica esclusivamente alle imprese in amministrazione straordinaria senza continuazione di attività o con cessazione della stessa.

Quindi, in particolare, non era possibile risolvere la questione nella stessa maniera della procedura fallimentare dove, pur prevedendo, anche in questo caso, una specifica disciplina in deroga solo nell'ipotesi della vendita fallimentare<sup>452</sup>, è tuttavia possibile ricorrere, in questa particolare situazione, alle disposizioni più generali contenute nell'art. 47, c. 5, l. n. 428/1990.

Inoltre, questa impostazione ermeneutica potrebbe trovare una sua logica anche nel fatto che all'epoca dell'entrata in vigore della *Prodi bis*, per la normativa concorsuale vigente *ratione temporis*, lo strumento dell'affitto di azienda non era visto di buon occhio, e ciò in quanto lo si considerava un fattore ostativo al raggiungimento dell'obiettivo tipico delle procedure concorsuali che, ricordiamolo, prima della riforma fallimentare del 2005, consisteva esclusivamente – ovviamente fatta eccezione per la nuova versione dell'amministrazione straordinaria – in una finalità liquidatoria<sup>453</sup>.

Anche se poi, bisogna dirlo, all'atto pratico non mancavano casi in cui, nel corso delle stesse procedure concorsuali liquidatorie, si ricorreva comunque al trasferimento *pro tempore* dell'azienda insolvente, in ragione del suo richiamo indiretto *ex art. 3, c. 4, l. n. 223/1999*, che prevede un diritto di precedenza a favore dell'affittuario, ma ciò, chiaramente, solo con il precipuo scopo di creare le condizioni per soddisfare nel miglior modo possibile i creditori concorrenti.

Quindi, va indubbiamente evidenziata la circostanza che l'intervento normativo *ad hoc*, calibrato pure sull'affitto del complesso aziendale, assume un certa importanza in quanto, attraverso di esso, oltre a permettere sostanziosi risparmi economici e finanziari per la procedura, e a favorire l'eventuale programma di cessione in forza della previsione di un diritto di precedenza a favore dell'affittuario, è possibile evitare la dispersione della forza lavoro occupata

---

<sup>451</sup> V. art. 42 d.lgs. n. 270/1999 dove il legislatore, nell'elencare gli atti del commissario straordinario soggetti ad autorizzazione, prevede espressamente sia l'alienazione che l'affitto di aziende e di suoi rami.

<sup>452</sup> V. art. 105 l.f. rubricato "vendita dell'azienda, di rami, di beni e rapporti in blocco".

<sup>453</sup> V. Fimmanò, *Concordato preventivo e circolazione del ramo d'azienda*, in *Fa*, Ipsa, 2008, 7, 828.

nell'azienda, soprattutto in termini di conservazione di preziose professionalità<sup>454</sup>.

Ma, come ho già anticipato all'inizio di questo §, necessarie considerazioni vanno fatte anche rispetto alla cessione di quei cespiti che risultando non più necessari, o perché non coerenti con il piano conservativo, tale per cui l'attività viene cessata, ovvero perché risultati residui alla fine del programma di cessione, è più logico prevedere una loro alienazione in una prospettiva di miglior realizzo.

In particolare, anche rispetto a queste particolari fattispecie circolatorie, non mi pare si potesse sostenere l'applicabilità delle regole contenute nell'art. 63, commi 4 e 5, d.lgs. n. 270/1999, e questo proprio perché non avrebbe avuto senso la previsione, da parte del legislatore fallimentare, anche dell'art. 62, alveo nel quale ricadono, appunto, le operazioni di cessione di rami d'azienda non in esercizio.

Questo appunto per dire che anche in queste ipotesi, mancando una disciplina *ad hoc* prima dell'avvento dell'art. 47, c. 4 bis, l. n. 428/1990, le circolazioni aziendali erano disciplinate dalle regole generali *ex art.* 2112 c.c., e questo anche nella specifico caso in cui la procedura assumeva, al completamento del programma di cessione, una mera finalità liquidatoria.

Motivo per cui, oggi, pure la regolamentazione della dismissione di eventuali cespiti risultati non strategici, seguirà la fattispecie derogatoria della flessibilizzazione delle tutele, e non quella *ex art.* 47, c. 5, l. n. 428/1990, e ciò, sul piano soggettivo, in perfetta armonia con i dettami comunitari risultanti dall'attività ermeneutica dell'art. 5, par. 2, della direttiva n. 2001/23, secondo cui la deroga parziale è comunque ammessa non solo riguardo a quelle procedure di insolvenza prive *ab origine* della finalità liquidativa, ma anche rispetto a quelle procedure che all'inizio, per la loro astratta finalità, possono essere sia liquidative che non liquidative<sup>455</sup>.

Va, inoltre, segnalato il fatto che, riportando la disciplina del trasferimento delle imprese in amministrazione straordinaria nell'ambito dell'art. 47, è lecito considerare, *per relationem*, applicabile il contenuto dell'art. 47, c. 6, ossia il diritto di precedenza all'assunzione, presso l'acquirente, a favore di quei lavoratori che non passano alle sue dipendenze in contemporanea con l'atto di cessione, nonché, sempre rispetto agli stessi lavoratori qualora passino al cessionario in un momento successivo, la disapplicazione dell'art. 2112 c.c.<sup>456</sup>.

---

<sup>454</sup> V. Ponti, Spadetto, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, cit., 110.

<sup>455</sup> Di identico avviso, seppure *ante art.* 47, c. 4 bis, l. n. 428/1990, Villani, *Trasferimento d'azienda*, cit., 154.

<sup>456</sup> Addirittura già prima dell'entrata in vigore dell'art. 47, c. 4 bis, l. n. 428/1990, vi erano tesi che consideravano, vigenti le regole *ex art.* 63 del decreto del 1999, legittima la non applicazione dell'art.

Del resto, si tratta di previsioni di favore per i lavoratori estromessi dal trasferimento al subentrante, e, dunque, non si rinviene in diritto alcun elemento contrario a tale tesi estensiva.

In definitiva, il legislatore, riportando la regolamentazione derogatoria del trasferimento di aziende insolventi in amministrazione straordinaria nell'ambito del diritto del lavoro, indubbiamente si è posto il duplice obiettivo di agevolare, in chiave conservativa, l'affitto d'azienda, o rami di essa, e di rendere il suo acquisto da parte di terzi più sicuro, senza esporli a eventuali rischi di contenzioso, favorendo così, almeno sul piano del diritto interno, il principio della certezza del diritto, ma non certamente e, aggiungerei, ancora una volta, rispetto a quello europeo, permanendo le criticità già rappresentate innanzi relative all'ampiezza delle deroghe contenute nella norma domestica.

Oggi, pertanto, qualora il trasferimento riguardi aziende “*per le quali sia stata disposta l'amministrazione straordinaria ai sensi del decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270, in caso di continuazione o di mancata cessazione dell'attività*”, se l'accordo sindacale prevede il mantenimento, anche parziale, dell'occupazione, l'articolo 2112 c.c. troverà applicazione nei termini e nei limiti stabiliti dall'accordo stesso<sup>457</sup>.

Dal contenuto dell'articolo emergono, innanzitutto, le condizioni che consentono la disapplicazione delle tutele individuali, e cioè che vi sia stata la dichiarazione di apertura della procedura, con decreto, da parte del Tribunale, dando così inizio alla c.d. *fase amministrativa*, e, inoltre, che sia stato sottoscritto un accordo sindacale tra le parti.

Inoltre, dalla norma emerge il carattere pleonastico dell'elemento della continuazione dell'attività, nonché, indubbiamente, la centralità che l'elemento occupazionale assume per il nostro legislatore, tenuto conto che la sua tutela, almeno in parte, rappresenta il presupposto necessario per poter azionare l'ulteriore *flessibilizzazione* delle garanzie *ex art. 2112 c.c.*.

Di fatto, viene richiamato, in un certo qual modo, il contenuto dell'art. 63, commi 4 e 5, con l'unica particolarità, significativa, di condizionare il venir meno delle altre garanzie individuali al soddisfacimento dell'interesse collettivo della salvaguardia dei livelli occupazionali, il tutto in sintonia col dettato comunitario<sup>458</sup>.

Infine, per quanto riguarda la regolamentazione del trasferimento d'azienda rispetto a quelle società ammesse all'amministrazione straordinaria in ragione

---

2112 c.c. per i lavoratori che passavano all'acquirente in un momento successivo rispetto all'atto traslativo, ma non l'estensione agli stessi lavoratori del diritto (*legale*) di precedenza (v. Menghini, I contratti di lavoro, cit., 643-644).

<sup>457</sup> V. art. 47, c. 4 bis, lett. b), l. n. 428/1990.

<sup>458</sup> V. art. 5, par. 2, lett. b), dir. n. 2001/23.

del decreto *Marzano*, il problema si è posto solo a decorrere dalla esplicita previsione, quale possibile modalità di recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali, del programma di cessione dei complessi aziendali, giusta d.l. n. 134/2008 (c.d. decreto *Marzano ter*).

Per cui, a partire dal 28 agosto 2008, la disciplina della cessione d'azienda è ricaduta, inizialmente, nell'art. 63, commi 4 e 5, del d.lgs. n. 270/1999, per poi sottostare anch'essa, a seguito dell'intervento emendativo *ex* d.l. n. 135/2009, all'art. 47, c. 4 bis, l. n. 428/1990, valendo al riguardo, *per relationem*, le considerazioni in materia di sua incompatibilità col diritto europeo già espresse nel corso del presente §.

### **3.3 La circolazione di azienda per le imprese del settore dei servizi pubblici essenziali: il caso *Alitalia* e risvolti comunitari**

La questione della finalità conservativa e di risanamento perseguita dall'amministrazione straordinaria si è posta anche, e con maggiore vigore dato il particolare settore, per quelle imprese che assolvono un servizio pubblico essenziale.

Data la delicatezza della materia, è del tutto evidente il fatto che il legislatore non solo abbia inserito la specifica disciplina all'interno della legge *Marzano*, in considerazione della circostanza di essere una procedura più rapida e snella rispetto alla *Prodi bis*, ma ne abbia fissato addirittura una sottodisciplina *ad hoc*, nata in ragione della situazione di insolvenza che ha interessato la nostra compagnia aerea di bandiera, onde garantire la continuità della prestazione di servizi pubblici essenziali.

Attività emendativa realizzata per effetto del d.l. n. 134/2008 con il quale il Governo, attraverso il ritorno alla c.d. *decretazione d'urgenza*<sup>459</sup>, oltre a prevedere espressamente, nell'ambito della *Marzano*, la possibilità di risanare l'impresa anche attraverso la cessione dei complessi aziendali<sup>460</sup>, ha introdotto una peculiare modalità conservativa consistente nella "*cessione di complessi di beni e contratti*"<sup>461</sup>, definendo contestualmente la regolamentazione del processo circolatorio con una specifica disciplina in deroga contenuta nell'art. 5, c. 2 ter, d.l. n. 347/2003.

Diciamo innanzitutto che, rispetto al programma di cessione dei complessi di beni e contratti, in dottrina è stato evidenziato che esso rappresenta una "*superfetazione*" di quello dei complessi aziendali, nel senso che "*non si vede*

---

<sup>459</sup> V. Caiafa, *Ristrutturazione di grandi imprese in crisi*, in *DPL*, 1, 2009, 24 ss..

<sup>460</sup> V. art. 1, c. 1, d.l. n. 134/2008.

<sup>461</sup> V. art. 1, c. 1 bis, d.l. n. 134/2008, che ha introdotto la lett. b bis) all'art. 27, c. 2, d.lgs. n. 270/1999.

(...) perché nel concetto di cessione di complessi aziendali non possano rientrare beni e rapporti giuridici ed ogni altra entità giuridica che può formare oggetto di cessione ...”<sup>462</sup>, ma in realtà noi sappiamo bene che, da un punto di vista giuslavoristico, tenuto conto dei criteri guida fissati dall’art. 2112 c.c., ai fini della corretta qualificazione della fattispecie circolatoria, la precipua esplicita previsione ha un senso rispetto all’opportunità di far rientrare nella fattispecie “*ramo d’azienda*”, in ragione della tutela dell’interesse collettivo rappresentato dalla salvaguardia dei livelli occupazionali, anche i beni e rapporti giuridici considerati nella loro individualità, altrimenti assoggettati, per quel che riguarda i rapporti di lavoro, all’art. 1406 c.c., che non è derogabile, determinando *per relationem* la necessità del consenso dei lavoratori ceduti<sup>463</sup>, e, dunque, un irrigidimento dell’operazione a discapito della finalità perseguita dalla particolare procedura concorsuale.

Per cui, in questo modo, trova riscontro in dottrina l’opinione secondo cui, rispetto al diritto fallimentare, ma non certamente a quello del lavoro, andrebbe ripensata la distinzione tra i due concetti sinergici di impresa e azienda, ai fini della ricorrenza della fattispecie traslativa, in ragione del fatto che una concezione atomistica dei beni dell’impresa insolvente sembra non aver abbandonato del tutto la disciplina delle procedure concorsuali<sup>464</sup>, tale da paventare il rischio della circolazione di articolazioni prive del requisito dell’*autonomia funzionale ex art. 2112 c.c.*<sup>465</sup>, seppure giustificata dalla salvaguardia dei livelli occupazionali.

Ma sia chiaro che, anche in questo caso e ai fini della correttezza del fenomeno traslativo, l’aggregazione di un complesso di beni e rapporti non può prescindere dal fatto che, pur se effettuata all’atto della cessione, dando così vita a un’entità *ad hoc*, deve comunque avvenire nel rispetto di un criterio, oggettivo, di idoneità e funzionalità all’esercizio di una determinata attività di impresa.

Infatti, al fine di verificare se il complesso di elementi eterogenei possano essere individuati come ramo d’azienda nell’ambito di un fenomeno circolatorio, anche in sede concorsuale, “*non occorre che il trasferimento riguardi l’azienda originaria, ossia quale si configurava presso l’alienante,*

---

<sup>462</sup> V. Lo Cascio, *Gruppo Alitalia: conversione del decreto legge sull’insolvenza*, in *Fa*, 2008, 12, 1366.

<sup>463</sup> V. Anibaldi, *Il trasferimento di “ramo d’azienda” nel fallimento e nell’amministrazione straordinaria: compatibilità della disciplina italiana con la normativa europea*, cit., 364 ss..

<sup>464</sup> Sul fatto che la filosofia fallimentare, prima della sua riforma del 2005, è sempre stata agnostica a considerare l’azienda come bene in quanto tale, in ragione della finalità prettamente liquidatoria delle procedure concorsuali, v. Rossi, *L’affitto di azienda stipulato prima della dichiarazione di fallimento*, in *DFSC*, Cedam, 2010, vol. 3-4, 371.

<sup>465</sup> V. Anibaldi, *Il trasferimento di “ramo d’azienda” nel fallimento e nell’amministrazione straordinaria: compatibilità della disciplina italiana con la normativa europea*, cit., 382 ss..

*visto che il legislatore non esige che l'acquirente sia posto in grado di esercitare la medesima impresa dell'alienante, ma che oggetto dell'atto dispositivo sia comunque un complesso di beni organizzato, funzionalmente idoneo all'esercizio dell'attività economica*"<sup>466</sup>.

Anche perché diversamente, come abbiamo già visto nel 1° capitolo a proposito della tesi in dottrina che ha salutato con favore l'eliminazione, dal testo dell'art. 2112 c.c., dei requisiti della preesistenza e della conservazione dell'identità del ramo, sarebbe palese una situazione di conflittualità dell'art. 27, c. 2, lett. b-bis) del d.lgs. n. 270/1999 e, *per relationem*, della relativa disciplina in deroga con lo spirito comunitario e nazionale in materia di trasferimento d'azienda.

A tal uopo è doveroso richiamare, per completezza di esposizione, anche la posizione di coloro che, nonostante la presenza, sempre rispetto alla corretta identificazione della parte di azienda, del requisito della sua oggettiva autonomia funzionale, questo comunque non elimina i profili di contrasto sia con la Corte di giustizia, sia con la giurisprudenza interna<sup>467</sup>, e ciò perché in ogni caso il carattere della *conservazione* dell'identità dell'articolazione, quale espressione del requisito della *preesistenza* che non è espressamente richiamato nel testo della direttiva ai fini della corretta qualificazione della fattispecie traslativa, è un punto fermo<sup>468</sup>.

Posizione che, ricordiamolo, trova una sua congruità anche rispetto al contenuto dell'art. 1 della direttiva n. 2001/23, che, nel fornire la definizione di azienda e di sua parte, afferma espressamente che oggetto del trasferimento, ai fini della ricorrenza della fattispecie traslativa, deve essere "*un'entità economica che conserva la propria identità, intesa come insieme di mezzi organizzati al fine di svolgere un'attività economica, sia essa essenziale o accessoria*".

Certo è che la prevalenza dell'indirizzo dottrinale di maggiore criticità mostrerebbe, di fatto, una situazione di illegittimità dell'attività di revisione dell'art. 2112 c.c., effettuata dal legislatore delegato *ex art.* 32 del d.lgs. n.276/2003, per eccesso di delega, in quanto avvenuta in disprezzo dei criteri direttivi indicati nell'art. 1, c. 2, lett. p), della legge delega 14 febbraio 2003, n. 30, secondo i quali l'obiettivo della attività emendativa era appunto quello di adeguare la "*disciplina vigente alla normativa comunitaria, anche alla luce del necessario coordinamento con la legge 1° marzo 2002, n. 39, che dispone il*

---

<sup>466</sup> Cfr. Cass. 1 dicembre 2005, n. 26196; Trib. Sulmona 5 dicembre 2007, con nota di Fimmanò, *Concordato preventivo e circolazione del ramo d'azienda*, cit., 831 ss..

<sup>467</sup> Cfr. Cass. 30 dicembre 2003, n. 19842; Cass. 30 marzo 2012, n. 5117; Cass. 4 dicembre 2012, n. 21711, con nota di Gianni, *Le errate ragioni di una tutela bivalente*, in *FA Tar*, 2013, 3, 604 ss.; Trib. Milano 8 luglio 2005.

<sup>468</sup> Sul fatto che la conservazione dell'identità non costituirebbe un requisito ulteriore e autonomo rispetto a quello della preesistenza, ma fungerebbe solo da suo completamento, v. Menghini, *I contratti di lavoro*, cit., 585.

*recepimento della direttiva 2001/23/CE del Consiglio, del 12 marzo 2001, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti*<sup>469</sup>.

A ogni buon conto, il legislatore concorsuale, nonostante le obiezioni sollevate in merito all'inconferenza del binomio preesistenza-conservazione, con la previsione *ex art. 27, c. 2, lett. b-bis*), ha mostrato in ogni caso la necessità di estendere, quanto più possibile, l'operatività delle deroghe all'art. 2112 c.c. pure a questa *speciale* ipotesi traslativa.

Orientamento che trova una sua conferma nel parallelismo, considerando l'ordinamento concorsuale, con il contenuto dell'art. 105 l.f. rubricato "*vendita dell'azienda, di rami, di beni e rapporti in blocco*", che al comma 5 prevede, quale modalità liquidatoria nel caso di fallimento, la cessione non solo del complesso aziendale o rami di esso, ma anche "*di beni o rapporti giuridici individuabili in blocco*"<sup>470</sup>, con ciò riconoscendo, anche in questa specifica fattispecie, la possibilità per il curatore di poter confezionare un'entità<sup>471</sup> *ad hoc*, purché funzionale allo svolgimento di un'attività economica<sup>472</sup>.

Venendo, quindi, alla disciplina del trasferimento di un'impresa in amministrazione straordinaria erogante servizi pubblici essenziali, in ragione di un programma di cessione dei complessi aziendali, ovvero di un programma di cessione dei complessi di beni e contratti, per il recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali esercitate, le regole sono dettate dall'art. 5, c. 2 ter, l. n. 347/2003<sup>473</sup>, secondo cui "*nell'ambito delle consultazioni di cui all'articolo 63, comma 4, del decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270, ovvero esaurite le stesse infruttuosamente, il Commissario e il cessionario possono concordare il trasferimento solo parziale di complessi aziendali o attività produttive in precedenza unitarie e definire i contenuti di uno o più rami d'azienda, anche non preesistenti, con individuazione di quei lavoratori che passano alle dipendenze del cessionario*".

---

<sup>469</sup> A. Corrado, D. Corrado, *I rapporti di lavoro nel fallimento*, cit., 213.

<sup>470</sup> Può ben essere che tali beni e rapporti giuridici non siano organizzati e definibili quale complesso aziendale, ma dovranno pur sempre essere individuabili in relazione a una determinata attività o caratteristica economica comune che ne renda conveniente la gestione unitaria dal punto di vista della liquidazione (v. Mengoni, *La liquidazione dell'attivo*, in AA.VV. (a cura di), *Il fallimento e altre procedure concorsuali*, Ipsoa, 2013, 325).

<sup>471</sup> Concetto di origine europea da porre in connessione con quello italiano di "*attività*".

<sup>472</sup> Diversamente, la carenza dell'autonomia funzionale delle porzioni di azienda significherebbe la necessità del consenso da parte dei lavoratori ceduti *ex art. 1406 c.c.*. Per un approfondimento della vendita fallimentare, v. Anibaldi, *Il trasferimento di "ramo d'azienda" nel fallimento e nell'amministrazione straordinaria: compatibilità della disciplina italiana con la normativa europea*, cit., 367 ss..

<sup>473</sup> Articolo inserito, nel corpo della legge *Marzano*, ad opera dell'art. 1, c. 13, d.l. n. 134/2008.

Considerando il fatto che, come nella versione *comune*, anche in quella *speciale* dell'amministrazione straordinaria, l'unica norma che attiene ai rapporti di lavoro è quella relativa alla disapplicazione dell'art. 2112 c.c., va evidenziato che con la *Marzano ter*, l'attivazione dell'impianto derogatorio non richiede necessariamente il raggiungimento di un accordo con le organizzazioni sindacali nell'ambito delle consultazioni *ex art.* 47 l. n. 428/1990, tant'è vero che il commissario liquidatore e il cessionario, esaurite infruttuosamente le stesse consultazioni sindacali, possono in ogni caso concordare autonomamente l'oggetto del trasferimento<sup>474</sup>.

Dal testo della norma emerge, quindi, oltre alla carenza dell'obbligo di sottoscrizione di un accordo con i rappresentanti dei lavoratori, la qual cosa obiettivamente non è contraria alla filosofia comunitaria - fatta eccezione per la percorribilità della deroga ai trattamenti economici e normativi - che sancisce, sul piano della tutela dei diritti collettivi, solo un obbligo di informazione e consultazione, anche l'inconferenza dell'elemento della *preesistenza* del ramo d'azienda, che in questo specifica fattispecie ne esce esplicitamente rafforzata, diversamente dalla previsione generale *ex art.* 2112, c. 5, attestando così la possibilità per le parti coinvolte nel trasferimento di poter confezionare un complesso di beni e rapporti *ad hoc* che, solo in ragione del trasferimento, presentano una loro idoneità e funzionalità rispetto allo svolgimento di una determinata attività.

Elemento dell'idoneità e funzionalità dell'entità, come definita dalle parti, che devono necessariamente ricorrere, pena l'illegittimità della norma non solo rispetto all'indirizzo normativo comunitario, ma anche nazionale, ai fini della ricorrenza della fattispecie "trasferimento d'azienda".

Per quanto riguarda, inoltre, la compatibilità delle deroghe alle tutele individuali contenute nella norma *de qua* rispetto alle indicazioni dell'ordinamento comunitario, è palese la loro conflittualità, e questo perché, al di là di un'interpretazione estensiva dei suoi contenuti, comunque è certo che, in presenza di un procedimento concorsuale come quello in commento, non è possibile intervenire sulla continuità giuridica dei rapporti di lavoro, trattandosi di un procedimento che mira, appunto, al risanamento del complesso aziendale in chiave conservativa.

Da ultimo, merita attenzione un particolare aspetto della norma, di non secondaria importanza. Mi riferisco al fatto che è possibile, per le parti

---

<sup>474</sup> In tal senso, si potrebbe parlare di accordi *di gestione*, detti anche accordi *a perdere*, ossia di accordi di regolamentazione di un potere unilaterale del datore di lavoro esercitabile anche senza o contro l'assenso dei sindacati. Si definiscono tali in quanto producono effetti favorevoli unicamente per una parte dei lavoratori, a fronte del sacrificio di altri, ma solo rispetto alla continuazione del rapporto di lavoro (v. Miscione, *Dialoghi di Diritto del lavoro*, cit., 74 ss.).

interessate dalla circolazione dell'azienda, definire "ramo" anche porzioni di attività produttive in precedenza unitarie.

Questo fa emergere il fatto che il legislatore, con la previsione *de qua*, abbia riconosciuto la possibilità, in piena sintonia con l'indirizzo della giurisprudenza comunitaria e nazionale (v. *sub*, § 1.4.3), che oggetto del trasferimento possano essere anche servizi/attività per l'assolvimento dei quali l'elemento "manodopera", in ragione di una concezione di azienda dematerializzata, assume un ruolo predominante rispetto alla componente materiale<sup>475</sup>.

In effetti, in questi casi, ricordiamolo, rileva, ai fini della corretta qualificazione dell'operazione traslativa, l'aspetto dell'organizzazione del lavoro, a condizione, però, che il personale – individuato e organizzato – sia in grado di esprimere autonomamente una propria capacità produttiva di beni e servizi, e questo può essere certamente il caso dei dipendenti di un'azienda che produce servizi di trasporto aereo di passeggeri.

---

<sup>475</sup> Così, anche, Caiafa, *Ristrutturazione di grandi imprese in crisi*, cit., 30.

## Capitolo 4

### Il ruolo del sindacato, le politiche passive e attive del lavoro

SOMMARIO: 4.1 CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE – 4.2 LA TUTELA COLLETTIVA – 4.2.1 (SEGUE): I CONFINI DELLA TUTELA COLLETTIVA - 4.3 CIGS CONCURSUALE E RECENTI NOVITÀ NORMATIVE - 4.4 POLITICHE ATTIVE DEL LAVORO E TRASFERIMENTO D’AZIENDA: *DE IURE CONDITO, DE IURE CONDENDO*

#### 4.1 Considerazioni introduttive

Quest’ultimo capitolo vuole essere l’occasione per focalizzare l’attenzione su quegli ulteriori strumenti, di natura economica, che, anch’essi finalizzati a favorire le vicende circolatorie endoconcorsuali, sia temporanee che definitive<sup>476</sup>, possono assurgere a un ruolo centrale.

Sto parlando, precisamente, della funzione strategica delle politiche passive e attive del lavoro, rispetto a un modello di *welfare* in cui la centralità *ab origine* riconosciuta alle prime, quali interventi finalizzati a sostenere il reddito di soggetti in cerca di lavoro o a facilitare l’uscita dal lavoro (modello squisitamente assistenziale), sta cedendo sempre più il passo, in linea con gli orientamenti europei contenuti nella Strategia europea per l’occupazione (SEO), alle seconde quali strumenti volti ad attivare e facilitare l’ingresso nel mercato del lavoro di soggetti svantaggiati, pur tuttavia garantendo un’interazione tra le stesse misure tale da rendere il mercato del lavoro sempre più inclusivo per tutti<sup>477</sup>.

Insomma, come del resto abbiamo già visto a proposito della *ratio* che sottende alle normative lavoristiche in deroga in materia di trasferimento d’azienda, l’obiettivo che un sistema economico e sociale moderno deve porsi non è tanto tutelare il diritto a conservare il posto di lavoro, e dunque alla retribuzione<sup>478</sup>,

---

<sup>476</sup> Per un’analisi degli istituti della vendita fallimentare e dell’affitto *endoconcorsuale*, v. Menghini, *I contratti di lavoro*, cit., 551 ss.; Anibaldi, *Il trasferimento di “ramo d’azienda” nel fallimento e nell’amministrazione straordinaria: compatibilità della disciplina italiana con la normativa europea*, cit., 360 ss.; Fimmanò, *La vendita fallimentare dell’azienda*, in *CI*, 2, 2007, 530 ss.; A. Corrado, D. Corrado, *I rapporti di lavoro nel fallimento*, cit., 170 ss.; Aprile, *La cessione lavoristica dell’azienda fallita*, cit., 72 ss.; Undiemi, *La riforma fallimentare e la tutela dei lavoratori nel trasferimento di azienda in crisi: si accentua il contrasto tra diritto interno e diritto comunitario*, cit., 109 ss.; Pajardi, Paluchowski, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 616. Per quanto concerne l’affitto in caso di concordato preventivo, v. Bellè, *Il concordato preventivo*, cit., 282 ss.. Sull’applicazione dell’art. 105 l.f. anche al concordato preventivo con cessione dei beni qualora il debitore, nel definire il piano concordatario, non abbia specificamente indicato le modalità di liquidazione, assumendo così l’opzione legale valore suppletivo, in ragione della natura eminentemente negoziale attribuita al nuovo concordato preventivo, v. Palmerio, *Le fasi della procedura*, in AA.VV. (a cura di), *Il fallimento e altre procedure concorsuali*, Ipsa, 2013, 645.

<sup>477</sup> Per un approfondimento, v. la scheda riassuntiva elaborata a cura della Commissione europea dal titolo *Il Fondo sociale europeo: politiche attive del lavoro e servizi pubblici per l’impiego*, 2010.

<sup>478</sup> La tutela dell’occupazione non deve essere intesa come mera tutela della retribuzione, ma come tutela dell’effettiva attività lavorativa, della professionalità del lavoratore, della sua dignità, decoro, e

quanto piuttosto quello costituzionale del lavoro, pure favorendo le transizioni all'interno del mercato del lavoro secondo la logica del meno ammortizzatori sociali e più mobilità occupazionale.

Tra l'altro, non solo il legislatore lavoristico ma anche quello fallimentare ha sposato, nel riformare la materia, un approccio più pubblicistico, come si può evincere dalla relazione illustrativa dello schema di disegno normativo, tradottosi poi nel d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, che ha modificato il r.d. 16 marzo 1942, n. 267, tant'è vero che nel definire il *new deal* concorsuale si è posto l'opportunità di cercare un equilibrio che tenga conto della necessità di tutelare non solo gli interessi individuali dei creditori e dei singoli lavoratori, ma anche quelli collettivi, connessi alla salvaguardia dei livelli occupazionali e alla sopravvivenza del complesso produttivo, evidenziando così una certa sensibilità verso la conservazione delle componenti positive dell'impresa (beni produttivi e livelli occupazionali)<sup>479</sup>.

Come abbiamo già rappresentato nei capitoli che precedono, per il raggiungimento di tali traguardi, il trasferimento del complesso aziendale, o parte di esso, indubbiamente può assolvere a una funzione significativa, per cui, onde favorire il ricorso a tali operazioni straordinarie, risulta strategica la previsione non solo di incentivi normativi, rappresentati dalla possibile attenuazione – secondo un criterio modulare - delle tutele individuali fissate dall'art. 2112 c.c., o dalla previsione di un diritto di prelazione all'acquisto, legale o convenzionale, a favore dell'affittuario<sup>480</sup>, ma pure di incentivi economici all'occupazione<sup>481</sup> che, in quanto materia concorrente Stato/Regioni, riconosce a queste ultime la possibilità di poter intervenire con proprie risorse, o finanche di derivazione europea (Fondo Sociale Europeo), nell'ottica, appunto, di aumentare l'occupabilità dei lavoratori e, al tempo stesso, la loro sensazione di sicurezza sociale.

---

possibilità di aggiornamento professionale (v. Minervini, *La professionalità del lavoratore nell'impresa*, Cedam, 1986, 152).

<sup>479</sup> Si precisa che la normativa fallimentare ha subito nel tempo diverse e ulteriori modifiche per effetto del d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169, del d.l. 31 maggio 2010, n. 78 (conv. in legge 30 luglio 2010, n. 122) e del d.l. 22 giugno 2012, n. 83 (conv. in l. 7 agosto 2012, n. 134).

<sup>480</sup> V. art. 3, c. 4, l. 23 luglio 1991, n. 223; art. 104 bis, c. 5, l.f. Per un'analisi dottrinale della distinzione tra le due diverse ipotesi di prelazione e sulle rispettive precipue finalità, v. Fimmanò, *La circolazione dell'azienda nel fallimento*, in *RN*, 3, 2007, 541; Fimmanò, *L'affitto di azienda preesistente al fallimento*, in *ilcaso.it*, 98, 2008, 18. Sui presupposti, anche dimensionale, per l'esercizio del diritto *de quo*, cfr. Cass. 1 marzo 2012, n. 3225, in *Foro it.*, 2012, 6, I, 1788; Cass. 2 dicembre 2011, n. 25858, in *MGC*, 2009, 6, 956; Cass. 22 giugno 2009, n. 14546, *ivi*, 956; Cass. 10 febbraio 1999, n. 1124, in *Fallimento*, 2000, 293.

<sup>481</sup> Altre misure di politiche attive del lavoro sono rappresentate dal supporto e orientamento personalizzato a favore di chi cerca lavoro, dalla formazione e addestramento, dagli incentivi alle nuove attività d'impresa, da misure *ad hoc* per target di individui, quali giovani o soggetti diversamente abili.

Prima, però, di entrare nel merito della disciplina fissata in materia di Cassa integrazione guadagni concorsuale, nonché delle eventuali opportunità di accesso a misure di politiche attive del lavoro, anche alla luce dei principi generali fissati dalla recente riforma Fornero, corre l'obbligo di soffermarsi su un elemento che, quale strumento indispensabile per consentire al datore di lavoro subentrante di poter beneficiare delle facilitazioni normative ed economiche in ragione di un'attenuazione delle prescrizioni generali contenute nell'art. 2112 c.c., viene considerato dal legislatore domestico un passaggio obbligato. Sto parlando dell'accordo sindacale, quale espressione di rafforzamento, rispetto alla disciplina europea in materia di tutele collettive, del ruolo del sindacato nell'ambito di un processo di trasferimento d'azienda, la cui analisi verrà condotta anche rispetto a eventuali profili di compatibilità con l'opzione legale *ex art. 8 del d.l. n. 138/2011 (c.d. contrattazione di prossimità)*.

#### **4.2 La tutela collettiva**

Come abbiamo già visto nel primo capitolo, l'intervento *indotto* del legislatore nazionale che ha portato all'approvazione della legge n. 428/90, ebbe anche lo scopo di prevedere una tutela, sul piano collettivo, del lavoratore coinvolto in un processo circolatorio del compendio aziendale, attraverso la previsione di un meccanismo di informazione e consultazione sindacale.

In particolare, però, in riferimento alle imprese in crisi accertata o sottoposte alle procedure concorsuali, fu stabilito che l'alienante e l'acquirente al fine di poter destabilizzare, legittimamente, gli apparati protettivi fissati dal legislatore per i lavoratori subordinati con l'art. 2112 c.c., oltre a rilevare la situazione oggettiva dell'impresa e l'obbligo di informativa e di consultazione sindacale, devono raggiungere, nel corso della trattativa con le organizzazioni sindacali dei lavoratori, un'intesa<sup>482</sup> tale da comportare una sostituzione della tutela legale di tipo individuale con una tutela negoziale di tipo collettiva<sup>483</sup>.

In questo modo, la contrattazione collettiva rappresenta uno degli elementi costitutivi di una fattispecie complessa, a formazione progressiva, caratterizzata da un elemento causale, consistente nella necessità di garantire la sopravvivenza dell'azienda e, dunque, almeno in parte, dei livelli

---

<sup>482</sup> Sulla necessità della tutela collettiva anche in caso di retrocessione al fallimento dell'azienda o di suoi rami a seguito del recesso *ante tempus* dal contratto di affitto di uno dei contraenti, v. Perrino, *Le deroghe alle tutele dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda di imprenditore in crisi o insolvente*, in *Foro it.*, 2007, I, 2157, nota a Cass. 18 gennaio 2007, n. 1097.

<sup>483</sup> V. Fimmanò, *La vendita fallimentare dell'azienda*, cit., 565.

occupazionali, e da altri elementi di carattere sia procedurale che sostanziale, fra i quali appunto l'accordo collettivo<sup>484</sup>.

A tal proposito va, però, rilevato che il livello europeo non ha mai riconosciuto all'intesa collettiva un ruolo significativo, tant'è che la Corte di giustizia europea, vigente la direttiva di prima generazione, ebbe modo di precisare che le norme della stessa direttiva in materia di trasferimento si impongono a tutti, ivi compresi i rappresentanti sindacali dei lavoratori, i quali non possono derogarvi tramite accordi stipulati con il cedente o con il cessionario, in ragione di diritti individuali inderogabili<sup>485</sup>, non esistendo quindi alcun potere derogatorio meramente convenzionale.

Le cose sono poi cambiate sensibilmente con l'avvento della direttiva di seconda generazione, in ragione della quale il legislatore comunitario ha invitato gli Stati membri ad adottare gli opportuni provvedimenti allo scopo di evitare che nell'ambito di fenomeni circolatori di aziende insolventi il lavoratore venga privato di diritti loro riconosciuti dalla stessa disposizione europea<sup>486</sup>, circostanza a cui il nostro legislatore aveva già dato rilievo con la norma del 1990, attraverso la previsione dell'obbligatorietà dell'accordo sindacale, risultando così sul punto antesignano rispetto al suo collega sovranazionale.

Tra l'altro, il fatto che la norma interna presenta un *quid* rispetto alle indicazioni dell'Unione europea in materia di tutele collettive<sup>487</sup>, come è stato giustamente rilevato in dottrina, è comunque anche conforme al principio generale secondo il quale qualunque previsione che rafforza la tutela dei lavoratori non potrà mai contrastare con la disposizione comunitaria, la quale infatti non impedisce agli Stati membri di introdurre un sistema più favorevole ai lavoratori stessi<sup>488</sup>.

Pur rimandando alla legislazione interna, il normatore europeo, rispetto alla fattispecie del trasferimento di imprese in crisi o soggette a procedure concorsuali non liquidative, ha in ogni caso espressamente richiesto la necessità del raggiungimento di un'intesa collettiva al fine di poter incidere sulle condizioni di lavoro dei lavoratori trasferiti<sup>489</sup>.

---

<sup>484</sup> V. Nappi, *Negozi traslativi dell'impresa e rapporti di lavoro*, cit., 301.

<sup>485</sup> V. sentenza *Spano*, cit., punti 31 e 32.

<sup>486</sup> V. art. 4 bis, par. 4, dir. n. 98/50.

<sup>487</sup> V. Villani, *Trasferimento d'azienda*, cit., 135.

<sup>488</sup> V. Pelissero, *Il trasferimento di azienda fra diritto comunitario e diritto interno. L'individuazione della fattispecie*, cit., 825; Menghini, *L'attenuazione delle tutele individuali dei lavoratori in caso di trasferimento di azienda di impresa in crisi o soggetta a procedure concorsuali dopo la direttiva 50/98 e il d.lgs. 270/99*, cit., 219.

<sup>489</sup> V. art. 5, par. 2, lett. b), e par. 3, dir. n. 2001/23.

Ritornando, nel merito, alla questione domestica, va evidenziato che seppure la normativa speciale, di cui al comma 5 dell'art. 47 della l. n. 428/1990, dal punto di vista procedimentale rimanda espressamente alle regole stabilite per il trasferimento delle imprese *in bonis*<sup>490</sup>, in realtà, diversamente dall'ipotesi generale in virtù della quale il sindacato dei lavoratori viene coinvolto, preventivamente<sup>491</sup>, dal cedente e dal cessionario, esclusivamente per adempiere a un obbligo di informazione nei confronti delle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative, a cui può - non deve necessariamente - seguire un esame congiunto con i soggetti sindacali richiedenti, coerentemente con le indicazioni comunitarie<sup>492</sup>, al fine di giungere a intese collettive che, nel regolamentare il potere datoriale, determinano un'armonizzazione dei trattamenti economici e normativi dei lavoratori trasferiti, nel caso di circolazione di aziende di imprese in crisi o insolventi la stipula dell'accordo sindacale è invece un presupposto necessario<sup>493</sup>.

Del resto, rispetto a quest'ultima fattispecie circolatoria, data la delicatezza della materia in virtù della possibile compromissione delle tutele individuali dei lavoratori, più onerose sono le sanzioni che il legislatore ha fissato in caso di mancato assolvimento delle prescrizioni procedurali dettate dalla norma speciale.

Infatti, è prevista una duplice conseguenza sanzionatoria, di cui una, applicabile anche al trasferimento di imprese sane, consistente nel rischio di condanna del cedente e/o del cessionario per comportamento antisindacale ai sensi e per gli effetti dell'art. 28 l. n. 300/1970, in difetto dell'obbligo di informazione e consultazione<sup>494</sup>, e un'altra nell'illegittimità del percorso derogatorio, qualora le

---

<sup>490</sup> V. art. 47, commi da 1 a 4, l. n. 428/1990.

<sup>491</sup> Precisamente, l'art. 47, c. 1, l. n. 428/1990, stabilisce che la comunicazione deve avvenire "*per iscritto almeno venticinque giorni prima che sia perfezionato l'atto da cui deriva il trasferimento o che sia raggiunta un'intesa vincolante tra le parti, se precedente*".

<sup>492</sup> V. art. 7 dir. n. 2001/23.

<sup>493</sup> L'accordo sindacale rappresenta, invece, un presupposto sufficiente ma non necessario nell'ambito dell'operazione traslativa che interessa imprese assoggettate all'amministrazione straordinaria ai sensi del d.l. n. 347/2003 (c.d. *legge Marzano*).

<sup>494</sup> V. art. 47, c. 3, l. n. 428/1990. Circa la legittimazione attiva in capo alle organizzazioni sindacali, e non ai lavoratori, a contestare la condotta antisindacale del cedente o/e del cessionario, in ragione della *ratio*, sottesa alla norma *de qua*, di tutela sociale del lavoro dipendente, cfr. Cass. 13 novembre 2009, n. 24093, in *MGC*, 2009, 11, 1592. Sulla circostanza che la violazione delle fasi procedurali non compromette la validità e, dunque, l'efficacia del negozio traslativo, in quanto non rappresentano requisiti di legittimità, v. Lambertucci, *Profili ricostruttivi della disciplina in materia di trasferimento d'azienda*, in *RIDL*, 1992, 171. In merito alla valenza sospensiva della condanna, per comportamento antisindacale, sugli effetti del negozio traslativo, v. Santoro Passarelli, *Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro*, cit., 50. In giurisprudenza, cfr., *ex multis*, Cass. 8 giugno 2009, n. 13171, in *CIV*, 2010, 1, 81; Cass. 22 agosto 2005, n. 17072, in *RIDL*, 2006, 3, II, 592; Trib. Benevento 26 settembre 2005, in *DRI*, 2006, 4, 1160; Trib. Milano 14 gennaio 2003, in *LG*, 2003, 693. In senso contrario, quale tesi minoritaria ed eccessiva, v. G. Santoro Passarelli, *La nuova disciplina del trasferimento d'azienda e rapporti di lavoro*, in *DLRI*, 1991, 783; G. Santoro Passarelli, *La disciplina del rapporto di lavoro nel*

parti sociali non addivengano a un accordo collettivo, tale da comportare l'applicazione della disciplina generale *ex art.* 2112 c.c.<sup>495</sup> e, dunque, la mancata fruizione per il cessionario di benefici di carattere non solo normativo, ma anche economico.

Tra l'altro, quest'ultimo principio, trova una sua conferma e, potremmo aggiungere, un suo rafforzamento in una recente sentenza della Cassazione secondo la quale, per poter derogare all'art. 2112 c.c., non basta la sottoscrizione di una generica intesa collettiva, ma è necessario un accordo che, per costituire norma derogatoria che regola la fattispecie, non può essere "... *privo dei requisiti minimi essenziali*"<sup>496</sup>.

Per quanto concerne, invece, il rispetto dell'obbligo di informazione e consultazione in presenza della fattispecie derogatoria *ex art.* 47, c. 4 bis, anche se non si rileva nella lettera della norma una precisa indicazione in tal senso, è saggio pensare, in ragione della necessità di raggiungere un'intesa collettiva in deroga e della collocazione topografica del medesimo comma, che le fasi procedurali sono comunque un passaggio necessario<sup>497</sup>, tanto più che, come è stato condivisibilmente rilevato rispetto all'ipotesi generale di trasferimento, la *ratio* della procedimentalizzazione è appunto quella di favorire la sottoscrizione di un accordo sindacale, che sia ragionevole ed equilibrato<sup>498</sup>.

Ecco che, a maggior ragione, in presenza di un'operazione traslativa speciale che interessa imprese in crisi accertata o sottoposte a procedure concorsuali non liquidative, onde addivenire, il cedente e il cessionario, alla definizione di un'intesa, una corretta e preventiva informazione alle rappresentanze sindacali, nonché il correlato confronto sindacale, a prescindere dall'eventuale previsione normativa, assumono una rilevanza notevole, pure in un'ottica di costruzione di relazioni industriali improntate alla fattiva e reciproca collaborazione, anche perché all'atto pratico nessun soggetto sindacale si dichiarerà mai disponibile a intavolare una trattativa finalizzata alla sottoscrizione di un accordo collettivo

---

*trasferimento d'azienda: evoluzione e prospettive*, cit., 10-11. In giurisprudenza, cfr. Trib. Milano 3 gennaio 2004, in *RCDL*, 2004, 363.

<sup>495</sup> V. Villani, *Trasferimento d'azienda*, cit., 135.

<sup>496</sup> Nella specie, la S.C. ha confermato la decisione della Corte d'Appello secondo cui l'accordo raggiunto tra le parti consisteva in un'intesa generica che faceva riferimento a una futura consultazione sindacale e a un futuro accordo da stipulare (Cfr. Cass. 22 settembre 2011, n. 19282, in *MGC*, 2011, 9, 1320; Cass. 5 marzo 2008, n. 5929, in *MGC*, 2008, 3, 360). Sul punto, cfr., anche, Cass. 10 aprile 2006, n. 8292, in *MGC*, 2006, 4, secondo la quale non basta un generico accordo sul mantenimento, anche parziale, dell'occupazione, ma è indispensabile un accordo che sia intervenuto espressamente all'interno delle trattative con le OO.SS. effettuate ai sensi del primo e secondo comma dell'art. 47, e secondo la procedura dettagliatamente disciplinata da questi ultimi.

<sup>497</sup> Della stessa opinione, Lambertucci, *Trasferimento di azienda e problemi occupazionali*, cit., 409.

<sup>498</sup> V. Raffi, *Tutela del lavoratore nel trasferimento di azienda tra normativa nazionale e normativa comunitaria*, cit., 112.

che compromette le garanzie individuali dei lavoratori, senza prima essere edotto su tutti gli aspetti connessi all'operazione circolatoria.

Una tale architettura legislativa mostra, senza ombra di dubbio, la precisa volontà di riconoscere ai rappresentanti sindacali dei lavoratori un ruolo attivo e condizionante, non relegandoli a mero organo consultivo, in quanto la loro funzione non è solo quella di assicurare l'instaurazione di un reale contraddittorio tra le istanze della curatela, rispetto alla necessità di soddisfare i creditori concorsuali, e quelle dei dipendenti, in termini di tutela dei posti di lavoro, ma anche di consentire - secondo la logica del male minore - un consistente beneficio economico per il cessionario rappresentato dal contenimento dei livelli occupazionali del cedente<sup>499</sup>, a condizione però che venga garantita la conservazione, almeno in parte, dell'occupazione.

Qualche osservazione va fatta anche rispetto all'efficacia soggettiva dell'accordo collettivo in deroga.

Diciamo subito che la questione della vincolatività del contratto collettivo si pone rispetto a quei lavoratori che non sono iscritti o che non aderiscono, neanche per fatti concludenti, alle organizzazioni sindacali stipulanti.

Sul punto, come spesso accade in situazioni analoghe caratterizzate dall'essere particolarmente contorte e complesse, si sono sviluppate due distinte linee di pensiero, di cui una, prevalente, secondo la quale viene esclusa l'efficacia *erga omnes* delle particolari intese collettive in ragione della violazione dei precetti costituzionali<sup>500</sup>, ovvero della necessità, rispetto ai lavoratori non aderenti, di "un nuovo e regolare contratto, collettivo o individuale"<sup>501</sup>; un'altra, minoritaria, che invece, nel considerare l'intesa quale accordo collettivo *di gestione o a perdere*, dotata quindi di efficacia *ultra partes*, ritiene estendibili i suoi effetti nei confronti di tutti i lavoratori, senza esclusione alcuna, e questo in virtù del fatto che il contratto collettivo, quale norma negoziale, acquisisce forza di legge dalla legge stessa<sup>502</sup>, rappresentando così una fonte *extra ordinem* del diritto, in virtù della necessità di tutelare interessi pubblici rappresentati

---

<sup>499</sup> V. Fimmanò, *La vendita fallimentare dell'azienda*, cit., 563 ss..

<sup>500</sup> E' evidente il riferimento all'art. 39 della Costituzione. Sul punto v., fra tanti, Nappi, *Negozi traslativi dell'impresa e rapporti di lavoro*, cit., 301 ss.. Sulla circostanza che né la materia oggetto della trattativa, né tantomeno la natura gestionale degli accordi possono determinarne l'efficacia *erga omnes*, v. Lambertucci, *Trasferimento di azienda e problemi occupazionali*, cit., 411.

<sup>501</sup> Cfr. Cass. 5 marzo 2008, n. 5929, in *MGC*, 2008, 3, 360; Cass. 12 maggio 1999, n. 4724; Trib. Sulmona 5 dicembre 2007. Di parere contrario, nel senso di escludere che un accordo individuale possa derogare all'art. 2112 c.c., quale surrogato dell'accordo collettivo, v. Menghini, *I contratti di lavoro*, cit., 636. Sull'opportunità di una ratifica delle intese collettive da parte dei lavoratori non aderenti alle OO.SS. stipulanti, nelle forme degli artt. 410 e 411 c.p.c., v. Valentini, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, cit., 102. Sull'efficacia degli accordi solo rispetto ai lavoratori iscritti alle organizzazioni stipulanti o che vi abbiano successivamente aderito, cfr. Cass. 26 maggio 2006, n. 12573, in *RIDL*, 2007, 1, II, 179.

<sup>502</sup> Cfr. Cass. 22 settembre 2011, n. 19282.

dalla salvaguardia almeno parziale dei livelli occupazionali, preminenti sull'interesse individuale alla continuità dei singoli rapporti di lavoro<sup>503</sup>.

Di fronte a uno scenario così complicato, sembrerebbe soccorrere, *prima facie*, la tecnica negoziale *ex art. 8 del d.l. n. 138/2011*<sup>504</sup>, la cui significativa peculiarità consiste appunto nel riconoscere alle intese collettive, per espressa previsione normativa, un'efficacia generale, a condizione, però, che per gli stessi accordi – *c.d. di prossimità o di scopo*<sup>505</sup> – sia stato adottato e rispettato un criterio maggioritario<sup>506</sup>.

In realtà, se scorriamo attentamente il testo della norma, possiamo scorgere che il legislatore, nell'individuare, tassativamente, le specifiche finalità della contrattazione di prossimità, nonché le materie oggetto di regolazione, non solo non ha considerato, tra le prime, la gestione dell'insolvenza d'impresa, ma non ha neanche previsto, tra le seconde, la fattispecie del trasferimento d'azienda, motivo per cui è da escludere il percorso *ex art. 8*, se non altro da utilizzare, eventualmente, in chiave integrativa nell'ambito delle procedure concorsuali<sup>507</sup>. Tra l'altro, anche volendo ipotizzare, in un'ottica *de iure condendo* e ai fini del superamento della criticità connessa all'efficacia soggettiva delle intese collettive, un possibile ricorso alla contrattazione di prossimità, in ragione della specifica inclusione del fenomeno traslativo tra le materie oggetto di regolazione, nonché dell'indicazione, tra i suoi obiettivi, della gestione dell'insolvenza, pur potendo le parti derogare alle disposizioni dell'art. 2112 c.c., alla stregua di quanto già avviene per effetto dell'applicazione dell'art. 47, commi 4 bis o 5, della l. n. 428/1990, dovranno comunque pur sempre rispettare, non solo i principi costituzionali, ma anche le disposizioni comunitarie che, in materia, sono contenute nella direttiva n. 2001/23, la quale sul punto fissa precisi limiti all'ampiezza delle deroghe.

Viene, infatti, stabilito dal comma 2 bis dell'art. 8 che è possibile derogare alla legge ordinaria e alle norme della contrattazione collettiva nazionale di lavoro,

---

<sup>503</sup> In dottrina, Cosio, *Discipline del trasferimento d'azienda*, cit., 134; Ricci, *Trasferimento di azienda in crisi e rapporti di lavoro*, cit., 238. Cfr., *ex multis*, Cass. 4 luglio 1991, n. 7397.

<sup>504</sup> Convertito in legge dalla l. n. 148/2011. Per un approfondimento, v. Vallebona, *L'efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola l'idolo dell'uniformità oppressiva*, in *MGL*, 10, 2011, 682 ss..

<sup>505</sup> Sul rapporto tra l'art. 8 d.l. n. 138/2011 e l'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 tra Confindustria, Cgil, Cisl e Uil, in quanto disciplinanti la medesima materia, v. Tremolada, *Contrattazione di prossimità: gli organismi legittimati a concludere le specifiche intese*, in *LG*, 1, 2012, 21 ss..

<sup>506</sup> Circa la legittimità costituzionale della norma, cfr. Corte Cost. 4 ottobre 2012, n. 221, in *LG*, 12, 2012, 1166 ss., con commento di Miscione.

<sup>507</sup> Si pensi, ad esempio, a un accordo collettivo che in vista della richiesta della C.i.g.s. concorsuale, onde agevolare la rotazione dei lavoratori, comporta una rideterminazione delle loro mansioni anche *in peius*, derogando all'art. 2103 c.c. (pure per altre esemplificazioni, v. Aprile, *Le intese sindacali di prossimità*, in Aprile, Bellè, *Diritto concorsuale del lavoro*, Ipsoa, 2013, 84).

*“fermo restando il rispetto della Costituzione, nonché i vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro”.*

Principio che assume una valenza ancora maggiore soprattutto se, sempre considerando un'eventuale integrazione dell'art. 8 però solo rispetto alle materie oggetto di regolazione, come innanzi prospettata, si volesse ricorrere alla contrattazione di scopo con l'obiettivo di attenuare, in presenza di un'operazione circolatoria di un'impresa *in bonis*, le prescrizioni dell'art. 2112 c.c. per far fronte a una situazione di crisi.

In tal caso, la strada sarebbe palesemente illegittima in ragione del fatto che un accordo così qualificato non può contrastare con i dettami della direttiva comunitaria *de qua* la quale, per la fattispecie considerata, non permette alcuna forma di disapplicazione, totale o parziale, delle garanzie individuali, quali la continuità giuridica del rapporto di lavoro e la solidarietà tra cedente e cessionario.

Altra questione importante attiene al fatto se, ai fini della validità degli effetti derogatori dell'intesa, debba essere rispettato un preciso ordine cronologico tra i due presupposti legittimanti l'accordo in deroga, vale a dire se la dichiarazione di crisi dell'azienda o l'omologazione del concordato o gli altri eventi previsti dalla norma speciale debbano essere precedenti al perfezionamento dell'accordo sindacale, o viceversa. Sul punto soccorre una decisione di legittimità, a Sezioni Unite, che ha chiarito che non è necessaria una loro precisa e rigida successione nel tempo, trattandosi di due requisiti collegati fra loro sotto un profilo funzionale e teleologico ma non cronologico<sup>508</sup>, essendo esclusivamente necessario che entrambi gli atti sussistano nel momento in cui il trasferimento diviene operativo<sup>509</sup>.

Infine, va segnalata la circostanza che il cessionario, nell'individuare i lavoratori che passano alle sue dipendenze, non è tenuto a rispettare, in quanto inesistente nell'ordinamento per il caso di specie, un preciso criterio di scelta, dovendosi attenere ai canoni generali della trasparenza, della correttezza e buona fede<sup>510</sup>, tranne nell'ipotesi in cui l'accordo in deroga abbia fissato precise indicazioni in merito<sup>511</sup>.

---

<sup>508</sup> Cfr. Cass., S.U., 8 agosto 1991, n. 8640, in *RGL*, 1992, II, 1033, anche se intervenuta in merito alla legge n. 215/1978.

<sup>509</sup> Cfr. Cass. 16 maggio 2002, n. 7120, in *RIDL*, 2003, II, 169; Trib. Sulmona 21 gennaio 2009, n. 6.

<sup>510</sup> Cfr. Trib. Brescia 21 giugno 2012, in *RCDL*, 4, 2012, 1021.

<sup>511</sup> V. Gottardi, *Legge e sindacato nelle crisi occupazionali*, Cedam, 1995, 83; Lambertucci, *Trasferimento di azienda e problemi occupazionali*, cit., 412; id, *Crisi d'impresa, cassa integrazione guadagni, contratti di solidarietà*, in *DLPS*, Santoro Passarelli (a cura di), Milano, 1998, 809 ss.; Carabelli, Veneziani, *Il trasferimento d'azienda in Italia*, cit., 152; Caiafa, *Risanamento dell'impresa e tutela dei lavoratori*, cit., 14.

Tra l'altro, tale affermazione trova una sua rispondenza nella legge rispetto alla fattispecie circolatoria di imprese sottoposte all'amministrazione straordinaria ai sensi dell'art. 5, c. 2 ter, d.l. n. 347/2003 (c.d. legge *Marzano*), laddove il legislatore esplicitamente stabilisce che, qualora le parti non addivengono a un accordo sindacale, il Commissario e il cessionario possono individuare autonomamente i lavoratori che passano alle dipendenze dell'imprenditore subentrante.

#### **4.2.1 (segue): i confini della tutela collettiva**

In dottrina, in diverse occasioni, sono stati sollevati dubbi in merito all'ambito di applicazione della tutela collettiva, nonché della normativa in deroga, laddove l'art. 47, c. 5, nel rimandare, *sic et simpliciter*, ai fini della validità dell'accordo derogatorio, alla procedura di cui ai primi due commi dello stesso articolo 47, sembrerebbe implicitamente limitare le stesse fasi procedurali e il percorso di disapplicazione delle tutele individuali alle sole imprese che occupano più di 15 dipendenti<sup>512</sup>.

Premesso che vi sono Autori che ritengono la questione del tutto marginale<sup>513</sup>, o che sostengono che anche le piccole imprese, per addivenire a un accordo in deroga, sono tenute in ogni caso a rispettare la peculiare procedura sindacale<sup>514</sup>, tuttavia vi sono altrettanti studiosi che, nell'escludere dall'obbligo procedurale le aziende con una forza lavoro fino a 15 unità, hanno ritenuto applicabile alle stesse la normativa in deroga contenuta nella legislazione anteriore alla legge del 1990<sup>515</sup>, ovvero l'art. 2112 c.c.<sup>516</sup>, palesando uno scenario in cui i tre aspetti, forza lavoro-procedura sindacale-accordo in deroga, sono tra loro legati funzionalmente.

A dire il vero, ritengo che la questione vada affrontata e risolta tenendo ben distinto l'aspetto inerente al rapporto forza lavoro-obbligo fase sindacale da quello relativo al possibile ricorso ad accordi derogatori delle garanzie

---

<sup>512</sup> Ai fini del rispetto del requisito dimensionale, va precisato che la soglia occupazionale va riferita all'alienante, considerando l'azienda *in toto*, anche quando oggetto del trasferimento sia solo una sua parte (v. G. Santoro Passarelli, *Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro*, cit., 40).

<sup>513</sup> La tesi poggia sul fatto che, con la riforma fallimentare ex d.lgs. n. 5/2006, il legislatore ha escluso dal fallimento e dal concordato preventivo, oltre agli enti pubblici, i "piccoli imprenditori" (v. A. Corrado, D. Corrado, *I rapporti di lavoro nel fallimento*, cit., 239-240).

<sup>514</sup> V. Menghini, *I contratti di lavoro*, cit., 633.

<sup>515</sup> V. Buonajuto, *Il trasferimento dell'azienda e del lavoratore*, cit., 126.

<sup>516</sup> L'applicazione della norma codicistica si avrebbe almeno sul piano teorico (v. Aniballi, *Trasferimento di "ramo d'azienda" nelle vicende circolatorie endoconcorsuali: compatibilità della disciplina italiana con la normativa europea*, cit., 361; Perrino, *Le deroghe alle tutele dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda di imprenditore in crisi o insolvente*, in *Foro it.*, 2007, I, 2160, nota a Cass. 18 gennaio 2007, n. 1097; Fimmanò, *La vendita fallimentare dell'azienda*, cit., 530 ss.).

individuali *ex art. 2112 c.c.*, anche perché in giurisprudenza si rinvencono solo decisioni che attengono alla prima problematica.

Così, la Cassazione che, relativamente al trasferimento di un'impresa fallita, nell'affermare la legittimazione attiva delle organizzazioni sindacali a esperire l'azione per condotta antisindacale del cedente e cessionario per mancato adempimento dell'obbligo di informativa e consultazione sindacale, ha precisato semplicemente la obbligatorietà della procedimentalizzazione per le sole aziende con più di 15 dipendenti, senza peraltro pronunciarsi, in ragione del mancato soddisfacimento del requisito occupazionale, su un'eventuale correlata inibizione del percorso derogatorio<sup>517</sup>.

Quindi, in definitiva, condivido il pensiero di quegli Autori che ritengono la questione irrilevante, per cui gli organi delle procedure di imprese prive del requisito dimensionale, potranno comunque ricorrere alla contrattazione collettiva in deroga, preceduta per una questione di opportunità dalla fase dell'informativa e del confronto sindacale, anche perché tale indirizzo è in armonia con la *ratio*, in *subiecta materia*, sia dell'ordinamento lavoristico che fallimentare che consiste appunto nel favorire il più possibile la sopravvivenza del complesso aziendale, e con essa l'occupazione, attraverso la sua circolazione.

Questa interpretazione trova oggi conferma nel contenuto della fattispecie derogatoria *ex art. 47, c. 4 bis*, che, nel prescrivere la definizione di un accordo onde derogare all'*art. 2112*, non indica al contempo alcun percorso procedurale, né tantomeno pone dei limiti dimensionali, pur valendo le considerazioni già fatte circa l'opportunità in ogni caso di una preventiva fase di informazione e consultazione.

Tra l'altro, nel testo della direttiva n. 2001/23 non si rinviene né una soglia minima a partire dalla quale il percorso derogatorio è percorribile, né allo stesso tempo un obbligo *tout court* delle fasi procedurali, tant'è che la stessa norma europea, a proposito delle tutele collettive, consente a uno Stato membro di poter limitare gli anzidetti adempimenti alle sole imprese che soddisfano, per quanto riguarda il numero dei lavoratori occupati, le condizioni per l'elezione o la designazione di un organo collegiale che rappresenti i lavoratori<sup>518</sup>, ossia alle unità con più di 15 dipendenti, o, ancora, che, qualora non siano presenti i rappresentanti dei lavoratori per un motivo indipendente dalla loro volontà, l'obbligo di informazione e di consultazione sia rivolto esclusivamente nei confronti dei lavoratori, trattandosi dunque di un diritto sul piano individuale<sup>519</sup>.

---

<sup>517</sup> Cfr. Cass. 13 novembre 2009, n. 24093, in *MGC*, 2009, 11, 1592; Trib. Varese 22 settembre 2011.

<sup>518</sup> V. art. 7, par. 5, dir. n. 2001/23.

<sup>519</sup> V. art. 7, par. 6, dir. n. 2001/23.

### 4.3 - CigS concorsuale e recenti novità normative

L'apertura di una procedura di insolvenza, non essendo espressione di una modalità coattiva di un trasferimento d'azienda, dall'imprenditore decotto all'organo della procedura concorsuale, in quanto determina esclusivamente lo spossessamento, attenuato o meno, dei beni, sul piano dei rapporti di lavoro, comporterà la non applicazione della disciplina dell'art. 2112 c.c.<sup>520</sup>.

*Per relationem*, non venendosi a realizzare una modificazione soggettiva del creditore di lavoro, ai rapporti di lavoro si applicherà il disposto dell'art. 2119, c. 2, c.c., secondo il quale “*il fallimento dell'imprenditore o la liquidazione coatta amministrativa dell'azienda*” non costituiscono giusta causa di risoluzione dei contratti<sup>521</sup>, cosicché, in linea generale, in ragione dell'art. 72 l.f., gli stessi rapporti di lavoro non si interrompono transitando in una condizione di *quiescenza*<sup>522</sup>, e ciò fino a quando l'organo della procedura non decida di voler subentrare nel contratto in luogo dell'imprenditore insolvente, o di risolverli<sup>523</sup>.

Questo determina, innanzitutto, per la procedura, una correlata sospensione dell'obbligazione retributiva e contributiva, e ciò in difetto del requisito della sinallagmaticità caratterizzante il rapporto di lavoro subordinato<sup>524</sup>.

Rappresentano, invece, l'eccezione alla regola generale della sospensione, l'ipotesi del concordato preventivo, ove si prevede che i rapporti di lavoro proseguano senza soluzione di continuità *ex art. 169 bis, c. 4, l.f.*<sup>525</sup>, e dell'amministrazione straordinaria, rispetto alla quale troverà applicazione l'art. 50, c. 2, d.lgs. n. 270/1999<sup>526</sup>.

In particolare, relativamente a quest'ultimo istituto concorsuale, può tornare utile precisare che la continuazione dell'attività più che un'ipotesi, come

---

<sup>520</sup> V. Aprile, *La prosecuzione dei rapporti di lavoro subordinato*, in Aprile, Bellè, *Diritto concorsuale del lavoro*, cit., 4.

<sup>521</sup> Sulla circostanza che gli effetti dell'art. 2119, c. 2, c.c. coinvolgono anche la fattispecie del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, inibendo così anche il ricorso ad esso, v. Bonetti, Scaini, *I rapporti di lavoro nel fallimento*, Ipsoa, 2013, 3.

<sup>522</sup> Sull'intervento combinato delle due norme, V. Menghini, *I contratti di lavoro*, cit., 497.

<sup>523</sup> Circa la compatibilità tra l'art. 2119 c.c. e l'art. 72 l.f., v. A. Corrado, D. Corrado, *I rapporti di lavoro nel fallimento*, cit., 26. Sulla possibilità di poter collocare in mobilità solo una parte dei lavoratori in forza all'azienda decotta *ex art. 3 l. n. 223/1991*, v. Nappi, *Negozi traslativi dell'impresa e rapporti di lavoro*, cit., 298.

<sup>524</sup> Cfr. Cass. 14 maggio 2012, n. 7473, in *Foro it.*, 2012, 09, I, 2357.

<sup>525</sup> V. Aprile, *La prosecuzione dei rapporti di lavoro subordinato*, cit., 7; Geria, *Cigs nelle procedure concorsuali: incertezze operative dopo il decreto sviluppo*, in *GLav*, 42, 2012, 35.

<sup>526</sup> Rispetto alla procedura dell'amministrazione straordinaria, v. Valentini, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, cit., 93, il quale, pur condividendo in prima battuta l'applicazione dell'art. 2119, c. 2, c.c., non considera poi applicabile l'art. 72, c. 1, l.f., bensì il disposto dell'art. 50, c. 2, d.lgs. n. 270/1999, in ragione del quale i rapporti di lavoro continuano e non si sospendono fino alla definitiva opzione risolutiva da parte del commissario.

avviene nel caso dell'esercizio provvisorio o dell'affitto d'azienda nel fallimento<sup>527</sup>, è, almeno normalmente, una realtà<sup>528</sup>, quale conseguenza dell'apertura della procedura<sup>529</sup>, comportando *per relationem* anche una prosecuzione dei rapporti di lavoro, almeno fino alla decisione dell'organo concorsuale di procedere a una loro risoluzione, in misura totale o parziale<sup>530</sup>, secondo le regole dei licenziamenti collettivi *ex artt.* 4 e 24, l. n. 223/1991, così come richiamate dall'art. 3, c. 3, l. n. 223/1991, in presenza dei prescritti requisiti spazio-temporali, ovvero, diversamente, ai sensi dell'art. 3 l. n. 604/1966<sup>531</sup>.

Tuttavia, in tutte le situazioni sopra menzionate, il curatore, il liquidatore o il commissario di imprese socialmente rilevanti<sup>532</sup>, in alternativa ai licenziamenti e al fine di consentire ai lavoratori di conservare lo *status* di occupato<sup>533</sup>, previo esame congiunto<sup>534</sup>, possono decidere di sospendere i relativi rapporti di lavoro attraverso il ricorso alla Cassa integrazione guadagni straordinaria concorsuale

---

<sup>527</sup> Continuazione dell'attività che comunque non pregiudica la prospettiva liquidatoria della procedura concorsuale (v. Fezza, *Il programma di liquidazione*, in Buonocore, Bassi (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare*, vol. III, *La custodia e l'amministrazione, l'accertamento del passivo, la liquidazione e la ripartizione dell'attivo, la chiusura del fallimento*, Cedam, 2010, 243 ss.).

<sup>528</sup> V. art. 50, c. 2, d.lgs. n. 270/1999.

<sup>529</sup> V. art. 32 d.lgs. n. 270/1999.

<sup>530</sup> Infatti, il commissario straordinario ben può procedere a una razionalizzazione dell'organizzazione del fattore lavoro, nel corso della prosecuzione dell'attività d'impresa, attraverso la collocazione in mobilità dei lavoratori eccedenti (v. Rossi, *Il programma nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi*, cit., 360).

<sup>531</sup> V. Bellè, *Lo scioglimento dei rapporti di lavoro pendenti e la disciplina del licenziamento*, in Aprile, Bellè, *Diritto concorsuale del lavoro*, cit., 17 ss.; Caiafa, *Risoluzione dei rapporti di lavoro nel fallimento*, in *DPL*, 45, 2006, 2587 ss.; Liebman, *La mobilità del lavoro nella legge n. 223/1991: tendenze della prassi applicativa*, in *RIDL*, 1, 1999, 149. Sull'obbligatorietà del rispetto della procedura *ex art.* 4 l. n. 223/1991 anche in caso di mancato ricorso alla Cigs concorsuale, cfr. Cass. 2 marzo 2009, n. 5032, in *GLav*, 19, 2009, 49.

<sup>532</sup> Possono beneficiare della Cigs concorsuale, al pari della Cigs *tradizionale*, purchè presentino una forza lavoro media, calcolata considerando i sei mesi precedenti, superiore alle 15 unità, le imprese industriali, comprese quelle del settore edile e lapideo, le cooperative di produzione e lavoro che svolgono attività similari a quelle industriali, con esclusione di quelle *ex* DPR n. 602/1970, ad eccezione delle cooperative di produzione e lavoro appaltatrici dei servizi di pulizia presso aziende soggette alla Cigs, le imprese artigiane, comprese quelle del settore edile e lapideo, il cui fatturato nel biennio precedente dipendeva per oltre il 50% da un solo committente destinatario di Cigs, le imprese appaltatrici di servizi di pulizia, anche in forma cooperativa, le cooperative e loro consorzi di trasformazione di prodotti agricoli e zootecnici, e, in maniera stabile dal 1° gennaio 2013, le imprese di vigilanza. Inoltre, sempre a decorrere dal 1° gennaio 2013, possono accedere alla Cigs le imprese commerciali, comprese quelle del settore logistico ed escluse quelle appartenenti al settore dei servizi, e le agenzie di viaggio e turismo, compresi gli operatori turistici, con più di 50 dipendenti. Infine, sempre dal 1° gennaio 2013, ma a prescindere dal requisito dimensionale, hanno diritto alla Cigs le imprese del trasporto aereo, del sistema aeroportuale (per le inclusioni a decorrere dal 1° gennaio 2013, v. art. 3, c. 1, l. n. 92/2012 che ha aggiunto l'art. 12, c. 3 bis, alla l. n. 223/1991), e le imprese editrici di giornali quotidiani e periodici e agenzie di stampa a diffusione nazionale (v. art. 35 l. n. 416/1981).

<sup>533</sup> Possono beneficiare del trattamento di Cigs gli operai, gli intermedi, gli impiegati e i quadri.

<sup>534</sup> Dal punto di vista operativo restano in vigore le regole dettate dall'art. 6 del d.p.r. 10 giugno 2000, n. 218. Per approfondimenti della fase sindacale e amministrativa, v. Aprile, Bellè, *Diritto concorsuale del lavoro*, cit., 60 ss.; Bonetti, Scaini, *I rapporti di lavoro nel fallimento*, cit., 133 ss.; A. Corrado, D. Corrado, *I rapporti di lavoro nel fallimento*, cit., 88.

(di seguito Cigs) tutte le volte in cui sussistano prospettive di continuazione o di ripresa dell'attività, in uno con la salvaguardia, almeno parziale, dei livelli occupazionali<sup>535</sup>, evitando così di far ricadere sulla procedura ulteriori oneri.

In effetti, il legislatore, nel regolamentare la prima concessione del particolare ammortizzatore sociale *ex art. 3, c. 1, l. n. 223/1991*, la cui causa integrabile è appunto rappresentata dalla sottoposizione dell'impresa a una procedura concorsuale, ha individuato nel presupposto oggettivo della continuazione o ripresa dell'attività la principale novità rispetto alla previgente disciplina in *subiecta materia*<sup>536</sup>, introdotta recentemente dall'art. 46 bis del d.l. n. 83/2012 (c.d. *decreto sviluppo*), che ha modificato la l. n. 92/2012<sup>537</sup>, in ragione della necessità – anche in un'ottica di *spending review* - di risolvere la criticità legata a un uso distorto dello strumento di politica passiva del lavoro, consistente nel suo riconoscimento a prescindere da qualunque finalità conservativa del patrimonio aziendale.

Anche se, a onor del vero, va precisato che tale prassi non corrispondeva assolutamente alla *voluntas legis*, in quanto il legislatore pure attraverso il primo ricorso all'ammortizzatore sociale, per un periodo non superiore a 12 mesi e in ragione della circostanza che la continuazione dell'attività aziendale non fosse stata disposta o fosse cessata, si poneva comunque lo scopo, evitando *ex abrupto* i licenziamenti, direi quasi scontati, dei lavoratori, di favorire “*la conservazione del complesso aziendale e la salvaguardia della sua potenzialità produttiva*”<sup>538</sup>.

Quindi, in realtà, solo all'atto pratico si verificava un *vulnus* della finalità del particolare strumento di *socializzazione* del costo del lavoro, venendo appunto la Cigs autorizzata anche in assenza di qualunque possibilità di ripresa dell'attività produttiva, coerentemente alla lettera della disposizione, per cui

---

<sup>535</sup> V. art. 3, c. 1, l. n. 223/1991. Per un'analisi sulla distinzione tra il trattamento straordinario previsto per le imprese *in bonis ex art. 1, l. n. 223/1991*, e quello per le imprese in regime concorsuale, v. A. Corrado, D. Corrado, *I rapporti di lavoro nel fallimento*, cit., 84 ss..

<sup>536</sup> Per un approfondimento della disciplina pregressa, v. Bonetti, Scaini, *I rapporti di lavoro nel fallimento*, cit., 113 ss..

<sup>537</sup> L'art. 46 bis d.l. n. 83/2012 (conv. dalla l. n. 134/2012) ha di fatto integrato, modificandola, la disposizione emendativa in materia di Cigs concorsuale, rappresentata dall'art. 2, c. 70, l. n. 92/2012 (c.d. riforma Fornero), che ha sancito la morte del particolare ammortizzatore sociale con decorrenza 1 gennaio 2016.

<sup>538</sup> Sul fatto che, anche prima della riforma Fornero, la *ratio* dell'istituto era quella di “evitare la dispersione dell'integrità organizzativa dell'azienda e preservarne la continuità”, v. Aprile, *La nuova cassa integrazione guadagni concorsuale*, cit., 55; Ferraro, *Le integrazioni salariali*, in Ferraro, Mazziotti e Santoni (a cura di), *Integrazioni salariali, eccedenze di personale e mercato del lavoro*, Jovene Editore, 1992, 22; Vergari, *Cause di intervento, procedure e durata*, in *DL*, commentario diretto da Carinci, Vol. III, Miscione (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: garanzie del reddito estinzione del rapporto di lavoro e tutela dei diritti*, Utet, 1998, 107. Indirettamente la giurisprudenza con, Trib. Napoli 24 marzo 1997, in *DL*, 1997, 582., secondo cui non sussisteva l'obbligo per il curatore di chiedere l'intervento integrativo in caso di ritenuta impossibilità di ripresa, anche parziale, dell'attività produttiva.

l'intervento pubblico nel corso degli anni ha assunto sempre più la fisionomia di un istituto meramente assistenziale.

Pericolo che non sussisteva, e che ancora oggi non sussiste, in quanto la specifica disposizione non ha formato oggetto di modifica, rispetto alla fattispecie della proroga del trattamento<sup>539</sup>, in riferimento alla quale, in maniera palese, il legislatore ai fini della sua autorizzazione chiedeva, e ancor oggi chiede, che sussistano fondate prospettive di continuazione o ripresa dell'attività produttiva e di salvaguardia, anche parziale, dei livelli occupazionali tramite la cessione d'azienda o parti di essa.

In definitiva, con l'intervento emendativo, in virtù del quale l'ammortizzatore sociale, da mera modalità di integrazione del reddito diviene uno strumento di salvaguardia dei livelli occupazionali in vista della prosecuzione dell'attività aziendale, non solo si è realizzato un collegamento logico tra la prima autorizzazione della Cigs *ex art. 3, c. 1*, e la sua proroga *ex art. 3, c. 2*, anche se da un punto di vista della tecnica legislativa sarebbe stato opportuno modificare al c. 2 il verbo *sussistere* con quello *persistere*<sup>540</sup>, ma si è venuta a creare anche una certa sintonia con le indicazioni europee le quali non approvano in alcun modo interventi assistenziali fini a se stessi.

Inoltre, con la modifica in commento, trova oggi conforto l'orientamento di quella parte della dottrina che, vigente la vecchia lettera della norma, non riteneva il ricorso allo strumento di integrazione del reddito un passaggio obbligato laddove, l'organo della procedura, non intravedeva per il compendio aziendale concrete possibilità di continuare l'attività dell'impresa, attraverso l'esercizio provvisorio o anche il trasferimento – temporaneo o definitivo - dell'azienda, dovendo quindi procedere direttamente ai licenziamenti collettivi *ex art. 24 l. n. 223/1991*, o plurimi individuali, onde evitare di creare nocumento ai creditori concorsuali<sup>541</sup>.

---

<sup>539</sup> Cfr. art. 3, c. 2, l. n. 223/1991. La proroga della Cigs, la cui richiesta va effettuata entro il termine di scadenza del primo periodo di intervento integrativo, non può essere concessa per periodi superiori a 6 mesi. Per un approfondimento, v. Bonetti, Scaini, *I rapporti di lavoro nel fallimento*, cit., 145 ss..

<sup>540</sup> Tale modifica viene suggerita in ragione del fatto che, come è stato correttamente osservato in dottrina, l'intervento emendativo ha comunque creato un problema di coordinamento tra il c. 1 e il c. 2 dell'art. 3 della l. n. 223/1991, laddove i requisiti della proroga finiscono per coincidere con quelli pretesi per la prima concessione (v. Aprile, *La nuova cassa integrazione guadagni concorsuale*, cit., 57).

<sup>541</sup> V. Nappi, *Negozi traslativi dell'impresa e rapporti di lavoro*, cit., 356; Caiafa, *Trasferimento dell'impresa nelle procedure concorsuali: variazioni sul tema*, in *Fa*, 9, 2003, 1008 ss.; Pera, *Fallimento e rapporto di lavoro*, in *RIDL*, 1999, 2, 247; De Luca, "Nuove" integrazioni salariali straordinarie e procedure concorsuali, in Cinelli (a cura di), *Il fattore occupazionale nelle crisi di impresa*, Giappichelli, 1993, 75. *Contra*, sull'obbligatorietà, quale conseguenza del principio dell'automaticità, del ricorso alla CigS, v. A. Corrado, D. Corrado, *I rapporti di lavoro nel fallimento*, cit., 84; Miscione, *I licenziamenti per riduzione del personale e la mobilità*, in Carinci (a cura di), *La disciplina dei licenziamenti dopo le leggi 108/1990 e 223/1991*, Jovene, 1991, 317. Sul fatto che, anche oggi, non esiste l'obbligatorietà per l'organo concorsuale di richiedere l'intervento integrativo, ma

Posizione che, del resto, trovava una sua coerenza nella circostanza che il legislatore all'art. 3, c. 3, della l. n. 223/1991, prevedeva, e ancora oggi prevede, la possibilità per gli organi concorsuali di poter risolvere i rapporti di lavoro sia *ex art. 4*, quindi previo passaggio per la Cigs, sia *ex art. 24*, ossia senza passaggio per la Cigs, cosicché lo stesso organo della procedura può valutare l'opportunità, alla luce di precisi criteri oggettivi ben definiti nel merito (v. *infra*), di chiedere l'ammortizzatore sociale per tutti i lavoratori, o comunque solo per alcuni, licenziando quelli considerati eccedentari<sup>542</sup>.

Ben può verificarsi, infatti, su un piano squisitamente operativo, che l'anzidetto presupposto oggettivo della continuazione o ripresa dell'attività risulti sussistere solo per singoli rami aziendali, per cui l'organo concorsuale, tenendo ben presente il fine soddisfacente della procedura a favore dei creditori, può decidere di ricorrere alla Cigs solo per i lavoratori assegnati agli stessi rami, percorrendo invece la strada del licenziamento per quelli divenuti eccedentari, senza preventivo ricorso all'ammortizzatore sociale.

Va, inoltre, segnalata la circostanza che attraverso l'intervento modificativo sarebbe stata risolta anche la questione dell'incompatibilità della Cigs per le imprese in amministrazione straordinaria<sup>543</sup>, creatasi a seguito del fatto che, in ragione della riforma dell'istituto operata dal d.lgs. n. 270/1999, divenuta la continuazione dell'attività immanente alla procedura, non era possibile ottenere la concessione dell'ammortizzatore sociale *ex art. 3, c. 1, l. n. 223/1991*, per cui il Ministero del lavoro, onde superare la situazione di *impasse* che si era palesata, legittimò ugualmente il ricorso al trattamento integrativo, ma ai sensi dell'art. 7, c. 10 ter, d.l. n. 148/1993 (conv., con modif., in l. n. 236/1993)<sup>544</sup>.

Una tale tesi, che poggia le proprie fondamenta sulla circostanza che l'applicazione dell'art. 7 deriva da un'interpretazione ministeriale e non dalla legge n. 223/1991, il cui art. 3 come novellato troverebbe ora applicazione, dovrebbe determinare, *per relationem*, anche l'uniformità, tra le varie procedure concorsuali, circa la durata del trattamento, non essendo quindi più possibile, per il caso dell'amministrazione straordinaria, una sua coincidenza con quella dell'attività del Commissario<sup>545</sup>.

---

sussiste l'automaticità della concessione, sempre con decreto, da parte del Ministero del lavoro, v. Bonetti, Scaini, *I rapporti di lavoro nel fallimento*, cit., 118 ss..

<sup>542</sup> Sulla stessa linea, anche se precedente alla riforma della Cigs, v. Miscione, *Dialoghi di diritto del lavoro*, cit., 465.

<sup>543</sup> Per un approfondimento della situazione di incompatibilità, v. Caiafa, *La regolamentazione dei rapporti di lavoro nella legge di riforma dell'amministrazione straordinaria*, in *MGL*, 2000, 296 ss..

<sup>544</sup> V. nota Min. lavoro 12 giugno 2000, n. 103414.

<sup>545</sup> La Cigs concorsuale può essere concessa per un periodo non superiore a 12 mesi. Va, comunque, precisato che per ciascuna unità produttiva, ai sensi dell'art. 1, c. 9, l. n. 223/1991, la Cigs non può avere una durata complessiva superiore a 36 mesi nell'arco di un quinquennio, il quale viene individuato in ragione di periodi temporali fissi a decorrere dall'11 agosto 1990, salvo eventuali

Inoltre, con il *decreto sviluppo* del 2012, il legislatore del lavoro si è posto in sintonia con la filosofia sottesa alla legislazione fallimentare laddove ha considerato strategica, sul piano pubblicistico, la conservazione dell'azienda e della sua capacità produttiva, però fino al punto da non compromettere significativamente gli interessi dei creditori della procedura concorsuale.

Tornando ai criteri che devono condizionare la valutazione dell'organo concorsuale in merito alla prima attivazione dell'ammortizzatore sociale<sup>546</sup>, va detto che il legislatore, onde scongiurare il rischio di situazioni in frode alla legge dovute a una soggettivizzazione dell'intervento, ha attribuito al Ministero del lavoro e delle politiche sociali il compito di individuare, con apposito decreto, i parametri oggettivi che devono essere indicati nella domanda di Cigs da inoltrare allo stesso Dicastero, e che risultano necessari per verificarne, a cura dello stesso Ministero, la legittimità e quindi per l'emissione del relativo decreto di concessione.

Passaggio che è regolarmente avvenuto con l'emanazione del decreto ministeriale 4 dicembre 2012, n. 70750<sup>547</sup>, dai cui artt. 2 e 3 si rileva la declinazione dei due rispettivi e concorrenti requisiti della sussistenza di “*prospettive di continuazione o di ripresa dell'attività aziendale*” e della “*salvaguardia, anche parziale, dei livelli di occupazione*”, nonché la strategicità, per la concessione della Cigs, anche del fenomeno circolatorio.

Nello specifico, per quanto attiene il primo requisito, vengono valutati i seguenti parametri oggettivi, da indicare, anche in via alternativa, nell'istanza volta all'autorizzazione della Cigs: a) misure volte all'attivazione di azioni miranti alla prosecuzione o alla ripresa dell'attività aziendale; b) manifestazioni di interesse da parte di terzi, anche conseguenti a proposte di cessione, anche parziale dell'azienda, ovvero a proposte di affitto a terzi dell'azienda o di rami di essa; c) tavoli, in sede governativa o regionale, finalizzati all'individuazione di soluzioni operative tese alla continuazione o alla ripresa dell'attività, anche mediante la cessione, totale o parziale, ovvero l'affitto a terzi dell'azienda o di rami di essa.

Per quanto attiene, invece, alla salvaguardia, anche parziale, dei livelli di occupazione vengono valutati, in aggiunta ai parametri di cui sopra, i seguenti ulteriori parametri oggettivi, anch'essi in via alternativa: a) piani volti al

---

proroghe disposte da specifici interventi normativi quali, ad esempio, l'art. 1 del d.m. 20 agosto 2002, n. 31447. Pertanto, attualmente l'intervallo da considerare è 11 agosto 2010-10 agosto 2015.

<sup>546</sup> Sulla circostanza che i criteri oggettivi non si applicano nel caso della proroga del trattamento, v. Bonetti, Scaini, *I rapporti di lavoro nel fallimento*, cit., 145.

<sup>547</sup> Decreto rubricato “Individuazione dei parametri oggettivi per l'autorizzazione della Cigs, ai sensi dell'articolo 3, comma 1, della legge 23 luglio 1991, n. 223” che, pur se licenziato dal Ministro il 4 dicembre 2012, ha visto la sua pubblicazione nella G.U. n. 28 solo il 2 febbraio 2013, con efficacia da pari data (v. art. 4).

distacco dei lavoratori presso imprese terze; b) stipula di contratti a tempo determinato con datori di lavoro terzi; c) piani di ricollocazione dei soggetti interessati, programmi di riqualificazione delle competenze, di formazione o di politiche attive in favore dei lavoratori, predisposti da soggetti pubblici, dai Fondi interprofessionali e dalle agenzie per il lavoro<sup>548</sup>.

Corre, inoltre, l'obbligo di evidenziare che le modifiche normative in commento, pur non avendo interessato direttamente il **concordato preventivo**, con o senza cessione dei beni<sup>549</sup>, per cui *prima facie* sembrerebbero non avere alcuna rilevanza, devono tuttavia considerarsi applicabili anche al peculiare istituto concorsuale<sup>550</sup>.

Infine, premesso che con la riforma Fornero è stata decretata anche la morte del particolare ammortizzatore sociale con decorrenza dal 1° gennaio 2016<sup>551</sup>, per cui la disciplina anche per le imprese insolventi o in crisi sarà quella generale prevista dall'art. 1 della l. n. 223/1991<sup>552</sup>, qualche considerazione va fatta rispetto alla normativa c.d. *in deroga*.

Si tratta di una particolare disciplina della Cassa integrazione guadagni, oltre che della mobilità e della disoccupazione speciale, introdotta a decorrere dal 2009, la cui erogazione, nei limiti delle risorse disponibili e anche senza soluzione di continuità, è stata prevista con il precipuo obiettivo di garantire l'intervento integrativo del reddito anche a favore di quei lavoratori subordinati esclusi dalla disciplina ordinaria in materia, in ragione della particolare tipologia contrattuale o in quanto dipendenti di imprese non socialmente rilevanti, sulla base di specifici accordi governativi e per periodi non superiori a dodici mesi<sup>553</sup>, coinvolgendo finanziariamente anche le Regioni<sup>554</sup>.

---

<sup>548</sup> Per un'analisi analitica dei presupposti, v. Bonetti, Scaini, *I rapporti di lavoro nel fallimento*, cit., 119 ss..

<sup>549</sup> A seguito di intervento del Ministero del lavoro, viene considerata quale causa integrabile non solo qualunque forma di concordato preventivo, con o senza cessione dei beni, facendo decorrere il trattamento straordinario dall'emissione del decreto di ammissione dell'impresa alla procedura stessa, ma anche l'accordo di ristrutturazione del debito *ex art.* 182 bis l.f., rispetto al quale la Cigs decorrerà dalla data di pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese, il tutto in ragione della rilevata importanza della finalità recuperatoria di entrambe le procedure di gestione della crisi dell'impresa (v. nota Min. lav. 17 marzo 2009, prot. 4314, in *DPL*, 2009, 1161; nota Min. lav. 26 maggio 2010, prot. n. 14/13876).

<sup>550</sup> V. Aprile, *La nuova cassa integrazione guadagni concorsuale*, cit., 62. Sulla circostanza che il trattamento di Cigs è applicabile anche al concordato preventivo, nonostante la nuova formulazione dell'art. 3, c. 1, l. n. 223/1991, v. Min. lav., risposta interpello 22 luglio 2013, n. 23

<sup>551</sup> La definitiva abrogazione dell'istituto è stata fissata espressamente prima dall'art. 2, c. 70, l. n. 92/2012, e poi confermata dall'art. 46 bis, c. 1, lett. h), l. n. 134/2012 (c.d. *decreto sviluppo*).

<sup>552</sup> V. Aprile, *La nuova cassa integrazione guadagni concorsuale*, cit., 64.

<sup>553</sup> V. art. 2, c. 36, legge 22 dicembre 2008, n. 203, art. 19 d.l. 29 novembre 2008, n. 185 (conv., con modif., dalla l. 28 gennaio 2009, n. 2), art. 7 ter del d.l. 10 febbraio 2009, n. 5 (conv., con modif., dalla l. 9 aprile 2009, n. 33), art. 33, c. 21, l. 12 novembre 2011, n. 183, e, infine, art. 2, commi da 64 a 66, l. n. 92/2012, per quanto concerne la vigenza della Cassa integrazione in deroga per il triennio 2013-2016.

<sup>554</sup> V. accordo Governo, Regioni e Province autonome del 12 febbraio 2009.

Non solo. A seguito dell'Intesa Stato-Regioni del 20 aprile 2011 sugli ammortizzatori in deroga, è stata estesa l'ammissione al particolare strumento in deroga pure al caso delle imprese cessate o assoggettate alle procedure concorsuali.

In particolare, al punto 14, lett. d), è stato stabilito che *“per le imprese cessate o sottoposte a procedure concorsuali, qualora si valuti indispensabile il ricorso alla cig in deroga, la richiesta dovrà essere accompagnata, ove possibile, da piani di gestione delle eccedenze che pongano particolare attenzione ai processi di ricollocazione, anche verso altre imprese del territorio e con eventuali processi di riqualificazione delle competenze”*.

A tal proposito, il Ministero del lavoro con interpello del 28 dicembre 2011, n. 48, ha chiarito che *“nell'ipotesi in cui l'azienda abbia già fruito di un periodo di CIGS concesso ex art. 3, L. n. 223/1991, potrà richiedere successivamente i benefici di cui agli ammortizzatori in deroga, anche in assenza dei presupposti sanciti dal Legislatore nel comma 2 del medesimo art. 3, ferma restando la sussistenza dei requisiti previsti dalle norme in materia di ammortizzatori sociali in deroga”*.

#### ***4.4 Politiche attive del lavoro e trasferimento d'azienda: de iure condito, de iure condendo***

La finalità delle politiche attive del lavoro è quella di favorire non solo l'inserimento, ma anche il reinserimento del lavoratore nel mercato del lavoro con l'obiettivo di incidere positivamente sui tassi di attività e di occupazione.

Tra le varie misure caratterizzanti le stesse politiche del lavoro, gli incentivi all'occupazione, soprattutto in termini di decontribuzione, ricoprono un ruolo fondamentale consentendo all'imprenditore di alleviare sensibilmente il costo del lavoro.

Tutto ciò può avere una significativa valenza anche in presenza di operazioni circolatorie, tant'è che sempre più frequentemente assistiamo, sia rispetto a imprese in *bonis* che decotte, a fenomeni in ragione dei quali la riassunzione dei lavoratori, da parte del cessionario, avviene solo previa collocazione in mobilità da parte del cedente<sup>555</sup>, e ciò al fine di consentire al datore di lavoro subentrante di poter beneficiare delle agevolazioni di cui all'art. 8 l. n. 223/1991.

Premesso che, come ho avuto già modo di rappresentare in un precedente studio, ai fini dell'accesso allo sgravio contributivo, è opportuno declinare

---

<sup>555</sup> Sulla ricorrenza della pratica messa in mobilità-riassunzione *ex novo*, v. Cester, *Due recenti pronunzie della Corte di Giustizia Europea in tema di trasferimento d'azienda*, cit., 238.

distintamente le due diverse fattispecie circolatorie<sup>556</sup>, si tratta pur sempre di una pratica la cui illegittimità deve essere valutata sotto un duplice profilo, tenendo tra l'altro in considerazione i recenti principi fissati dal legislatore con la c.d.  *riforma Fornero* in un'ottica di riordino degli incentivi all'occupazione, sostanzialmente mutuati dalla l. n. 223/1991 e dalla giurisprudenza<sup>557</sup>.

Il primo punto di criticità si concreta nella circostanza che, considerando la tesi secondo la quale il passaggio del lavoratore al cessionario non necessita di un atto interruttivo (*rectius* licenziamento)<sup>558</sup>, l'operazione licenziamento-riassunzione, ai fini del diritto alle decontribuzioni, è da ritenersi in frode alla legge.

In secondo luogo, diverse sono state le occasioni in cui la Magistratura, con diverse pronunce, ha propeso per il disconoscimento delle agevolazioni contributive connesse all'assunzione, dalle liste di mobilità, dei lavoratori trasferiti in virtù dei principi secondo i quali la stessa assunzione non solo non realizza un effettivo incremento dell'occupazione<sup>559</sup>, ma non “è la manifestazione di una libera opzione del datore di lavoro, ma l'effetto di un preciso obbligo previsto dalla legge”<sup>560</sup>, che nel caso di specie risiede nell'art. 2112 c.c..

In sostanza, il ragionamento seguito dai Giudici è tale per cui tutte le volte in cui si configura un trasferimento d'azienda ai sensi dell'art. 2112 c.c., l'assunzione, da parte del cessionario, del personale dipendente della stessa azienda oggetto di cessione non comporta l'instaurazione di nuovi rapporti di lavoro<sup>561</sup>, cosicché l'inserimento lavorativo non può essere meritevole dell'incentivo economico.

Si tratta di criteri che la giurisprudenza ha confermato anche rispetto al trasferimento delle imprese insolventi o in crisi, pur trattandosi di ipotesi in cui l'art. 2112 c.c. può essere derogato, e questo in ragione del fatto che l'art. 47, c. 5, l. n. 428/1990 “disciplina la posizione contrattuale dei lavoratori nel passaggio alla nuova impresa, senza aver riguardo agli aspetti contributivi”<sup>562</sup>. A complicare ulteriormente le cose è intervenuta recentemente la l. n. 92/2012 che, onde evitare fenomeni di utilizzo fraudolento di qualunque tipo di beneficio e allo scopo di uniformarne i criteri discretivi, ha statuito che le

---

<sup>556</sup> V. Gogliettino, *I trasferimenti d'azienda nelle procedure concorsuali: benefici contributivi*, in *Il mercato del lavoro in Friuli Venezia Giulia-rapporto 2010*, FrancoAngeli, 2010, 537 ss..

<sup>557</sup> V. Gogliettino, *Riforma Fornero: considerazioni sui principali istituti*, in *DPL*, Inserto, 17, 2013, 9 ss..

<sup>558</sup> V. *sub*, 56.

<sup>559</sup> Cfr. Cass. 12 dicembre 2001, n. 15652, in *MGC*, 2001, 2132.

<sup>560</sup> Cfr., *ex multis*, Cass. 4 luglio 2007, n. 15041, in *MGC*, 2007, 7-8.

<sup>561</sup> Cfr. Cass. 5 luglio 2013, n. 16830, in *D&G*, 2013, 8 luglio; v. circ. Inps 24 giugno 2003, n. 109.

<sup>562</sup> Cfr., *ex multis*, Cass. 11 aprile 2013, n. 8848.

agevolazioni non spettano se l'assunzione costituisce attuazione di un obbligo preesistente o se avviene in violazione di un diritto di precedenza, se sono in atto sospensioni dal lavoro e, infine, con riferimento a quei lavoratori che siano stati licenziati, nei sei mesi precedenti, da parte di un datore di lavoro che, al momento del licenziamento, presenta assetti proprietari sostanzialmente coincidenti con quelli del datore di lavoro che assume, ovvero risulti con quest'ultimo in rapporto di collaborazione o controllo.

Vero è che se lo scopo delle agevolazioni contributive è comunque quello di favorire il reimpiego dei lavoratori, nel caso di specie di quelli collocati in mobilità, non si comprende perché mai, in presenza di un'operazione circolatoria di un'azienda insolvente o in crisi, finalizzata a salvaguardare il più possibile i livelli occupazionali, debba essere inibito il ricorso agli stessi sgravi contributivi, tanto più che la presenza dell'autorità giudiziaria scongiura l'eventualità di un'operazione in frode alla legge, finalizzata al solo godimento degli incentivi attraverso fittizie interruzioni dei rapporti di lavoro<sup>563</sup>.

*A fortiori* della tesi rileva il fatto che legislatore, ai sensi dell'art. 5, c. 2 quater, del d.l. n. 347/2003, onde favorire la ricollocazione dei dipendenti di imprese operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali ammesse alla procedura di amministrazione straordinaria *ex art. 2, c. 2, d.l. n. 134/2008*, ha riconosciuto i benefici previsti dall'art. 8, commi 2 e 4, e dall'art. 25 c. 9, della l. n. 223/1991 anche in caso di trasferimento d'azienda.

Insomma, in un ragionamento d'insieme, il ricorso al particolare strumento di politica attiva del lavoro, in uno col possibile azionamento della deroga all'art. 2112 c.c., può indubbiamente concorrere al fine pubblicistico della salvaguardia, almeno parziale, dei livelli occupazionali.

Ecco perché sarebbe auspicabile, da parte del legislatore nazionale, la previsione di una norma che riconosca, nel caso di trasferimento di imprese in crisi o insolventi, *tout court*, il diritto ai benefici contributivi, e che potrebbe concretarsi in un intervento emendativo all'art. 47 della legge 29 dicembre 1990, n. 428 così declinato: All'art. 47, comma 5, si aggiunge il comma 5-*bis*: *“Qualora il trasferimento interessi le imprese di cui ai due commi precedenti, i benefici contributivi ed economici, di cui all'articolo 8, commi 2 e 4, e all'articolo 25, comma 9, della legge 23 luglio 1991, n. 223, troveranno piena applicazione nei confronti dell' acquirente, affittuario, subentrante.*

Infine, in sintonia con tale filosofia, si muove il regolamento delle politiche attive del lavoro della regione Friuli Venezia Giulia<sup>564</sup>, in ragione di un

---

<sup>563</sup> Sul diniego dei benefici in caso di operazioni finalizzate esclusivamente al godimento degli incentivi, cfr. Cass. 10 agosto 2012, n. 14380.

<sup>564</sup> Emanato con DPREg 13 dicembre 2013, n. 237.

intervento dello scrivente quale componente della Commissione regionale del lavoro, condiviso dalle altri parti sociali, il quale all'art. 5, c. 3, lett. e), ha previsto la possibilità di poter accedere agli incentivi economici nel caso di assunzione con contratto a tempo indeterminato a seguito di trasferimenti di azienda effettuati ai sensi dell'articolo 47, commi 4 bis o 5, della legge 29 dicembre 1990, n. 428.