

MONTEPULCIANO 23-24-25 SETTEMBRE 2009

V° CONGRESSO IBEROAMERICANO DI DIRITTO CONCORSUALE
LA SFIDA DELLA RISTRUTTURAZIONE DELL'IMPRESA

RISANAMENTO DELL'IMPRESA E TUTELA DEI LAVORATORI

Sommario: 1. Premesse - 2. Il sistema delle procedure concorsuali tra vecchie e nuove regole per la gestione della crisi di impresa tra risanamento e conservazione - 3. Il difficile “mercato” delle imprese in crisi - 4. Ipotesi ricostruttive ed accenni sulle prospettive - 5. Il ruolo nel sindacato. -5.1. Nella regolamentazione della crisi - 5.3 Nella regolamentazione delle vicende traslative - 5.4. Nella risoluzione dei rapporti di lavoro - 5.4.1. Nelle imprese minori - 5.4.2. Nelle imprese maggiori - 6. Note conclusive.

1. Premesse.

Reputo indispensabile attuare una preliminare collocazione del tema correlandolo alla evoluzione in atto della economia, essendo innegabile la presenza di profonde trasformazioni che riguardano non solo l'impresa, ma anche lo stesso mercato nel quale essa è destinata ad operare.

La globalizzazione, prescindendo da ogni considerazione valutativa al riguardo, ha avuto una diretta influenza sulla legislazione interna spinta, inevitabilmente, a confrontarsi con quella degli altri ordinamenti, sicchè il mutamento degli scenari di evoluzione sociale ed economica, nonché dei paradigmi e delle regole ha spinto, da un lato, le imprese alla ricerca di procedimenti per la realizzazione di prodotti competitivi, attraverso la individuazione di nuove soluzioni tecnologiche e, dall'altro, a doversi confrontare con il fenomeno della sovrapposizione della legislazione comunitaria, risultando il diritto sempre più funzionale all'economia, in ragione della avvertita esigenza di favorire la creazione di assetti istituzionali in grado di assicurare la fiducia degli investitori.

Le vicende contrattuali risultano, d'altronde, ormai sempre più disciplinate dalla *lex mercatoria*, e cioè da quel complesso di regole individuato dal sistema imprenditoriale, in assenza della mediazione del potere legislativo, nella ricerca di criteri destinati a regolamentare in modo uniforme i rapporti che si instaurano tra operatori appartenenti a mercati diversi.

L'obiettivo comune si sostanzia:

- nella ricerca di soluzioni per una migliore allocazione delle risorse disponibili e per una maggiore efficienza del loro utilizzo, non solo, incrementativa del capitale utilizzabile, ma in termini di cambiamento e crescita delle professionalità dei lavoratori;
- nella realizzazione di prodotti od offerta di servizi sempre più competitivi;
- nell'intento di trovare nuovi equilibri allo scopo di favorire, nei momenti di crisi, il salvataggio dell'impresa¹ attraverso, se necessario, la sua conservazione mediante il trasferimento, permettendo che le vicende circolatorie di essa, o di singoli rami, possano impedire il verificarsi di quegli effetti perniciosi per quanti hanno collaborato alla fase produttiva e contribuito alla sua crescita.

Al tempo stesso, non può ignorarsi che la fisionomia dell'impresa è, oggi, notevolmente cambiata ed influenzata dai processi di delocalizzazione geografica, anche transnazionale, di esternalizzazione² e di dematerializzazione³ che impensieriscono, sostanzialmente, il personale occupato, in conseguenza delle ricadute che tali fenomeni possono avere sui rapporti di lavoro in situazioni non solo di normalità ma, anche e soprattutto, di crisi e che possono essere di ostacolo al modificarsi di quelle metamorfosi, spesso indispensabili, affinché l'impresa permanga sul mercato.

Una gestione, perché possa mantenersi in equilibrio, deve necessariamente consentire la congrua remunerazione, attraverso i ricavi conseguiti, dei fattori produttivi

¹ FLESSNER, *La conservazione delle imprese attraverso il diritto fallimentare. Uno sguardo di diritto comparato*, in *Dir.fall.*, 2008, I, 3, ove sottolinea rappresentare l'insolvenza "...una discrepanza tra ciò che l'impresa può economicamente sopportare e ciò che giuridicamente sarebbe obbligata a sopportare" e segnala, per l'effetto, che il rimedio ad una siffatta situazione può essere individuato, alternativamente, o nella eliminazione dell'impresa dal mercato, attraverso la liquidazione, oppure "...portando la misura dei debiti dell'impresa in linea con la misura dei debiti..." che essa può sostenere, attraverso una combinazione di misure organizzative, commerciali, finanziarie e giuridiche, mediante la redistribuzione dei diritti partecipativi, sì da consentire l'ingresso di nuovo capitale (*c.d. reorganization*).

² Si tratta ormai di un modello organizzativo molto diffuso, incentrato sulla segmentazione del processo produttivo in molteplici fasi, ciascuna affidata ad una diversa impresa che consente l'affidamento di attività accessorie o marginali all'esterno, nell'intento di un miglioramento di efficienza ed una riduzione di costi, ma che non può mai giustificarsi qualora sia finalizzato a determinare la riduzione del personale evitando di ricorrere agli strumenti appositamente previsti per tale scopo (mobilità o licenziamenti collettivi); sul tema in particolare DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo di azienda e rapporti di fornitura*, in *I processi di esternalizzazione, opportunità e vincoli giuridici*, Napoli, 2002, 29; Id., *La disciplina del trasferimento di ramo di azienda dal codice civile al d.lgs.n.276 del 10 settembre 2003*, in *Mercato del lavoro: riforma e vincoli di sistema*, Napoli, 2004, 569; Id., *Trasferimento di azienda, esternalizzazione del lavoro, somministrazione, appalto di servizi, distacco, nella riforma del diritto del lavoro*, in *Arg.dir.lav.*, 2005, 60; SANTORO PASSARELLI G., *Fattispecie di interessi tutelati nel trasferimento di azienda e di ramo di azienda*, in *Riv.it.dir.lav.*, I, 2003, 189; PERULLI, *Tecniche di tutela nel fenomeno di esternalizzazione*, in *Arg.dir.lav.*, 2003, 473; DELL'OLIO, *Mercato del lavoro, decentramento, devoluzione*, ivi, 2002, 71; CAIAFA A.-COSIO, *Il trasferimento dell'azienda nell'impresa in crisi o insolvente*, Padova, 2005, 239, con particolare riferimento ai patrimoni destinati ad uno specifico affare ed alla rilevanza interna ed esterna del fenomeno nell'ipotesi di crisi o insolvenza, rispettivamente, della società o del patrimonio medesimo; Id., *Esternalizzazione ed insolvenza*, in *Le esternalizzazioni in Europa. Il modello inglese, francese e spagnolo*, a cura di COSIO, supplemento a *Dir.prat.lav.*, n.7, 2007, 101.

³ Il fenomeno, in particolare, della *new economy*, nato dalla diffusione sempre più capillare delle tecnologie informatiche, ha determinato una vera e propria rivoluzione all'interno del contesto economico produttivo, con inevitabili riflessi sugli effetti organizzativi; sul tema si veda VIRGINTINO, *Dalla crisi di impresa al fallimento*, Collana di studio dell'Ordine degli Avvocati di Bari, Bari, 2002, 15; CAIAFA A., *Le vicende economiche dell'impresa in crisi: diritto del lavoro comunitario e tutela del lavoratore*, in *Dir.fall.*, 2005, I, 559.

impiegati, ed il profitto rappresenta l'indispensabile obiettivo che giustifica la presenza dell'impresa stessa sul mercato.

Seppur nella società moderna le imprese svolgono anche una funzione sociale, che si identifica nella tutela della occupazione, e seppur la crisi di impresa può determinare tensioni inevitabili, per quel che attiene il mantenimento dei livelli occupazionali, tuttavia, l'obiettivo non può che essere realizzato mediante la creazione di un valore economico aggiunto, che unico è in grado di consentire un recupero dell'alterato equilibrio⁴.

L'utilizzo, da parte dell'impresa, degli strumenti eccezionali, di diversa entità e funzionalità, apprestati dal Legislatore per attuare processi di *ristrutturazione*, *riorganizzazione* o *conversione*, per il raggiungimento dell'equilibrio gestionale, indispensabile alla ripresa, in grado di consentirne la permanenza sul mercato, rendono maggiormente difficile il mantenimento di una organizzazione imprenditoriale che possa preservare, non solo, i valori di funzionamento dell'azienda stessa, ma anche tutelare i livelli occupazionali, quante volte quegli strumenti risultino essere del tutto inappaganti per consentire il superamento della crisi che, ormai, in quanto irreversibile, difficilmente potrà permettere il risanamento dell'impresa medesima, quanto, piuttosto, la sua continuazione attraverso procedimenti liquidativi.

Non è certo agevole poter stabilire se, in effetti, la riforma delle procedure concorsuali possa dirsi realmente basata sulla chiara percezione delle problematiche che caratterizzano la vita economica del nostro Paese, pur se il Legislatore, mosso dall'esigenza di dovere, inevitabilmente, considerare i mutamenti intervenuti, ha abbandonato il precedente indirizzo di neutralità ed indifferenza e si è preoccupato di ricercare le soluzioni per evitare la definitiva perdita del credito e quelle cadute di efficienza in grado di compromettere, in modo definitivo, la vita dell'impresa.

E' mia convinzione - e tenterò di dimostrarlo - che, però, le procedure concorsuali non possono muoversi sul "*doppio binario*" della tutela del credito e della salvaguardia dei complessi produttivi e, attraverso questa, dei posti di lavoro, ciò in quanto il risanamento e la ripresa sono realizzabili alla condizione che sia possibile attuare un intervento preventivo e tempestivo adeguato, in grado di evitare che la crisi raggiunga lo stadio di irreversibilità, sì da poter scongiurare il pericolo della liquidazione dell'azienda⁵.

⁴ GUATRI, *Trattato sulla valutazione delle aziende*, Milano, 1999, 445

⁵ FLESSNER, *La conservazione delle imprese attraverso il diritto fallimentare. Uno sguardo di diritto comparato*, cit., 9, ove sottolinea che le tecniche giuridiche conservative sono molto diverse dal momento che attraverso la cessione ai creditori viene negato ogni possibilità di intervento, essendo il potere decisionale rimesso agli organi della procedura dal momento che il processo liquidativo determina la trasformazione del patrimonio, con la conseguenza che le pretese creditorie si dirigono sul realizzo della cessione, laddove, di contro, con la ristrutturazione è indispensabile la partecipazione del ceto creditorio, poiché l'impresa mantenuta in vita garantisce i crediti "...ridotti o soddisfatti con prestazioni diverse".

L'attuale ordinamento non offre una risposta adeguata alle esigenze ora individuate, in quanto le soluzioni concordate per il superamento della crisi (*concordato preventivo, accordi di ristrutturazione, piani attestati di risanamento e la stessa transazione fiscale*), solo in apparenza, rappresentano un rimedio volto alla preservazione dei valori aziendali ma, invero, non sono in grado di assicurare l'obiettivo voluto, soprattutto in ragione della dimostrata incapacità del Legislatore di regolare, in modo appropriato, il procedimento di conformazione che le direttive comunitarie, troppo spesso ignorate, hanno inteso imporre, nonostante le numerose pronunce intervenute attestino una preoccupante difformità della disciplina nazionale da quella europea⁶.

La individuazione, dunque, di istituti alternativi perché sia possibile realizzare la conservazione dell'azienda, o di singoli rami, ed il mantenimento della efficienza produttiva di essa, non è sufficiente, da un lato, perché gli strumenti offerti consentono all'imprenditore in difficoltà di dissimulare la situazione di crisi e di rinviare, quindi, l'intervento dell'autorità giudiziaria, pregiudicando spesso, in modo definitivo, la stessa efficienza della struttura organizzativa e, dall'altro, risultano predisposti in dispregio delle indicazioni comunitarie.

2. Il sistema delle procedure concorsuali tra vecchie e nuove regole per la gestione della crisi di impresa tra risanamento e conservazione.

Seppure la crisi di impresa, per lo più, produce effetti negativi sui livelli occupazionali, non par dubbio che una sua regolamentazione non può essere realizzata comprimendo la garanzia dei creditori sul patrimonio dell'imprenditore.

Il problema della piena occupazione, d'altronde, non può che essere affrontato e risolto sul piano del sistema economico generale e, non già di quello della singola impresa, sicché i rimedi non possono che essere, ovviamente, di tipo *macro economico* e non potranno mai risultare idonei se predisposti al fine di mantenere in vita, artificialmente, imprese improduttive⁷.

Il mantenimento dei livelli occupazionali rappresenta una conseguenza di quella avvertita esigenza, con riferimento a particolari motivi di interesse pubblico, di

⁶ Corte di Giustizia 11 giugno 2009, causa 561/07, in *Guida al lavoro*, 2009, 12, con nota di ZAMBELLI, *Trasferimento di azienda in crisi e diritti dei lavoratori*, che ha censurato il nostro Paese in relazione a quanto previsto dall'art. 47, commi 5 e 6, della legge n. 428/1990, non assicurando la normativa, in caso di trasferimento di azienda in crisi, il mantenimento dei diritti dei lavoratori in conformità alla direttiva 2001/23/CEE; in *Dir.prat.lav* 2009, 1946 con nota di BACCHINI, *Trasferimento di azienda in crisi: nuova condanna dalla Corte Ue* per una analitica ricostruzione della tematica in relazione alla diversa possibile interpretazione della normativa interna e possibile compatibilità della stessa a seguito delle riformulazione della regolamentazione offerta dalla direttiva del Consiglio 12 marzo 2001, 2001/23; Corte di Giustizia 5 giugno 2003, causa 145/01, in *Foro it.* 2004, IV, 186, che pur dichiarando irricevibile il ricorso della Commissione contro la Repubblica Italiana aveva, già allora, precisato che le disposizioni di cui alla richiamata norma potevano solo in parte corrispondere alle ipotesi considerate dall'art. 4 bis della direttiva 98/50 CEE, evidenziando, quindi, una legittimità parziale del comma quinto.

⁷ D'ALESSANDRO, *Rapporti di lavoro e crisi di impresa*, in *Dir. fall.* 2004, I, 1211.

non disperdere rilevanti complessi produttivi e, soprattutto, di non distruggere l'importante patrimonio delle imprese in crisi reversibile, potendo, esclusivamente con riferimento a queste, prendersi in considerazione l'ipotesi del risanamento, atteso che la conservazione può essere attuata attraverso la cessione.

Il Legislatore, nell'intento di attuare una disciplina unitaria della crisi economica dell'impresa ha però, solo in apparenza, previsto momenti diversi della crisi, cui ha, pertanto, offerto possibili variegate soluzioni, alternative tra loro, pur se non è riuscito a risolvere il problema della contrapposizione, nell'ambito delle procedure concorsuali, di quella pluralità di interessi che avrebbe suggerito la ricerca di differenti alternative, al fine di consentire la realizzazione della tutela creditoria ed anche di quella concorrente del mantenimento dei livelli occupazionali.

Sarebbe stata auspicabile la individuazione di un modello in grado di limitare le conseguenze di un funzionamento dell'impresa, non conforme ai criteri di corretta gestione, e di apprestare al suo titolare il rimedio per intervenire tempestivamente, realizzandone il risanamento attraverso l'esecuzione di un piano di ristrutturazione, se del caso, concordato con gli stessi creditori.

I diversi progetti che si erano succeduti nel tempo, quanto meno *prima facie*, tra loro abbastanza simili, hanno avvertito tutti la necessità di affrontare i problemi dell'impresa attraverso un'analisi tempestiva della delicata situazione in cui questa viene a trovarsi, ben più estesa ed approfondita di quella che, di contro, è stata poi compiuta, attesa la necessità di andare ben oltre per accertare a quali condizioni sia possibile ancora intervenire allo scopo di un riassetto dell'impresa.

La riforma, ancorché predisposta nell'intento di assicurare la liquidazione unitaria dei diversi beni componenti il complesso aziendale, ha inteso privilegiare l'interesse dei creditori, come risulta evidente dalle disposizioni dettate per l'*esercizio provvisorio* e, altresì, per la *vendita dell'azienda*, presupponendo che debba essere data prevalenza, sempre e comunque, al risultato utile in termini, pertanto, non già di una gestione "*conservativa*", quanto, piuttosto, necessariamente, "*produttiva*".

La prosecuzione dell'attività di impresa, ove disposta dal tribunale con la sentenza dichiarativa di fallimento, o la successiva continuazione temporanea di essa, richiesta dal curatore al giudice delegato, ha una finalità liquidatoria, dal momento che da essa non potranno derivare, per alcuna ragione, maggiori oneri per i creditori concorrenti, sicchè dovrà esclusivamente essere valutata in termini di profitto, nel senso che la prosecuzione deve intervenire senza rischio.

Ciò trova conferma nella sostanziale differenza che vi è fra l'*esercizio provvisorio* e la *continuazione temporanea*, trovando il primo giustificazione quante volte il tribunale, nel disporlo al momento della dichiarazione di fallimento, abbia

ritenuto possibile che dalla interruzione dell'attività possa derivare un danno grave, che dovrà, tuttavia, essere valutato in termini di assenza di pregiudizio per i creditori, laddove la continuazione temporanea – stabilita anche per specifici rami - presuppone la previsione di una “durata” e lascia, quindi, fondatamente ritenere non dar luogo ad una gestione conservativa, quanto, piuttosto, essere diretta, in via esclusiva, ad una migliore liquidazione dell'attivo.

Lo stesso problema del mantenimento dei livelli occupazionali non va esasperato, ma visto e considerato in funzione incrementativa dello stesso valore del complesso dei beni organizzati, se e nella misura in cui la professionalità acquisita dal personale in organico giustifichi il mantenimento dei rapporti di lavoro, che ove risolti, potrebbero addirittura incidere negativamente sullo stesso valore dell'azienda, intesa, ormai, anche come “organizzazione”⁸.

E d'altronde, se la finalità fosse stata quella di assicurare, comunque, la garanzia della occupazione, a maggior ragione una valutazione comparativa avrebbe dovuto essere presente non già nell'affitto, ma nella vendita (art. 105 l.f.), risultando evidente, nel primo, la finalità produttiva ed il previsto onere, per l'affittuario, di conservare la funzionalità del complesso dei beni organizzati per l'esercizio dell'attività con la richiesta predisposizione di un piano industriale suscettibile di essere valutato anche avendo “...riguardo alla conservazione dei livelli occupazionali”⁹.

La rimodulazione dell'esercizio provvisorio e la previsione dell'affitto, quale mezzo di conservazione dell'impresa, hanno certamente una loro logica spiegazione, e risultano coerenti con le finalità richiamate nella stessa relazione governativa; al contrario, è difficile comprendere la diversa disciplina riservata all'affitto, quale contratto pendente (art.79 l.f. nel testo risultante dal correttivo), qualora l'apertura della procedura concorsuale riguardi l'affittuario, dal momento che la scelta tra lo scioglimento, o meno, del contratto è stata rimessa al curatore, sentito il comitato dei creditori, laddove nell'ipotesi di subentro, in realtà si assiste ad un vero e proprio

⁸ Cass., 5 marzo 2008, n.5932, in *Not.giur.lav.*, 2008, 529, ha, difatti, ritenuto che ai sensi dell'art.2112 cod.civ., anche prima delle modifiche introdotte con il d.lgs.n.18 del 2001, è configurabile il trasferimento di un ramo di azienda nel caso in cui la cessione abbia ad oggetto “...un gruppo di dipendenti dotati di particolari competenze che siano stabilmente coordinati ed organizzati tra loro, così da rendere le loro attività interagenti ed idonee a tradursi in beni e servizi ben individuabili...” non ponendosi la relativa fattispecie in contrasto con i principi fondamentali della disciplina comunitaria in materia di libertà del lavoratore nella scelta del datore di lavoro, in quanto la legislazione nazionale, nell'assegnare una preminenza al diritto al mantenimento del posto di lavoro secondo criteri di stabilità e sicurezza e con le garanzie previste dall'ordinamento, ha comunque garantito anche la libertà di scelta del lavoratore, riconoscendogli piena facoltà di recesso senza che da esso possa discendere un danno; nello stesso senso Cass., 10 gennaio 2004, n.206, in *Not.giur.lav.*, 2004, 496; Cass., 23 luglio 2002, n.10761, *ivi*, 2002, 532; Corte di Giustizia, 11 marzo 1997, causa 13/95, in *Foro it.*, 1998, IV, 437.

⁹ L'art.63, terzo comma, del d.lgs. 8 luglio 1999, n.270 prevede, di contro, nel caso di vendita di aziende in esercizio di imprese assoggettate alla diversa procedura dell'amministrazione straordinaria che la scelta dell'acquirente venga effettuata tenendo conto, non solo dell'ammontare del prezzo offerto e dell'affidabilità del soggetto interessato alla cessione ma, anche e soprattutto, in ragione “...del piano di prosecuzione delle attività imprenditoriali da questi presentato...con riguardo alla garanzia di mantenimento dei livelli occupazionali”.

esercizio provvisorio, realizzato attraverso l'affitto, non disposto, però, con la sentenza dichiarativa di fallimento.

Non diverse le considerazioni nel caso, naturalmente, dell'appalto.

Al riguardo, l'art.81, secondo comma, l.f., prevede, espressamente, che qualora a fallire sia l'appaltatore, il rapporto si scioglie, allorché la “...*considerazione della qualità soggettiva è stata un motivo determinante del contratto*”, essendo, tuttavia, consentita al committente la prosecuzione del rapporto che, pertanto, il curatore, con l'autorizzazione del comitato dei creditori, potrà decidere di proseguire, dandone comunicazione all'altra parte, nel termine di giorni *sessanta* dalla dichiarazione di fallimento, purchè sia in grado di offrire “...*idonee garanzie*”.

La prosecuzione del rapporto, in tal caso, si sostanzia in una *realizzazione dell'esercizio provvisorio*, attraverso la prosecuzione del contratto di appalto medesimo, rimessa, però, singolarmente, alle determinazioni, rispettivamente, del curatore, del comitato dei creditori e del giudice delegato, dal momento che non sembrerebbe possibile, anche in tal caso, per il tribunale disporre, con la sentenza di fallimento, l'esercizio provvisorio determinando, in pratica, l'automatico subentro del nominato curatore nel contratto e, quindi, intervenendo sul potere di scioglimento, di contro, riservato dal Legislatore a questi.

L'art.81 l.f. dà quindi luogo ad una distinta occasione di continuazione dell'attività di impresa che, pur tuttavia, non può non coesistere con l'altra regolamentata dall'art.104 l.f., che rispetto alla prima svolge funzione assorbente, nel senso che, evidentemente, ove venga autorizzata la continuazione temporanea dell'esercizio dell'impresa, sul presupposto che dall'interruzione improvvisa possa derivare un danno grave – pur se alla condizione che non arrechi pregiudizio ai creditori – deve ritenersi che sia piuttosto il tribunale a dover preventivamente valutare la sussistenza delle condizioni perché l'appalto possa essere proseguito e, al tempo stesso, di quelle idonee garanzie in assenza delle quali il committente sarebbe facultato a sciogliersi dal contratto¹⁰.

Seppur si avverte, quindi, la ragione dell'operata regolamentazione e l'importanza di essa, in relazione alle concrete finalità, non può, al tempo stesso, ignorarsi l'assenza di una profondità sufficiente per attuare il mutamento dovuto, con riferimento allo scopo desiderato.

Non si tratta, quindi, di dover attendere di poter sperimentare i nuovi schemi procedurali disegnati per il risanamento dell'impresa, per poter manifestare soddisfazione e compiacimento per gli istituti individuati, quanto, piuttosto, di

¹⁰ CAIAFA A., *Sorte del rapporto di lavoro nelle procedure di insolvenza*, in *Diritto europeo: crisi di impresa e sorte dei rapporti di lavoro*, a cura di CAIAFA A.-COSIO, Milano, 2008, 158.

comprendere se ed in qual misura gli interventi apprestati possano risultare adeguati per ricreare le condizioni di equilibrio gestionali o, piuttosto, se la liquidazione non risulti essere l'unica soluzione possibile¹¹.

E' indubitabile, d'altronde, che le forme di continuazione e gestione provvisoria, a breve o a lungo termine, dell'attività produttiva, attualmente previste, risultano finalizzate ad agevolare e rendere maggiormente proficue le operazioni di liquidazione e, certamente, non già il risanamento, quanto, piuttosto, la conservazione dell'azienda mediante il trasferimento, relativamente al quale sono irrilevanti le sorti dell'imprenditore.

Risulta, però, ignorato – e sulla questione tornerò in seguito – il fine perseguito attraverso la conclusione della *vicenda traslativa*, che è stata strutturata in modo da risultare possibile la *flessibilizzazione* del regime di garanzie, quante volte essa venga attuata nell'ambito di un procedimento volto alla liquidazione dei beni del cedente, sì da non essere, conseguentemente, diretta al proseguimento dell'attività in funzione di un risanamento dell'impresa medesima, laddove sarebbe stato auspicabile, anche perché consentito, un intervento radicale prevedendo *tout court* la disapplicazione delle tutele derivanti dall'art. 2112 cod. civ., non trovando giustificazione l'applicazione della norma relativamente ad imprese insolventi.

Il fenomeno traslativo dell'azienda non può essere, difatti, esaminato sotto il profilo dello specifico interesse dei dipendenti alla conservazione del posto di lavoro, quanto, piuttosto, nel tentativo di ricerca di una alternativa alla cessazione dell'impresa in crisi, attraverso una disamina dei possibili interventi settoriali in grado di favorire il processo di conversione dell'impresa stessa mediante la sua ristrutturazione.

Sebbene siano sussistite giustificate incertezze sulla soluzione maggiormente conveniente, fra quelle ipotizzabili, di una procedura unitaria, tale da modularsi, poi, alternativamente, per il raggiungimento del risanamento o per la liquidazione dell'impresa, o di due distinte procedure, la prima, caratterizzata da un intento riorganizzativo autonomo, e la seconda, destinata a regolamentare gli effetti della successiva fase liquidatoria in assenza del raggiungimento dei risultati sperati di recupero del perso o alterato equilibrio strutturale, la legge fallimentare riformata e corretta ha mostrato particolare interesse per la valorizzazione degli organismi produttivi e dei patrimoni, ma ha abbandonato il precedente percorso volto a favorire, attraverso gli istituti di *allerta* e *prevenzione*, l'emersione tempestiva della crisi di impresa e l'attivazione delle iniziative volte a porvi rimedio, mediante l'incentivazione di comportamenti cooperativi del debitore e dei creditori.

¹¹ STANGHELLINI, *Gli obiettivi delle procedure concorsuali*, in *Nuove regole per la crisi di impresa*, a cura di JORIO, Milano 2001, 301; LO CASCIO, *Aspetti storici ed evolutivi della normativa in tema di risanamento delle imprese in crisi*, in *Il fallimento*, 2003, 924; CAIAFA A., *Il trasferimento dell'azienda nella impresa in crisi o insolvente*, Padova, 2005, 116.

La profonda differenza esistente tra l'impostazione classica propria delle procedure concorsuali liquidatorie, secondo l'ispirazione della legislazione del 1942, trova una forte contrapposizione nell'attuale disciplina, che appare essere più diretta a realizzare la conservazione dell'impresa, come, d'altronde, si coglie immediatamente nella stessa relazione illustrativa al d.lgs. 9 gennaio 2006, n.5, ove si sottolinea la necessità che il concorso sia regolamentato in modo che possa essere consentita la sopravvivenza dei complessi aziendali, qualora siano risanabili e recuperabili, pur tuttavia, senza con ciò abbandonare e tradire l'originario e principale scopo delle procedure concorsuali di garantire, al tempo stesso, la tutela degli interessi dei creditori concorrenti.

La scelta appare coerente, nel senso che seppur l'impresa viene collocata in primo piano, perché possa essere risanata e l'attività continuata, tuttavia, deve tenersi conto del costo che la collettività è chiamata a sostenere, non potendo essere dirette le procedure concorsuali a limitare gli effetti derivanti dalla crisi irreversibile ed evitare, quindi, la disoccupazione.

Quanto sin qui premesso induce, ora, a svolgere delle ulteriori considerazioni, nel senso che viene spontaneo chiedersi se, invero, l'obiettivo del Legislatore della riforma sia stato, in effetti, quello di preservare i valori aziendali, intervenendo tempestivamente e, una volta risposto affermativamente al quesito, se gli strumenti ipotizzati siano, in realtà, in grado di assicurare quello scopo, una volta abbandonato il percorso iniziale di rendere possibile l'immediata rilevazione delle situazioni di difficoltà, prima che possano scatenarsi conseguenze più gravi e patologiche, attesa l'importanza centrale e determinante che viene ad assumere l'immediato e tempestivo intervento, potendo solo esso garantire l'adozione delle soluzioni maggiormente idonee per la composizione della crisi attraverso il consenso dei creditori.

Proprio perché della crisi non si può avere un concetto unitario e dal momento che, al tempo stesso, il fenomeno non si presenta con valori assoluti, quanto, piuttosto, relativi, non par dubbio che le soluzioni saranno diverse a seconda che l'impresa risulti essere eccessivamente indebitata, o debba rivedere la propria organizzazione per la ricerca di una diversa dimensione tale da assicurare il raggiungimento o il recupero dell'equilibrio alterato.

3. Il difficile “mercato” delle imprese in crisi.

Lo stesso mercato delle imprese in crisi¹² che, in qualche modo, la riforma delle procedure concorsuali ha inteso favorire, non può prescindere dal considerare che l'investitore si propone, esclusivamente, un fine economico-finanziario, identificandosi l'obiettivo da questo perseguito nella sicura remunerazione del capitale investito.

Ed allora, la soluzione non può essere assicurata con la semplice definizione e strutturazione dei mezzi di conservazione dell'impresa, dipendendo essa dallo stadio della crisi e, in particolare, dal momento in cui, monitorata, viene affrontata, sicchè la tempestiva individuazione, sin dal manifestarsi dei primi sintomi, è l'unica che può consentire la pronta adozione di interventi adeguati per la immediata eliminazione delle cause che l'hanno determinata, una volta operato lo scrutinio delle decisioni adottate in passato, e ricercate quelle, eventualmente, risultate errata.

La conservazione dell'impresa può essere realizzata, dunque, alla condizione di una tempestiva rilevazione della crisi, accompagnata dall'assunzione delle iniziative volte al suo superamento, non potendo essere essa garantita da forme di gestione provvisoria, a breve o lungo termine, dell'attività aziendale, nell'attesa che possano maturare quelle favorevoli condizioni di mercato volte al salvataggio di quella entità economica organizzata, attraverso il trasferimento, senza che la vicenda circolatoria si realizzi privando i prestatori di lavoro dei diritti che le direttive comunitarie hanno inteso loro garantire.

La prospettiva non doveva, dunque, essere quella di individuare una procedura di crisi alternativa all'altra di insolvenza – obiettivo che, invero, non è riuscito a perseguire il Legislatore della riforma mediante la riformulazione del concordato preventivo, che risulta disegnato in modo omologo, sia che lo si consideri *conservativo* che *liquidatorio* – quanto, piuttosto, di descrivere, specificandone i contenuti, il momento in presenza del quale si può dire che l'impresa versi in crisi reversibile e possa essere ancora recuperata al processo produttivo, offrendone una valutazione dinamica e non già statica, ben diversa, pertanto, da quella offerta dal secondo comma dell'art.160 l.f., che precisa debba intendersi per *stato di crisi* anche lo *stato di insolvenza*¹³.

E' indubitabile che i problemi di salvataggio delle imprese, non ancora in stato di insolvenza, pur tuttavia afflitte da situazioni di squilibrio economico-finanziario, si presentano con connotazioni diverse e si prestano alla individuazione di differenti soluzioni a seconda che la crisi sia, o meno, reversibile.

¹² PACCHI, *Il concordato fallimentare*, Milano, 2008, 23, ove, nel sottolineare che la nuova disciplina del concordato fallimentare non si prefigge ambigui obiettivi, rimanendo, indubitabilmente, la tutela dei creditori ed il conseguente soddisfacimento delle ragioni di questi l'unico reale obiettivo non condizionato da intenti conservativi dell'impresa, tuttavia, precisa che esso è divenuto "...strumento di incentivazione per l'imprenditore ad assumere tempestive misure di composizione della crisi, alternative al fallimento, e al tempo stesso strumento di investimento, attesa la riconosciuta pluralità di soggetti legittimati alla formulazione della proposta".

¹³ Comma aggiunto dall'art.36 del d.l. 30 dicembre 2005, n.273, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 febbraio 2006, n.51.

Non può negarsi, tuttavia, nonostante la operata abrogazione della procedura di amministrazione controllata, che l'impresa possa trovarsi nella condizione di non essere in grado di soddisfare, con regolarità, le proprie obbligazioni, pur essendo detta circostanza dovuta ad una situazione di temporanea difficoltà, come tale recuperabile, sì da non dar luogo ad una insolvenza.

In siffatto contesto, la prosecuzione dell'attività aziendale incide in modo evidente, dal momento che alcuni rilevanti valori dell'attivo non possono essere stimati da un punto di vista puramente patrimoniale e, dunque, in funzione dei corrispettivi e dei costi, dovendosi tener conto dell'esistenza di quelle fondate e positive prospettive di ripresa che consentano la conservazione dei valori di funzionamento che, diversamente, sarebbero destinati ad essere valutati in termini liquidativi.

Lo stesso *piano*, d'altronde, previsto dall'art.67, comma terzo, l.f., rimesso alla predisposizione dell'esperto – che è tenuto ad attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità di esso – può essere di *risanamento*, ma anche, ovviamente, di *liquidazione*, ed avrà i caratteri propri del primo qualora venga attivato tempestivamente al fine di evitare la disgregazione e la dispersione degli elementi che compongono l'impresa e, dunque, risulti essere diretto a garantire la sopravvivenza dell'azienda, pur se condizionatamente all'accertata sussistenza delle condizioni in presenza delle quali si ritenga ciò possa verificarsi.

Nel caso ipotizzato, la finalità della scelta va individuata nel risanamento dell'azienda, piuttosto che nel ripristino della solvibilità dell'imprenditore, al quale, comunque, non potrà essere negata la possibilità di dar luogo, in via alternativa, ad una vicenda traslativa, dal momento che questa può costituire lo strumento perché si realizzi la conservazione dell'intero complesso produttivo e, al tempo stesso, con la soddisfazione dei creditori pregressi, che, peraltro, potranno fare affidamento, in tal caso, non solo sull'attivo che sarà realizzato dalla cessazione, ma anche sulla stessa possibilità di mantenere in vita i rapporti commerciali.

Il ripristino della solvibilità dell'imprenditore può, quindi, intervenire attuando il risanamento dell'impresa mediante, non solo, la riorganizzazione e l'adozione di nuove strategie per il contenimento dei costi, con un ridimensionamento dell'occupazione, ma anche permettendone la sopravvivenza attraverso il suo trasferimento, soprattutto quando la vicenda circolatoria sia in grado di realizzarne il mantenimento in vita.

Va, però, a tal riguardo considerato che qualora la vicenda circolatoria riguardi una azienda, di cui sia stato dichiarato lo stato di crisi ai sensi dell'art.2, quinto comma, lett.c), della legge 12 agosto 1977 n.675, o che, comunque, sia in crisi, per aver essa fatto ricorso al trattamento integrativo salariale straordinario, non sarà consentita la

disapplicazione dell'art.2112 cod.civ. per quel che attiene gli obblighi derivanti da tale norma, avendo la Corte di Giustizia, di recente, ribadito la sostanziale differenza a seconda che il trasferimento venga effettuato nell'ambito di un procedimento concorsuale relativo ad una impresa il cui scopo è caratterizzato, inevitabilmente, dalla liquidazione dei beni del cedente, e non già dalla prosecuzione dell'attività, dovendosi ritenere esclusa la possibilità, nella seconda ipotesi, di consentire alle parti, ad essa interessate, di disapplicare gli obblighi comunitari¹⁴.

La realizzazione, quindi, di una vicenda traslativa della azienda, o di suoi rami, non può mai giustificare la disapplicazione degli obblighi derivanti dalla direttiva del Consiglio 12 marzo 2001/23/Cee, quante volte essa venga conclusa nell'ambito di un procedimento di conservazione, che seppur attuato nell'ambito di una procedura concorsuale, abbia la finalità di consentire la prosecuzione dell'attività produttiva.

Occorre prendere atto, pertanto, che a livello comunitario vi è la consapevolezza della già sottolineata sostanziale differenza esistente tra crisi ed insolvenza, e si ritiene possibile, solo in presenza della seconda, ove espressamente previsto dalla legislazione interna, attuare una *flessibilizzazione* degli obblighi derivanti dalla direttiva medesima che, di contro, tende ad assicurare la continuazione dei rapporti e la garanzia del reddito, nonché le condizioni di lavoro, autorizzando, esclusivamente, gli Stati membri a “...non applicare gli artt.3 e 4 della direttiva 77/187/Cee ai trasferimenti effettuati nell'ambito di una procedura di liquidazione”, nella consapevolezza che, invero, “...talune deroghe alle disposizioni generali della suddetta direttiva...” non possono essere ignorate e devono, pertanto, essere autorizzate in caso di trasferimenti effettuati nell'ambito di procedure di insolvenza, pur se ne consentano la estensione a quelle di crisi quante volte, però, la situazione “...sia dichiarata da una autorità pubblica e sia aperta al controllo giudiziario”¹⁵.

Dal versante concorsualistico si è ommesso del tutto di considerare ed individuare, nell'ipotesi di attività continuata e non cessata, il diverso trattamento riservato ai dipendenti delle imprese ammesse alla procedura di crisi e, in particolare, per quel che concerne le ipotizzate soluzioni traslative, rivalutare l'importanza di quel micro

¹⁴ Corte di Giustizia 11 giugno 2009, C/561/07, in *Guida al lavoro*, 2009, n.27, 12, con nota di ZAMBELLI, *Trasferimento di azienda in crisi e diritti dei lavoratori*; Corte di Giustizia, 7 dicembre 1995, C/427/93, con nota di COSIO, in *Foro it.*, 1996, IV, 210; Corte di Giustizia, 7 febbraio 1985, C/135/83, in *Foro it.*, 1986, IV, 11, con nota di DE LUCA, con espresso riferimento al fallimento; Corte di Giustizia, 25 luglio 1991, C/362/89, in *Giust.civ.*, 1992, I, 1121, in relazione alla liquidazione coatta amministrativa; FOGLIA-SANTORO PASSARELLI G., *Profili di diritto comunitario del lavoro*, Torino, 1996, 145; CAIAFA A., *Trasferimento di impresa in crisi e normativa comunitaria*, in *Dir.lav.*, 1996, II, 129.

¹⁵ ZAMBELLI, *Trasferimento di azienda in crisi e diritti dei lavoratori*, cit, 2009, 18, ove suggerisce - in nota alla stessa sentenza della Corte di Giustizia - la necessità di modificare l'art.47 della legge n.428 del 1990 operando un riferimento più puntuale alla disciplina per la concessione del trattamento straordinario di integrazione salariale, ormai riconosciuto in favore delle imprese in crisi anche nei casi di cessazione totale o parziale di attività, in quanto strumento volto a realizzare la tutela dei diritti dei lavoratori ed in grado di rispondere alle esigenze normative comunitarie; CAIAFA A., *La legge fallimentare riformata e corretta*, Padova, 2008, 737; Id., *I rapporti di lavoro nella riforma organica della disciplina delle crisi dell'impresa e dell'insolvenza*, in *Dir.fall.*, 2004, I, 1385; Id., *Nuove regole per la crisi dell'impresa: risanamento e conservazione*, in *Dir.lav.*, 2001, 63

sistema normativo, creato dal diverso versante giurilavoristico, allo scopo di soddisfare finalità distinte e maggiormente rispondenti ad una logica di *flessibilizzazione* del rapporto di lavoro, necessariamente derogatoria rispetto alla disciplina generale, limitate, però, alle vicende traslative attuate in esecuzione della sola fase di liquidazione¹⁶.

Al tempo stesso è stata del tutto trascurata la diversa possibilità di intervenire in modo più incisivo per agevolare, di contro, le soluzioni circolatorie dell'azienda, ove attuate nell'ambito di una procedura di liquidazione, del tutto ignorando che l'ordinamento comunitario è consapevole della sostanziale differenza esistente tra *crisi* ed *insolvenza* e ritiene possibile che, solo in presenza della prima, debbano essere assicurate la continuazione dei rapporti e la garanzia del reddito e delle condizioni di lavoro, tant'è che la direttiva del 29 giugno 1998, n.50, nel suo settimo "considerando", ha lasciato liberi gli Stati membri di individuare regole, più o meno flessibili, sino al punto di autorizzare, espressamente, questi a "...non applicare gli artt.3 e 4 della Direttiva 77/187 CEE ai trasferimenti effettuati nell'ambito di una procedura di liquidazione....", nella consapevolezza che, invero, "...talune deroghe alle disposizioni generali della suddetta direttiva..." non possono essere ignorate e devono, pertanto, "...essere autorizzate in caso di trasferimenti effettuati nell'ambito di procedura di insolvenza".

Si collega a tale previsione, e ne è conseguenza, la successiva disposizione, contenuta nell'art.4 *bis*, paragrafo primo¹⁷, in cui si stabilisce, appunto, che la disciplina di cui agli artt.3 e 4 - dettata per assicurare la continuazione dei rapporti, la garanzia del reddito e delle condizioni di lavoro - non si applica alle imprese per le quali sia aperta la fase di liquidazione, a seguito di una procedura di insolvenza, anche se, poi, al paragrafo secondo, viene puntualizzata l'eventuale applicazione delle stesse norme (artt. 3 e 4) nell'ipotesi di liquidazione, attuata, tuttavia, sotto il controllo della Autorità pubblica, e viene previsto che "...gli obblighi del cedente risultanti da un contratto di lavoro ... non siano trasferiti al cessionario" e possano, pertanto, essere resi flessibili, a condizione, però, che lo Stato membro abbia assicurato una "...protezione almeno equivalente" a quella stabilita per le situazioni contemplate dalla direttiva 80/987/CEE del Consiglio del 20 ottobre 1980 (lettera a).

Prosegue, quindi, la disposizione comunitaria prevedendo che la continuità dei rapporti di lavoro possa essere diversamente assicurata e, comunque, disciplinata attraverso l'intervento delle OO.SS. e la conclusione di accordi, anche in merito alle condizioni di lavoro, purché diretti "...a salvaguardare le opportunità occupazionali garantendo la sopravvivenza dell'impresa ... o di parti...".

¹⁶ CAIAFA A., *Sorte del rapporto di lavoro nelle procedure di insolvenza*, in *Diritto europeo: crisi di impresa e sorte dei rapporti di lavoro*, a cura di CAIAFA A.-COSIO, Milano, 2009, 213.

¹⁷ Per un'attenta e completa disamina della problematica si veda: FIORE-MARZIANI, *Trasferimento di azienda nell'ordinamento comunitario: la nuova nozione e l'art.4bis della direttiva del Consiglio del 29 giugno 1998, n.98/50/CE. Conformità e punti di contatto con la disciplina italiana*, in *Dir. fall.*, 2000, I, 231; CAIAFA A., *Vicende circolatorie dell'azienda nelle procedure concorsuali*, cit., 119.

Identica disciplina viene dettata, poi, nel paragrafo terzo dello stesso articolo, qualora i trasferimenti vengano attuati “...in una situazione di grave crisi economica”, alla condizione che essa sia stata dichiarata da una Autorità pubblica e si svolga sotto il controllo giudiziario.

Ebbene, tali requisiti - individuati come indispensabili dalla direttiva comunitaria per permettere la *flessibilizzazione* degli obblighi, diversamente derivanti dal trasferimento - potrebbero, invero, rinvenirsi nel decreto di ammissione dell'imprenditore alla procedura di concordato preventivo, laddove si consideri che, in effetti, l'accertamento dello stato di crisi, oltre a dover essere constatato dal tribunale, può dirsi esistente quante volte sia stato riconosciuto in favore dell'impresa, da parte del Ministero del Lavoro, il trattamento integrativo straordinario, per avere presentato l'imprenditore un piano di gestione dei lavoratori in esubero e, naturalmente, perché una volta pronunciata l'ammissione, indiscutibilmente, l'intera procedura si svolge sotto il controllo dell'autorità giudiziaria.

Ma, ancora una volta, la deroga alle disposizioni generali derivanti dall'ordinamento comunitario saranno consentite alla condizione che la vicenda traslativa trovi la sua giustificazione nell'ambito di un procedimento di liquidazione e, al tempo stesso, che l'attività risulti non essere continuata e già cessata, come, d'altronde, espressamente previsto e disposto dall'art.47, quinto comma, della legge n.428 del 1990.

4. Ipotesi ricostruttive ed accenni sulle prospettive.

L'aver previsto che l'apertura delle *procedure concorsuali*, siano esse determinate da crisi reversibile o meno, non costituisca causa di risoluzione dei contratti in corso è ben poca cosa, se si considera che alla mancanza di una normativa specifica, per quel concerne gli effetti derivanti sui rapporti di lavoro, fa eco, di contro, una disciplina specifica e dettagliata per la tutela dei livelli occupazionali, che viene attuata attraverso l'istituto dell'integrazione salariale straordinaria, che dimostra come, invero, il Legislatore ha inteso introdurre, nel nostro ordinamento, da tempo, un sistema di sospensione della prestazione lavorativa e del relativo obbligo retributivo con finalità di natura, non già, assistenziale, quanto, piuttosto, allo scopo di favorire il superamento di crisi strutturali, ovvero congiunturali, per la conservazione, anche parziale, dei posti di lavoro.

L'attuale sistema normativo prevede, difatti, specifiche forme di intervento in tutte quelle ipotesi in cui la contrazione dell'attività sia stata caratterizzata dall'involontarietà, dalla temporaneità e si accompagni, comunque, alla certezza della ripresa del normale ritmo produttivo.

Esistono, al riguardo, precisi indici rilevatori dettati e previsti per la valutazione dei programmi delle aziende che richiedono l'intervento straordinario della cassa integrazione guadagni per crisi aziendale¹⁸, individuati, alternativamente e congiuntamente, nel fatturato o nel risultato operativo dell'impresa, con riferimento al biennio precedente, ed in grado di evidenziare l'esistenza di una crisi qualora dal confronto emerga un andamento a carattere negativo, ovvero involutivo.

Perché l'impresa possa accedere al trattamento di integrazione salariale è prevista la necessaria predisposizione di un *piano di risanamento*, che deve essere accompagnato da una analitica relazione tecnica, nella quale devono essere indicate le cause che hanno determinato la crisi e specificate le azioni intraprese o le ulteriori iniziative che si intendono avviare per il superamento delle constatate difficoltà, e che, tra l'altro, devono essere illustrate con riferimento a ciascun settore di attività dell'impresa interessato dall'intervento.

Limitazioni sono stabilite qualora l'attività sia stata iniziata nel biennio antecedente la crisi, ovvero la stessa sia cessata, salvo che non vengano presentati "*...concreti piani di gestione*" che lascino supporre, come certa, la ricollocazione dell'impresa sul mercato, e con questa del personale interessato al relativo trasferimento.

La stessa riformulazione dei criteri operata, poi, dal d.m. 18 dicembre 2002 e dal successivo d.m. 20 agosto 2003¹⁹, appare essere utilizzabile, esclusivamente, per la elaborazione dei programmi di crisi aziendale, previsti dall'art.1, comma cinque, legge 23 luglio 1991, n.223, e non già, ma anche, allo scopo di individuare le condizioni per un tempestivo intervento da parte dell'autorità giudiziaria, qualora l'imprenditore rimanga inerte ed ometta di dichiarare di trovarsi in una situazione di crisi reversibile che possa compromettere la continuità aziendale, ove non affrontata.

Avendo, pertanto, la riforma escluso ogni possibile intervento esterno ed optato per una interpretazione rigida del comportamento dell'imprenditore deve, poi, per logica coerenza, ritenersi sussistere l'obbligo per questi di predisporre un programma di ristrutturazione, riorganizzazione o conversione che permetta, attraverso il confronto con la componente sindacale, di operare una valutazione generale della rilevanza o convenienza del trattamento di integrazione salariale richiesto, in grado, al tempo stesso, di favorire l'immediata mediazione delle OO.SS., al fine di consentire la composizione della crisi.

L'art. 2, comma due, del d.m. 18 dicembre 2002, nell'ipotesi di ***cessazione dell'attività***, ha fissato alcune condizioni, stabilendo che l'impresa non debba versare in

¹⁸ In tal senso il d.m. 2 maggio 2000, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale dell'11 luglio 2000.

¹⁹ Per un commento, GALLO, *La modifica dei criteri concessivi della Cigs*, in *Dir.prat.lav.*, 2002, 3039; GARGALE-IANNELLA, *Programma di crisi aziendale e trattamento Cigs nei casi di cessazione di attività*, in *Dir.prat.lav.*, 2003, 651.

una situazione di crisi irreversibile, tant'è che ai fini della concessione del trattamento ritiene indispensabile, in via generale, la stabilità dell'organico aziendale, nel periodo precedente, e l'assenza di nuove assunzioni, con particolare riguardo a quelle assistite da agevolazioni contributive e finanziarie, con la conseguenza che, anche nell'ipotesi di attività cessata, la crisi, se reversibile e se tempestivamente denunciata, può consentire l'avvio di una procedura di concordato che può, peraltro, essere attuata anche attraverso la conclusione di una vicenda circulatoria dell'azienda.

Tra le parti interessate al superamento della crisi è indispensabile che vi sia un dialogo costruttivo, soprattutto laddove si consideri che si tratta di dover coniugare tra loro norme che impongono, da un lato, la previsione di un programma di ristrutturazione, con soluzioni di utilizzo delle risorse finanziarie destinate agli investimenti programmati e che possano giustificare le sospensioni dal lavoro, in quanto correlate, nelle misure e nei tempi, al processo di riorganizzazione che l'imprenditore intende realizzare e, dall'altro, le condizioni per il tempestivo avvio della procedura di composizione concordata della crisi.

La prosecuzione dell'attività va vista in funzione del risultato economico, con la conseguenza che la procedura, ove si prefigga l'obiettivo di preservare le unità aziendali intrinsecamente sane, non può essere vissuta in chiave *liquidatoria*, ciò in quanto la possibile conservazione dell'impresa, oltre a realizzare un *interesse collettivo sociale*, per quel che concerne la stabilità dei rapporti di lavoro, soddisfa anche quello degli altri creditori concorrenti – e tra questi, naturalmente, gli stessi dipendenti – destinati a beneficiare dei risultati della procedura²⁰, anche se il conflitto tra le contrapposte esigenze della salvaguardia dei posti di lavoro e della garanzia del credito non può essere risolto a svantaggio della seconda, sicchè è indispensabile riconoscere alle parti un ruolo attivo nella scelta della miglior soluzione, che non necessariamente si identifica nella conservazione dell'impresa, quante volte risulti più conveniente la liquidazione del patrimonio²¹.

5. Il ruolo nel sindacato.

5.1. Nella regolamentazione della crisi.

²⁰ VILLANI, *Relazioni industriali e procedure concorsuali*, Torino, 1996, 84, ove ha sottolineato la necessità del passaggio da un modello conflittuale ad altro partecipativo delle OO.SS., la cui azione è opportuno venga svolta nell'interesse di tutti i lavoratori coinvolti nella procedura allo scopo di fornire utili elementi di valutazione per il superamento dei problemi concernenti la continuità dei rapporti e le garanzie economiche giuridiche; CAIAFA A. *Vicende circulatorie dell'azienda*, Padova, 2000, 325.

²¹ GUATRI, *Crisi e risanamento delle imprese*, Milano, 1987, 12; BISACCHI, *Delle crisi di impresa e delle procedure fallimentari*, in *Riv.dott.comm.*, 1995, 305; RICCI, *Procedure liquidatorie. Procedure conservative e tecniche di individuazione del patrimonio (a proposito di ristrutturazione nella nuova amministrazione straordinaria)*, in *Giur.comm.*, 2001, 36; CAIAFA A., *Crisi di impresa: valutazione dinamica di un concetto*, in *Crisi di impresa e riforma della legge fallimentare*, a cura di PICCININNI C.-SANTARONI M., Roma, 2002, 95.

In questo processo di revisione dei meccanismi, attualmente noti, è stato attribuito un ruolo significativamente importante al sindacato, cui è stato affidato il delicato compito di regolare le conseguenze ed i riflessi che, inevitabilmente, la crisi esercita sui rapporti di lavoro, concedendo i necessari spazi di contrattazione per le eventuali riduzioni di personale ritenuto esuberante, ovvero, nel caso delle vicende traslative, per il frazionamento dei rapporti stessi, mediante un riconoscimento convenzionalmente ridotto dell'anzianità di lavoro o, addirittura, l'azzeramento di essa o, ancora, attraverso il ricorso a procedimenti di mobilità interna, in deroga a quanto previsto dall'art.13 della legge n.300 del 1970.

Anche se le esigenze di conservazione del posto di lavoro legittimano l'adibizione del lavoratore a mansioni inferiori, sempre che ciò non pregiudichi l'assetto organizzativo dell'impresa, insindacabilmente rimesso alle scelte dell'imprenditore, la giurisprudenza è concorde nel ritenere che un tale procedimento non configura una vera e propria dequalificazione, dal momento che si è in presenza di un adeguamento del contratto ad una nuova situazione di fatto e la conseguente scelta trova la sua ragione d'essere nella prevalenza del diritto alla conservazione del posto di lavoro (artt.4 e 36 della Carta Costituzionale), rispetto alla tutela della professionalità, garantita essa stessa (artt.2103 cod.civ. e 35, comma secondo, Cost.)²².

Riconosciuta, quindi, la possibilità di procedere all'adibizione dei lavoratori a mansioni inferiori, pur se con i limiti derivanti da un corretto bilanciamento tra i diversi interessi coinvolti, determinati dalla situazione di crisi, anche in ragione dell'avvertita necessità, se del caso, di operare una riduzione del personale, non par dubbio che questa potrà essere giustificata allorché la risoluzione del rapporto trovi il suo fondamento nella deduzione di un giustificato motivo oggettivo di recesso, per essere esso relativo ad un numero dipendenti inferiore a quelli per i quali l'art.24 della legge n.223 del 1991 prevede il diverso *iter* procedimentale proprio del licenziamento collettivo. In tal caso sarà onerato l'imprenditore di dover provare l'impossibilità di adibire il lavoratore a mansioni equivalenti o anche inferiori, purchè compatibili con la qualifica rivestita²³, pur se i giudici di legittimità, in una recente pronuncia, hanno affermato che tale onere deve, comunque, essere mantenuto “...entro limiti di ragionevolezza, sicchè esso può considerarsi assolto mediante il ricorso a risultanze di natura presuntiva o indiziaria..”, aggiungendo che il lavoratore, pur non essendo gravato dalla relativa incombenza probatoria è, tuttavia, onerato di dedurre e allegare, in concreto, la effettiva esistenza di una possibilità di reimpiego²⁴.

²² Cass., 1 luglio 2008, n.17962, in *Not.giur.lav.*, 2008, 629; Cass., 18 aprile 2007, n.9263; Cass., 6 novembre 1996, n.9684, in *Not.giur.lav.*, 1996, 918; Cass., 18 marzo 1995, n.3174, in *Giur.it.*, 1995, I, 1635; Cass., 20 maggio 1993, n.5713, in *Mass.giur.lav.*, 1994, 457.

²³ Cass., 3 luglio 2003, n.10554; Cass. Sez.Un., 29 agosto 1998, n.7755, in *Not.giur.lav.*, 1998, 459.

²⁴ Cass., 19 febbraio 2008, n.4069, in *Giust.civ.*, 2008, 2; Cass., 2 aprile 2004, n.6556, in *Mass.giur.lav.*, 2004, 543; Cass., 9 agosto 2003, n.12037, *ivi*, 2004, 115; Cass., 17 luglio 2002, n.10356, *ivi*, 2003, 935; Cass., 16 giugno 2000, n.8207, in *Orient.giur.lav.*, 2000, 907.

Ebbene, il ruolo del sindacato, nel caso ipotizzato, in cui l'impresa occupi meno di quindici dipendenti e non sia, conseguentemente, soggetta a vincoli nella individuazione dell'organico indispensabile perché l'attività possa essere da essa proseguita, mantenendo l'equilibrio tra costi e ricavi è, comunque, centrale, al pari di quello che è richiesto, normativamente, qualora debbano essere attivati dei licenziamenti per riduzione di personale, al termine dell'utilizzo del periodo di integrazione salariale (*collocazione in mobilità*) o l'imprenditore vi debba, comunque, procedere nell'immediatezza, e la risoluzione riguardi più di quindici dipendenti nell'arco di centoventi giorni (*licenziamento collettivo*).

Le organizzazioni sindacali, istituzionalmente, per finalità giuridica essenziale e caratteristica, hanno, nel vigente ordinamento, lo scopo di tutelare, attraverso la negoziazione collettiva, le condizioni di lavoro, ma non sono riuscite ad assicurare una maggiore partecipazione dei lavoratori alla vita economica dell'azienda, limitando i conflitti che, inevitabilmente, sorgono qualora si manifestino i primi sintomi della crisi.

In una società ad economia ben più complessa e caratterizzata dalle trasformazioni determinate dalla rivoluzione industriale, la posizione del sindacato non può essere soltanto quella di un agente contrattuale, soprattutto laddove si consideri che questo ha assunto la funzione di un organismo dotato di forza politica e, come tale, in grado di influenzare l'emanazione di leggi, nonché la modifica o difesa di istituti giuridici di interesse delle categorie rappresentate²⁵.

Deve essere riconosciuto, pertanto, alle organizzazioni sindacali il compito di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione economica del Paese (art.3, secondo comma, Cost.).

Al tempo stesso, sul piano aziendale, il sindacato deve porsi, inevitabilmente, come l'interlocutore più idoneo per l'attuazione del diritto dei lavoratori a collaborare alla gestione delle aziende (art.46 Cost.), sicché non è utopistico pensare di affidare a quest'ultimo la funzione di composizione degli interessi collettivi in conflitto nella difficile fase in cui l'impresa versi in uno stato di crisi reversibile o meno.

Al riguardo, deve considerarsi che, d'altronde, un tale compito²⁶ è stato riconosciuto dal Legislatore alle organizzazioni sindacali, non solo, nell'ipotesi di

²⁵ PERONE, *Partecipazione del sindacato alle funzioni pubbliche*, Padova, 1972, 115 e 143; BRANCA, *L'associazione sindacale*, Milano, 1960, 205, che ha riconosciuto la legittimità di un'azione politica del sindacato intesa come azione volta "...ad influenzare l'emanazione di leggi, la modifica o difesa di istituti giuridici connessi con le strutture sociali che interessano le categorie rappresentate".

²⁶ LISO, *Una novità nel campo delle relazioni industriali: accordi e conciliazioni per salvare i posti di lavoro*, in *Giur.it.*, 1998, ivi, 40; TOSI, *Brevi osservazioni in merito alla derogabilità dell'art.2112 cod.civ.*, ivi, 1982, I, 1560.

trasferimento, realizzabile al di fuori di specifiche evenienze di crisi, ma anche nelle altre, nelle quali questa, in quanto irreversibile e patologica, lascia individuare, nel trasferimento, l'unico mezzo destinato a realizzare la garanzia dell'occupazione (art.47, commi cinque e sei, della legge n.428 del 1990).

Nell'ambito degli interventi contingenti e dettati da situazioni, dunque, particolari, la normativa recente ha individuato misure volte a conservare l'impresa, appunto, come mezzo o sede di esercizio del diritto al lavoro e di connesse forme di espressione della personalità del lavoratore, ciò in quanto l'obiettivo economico non si sostanzia più – come ho in precedenza sottolineato - nella liquidazione dei beni, quanto, piuttosto, nella relativa conservazione.

L'esistenza, tuttavia, di un quadro normativo confuso e spesso anche contraddittorio, ha prodotto un contenzioso per nulla fisiologico ed ha reso addirittura conflittuale il rapporto tra sindacato e singoli nell'ambito dell'intervento richiesto del primo nell'affrontare i problemi in tema cassa integrazione guadagni, licenziamenti collettivi, mobilità e trasferimento di aziende di imprese in crisi.

Il maggior ostacolo è rappresentato dalla difficoltà di ricercare quale debba essere lo spazio degli interessi individuali in una situazione nella quale l'azione collettiva, affidata al sindacato, non è sempre in grado di assicurare quella funzione tradizionalmente acquisitiva di vantaggi e garanzie quante volte sia chiamato a redistribuire gli effetti negativi di una politica difensiva, che non può che essere fatta di concessioni e, al tempo stesso, di sacrifici²⁷.

Il confronto, tra diritti del singolo e poteri del sindacato, ha posto in luce un aspetto, delle relazioni industriali, prima decisamente sconosciuto, in ragione degli effetti della recessione che accompagna i processi di ristrutturazione in atto delle imprese in crisi, che ha conseguentemente mutato il rapporto tra OO.SS. e lavoratori, essendo inevitabile l'attenzione con la quale i secondi si oppongono alle scelte operate dal primo, quando incidono sulla conservazione del posto di lavoro.

E' fin troppo evidente che qualora il sindacato tenti di controllare i processi di ristrutturazione, o intervenga per valutare le informazioni ricevute, dalla legge previste per le ipotesi in cui l'impresa intenda attuare dei licenziamenti (artt.4, 5 e 24 della legge n.223 del 1991), ovvero per svolgere la prevista mediazione, nell'ambito della fase di consultazione, qualora si intendano effettuare dei trasferimenti di azienda, o rami di essa, non può limitarsi a discutere le conseguenze che da tali situazioni discendono per i lavoratori che proseguono nel rapporto, per quel che attiene le mansioni ed il trattamento economico, ma deve affrontare la più delicata questione della incidenza di tali processi sui livelli di occupazione, nell'ambito di un equilibrio tra diritti del singolo e poteri

²⁷ D'ANTONA, *L'intervento straordinario della cassa integrazione guadagni nelle crisi aziendali: interessi pubblici, collettivi, individuali*, in *Riv.giur.lav.*, 1983, I, 16.

dell'organizzazione, che appare essere particolarmente difficile in ragione della complessità e difficoltà, laddove si consideri che l'obiettivo di limitare la riduzione dei posti di lavoro non può che essere raggiunto attraverso la conclusione di accordi che, nello stesso momento in cui garantiscono coloro il cui rapporto continua, incidono, in misura maggiore o minore, sulla sorte di quanti sono destinati a sacrificarlo.

Si tratta di una conseguenza correlata alla funzione riconosciuta al sindacato, il cui intervento è richiesto, non solo, per i licenziamenti collettivi, ma anche quando debbano essere attuate altre forme di riduzione dell'impegno lavorativo, come nel caso delle sospensioni, con intervento della cassa integrazione guadagni.

L'esercizio di un siffatto ruolo è, certamente, non agevole in un sistema che consente di incidere sul diritto del singolo al mantenimento dell'occupazione, in conseguenza delle trasformazioni tecnologiche o della decisione datoriale di ridurre le dimensioni dell'impresa, cedendo il diritto al lavoro, ancorché garantito dall'art.4, comma primo, della Carta Costituzionale, di fronte al principio della libertà di iniziativa economica privata (art.41, comma primo, Cost.), anche se il potere dell'imprenditore di adottare le misure necessarie per trasformare i sistemi di produzione e l'organizzazione del lavoro, o per ridurre ed incidere sul livello occupazionale, deve essere esercitato nell'ambito dei limiti imposti dalla legge o dal contratto.

Il datore di lavoro è, quindi, libero di dare attuazione alle proprie scelte imprenditoriali; ad esse si contrappone il sindacato per limitarne i poteri, sicché la difficoltà del ruolo è di indubbio rilievo quante volte le decisioni del secondo legittimano provvedimenti del primo che, altrimenti, risulterebbero vietati, o quantomeno hanno la funzione di ridurre la resistenza dei singoli, anche se si ripercuotono sui diritti di questi.

Di qui la possibilità di lacerazioni in conseguenza delle scelte operate e della inevitabile possibilità di una contrapposizione di interessi tra i diretti interessati alle vicende sospensive o risolutive del rapporto, o traslative dell'azienda o di quel determinato ramo, in ragione del contenuto dei criteri di selezione adottati e della correlata applicazione degli stessi, non potendo il sindacato operare le proprie scelte travolgendo i diritti dei singoli, non solo se dal primo non rappresentati.

La frattura impedisce che gli accordi stipulati dal sindacato componano il conflitto e, pertanto, inciderà sul sistema delle relazioni industriali, dal momento che oltre a produrre inevitabili effetti sul piano giuridico dei rapporti tra sindacato e non iscritti, avrà inevitabili conseguenze sulle scelte operate dall'impresa²⁸.

²⁸ VENTURA, *Le ristrutturazioni e i diritti individuali dei lavoratori: poteri di fatto e garanzie legali*, in *Giur.lav.*, 1983, I, 10, ove sottolinea che il sindacato, quando deve svolgere il delicato ruolo di interlocutore dell'impresa, allorché questa intenda procedere ad una riduzione dei posti di lavoro, rischia "...di porsi nella scomoda posizione di chi propone i criteri per la distribuzione dei beni che non sono sufficienti per tutti i destinatari"; maggiore attenzione merita il tema della vincolatività soggettiva degli accordi conclusi, peraltro, indipendentemente dalla iscrizione dei lavoratori al Sindacato che ha stipulato gli stessi, non essendo condivisibile la tesi di coloro che

5.2. Nella gestione delle *c.d. cause integrabili*.

Già da questi sommari rilievi risulta comprensibile la difficoltà di comporre l'inevitabile conflitto di interessi suscitato dalla crisi, che può essere determinata o da una recessione, così come da un processo di innovazione e trasformazione dei sistemi produttivi legato all'avvento di nuove tecnologie, che possono spingere, alternativamente, verso la modernizzazione e razionalizzazione della produzione, o il disinvestimento, qualora il declino risulti essere irreversibile.

Né sembra, d'altronde, possa trovare giustificazione il sacrificio di imposizioni soggettive dei singoli di fronte all'interesse all'occupazione avendo, al contrario, la legislazione, nell'attribuire alla contrattazione collettiva una funzione di regolamentazione della crisi, volutamente tracciato percorsi procedurali per permettere una verifica puntuale delle posizioni in conflitto, senza, comunque, riconoscere alle OO.SS. il potere assoluto di comprimere i diritti dei singoli.

E' innegabile che il sindacato non ha, pertanto, il potere di negoziare, pregiudicando l'interesse dei singoli al mantenimento del posto di lavoro, neppure in favore di una garanzia, da parte dell'impresa, del mantenimento di un livello occupazionale minimo, anche se i diritti e gli obblighi contrattuali delle parti del rapporto di lavoro possono essere modificati, derogati, estesi o limitati dall'intervento pubblico, al verificarsi di una delle *c.d. cause integrabili ordinarie*, volte a sostenere la stabilità delle organizzazioni produttive, di fronte ad eventi perturbatori, *o straordinarie*, operanti in un ambito ben più articolato, in presenza di ipotesi di trasformazione, ridimensionamento e, perfino, di cessazione dell'attività produttiva.

L'impossibilità materiale ed oggettiva di ricevere la prestazione, libera l'imprenditore dall'obbligazione retributiva, e la funzione dell'intervento pubblico è, appunto, quella di dislocare, fuori dal rapporto di lavoro, i costi che, diversamente, l'impresa si troverebbe a sostenere, anche se l'ipotesi disciplinata, specificamente, dall'art.1 della legge n.223 del 1991, non è idonea a legittimare il potere generale di sospensione, richiedendosi, in particolare, l'esistenza di una stretta interdipendenza tra causa integrabile e sospensione del relativo rapporto, con la conseguenza, quindi, che la decisione di ricorrervi deve essere giustificata, ai fini della sua legittimità, dalla sussistenza, in concreto, di una delle fattispecie astratte previste dalla legge, dal momento che, in caso contrario, la determinazione, essendo priva della relativa

individuano in questi la diversa tipologia dei *contratti di gestione* dotati di efficacia estensiva e, dunque, non soggettiva: in tal senso DE LUCA TAMAJO, *L'evoluzione dei contratti collettivi e delle tipologie della contrattazione collettiva*, in *Riv.dir.lav* 1985 ,I,25; BALLESTRERO, *Riflessioni in tema di inderogabilità dei contatti collettivi*, *ivi*,1989,I,375; in senso contrario NAPPI S. *Negozi traslativi dell'impresa e rapporti di lavoro*, Napoli,1999,299; PERRINO A.M. *Le deroghe alle tutele dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda d'imprenditore in crisi o insolvente*, in *Foro.it*. 2007,I,2157.

condizione legittimante, non può non comportare l'obbligo del pagamento della retribuzione corrispondente.

Il provvedimento di ammissione al trattamento di integrazione salariale ha, d'altronde, efficacia costitutiva e, al tempo stesso, derogatoria della disciplina del rapporto di lavoro, tant'è che il rigetto della domanda determina l'obbligo di procedere al pagamento delle retribuzioni qualora la sospensione sia stata unilateralmente disposta, potendo ciò essere evitato, unicamente, dal preventivo raggiungimento di un accordo con le OO.SS. mandatarie, nonché con i singoli lavoratori, attesa la impossibilità delle prime di disporre delle posizioni individuali in assenza di uno specifico mandato²⁹.

5.3 Nella regolamentazione delle vicende traslative.

Ancor più delicato il ruolo del sindacato nell'ambito della regolamentazione del fenomeno traslativo dell'azienda dell'impresa in crisi, o insolvente, in ragione della sostanziale differenza che caratterizza tali vicende economiche, sol che si consideri che la crisi è, per lo più, provocata da molteplici cause che, talvolta, si presentano anche contestualmente, potendo essa essere determinata dalla incapacità dell'impresa di elaborare piani che consentano di recuperare il necessario rapporto tra costi e ricavi (*c.d. crisi economica*), o dalla impossibilità per l'imprenditore di effettuare nuovi investimenti, pur indispensabili per creare una struttura produttiva in grado di realizzare le condizioni di equilibrio economico, in assenza di capitale di rischio e, quindi, a causa di un eccessivo ricorso al credito (*c.d. crisi finanziaria*)³⁰.

Certamente l'impresa persegue l'obiettivo "...di svilupparsi e di durare a lungo, in un certo senso perpetuando sè stessa...", e ciò può realizzare "...solo mediante la continua creazione di valore economico...", che esclude lo svolgimento di diverse importanti funzioni, ancorché sociali, per il solo fine di ridurre le tensioni che possono conseguire dalla necessità di attuare delle riduzioni di personale, quante volte queste siano indispensabili perché l'equilibrio economico-finanziario non risulti alterato³¹.

E', pertanto, giusto che la conservazione dell'impresa avvenga senza riversare sulla collettività conseguenze negative maggiori dei vantaggi connessi alla prosecuzione dell'attività; quando questa non si giustifica per l'assenza delle relative condizioni, l'unica soluzione possibile risulta essere l'attuazione di una vicenda circolatoria dell'azienda, o del singolo ramo.

²⁹ Cass., 6 agosto 1996, n.7194, in *Orient.giur.lav.*, 1996, 966; Cass., 10 maggio 1995, n.5090, *ivi*, 1995, 535.

³⁰ CAPALDO, *Crisi e risanamento delle imprese*, Milano, 1986, 194 e segg.; BELCREDI, *Le ristrutturazioni stragiudiziali delle aziende in crisi in Italia nei primi anni 90*, Milano, 1996, 13, ove identifica le cause della crisi, alternativamente, negli errori strategici, nell'eccessivo indebitamento, nella situazione di mercato o, ancora, nella crescita eccessiva.

³¹ GUATRI, *Trattato sulla valutazione delle aziende*, Milano, 1999, 445; CAIAFA A., *Le vicende economiche dell'impresa in crisi: diritto del lavoro comunitario e tutela del lavoratore*, in *Dir.fall.*, 2005, I, 553.

La legislazione di sostegno dei diritti dei lavoratori, che senz'altro appare essere sorretta da coerenti principi di solidarietà sociale qualora il fenomeno traslativo si verifica in situazioni normali, può costituire un serio ostacolo in quelle patologiche, sì da pregiudicare il possibile esito di una operazione, diversamente non attuabile, tesa alla prosecuzione dell'attività e dalla quale può dipendere la salvezza di molti, anche se non tutti, i posti di lavoro.

Se la pura e semplice disapplicazione degli obblighi derivanti dall'ordinamento comunitario sarebbe giustificata – ancorché nel nostro sistema non attuata e disposta – da una norma che escluda, *tout court*, il diritto dei lavoratori di pretendere la continuità giuridica del rapporto di lavoro e di mantenere i privilegi frutto di precedenti accordi aziendali ed individuali, tuttavia, l'attenuazione delle rigidità dovrebbe essere affidata alla sensibilità delle OO.SS., attraverso la previsione di discipline speciali, di diverso contenuto e funzionalità, volte a favorire la successione nell'esercizio di una azienda che, altrimenti, non sarebbe realizzabile.

L'art.2112 cod.civ. non costituisce altro che una ripetizione, con specifico riferimento ai rapporti di lavoro, della tutela che la norma generale (art.2560 cod.civ) riserva ai creditori, aggiungendo solo che i debiti derivanti dal rapporto di lavoro ricevono una tutela anche quando non risultino nei libri contabili.

La norma, quindi, ha introdotto un elemento di maggior garanzia per i diretti interessati e, tuttavia, nulla esclude che questi possano volontariamente concordare la disapplicazione delle relative previsioni rinunciando a richiedere ed ottenere la soddisfazione dei loro diritti al cessionario.

In assenza – come dicevo – di una diversa previsione normativa, anch'essa di carattere speciale, che consenta di attenuare la rigidità degli schemi contenuti nella norma codicistica, attraverso una sua disapplicazione automatica – come potrebbe essere disposto nell'ambito delle procedure liquidatorie – o in presenza di determinate condizioni – come già ha stabilito l'art.47, quinto comma, della legge n.428 del 1990, laddove il trasferimento venga attuato nell'ambito di una procedura concorsuale – diviene non agevole consentire la realizzazione della vicenda traslativa, ove questa riguardi una azienda in crisi, essendo espressamente inibito alle parti di incidere sui diritti dei lavoratori garantiti dalla direttiva 2001/23/Cee.

Alla luce di tali riflessioni, non può non rilevarsi che l'unica interpretazione, conforme alla *ratio* normativa, appare essere quella volta a ritenere che la tutela dei lavoratori non sia invocabile nel caso in cui i beni costituenti l'azienda siano venduti nell'ambito di un procedimento volto alla liquidazione di essi, pur se nell'intento di consentire la prosecuzione dell'attività, e non già qualora esso venga attuato da una impresa che risulti essere in crisi.

Le modalità che favoriscono la prosecuzione, nell'ipotesi ora tratteggiata, potranno trovare attuazione attraverso lo svolgimento, da parte del sindacato, di un ruolo attivo per la limitazione di quel regime di garanzia posto dall'art.2112 cod.civ. che, invero, è previsto venga mantenuto nell'ipotesi dei trasferimenti volontari.

E se pur è vero che secondo la direttiva comunitaria le norme dettate a tutela della *vicenda circolatoria* non possono essere mai derogate in senso sfavorevole per i lavoratori – ciò in quanto la realizzazione dei diritti conferiti loro dalla direttiva non può essere subordinata al consenso delle parti ad essa interessate né, d'altronde, degli stessi rappresentanti (sindacali), che non possono disporre dei diritti di questi e stabilire, quindi, criteri per escludere la continuità dei rapporti di lavoro – è altrettanto vero che, attraverso l'art.47, quinto comma, della legge n.428 del 1990, è stato individuato un meccanismo di consultazione che ne consente il perfezionamento senza che ad essa debbano essere, necessariamente, interessati tutti i lavoratori.

La preferenza accordata in ordine ad un ipotetico mantenimento parziale dell'occupazione risulta essere perfettamente coerente, sul piano logico, con l'obiettivo che la norma ha inteso perseguire, anche perché, diversamente, il trasferimento, non rispondendo a parametri di economicità, non avrebbe modo di poter trovare attuazione.

Le scelte operate dal Legislatore hanno però, inevitabilmente, inciso sul ruolo dell'organizzazione sindacale, che dal modello conflittuale si trova a dover, diversamente, ora orientare il proprio comportamento, una volta constatato che il trasferimento di una azienda di una impresa in crisi non rappresenta più una modalità finalizzata all'acquisizione dell'attivo, venendo, al contrario, a coinvolgere tematiche di carattere collettivo e sociale³².

Non può essere ignorato, di contro, il diverso tratto evolutivo delle procedure concorsuali, che ha consentito di considerare i lavoratori presenti, pur se sospesi, in un organico conservato nell'intento di attuare, attraverso il trasferimento dell'azienda, la tutela del posto, unitamente a quella del reddito.

La delicata fase informativa e consultiva non può essere condizionata da scelte discrezionali, per quel che concerne la individuazione dei dipendenti destinati a perdere l'occupazione, e ciò anche se ancor non è chiaro e debba, quindi, farsi luce sul contenuto di alcune previsioni normative che, invero, sembrano essere dirette ad una migliore realizzazione dell'attivo e non, piuttosto, ad attuare una tutela della occupazione attraverso il recupero del complesso produttivo.

³² VILLANI, "Relazioni industriali e procedure concorsuali", Torino, 1996, 84; GOTTARDI, "Legge e sindacato nelle crisi occupazionali", Padova, 1995, 33; ALLEVA, "Flessibilità del lavoro e unità-articolazione del rapporto di lavoro contrattuale", in *Lav.giur.*, 1994, n.8, 782.

L'obbligo di consultazione ed esame congiunto, in funzione della individuazione delle possibili soluzioni per la realizzazione della vicenda circolatoria, è stato congegnato, peraltro, nella prospettiva, da un lato, di attenuare e rendere flessibili gli obblighi derivanti dall'art.2112 cod.civ., con riferimento, in particolare, al principio di continuità del rapporto di lavoro e della solidarietà passiva, per il soddisfacimento dei crediti già maturati dal prestatore al momento del trasferimento e, dall'altro, di individuare le modalità ed i tempi di attuazione della vicenda traslativa, tenuto conto dei riflessi che questa può avere sulla mobilità e sull'occupazione.

Si tratta di una procedura che, seppur non omologa a quella attivata per le ipotesi previste dalla legge, per *la collocazione in mobilità ed il licenziamento del personale eccedentario*, non può non tener conto dei motivi determinanti la situazione di esubero e delle ragioni tecniche, organizzative o produttive rappresentate dal cessionario, cui non si può chiedere l'adozione obbligatoria delle esistenti misure programmate per fronteggiare le conseguenze, sul piano sociale, della eventuale constatata situazione di eccedenza occupazionale.

Le parti sociali sono, pertanto, tenute ad individuare ogni possibile soluzione per una utilizzazione diversa del personale, risultato eccedentario, nell'ambito della vicenda circolatoria, così come a mediare al fine di prevedere i criteri cui ancorare l'eventuale riassorbimento totale, o parziale, dei lavoratori in esubero, per evitare che questi siano estromessi discrezionalmente e non già, dunque, in relazione alle esigenze tecnico-produttive ed organizzative del complesso aziendale ceduto.

Il confronto non può, quindi, essere conflittuale, ma partecipativo, ciò in quanto l'apertura della procedura di crisi, ove liquidatoria, al pari di ciò che si verifica con il fallimento, evidenzia un preoccupante vuoto per la stessa individuazione dei protagonisti della fase di consultazione ed informazione, non competendo agli organi altra attività di contrattazione che non sia quella diretta alla migliore realizzazione dell'attivo³³.

Il risultato che ne scaturisce si sostanzia nella assenza di organicità del tessuto normativo che, invero, non prevede alcuno specifico obbligo per le parti interessate di attenersi a determinati parametri nella scelta delle persone, poi, da assumere, qualora il trasferimento possa essere realizzato.

In assenza, dunque, di limiti normativi, la discrezionalità nella individuazione dei dipendenti trova, inevitabilmente, nell'ambito negoziale, un suo legittimo spazio, in quanto espressione della autonomia delle parti che l'ordinamento

³³ VILLANI, "Relazioni industriali e procedure concorsuali", cit., 17, che ha sottolineato come "...seguendo i più recenti percorsi tracciati dal legislatore, risalta immediatamente l'esistenza della considerazione normativa che accomuna, sul terreno dei rapporti collettivi, l'impresa in crisi e le procedure concorsuali, mentre manca qualunque allineamento, nella medesima prospettiva, fra impresa in crisi e impresa sana".

riconosce e garantisce, ma il comportamento da esse tenuto sarà censurabile laddove si risolva in una ricercata combinazione e scelta di atti diretti ad aggirare la legge, nell'intento di raggiungere un risultato da questa vietato, o che si sostanzi in un danno per i soggetti il diritto dei quali venga inciso, non avendo il sindacato alcun potere indipendentemente dalla iscrizione .

Risulta irrisolto l'ulteriore problema della *rappresentatività* delle associazioni dei lavoratori, con conseguente riconoscimento al singolo, non iscritto, di rivendicare l'inapplicabilità, nei suoi confronti, di accordi sindacali che, peraltro, potrebbero essere, al di là della individuale valutazione, finalizzati ad una soluzione positiva per quel che concerne gli effetti derivanti dalla vicenda traslativa³⁴.

Manca, insomma, una razionalizzazione della disciplina della crisi che, conseguentemente, si muove tra tutela del credito e salvaguardia dei complessi produttivi, denunciando una preoccupante assenza di organicità, tanto da apparire destinata alla risoluzione di situazioni transitorie³⁵.

Per l'intanto, la riformulazione delle procedure di conciliazione previste dal codice di rito, escludendo l'applicabilità delle disposizioni in tema di invalidità ed impugnabilità delle rinunce e transazioni sui diritti del lavoratore, concluse nelle forme previste dagli artt.410 e 411 cod.proc.civ., ha sicuramente rafforzato, sotto il profilo negoziale, le trattative e gli accordi conclusi, in assenza dei quali non sarebbe possibile l'attuazione di alcuna vicenda circolatoria dell'azienda.

E difatti, seppur è vero che l'art.411 cod.proc.civ. esclude - non prevedendolo espressamente - un potere di disposizione dei diritti dei singoli associati, da parte del sindacato, è pur vero che la conciliazione, da tale norma regolamentata, si sostanzia, poi, in accordi sicuramente vincolanti per i rispettivi destinatari tutte le volte che questi risultino definiti e conclusi, ovviamente, in presenza dei relativi poteri (artt. 1387, 1392, 1704 e 1708 cod.civ.) e siano stati dagli interessati accettati.

E' evidente che le conciliazioni, così concluse, dovranno essere motivate o, comunque, trovare il loro fondamento su elementi di fatto concreti, anche se tale presupposto si rintraccia agevolmente in situazioni, come quelle in esame, dirette a realizzare la salvaguardia dei livelli occupazionali e la tutela del posto di lavoro in presenza di uno stato di crisi patologico o di accertato dissesto dell'impresa.

5.4. Nella risoluzione dei rapporti di lavoro.

³⁴ ACCORNERO, "La parabola del sindacato, ascesa e declino di una cultura", Bologna, 1992; VENEZIANI, "Il sindacato dalla rappresentanza alla rappresentatività", in *Dir.lav.rel.ind.*, 1989, 373.

³⁵ SANTINI, "Soluzioni giuridiche allo stato di crisi dell'impresa nei sistemi di economia di mercato", in *Giur.it.*, 1981, IV, 162 che ha sottolineato, tra l'altro, le sostanziali difficoltà esistenti nell'armonizzare la legislazione spesso conseguenza di interventi urgenti in particolari settori dell'economia.

5.4.1. Nelle imprese minori.

Un'ulteriore distinzione cui appare necessario accennare, anche e soprattutto in ragione delle diverse conseguenze che determina in relazione alla diversa possibilità di risolvere il rapporto di lavoro e di concludere, o meno, una vicenda circolatoria dell'azienda, è quella tra *piccola*, *media* e *grande* impresa.

La differenziazione assume significativa rilevanza, dal momento che mentre la *grande* impresa costituisce, in certo senso, un organismo dotato di individualità economica, come tale indipendente dalla persona del suo titolare, la *piccola*, al contrario, si immedesima, per lo più, nella persona di chi la dirige, tant'è che la nozione di piccolo imprenditore viene fatta coincidere con il soggetto che esercita un'attività professionale organizzata con il lavoro proprio e dei componenti della famiglia, pur se ora non corrisponde più alla figura dell'imprenditore soggetto alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo, individuato dal Legislatore nei soggetti che non posseggono, congiuntamente, i requisiti di cui all'art.1, comma secondo, per come riscritto dal d.lgs.n.169 del 2007.

La differenza è, comunque, notevole, potendo sopravvivere la *grande* impresa, così come la *media*, al mutamento del suo titolare, laddove, al contrario, la *piccola* è destinata, inevitabilmente, a rimanere coinvolta nelle vicende che colpiscono l'imprenditore.

Si tratta di una distinzione che produce effetti in relazione al fenomeno successorio sotto il profilo del mutamento soggettivo nella titolarità dell'impresa, in quanto, appunto, solo per quella di particolari – pur se non grandi - dimensioni è possibile ritenere ammissibile, in genere, la continuazione dell'attività da parte di persona diversa da quella che ebbe ad organizzarla inizialmente, ben potendo il soggetto che subentra operare agendo sulla medesima organizzazione reale e personale, perseguendo i medesimi scopi tecnici ed economici, attraverso la prosecuzione nei rapporti e nelle relazioni già esistenti.

Per concludere l'indagine, o meglio per poter più compiutamente delineare dell'impresa gli aspetti peculiari e, al tempo stesso, le relative differenze di contenuto di tale nozione - che indispensabili appaiono, poi, per l'elaborazione della disamina che mi sono imposto di svolgere - si rende necessario fornirne anche un quadro della classificazione sotto il profilo economico.

Si tratta, invero, di una distinzione che assume rilievo anche ai fini del *fenomeno circolatorio*, dal momento che seppur è vero che tale vicenda può concernere le imprese industriali e commerciali, non par dubbio che la sua realizzazione è condizionata dalla possibilità di essere il complesso dei beni ancora idoneo ad una

funzione produttiva, pur dopo l'eventuale sospensione o cessazione dell'attività imprenditoriale.

A tale scopo, non interessa approfondire i criteri utilizzati dalla dottrina per la classificazione dell'impresa, risultando sufficiente accennare ad una distinzione con riferimento all'oggetto dell'attività organizzata, per effetto del suo diverso atteggiarsi in relazione al fenomeno della crisi di impresa.

Le dimensioni dell'organizzazione e la natura dell'attività in concreto svolta condizionano in modo essenziale, per espressa volontà del Legislatore, le possibilità per l'azienda di divenire, o meno, oggetto di un trasferimento, inteso quale possibile rimedio alla crisi economica dell'impresa, essendo consentita la risoluzione dei rapporti di lavoro in quelle che occupano meno di quindici dipendenti, senza la necessità di osservare alcuna procedura, così come la stessa conclusione della vicenda traslativa, prima che ne fosse operata una regolamentazione attraverso l'art.105, terzo comma, l.f., poteva essere attuata senza l'intervento delle OO.SS.

Ai fini della possibile conservazione del patrimonio aziendale viene ad assumere, poi, primaria importanza non già la mera classificazione giuridico-formale dell'azienda, quanto, piuttosto, la valutazione, in concreto, dell'attività svolta dall'impresa³⁶.

La soluzione, difatti, appare essere diversa per quel che concerne le imprese operanti nel settore "terziario", cioè quelle che esplicano attività di natura pubblicitaria, di studio, di consulenza, di ricerca di mercato, di analisi, di revisione contabile, di certificazione di bilancio, di programmazione, di progettazione, di elaborazione ed acquisizione dati, di factoring, di leasing, e, in genere, tutte quelle volte alla produzione di servizi e che determinano, in concreto, la realizzazione di un risultato economico nuovo, prima non esistente, dotato di una propria caratteristica individualità e, dunque, di una autonoma rilevanza, dal momento che queste, pur presupponendo, al pari delle altre, una organizzazione per la produzione del servizio, tuttavia, nell'ipotesi di crisi, si prestano con significativa difficoltà a costituire oggetto di trasferimenti mirati al salvataggio dei relativi livelli occupazionali identificandosi, per lo più, il patrimonio aziendale con la professionalità di quanti collaborano con l'impresa medesima.

Ebbene, nel caso dell'impresa *media*, potrà risultare indispensabile l'attuazione di una riduzione dei posti di lavoro e la necessità di stabilirne le dimensioni con riferimento alla migliore combinazione dei fattori di produzione, in relazione alle esigenze di mercato, ed a tale risultato sarà possibile pervenire o attraverso il ricorso agli

³⁶ GUATRI, *Trattato sulla valutazione delle aziende*, Milano, 1999, 18 ove ha evidenziato che, invero, "...la valutazione...non è mai una applicazione meccanica di criteri e di formule..." ciò in quanto, in effetti, "...per comporre una valutazione credibile bisogna disporre, oltre che di una serie di strumenti concettuali ed informazioni, della capacità di capire l'azienda, le sue politiche, le sue strategie...", stante la necessità di doverla inquadrare "...nel sistema in cui opera".

strumenti integrativi in grado di assicurare la temporanea sospensione dei rapporti, ovvero avviando la procedura per la collocazione in mobilità del personale, laddove in quelle *minori*, che occupano meno di quindici dipendenti, il risultato sarà raggiungibile procedendo alla risoluzione dei rapporti in esubero.

Ed ancora, *trasformazione* non può significare, necessariamente, smembramento dell'aggregato dei beni destinati alla funzione produttiva potendo, sotto il profilo oggettivo, consistere, il più delle volte, in una *ristrutturazione* o *ridimensionamento* dell'attività, che assume significato sempre con riferimento alle imprese *non piccole*.

L'operata ricostruzione non ci consente, per l'istante, di stabilire se è, o meno, giusto parlare di *imprese socialmente rilevanti*, individuandole nel numero - a dir il vero abbastanza modesto - dei sedici dipendenti e, ancora, se sia corretto affermare che solo per tali imprese il Legislatore abbia, in effetti, inteso attenuare la funzione liquidatoria³⁷.

La stessa Carta Costituzionale non garantisce, d'altronde, il diritto al conseguimento di una occupazione riferendosi, in particolare, l'art.4 al *dovere*, e non al *diritto*, per il cittadino, di svolgere un'attività in funzione dell'interesse sociale, tant'è che non ha inteso imporre al Legislatore di intervenire nell'ambito dei rapporti economici, sì da garantire necessariamente l'occupazione.

Sarebbe, peraltro, errata una impostazione che ritenesse libera la stipulazione dei rapporti di lavoro e non la loro risoluzione, ben potendo, al contrario, affermarsi che laddove un atto gestionale renda necessaria la risoluzione di uno o più rapporti, questa sarà certamente legittima ove attuata nel rispetto delle norme previste dal nostro ordinamento.

L'imprenditore, quindi, che occupi meno di quindici dipendenti, potrà procedere al licenziamento per giustificato motivo oggettivo, nel rispetto delle norme di cui alla legge 15 luglio 1966, n.604 e dell'art.18 della legge 20 maggio 1970 n.300, rispettando il termine di preavviso o corrispondendo, in alternativa, la prevista indennità, qualora ritenga possibile la realizzazione della cessione dell'azienda, attraverso la compressione dei costi, per renderla maggiormente competitiva.

Ciò, ovviamente, non significa che sarà il trasferimento ad essere il motivo dei recessi attuati, dal momento che, ovviamente, una siffatta soluzione sarebbe in contrasto con la disciplina in tema fissata dall'art.2112 cod.civ., ma non può, tuttavia, essere esclusa la possibilità di procedere alla risoluzione del rapporto, nel caso di soppressione del posto di lavoro, o del reparto cui è addetto il lavoratore, purchè sia possibile fornire la dimostrazione dell'effettiva sussistenza di una ragione di carattere

³⁷ FIMMANO', *Fallimento e circolazione dell'azienda socialmente rilevante*, Milano, 1990, 66.

produttivo–organizzativo e, qualora si sia proceduto a nuove assunzioni, che le mansioni affidate non siano equivalenti, o quantomeno compatibili, con quelle dei lavoratori licenziati³⁸.

Ebbene, il ruolo del sindacato è praticamente inesistente, dal momento che non vi è alcuna mediazione che possa essere svolta, in tale fase, se non ipotizzando la soluzione che il Legislatore ha inteso individuare nel prevedere, all’art.105, terzo comma, l.f., la possibilità, però, nell’ambito del trasferimento di azienda attuato a seguito dell’intervenuta dichiarazione di fallimento, che le parti interessate alla vicenda traslativa (curatore, acquirente e rappresentanti dei lavoratori) si accordino nel senso che questa riguardi solo parte dei lavoratori ancora alle dipendenze, così come di intervenire anche sugli obblighi discendenti dalla specifica normativa, con riferimento ai rapporti di lavoro trasferiti, per agevolare la conclusione della vicenda medesima.

La giurisprudenza, nel pronunciarsi sulla legittimità dei licenziamenti per giustificato motivo oggettivo determinato dalla soppressione dei posti di lavoro, a seguito di una riorganizzazione dell’azienda mirata ad una sua più economica gestione, ha ribadito, d’altronde, non essere necessaria la soppressione di tutte le mansioni in precedenza attribuite al lavoratore licenziato, ben potendo le stesse essere anche solo diversamente ripartite ed attribuite³⁹, e doversi ritenere giustificato il recesso anche qualora sia stato intimato in vista del futuro riassetto aziendale, pur se esso sopravvenga nel corso o al termine del periodo di preavviso⁴⁰.

Ne consegue che è, certamente, legittima la risoluzione del rapporto che sia stata giustificata da esigenze relative ad una riorganizzazione finalizzata da una più economica gestione, come momento inevitabile del processo determinato da ragioni di razionalizzazione del lavoro e risparmio dei costi che, naturalmente, sarà possibile anche quando l’imprenditore intenda pervenire ad una diversa struttura e dimensione dell’impresa, sul presupposto che sarà, poi, più facile procedere alla realizzazione del suo trasferimento.

5.4.2. Nelle imprese maggiori.

I problemi per la individuazione dei licenziandi si accrescono laddove i recessi siano dettati, al contrario, dalla obiettiva esigenza di riduzione del personale, attesa la difficoltà di ricercare il necessario collegamento tra le ragioni produttive ed organizzative e la soppressione dei posti di lavoro, rimessa, oggi, ad una preventiva

³⁸ Cass., 22 agosto 2003, n.12367, in *Arch.civ.*, 2004, 803; Cass., 11 dicembre 1997, n.12548, in *Not.giur.lav.*, 1998, 201.

³⁹ Cass., 4 novembre 2004, n.21121, in *Not.giur.lav.*, 2005, 288.

⁴⁰ Cass., 24 febbraio 2005, n.8348, in *Not.giur.lav.*, 2005, 502.

valutazione da parte delle OO.SS. nell'ambito dei contratti collettivi stipulati ai sensi dell'art.4, secondo comma, legge n.223 del 1991.

La *collocazione in mobilità* ed il *licenziamento collettivo*, disciplinati, rispettivamente, dalla legge n.223 del 1991, agli artt.4 e 24, danno vita ad una disciplina alternativa della sorte dei rapporti di lavoro del personale occupato dalle imprese, per le quali è espressamente previsto, in conseguenza del numero dei dipendenti, che debba essere osservato un particolare *iter* procedimentale laddove, al termine del periodo di sospensione del rapporto di lavoro, per la riconosciuta causa integrabile, esse si trovino nella condizione di dover risolvere alcuni dei rapporti, ormai eccedentari, o nell'altra del licenziamento per riduzione del personale o, ancora, perché intendano cessare l'attività.

Entrambe le fattispecie implicano, necessariamente, la continuazione dell'attività e, pertanto, trovano applicazione, in concreto, nei casi di riduzione o trasformazione di questa, e l'intervento delle OO.SS., attraverso il particolare *iter* procedimentale previsto dalla legge, è finalizzato a sollecitare il contraddittorio su temi di significativa rilevanza, quali la valutazione delle cause della crisi, la possibilità di individuazione delle soluzioni che evitino i licenziamenti, la possibilità di scaglionare, nel tempo, gli stessi o di selezionare i lavoratori da licenziare, anche se non può essere presa in considerazione la necessità di una riduzione dell'organico, richiesta da chi fosse interessato alla acquisizione dell'azienda, o di un determinato ramo.

Ed allora, il confronto con le OO.SS., per la individuazione della causa della crisi e delle soluzioni per evitare il disgregamento dell'azienda, diventa indispensabile per il mantenimento della organizzazione imprenditoriale e dei valori di funzionamento della stessa, al fine della realizzazione della cessione ad altro imprenditore, anche se – come detto – la Corte di Giustizia ha avuto più volte modo di definire tali norme imperative e, pertanto, non derogabili in senso sfavorevole ai lavoratori, tanto da impedire che l'attuazione della vicenda traslativa possa essere subordinata al consenso del cedente, del cessionario e dei rappresentanti dei lavoratori e non, piuttosto, di questi ultimi, attesa la possibilità, a seguito di dimissioni volontarie, di non continuare il rapporto di lavoro con il nuovo datore, dopo, però, l'avvenuto trasferimento⁴¹.

In presenza di un piano di ridimensionamento dell'organico dell'intero complesso aziendale, volto a diminuire il costo del lavoro, l'imprenditore può limitarsi all'indicazione del numero complessivo dei lavoratori eccedenti, suddiviso tra i diversi profili professionali contemplati dalla classificazione del personale occupato e, pertanto, non violerà le regole della procedura di mobilità qualora, in fase di avvio dell'*iter*, non abbia specificato in modo dettagliato le posizioni professionali eccedenti in riferimento ai singoli uffici.

⁴¹ Corte di Giustizia, 7 dicembre 1995, causa 472/93, in *Dir.lav.*, 1996, II, 129.

Il datore di lavoro può, quindi, limitarsi all'indicazione del numero complessivo dei lavoratori in esubero, suddiviso tra i diversi profili professionali, dovendo la comunicazione di avvio della procedura essere funzionale alla possibilità di verificare il nesso tra le ragioni che determinano l'esubero ed il numero dei lavoratori che, in concreto, si intendono licenziare⁴².

E', pertanto, evidente la differenza che vi è tra l'ipotesi ora descritta e l'altra che, di contro, richiede necessariamente l'accesso alla procedura, per avere la mediazione dell'organo per essa previsto, nel caso di dissenso, rispetto alle parti confliggenti, che può definirsi terzo rappresentando esso, oltrechè l'impresa anche gli interessi degli stessi creditori concorrenti⁴³.

La interpretazione della normativa sui trasferimenti appare essere perfettamente conforme, nel risultato, a quanto in precedenza sottolineato e, d'altronde, ribadito dalla giurisprudenza di rango comunitario, che nell'ammettere poter costituire, di per sé, il trasferimento motivo di giustificazione per la risoluzione dei rapporti eccedentari, ha, tuttavia, riconosciuto il detto potere al nuovo imprenditore e, quindi, al cessionario e non già al cedente⁴⁴.

Esiste, infine, una sostanziale ed obiettiva innegabile diversità tra le due specie di risoluzione del rapporto, *collettivo* ed *individuale*, dal momento che, nel primo caso, vengono in considerazione le esigenze di carattere dimensionale e la conseguente necessità per l'imprenditore di sopprimere i posti del personale ritenuto eccedentario, mentre in quello individuale, o anche plurisoggettivo, ma che non riguardi più di cinque lavoratori nell'arco di centoventi giorni (anche perché diversamente sarebbe collettivo), si ha riguardo, nella individuazione degli interessati, alle esigenze proprie dell'attività produttiva e dell'organizzazione del lavoro, in relazione al regolare funzionamento della prima e che si traduce, comunque, nella soppressione dei posti correlata alle scelte imprenditoriali di carattere dimensionale.

Entrambe le fattispecie si risolvono, quindi, nel recesso dal rapporto di una pluralità di dipendenti, rispetto al quale varia il numero dei soggetti interessati, essendo richiesta, tuttavia, l'esistenza di un nesso di causalità tra le insindacabili scelte organizzative ed i licenziamenti che si intendono effettuare, alla condizione, naturalmente, che la soppressione dei posti di lavoro, per un sostanziale ridimensionamento dell'attività o per una significativa ristrutturazione, sia effettiva, pur se, poi, le decisioni imprenditoriali che l'hanno determinata sono insindacabili.

⁴² Cass., 19 gennaio 2009, n.1181, in *Not.giur.lav.*, 2009, 71; Cass., 11 gennaio 2008, n.528, in *Guida dir.*, 2008, n.7, 22; Cass., 11 luglio 2007, n.15479, in *Not.giur.lav.*, 2007, 682.

⁴³ Corte di Giustizia, 12 marzo 1998, causa 319/94, in *Dir.lav.*, 1998, 115.

⁴⁴ Corte di Giustizia, 17 marzo 1998, CAUSA 319/94, IN *Not.giur.lav.*, 1998, 243; Corte di Giustizia, 15 giugno 1988, causa 101/87.

Il procedimento di conformazione attuato dall'art.47, comma quinto, della legge n.428 del 1990, oggetto della censura della recente decisione della Corte di Giustizia⁴⁵, integra una ipotesi di stabilità dei rapporti di lavoro, stabilendo la naturale successione dell'acquirente nel contratto, mediante riconoscimento alle parti, attraverso la consultazione sindacale, della possibilità per queste di raggiungere un accordo per il mantenimento, anche parziale, dell'occupazione, alla condizione, però, che “...la continuazione dell'attività non sia stata disposta, o sia cessata...”, lasciando prevedere la stessa espressione letterale utilizzata dal Legislatore che il riferimento sia riservato a quei procedimenti di liquidazione o alle imprese che versino in una situazione di crisi irreversibile.

Sul piano, ancora, dell'interpretazione letterale, l'espressione “...ai lavoratori il cui rapporto di lavoro continua con l'acquirente...” induce a ritenere che sia stata contemplata la possibilità di soluzioni alternative a quella della successione nei rapporti di lavoro in corso, al momento dell'ipotizzato trasferimento, e, quindi, previsto che la continuità non sia conseguenza automatica ed inderogabile di esso, trattandosi di una interpretazione logica e convincente – come ha avuto modo di sottolineare la Corte di Giustizia nella richiamata decisione –sol che si consideri che, nell'ambito di un procedimento volto alla liquidazione, non può imporsi al cessionario il mantenimento di tutti i rapporti di lavoro, pur se con la riconosciuta possibilità per questi di ridurre il personale, una volta, però, perfezionato il trasferimento.

L'esclusione, pertanto, in caso di crisi, dell'applicazione dell'art.2112 cod.civ. ai lavoratori interessati alla vicenda circolatoria, non è conforme all'art.3, n.ri 1, 3 e 4, nonché all'art.4 della direttiva del Consiglio 12 marzo 2001/23/Cee, che prevedono, espressamente, quali siano le situazioni che possono essere sottratte all'obbligo di trasferimento dei diritti dei lavoratori, alla condizione, peraltro, che lo Stato membro abbia adottato i provvedimenti necessari per tutelare i diritti maturati o in corso di maturazione relativi a vecchiaia, invalidità o superstiti.

La stessa Corte di Giustizia aveva, già in passato, precisato, più di una volta⁴⁶, che, d'altronde, gli Stati membri hanno l'obbligo di garantire il rispetto delle direttive e che la discrezionalità loro lasciata, in ordine alla forma dei provvedimenti di attuazione, deve essere intesa in funzione del risultato perseguito dalle istituzioni comunitarie, con la conseguenza, quindi, che alcun potere discrezionale può rinvenirsi rispetto al contenuto dell'atto.

La discrezionalità, pertanto, nell'attuazione delle direttive, discende dall'avere queste un contenuto generalmente programmatico e, più in particolare, dalla circostanza che esse possono dettare una disciplina meno dettagliata rispetto a quella che caratterizza i regolamenti.

⁴⁵ SCHIAVONE, *Trasferimento di impresa e mantenimento dei diritti dei lavoratori*, in *Dir.prat.lav.*, 2009, 1661.

⁴⁶ Corte di Giustizia 10 aprile 1984, cause nn. 14/83 e 79/83.

E' per tale ragione che le disposizioni di una direttiva, laddove - da un punto di vista sostanziale - siano non condizionate e sufficientemente precise, ben possono essere richiamate da chi voglia opporsi a qualsiasi disposizione di diritto interno non conforme alla direttiva medesima⁴⁷.

Ha errato, dunque, il nostro Legislatore, nell'intento di conformarsi alla direttiva, nell'escludere dall'ambito di applicazione della norma, oltre alle imprese assoggettate a procedura concorsuale, senza continuazione dell'attività, anche quelle in stato di crisi, prevedendo, per entrambe, la possibile disapplicazione degli obblighi derivanti dall'art. 2112 cod.civ., a condizione, tuttavia, che le parti, “...nel corso della consultazione ...”, abbiano raggiunto un accordo.

Ne consegue, per l'effetto, che la fase informativa e consultiva per l'impresa in crisi reversibile si sostanzia - per quel che concerne l'ipotizzato trasferimento - nella indicazione dei motivi di questo, delle conseguenze giuridiche, economiche e sociali per i lavoratori, nonché delle eventuali misure previste nei loro confronti (art. 2112, cod.civ., primo comma) e - per quanto attiene la possibile attuazione dei recessi nei confronti del personale eccedentario - nella indicazione di quegli elementi indispensabili per consentire alle medesime OO.SS. la valutazione ed il confronto:

- dei motivi tecnici, organizzativi o produttivi, per i quali si ritiene di non poter adottare misure idonee a porre rimedio ed evitare, in tutto o in parte, la dichiarazione di mobilità;
- del numero, della collocazione aziendale e dei profili professionali del personale eccedente;
- dei tempi di attuazione del programma di mobilità e delle eventuali misure programmate per fronteggiare le conseguenze sul piano sociale dell'attuazione del programma medesimo.

Naturalmente, il trasferimento non potrà essere preso in considerazione al fine di giustificare i recessi, non potendo essere motivo legittimo di risoluzione del rapporto.

La soluzione potrebbe, pertanto, essere individuata nell'avvio della procedura volta alla risoluzione dei rapporti, con possibile sua trasformazione in quella per l'attuazione del trasferimento d'azienda, quale unica soluzione alternativa possibile.

Un siffatto *iter* procedurale può dar luogo ad un diffuso contenzioso con riferimento al grado di specificità che tali comunicazioni devono contenere, nonché in

⁴⁷ Corte di Giustizia, 25 luglio 1991, causa 345/89 in *Not. giur. lav.* 1991, 581; Corte Costituzionale, 8 aprile 1991, n. 168, in *Giur. Cost.*, 1991, II, 1409 e Corte Cost. 23 aprile 1985, n. 113, in *Giust. civ.*, 1985, I, 2984, che ha ribadito il primato della norma comunitaria ed il potere, quindi, del giudice ordinario di disapplicare quella interna contrastante con la prima.

relazione alla necessità di indicare i motivi dell'impossibilità di ricorrere a misure alternative ai licenziamenti, non potendo essere esse individuate nel possibile trasferimento.

La giurisprudenza ha, difatti, enucleato alcuni principi fondamentali ed ha ritenuto l'obbligo assolto tutte le volte che il giudice, nel valutare il comportamento tenuto dalle parti, sia in grado di poter considerare lo stesso conforme alla buona fede, richiedendo che le informazioni richieste non siano pretestuose, inconferenti ed elusive⁴⁸.

6. Note conclusive.

Volendo trarre, ora, le conclusioni del discorso sin qui svolto, può osservarsi che si è assistito sicuramente, negli ultimi anni, ad un crescente interesse del nostro Legislatore nella individuazione di nuove soluzioni per la crisi dell'attività imprenditoriale, che ha, peraltro, ritenuto di poter, in qualche modo, risolvere attraverso la possibile conservazione dei posti di lavoro, mediante istituti alternativi, originati dal nobile intento, da un lato, di poter assicurare il mantenimento di una organizzazione imprenditoriale, anche nel momento in cui la crisi è risultata essere irreversibile, e dall'altro, di preservare i valori di funzionamento dell'azienda stessa, allo scopo di tutelare i livelli occupazionali.

Lo specifico interesse dei dipendenti al mantenimento del posto di lavoro ed il tentativo di ricerca di una alternativa alla cessazione dell'attività di impresa ha finito per dare vita a procedimenti spesso illusori in un sistema, peraltro, nel quale esiste una tutela rafforzata del rapporto di lavoro, in ogni suo aspetto, sia per quel che concerne la continuità giuridica di esso, con sospensione temporale della durata ed il riconoscimento di un emolumento, in funzione di ammortizzatore sociale, sia, ancora, per quel che attiene altre forme di sostegno, nel momento in cui la risoluzione diviene inevitabile. E', però, necessario chiedersi, preliminarmente, se possa dirsi realizzata, in concreto, la tutela prevista dall'ordinamento comunitario, estesa alle categorie sistematicamente più deboli, indipendentemente dalla tipologia contrattuale, in mancanza di una disciplina garantista dei nuovi modelli di collaborazione, nell'impresa in crisi, traducendosi essa stessa nella difficoltà, poi, di individuare soluzioni appaganti per affrontare il fenomeno della crisi, attraverso il risanamento.

Il ridisegnato mercato del lavoro, proponendo modelli di regolamentazione dei rapporti flessibili, avrebbe dovuto indurre il Legislatore della riforma a verificare l'impatto delle nuove tipologie sulla organizzazione imprenditoriale al fine di valutarne i

⁴⁸ Cass. 22 aprile 1998, n. 4121; Cass. 8 aprile 1998 n. 3610; Cass. 17 gennaio 1998, n. 418; Cass. 18 novembre 1997, n. 11465 in *Not.giur.lav.* 1997, 794; Cass. 27 maggio 1997, n. 4685; Tribunale Milano 15 novembre 1997, in *Or. giur. lav.* 1997, 1082; Tribunale Napoli 10 aprile 1995, in *Riv.comp.dir.lav.*, 1995, 896; Pretura Roma 3 dicembre 1994, in *Giur.lav. nel Lazio*, 1995, 523; Pretura Tortona 10 dicembre 1993, in *Mass.giur.lav.* 1994, 72.

riflessi sulla vita dei lavoratori e dalla stessa impresa, nell'ipotesi di crisi reversibile, o meno, ciò in quanto il mantenimento dei livelli occupazionali, obiettivo incompatibile, per molti anni, con la liquidazione dell'impresa stessa, può rappresentare, concretamente, oggi uno scopo primario da tener presente, qualora vengono ricercate, per tempo, soluzioni tese a preservare l'attività produttiva.

Sotto tale profilo, la legge fallimentare, ancorchè riformata, corretta e, da ultimo, rivista nelle disposizioni relative al concordato fallimentare⁴⁹, risulta essere inadeguata e non in grado di assicurare i risultati che erano stati ipotizzati, per non aver operato una regolamentazione appropriata degli effetti della crisi sui rapporti di lavoro.

La ridefinizione degli ammortizzatori sociali, coerentemente con le indicazioni di livello comunitario, è divenuta urgente e non può essere più affidata a norme stratificate, spesso tra loro confliggenti, attesa la necessità di adottare sistemi che assicurino quelle garanzie minime, in termini di sostegno del reddito e della stessa occupazione, indipendentemente dalla tipologia contrattuale, al di là delle aggettivazioni suggestive, dal momento che si tratta di rapporti di lavoro che si caratterizzano e si distinguono, unicamente ed esclusivamente, per la causa del contratto, le modalità di esecuzione o l'oggetto della prestazione.

Per combattere la precarietà è indispensabile ripensare, in modo unitario e costruttivo, la tipologia delle tutele, con la introduzione di regole maggiormente severe, al fine di evitare le perniciose elusioni, ignorando, al tempo stesso, i sistemi per l'attuazione di una flessibilità, in uscita, attraverso forme di tutela del reddito e delle prestazioni previdenziali, pur se mediante la individuazione di una diversa proporzione nelle prestazioni⁵⁰.

Avv. Prof. Antonio Caiafa
Docente di Diritto Fallimentare
Università L.U.M. "Jean Monnet" Bari

⁴⁹ Artt.125 e 128 l.f., per come riformulati dalla legge 18 giugno 2009, n.69, per quel che attiene l'esame della proposta e comunicazione ai creditori e l'approvazione del concordato. Per un primo commento si vedano i contributi di TARZIA GIO. *Le norme integrative degli artt.125 e 128 l.fall.* e di RISOLO *La novella sul concordato fallimentare: la prospettiva del Legislatore ed i risvolti applicativi* entrambi in *Il fallimento*, 2009, 914 e segg, CAIAFA A. *Le nuove disposizioni in materia di proposta di concordato fallimentare* in *Strumentario Avvocati* 2009 in corso di stampa.

⁵⁰ PERSIANI, *Diritto della previdenza sociale*, Padova, 2003, 14; CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, Torino, 2003, 173; FERRARO, *Tipologia di lavoro flessibile*, Torino, 2004, 65; CAIAFA A., *Nuovi modelli di collaborazione nell'impresa insolvente o in crisi*, in *Diritto Europeo: crisi di impresa e sorte dei rapporti di lavoro*, a cura di CAIAFA A.-COSIO, cit., 351.