



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI BARI "ALDO MORO"

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
CORSO DI LAUREA MAGISTRALE IN
Giurisprudenza d'Impresa

TESI DI LAUREA
IN
DIRITTO DEL LAVORO

**LE TUTELE DEI LAVORATORI IN SITUAZIONE DI
CRISI D'IMPRESA E DI INSOLVENZA DEL DATORE
DI LAVORO**

RELATORE:

Ch.ma Prof.ssa Carla Spinelli

CO-RELATORE:

Ch.ma Prof.ssa Maria del
Rosario Cristobal Roncero

LAUREANDO:

Andrea Rega

ANNO ACCADEMICO 2018/2019

Introduzione	1
Capitolo primo: IL DIFFICILE RAPPORTO TRA DIRITTO FALLIMENTARE E DIRITTO DEL LAVORO	6
1. IL LAVORO NELLA CRISI D'IMPRESA: UN MANCATO DIALOGO	6
1.1. UNA PROPEDEUTICA NOZIONE DI “CRISI D'IMPRESA E DI “INSOLVENZA” 9	
2. GLI INTERESSI INDIVIDUALI COINVOLTI NELLE CRISI D'IMPRESA	11
2.1. LA LIBERTA' DI INIZIATIVA ECONOMICA PRIVATA	12
2.2. GLI INTERESSI DEI CREDITORI	14
2.3. LE TUTELE DEL LAVORATORE NELLA CRISI D'IMPRESA: LIBERTA', SICUREZZA E DIGNITA' UMANA	16
2.4. L'UTILITA' SOCIALE COME LIMITE NEGATIVO	17
2.5. L'OCCUPAZIONE COME VALORE COSTITUZIONALMENTE PROTETTO	18
Capitolo secondo: LA SORTE DEI RAPPORTI DI LAVORO NELLE PROCEDURE CONCORSUALI: FRA DISCIPLINA VIGENTE E PROSPETTIVE DI RIFORMA	21
1. L'ATTUALE QUADRO NORMATIVO E LE SUE CARENZE. L'ARTICOLO 2129 C.C. 21	
1.1. LA CASSA INTEGRAZIONE GUADAGNI STRAORDINARIA NELLE PROCEDURE CONCORSUALI	23
1.2. L'EVOLUZIONE DELL'ART. 72 DELLA LEGGE FALLIMENTARE E L'APPLICABILITA' AI RAPPORTI DI LAVORO	25
1.3. LE SOLUZIONI ELABORATE DALLA DOTTRINA E DALLA GIURISPRUDENZA: LA TESI DELL'INAPPLICABILITA'	27
1.3.1. LE TESI DELL'APPLICABILITA' TOTALE E “LIMITATA”	28
1.4. GLI EFFETTI DELL'INSOLVENZA SUI RAPPORTI DI LAVORO: PROBLEMI INTERPRETATIVI E APPLICATIVI	30
1.5. GLI EFFETTI SUI CONTRATTI D'OPERA (ANCHE COORDINATA E CONTINUATIVA)	32
2. LA CONTINUAZIONE DELL'ATTIVITA' DI IMPRESA SUCCESSIVA ALLA DICHIARAZIONE DI FALLIMENTO E I SUOI EFFETTI SUL CONTRATTO DI LAVORO SUBORDINATO	32
3. I RAPPORTI DI LAVORO NELLE ALTRE PROCEDURE CONCORSUALI. LA LIQUIDAZIONE COATTA AMMINISTRATIVA	34
3.1. L'AMMINISTRAZIONE STRAORDINARIA DELLE GRANDI IMPRESE IN CRISI E TUTELA GIUSLAVORISTA	34
3.2. CONCORDATO PREVENTIVO E CONTRATTI PENDENTI DI LAVORO	35
4. LO SCIoglIMENTO DEI RAPPORTI DI LAVORO NELLE PROCEDURE CONCORSUALI. ANCHE IL CURATORE DEVE RISPETTARE LE NORME LIMITATIVE DEI LICENZIAMENTI?	38
4.1. IL RECESSO NELL'IPOTESI DI MANCATO SUBENTRO DA PARTE DEL CURATORE: INTERROGATIVI IRRISOLTI	41

4.2.	QUESTIONI PROCESSUALI: SUL RIPARTO DI COMPETENZA TRA GIUDICE DEL LAVORO E GIUDICE FALLIMENTARE.....	42
5.	UN “DIRITTO CONCORDATUALE DEL LAVORO”, LINEE GUIDA E PROSPETTIVE DI RIFORMA SECONDO LA LEGGE DELEGA 155/2017 E IL DECRETO LEGISLATIVO 14/2019.....	47
5.1.	VERSO UN NUOVO CONCETTO DI “CRISI D’IMPRESA” A LIVELLO EUROPEO	49
5.2.	LA SORTE DEI RAPPORTI DI LAVORO NEL NUOVO CODICE DELLA CRISI D’IMPRESA E DELL’INSOLVENZA	51
5.3.	PRESUPPOSTI E FORMA DEL RECESSO DA PARTE DEL CURATORE	54
5.4.	LA POSSIBILITA’ DI RIPRESA E DI TRASFERIMENTO DELL’AZIENDA A TERZI	55
5.5.	IL LICENZIAMENTO COLLETTIVO DISPOSTO DAL CURATORE; L’ESCLUSIONE PER L’AMMINISTRAZIONE STRAORDINARIA	57
5.6.	IL PROSEGUIMENTO DEI RAPPORTI DI LAVORO NELL’ESERCIZIO PROVVISORIO.....	58
5.7.	CONCORDATO IN CONTINUITA’ AZIENDALE E RAPPORTI DI LAVORO	59
	Capitolo terzo: LA DISCIPLINA DEI CREDITI DI LAVORO NELLE PROCEDURE CONCORDATUALI.....	61
1.	I CREDITI DI LAVORO SUBORDINATO COME CREDITI PRIVILEGIATI	61
2.	DIRITTO SOCIALE EUROPEO E TUTELA PER L’INSOLVENZA DEL DATORE DI LAVORO.....	63
3.	L’ATTUAZIONE DELLA NORMATIVA COMUNITARIA: IL FONDO DI GARANZIA PRESSO L’INPS.....	65
3.1.	LA NATURA DELLE PRESTAZIONI A CARICO DEL FONDO E IL PRINCIPIO DI AUTOMATICITA’	67
3.2.	LIMITI E MASSIMALI DELLA TUTELA	70
3.3.	I PRESUPPOSTI PER L’INTERVENTO DEL FONDO DI GARANZIA	72
4.	LA RICHIESTA DI INTERVENTO DEL FONDO	74
4.1.	I TERMINI E LA PRESCRIZIONE	75
5.	LA TUTELA IN CASO DI INSOLVENZA TRANSFRONTALIERA.....	76
	Chapter four: WORKERS’ SAFEGUARDS AGAINST BUSINESS CRISIS AND EMPLOYER’S INSOLVENCY IN SPANISH LEGAL SYSTEM.....	79
1.	INSOLVENCY LABOUR LAW IN SPANISH LEGAL SYSTEM.....	79
2.	THE COMPETENCE OF THE INSOLVENCY PROCEEDING’S JUDGE IN LABOUR MATTERS	81
2.1.	LIMITATIONS TO THE LABOUR COMPETENCE OF THE INSOLVENCY PROCEEDING’S JUDGE	82
3.	PRINCIPLE OF CONTINUITY OF BUSINESS ACTIVITY IN SPANISH BANKRUPTCY LAW AND ITS EXCEPTION.....	84
3.1.	CONSEQUENCES ON PENDING CONTRACTS (IN PARTICULAR, EMPLOYMENT CONTRACTS): THE PRINCIPLE OF CONTINUITY AND ITS EXCEPTION.....	86

4. THE EFFECTS OF INSOLVENCY PROCEEDING ON LABOUR CONTRACTS: COLLECTIVE MEASURES FOR REGULATING EMPLOYMENT	87
5. ABOUT THE PROCEDURE FOR TAKING COLLECTIVE ACTION ON EMPLOYMENT CONTRACTS: LEGITIMATION TO REQUEST MODIFICATION, SUSPENSION AND EXTINCTION MEASURES	89
5.1. CONSULTATION PERIOD AND LABOUR AUTHORITY REPORT	90
5.2. THE MERCANTILE JUDGE'S DECISION AND APPEAL AGAINST IT	91
6. THE TREATMENT OF LABOUR CREDITS IN INSOLVENCY PROCEEDINGS. CREDITS AGAINST THE MASS AND INSOLVENCY CREDITS	93
6.1. THE POSITION OF THE SPANISH WAGE GUARANTEE FUND IN INSOLVENCY PROCEEDINGS.....	95
CONCLUSIONI.....	98
BIBLIOGRAFIA	101
SITOGRAFIA.....	103

Introduzione

La necessità di porre rimedio a situazioni di crisi economica dell'impresa, e la conseguente presenza di difficoltà economica nella stessa impresa, manifesta maggiormente la necessità di garantire ai lavoratori una protezione sociale, soprattutto quando lo stato di insolvenza è tale da condurre alla liquidazione del patrimonio aziendale. La reciprocità dell'influenza fra norme giuridiche e conseguenze economiche, tra norme giuridiche e valori sociali, è particolarmente evidente nel momento della crisi dell'impresa, dove si impone la necessità di un approccio multidisciplinare e non solo specialistico del giudice del lavoro.

In un contesto di profonde riforme sempre più orientate alla salvaguardia della continuità aziendale, l'intenzione di questo elaborato è di stimolare, senza pretese di esaustività del complesso argomento, una riflessione interdisciplinare mettendo a confronto il tema del diritto del lavoro con quello del diritto fallimentare, due ordinamenti giuridici speciali ed autonomi, ma che possono essere accomunati dallo stesso principio di parità di trattamento, che, dopo una stasi iniziale durata oltre un ventennio, hanno intrecciato un dialogo sempre più fitto e con esigenze talvolta conflittuali di tutela dell'impresa e del lavoro, tali da imporre la conciliazione dei diversi interessi che la crisi comporta: la soddisfazione dei creditori e la tutela dei lavoratori. Perché si realizzi un'effettiva composizione degli interessi in gioco è inevitabile che il diritto del lavoro da un lato, e il diritto fallimentare dall'altro, "cedano qualcosa" al fine ideale di rimediare ad una situazione patologica e di contrasto tale per cui, alla fine dei giochi, entrambe risulterebbero perdenti.

Noto è che il diritto del lavoro si contraddistingue per la particolare attenzione che l'ordinamento riconosce alla parte contrattuale sensibilmente più debole sviluppando un'articolazione normativa tendenzialmente derogatoria al diritto comune. Allo stesso modo però, quando l'impresa versa in una condizione di incapacità reddituale tale che la prosecuzione "incontrollata" dell'attività da parte dell'imprenditore sia particolarmente rischiosa in termini di una ripercussione sulla stabilità delle realtà patrimoniali di soggetti terzi, il legislatore ritiene che le "azioni esecutive individuali sul patrimonio del debitore", quali strumenti che il diritto comune riconosce a ciascun creditore, si rivelano strumenti inadeguati. Il principio della *par condicio creditorum* assurge a ragione esclusiva, tale che per la stabilità del mercato e del sistema economico è opportuno che l'insolvenza dell'imprenditore si distribuisca in maniera equa e proporzionale sul patrimonio di tutti i creditori. Si tratta di un principio di ordine pubblico che necessita di un'effettività che

prescinde da un'iniziativa spontanea del creditore perché costituisce la finalità principale dell'azione dell'organo fallimentare. Perciò la crisi di impresa e l'incapacità del datore di lavoro-imprenditore (commerciale non piccolo) di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni, è gestita attraverso specifici istituti giuridici, le cc.dd. procedure concorsuali¹. Il primo capitolo di questo elaborato è quindi dedicato ad una valutazione circa le possibili ragioni del mancato dialogo tra diritto del lavoro e diritto fallimentare, ad una preliminare analisi dei concetti di “crisi d'impresa” e “insolvenza” nonché ad una rassegna dei vari interessi che quest'ultime coinvolgono al loro verificarsi.

Il secondo capitolo concerne, nella prima parte, l'analisi della disciplina vigente, in particolare dell'articolo 72 della Legge Fallimentare, rubricato “rapporti pendenti”, e di tutti i problemi interpretativi e applicativi che da esso sono derivati e, quindi, relativi alla sorte dei rapporti di lavoro pendenti al momento della dichiarazione di fallimento. L'attenzione è dedicata anche alle tutt'oggi controverse questioni processuali relative al riparto di competenza tra giudice del lavoro e giudice fallimentare. Nella seconda parte, invece, si osserva con curiosità la recentissima riforma iniziata nel 2015 con la nomina della Commissione Rordorf, responsabile del fondamentale compito di introdurre strumenti volti a far emergere in anticipo lo stato di crisi dell'impresa attraverso una riforma della normativa fallimentare non più episodica e stratificata, ma organica e sistematica, e sfociata nella legge delega n. 155/2017 e nel decreto legislativo n. 14/2019 del 12 gennaio (Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza). Di quest'ultima, ai fini del presente elaborato, interessa in modo particolare l'introduzione di una norma specificatamente destinata a disciplinare i rapporti di lavoro e, potenzialmente, a risolvere tutti i punti controversi emersi in passato proprio per la mancanza di una regolamentazione *ad hoc*.

Se nei precedenti capitoli si considera la posizione e la tutela del lavoratore nella sua qualità di elemento dell'organizzazione dell'impresa insolvente, nel terzo capitolo oggetto d'analisi è la protezione assicurata ai suoi crediti da parte dell'ordinamento, considerando non soltanto le regole nazionali, ma anche quelle dettate a livello europeo.

L'obiettivo del quarto ed ultimo capitolo, frutto della ricerca svolta all'estero, è quello di analizzare come si conciliano gli interessi coinvolti nella crisi aziendale nell'ordinamento giuridico spagnolo e, soprattutto, come questo sistema soddisfi le esigenze di tutela dei

¹ Nelle procedure concorsuali, infatti, c'è l'esigenza di disciplinare la concorrenza tra più diritti su un oggetto limitato e incapiente, che non necessariamente riuscirà a soddisfare in modo uguale l'intera massa creditrice.

rapporti di lavoro pendenti al momento della dichiarazione di insolvenza del datore di lavoro, evidenziando, ove esistenti, le differenze con la disciplina italiana.

Pacifico è che l'Italia e la Spagna abbiano vissuto una situazione socio-economica molto simile, soprattutto dopo la crisi globale del 2008, e che siano due sistemi giuridici non troppo diversi tra loro, anche perché la Costituzione spagnola si è ispirata a quella italiana. Non c'è dubbio che la crisi economica, i cui effetti si fanno sentire ancora oggi, ha avuto notevoli conseguenze giuridiche. Questo effetto si è fatto sentire in tutti i rami del diritto, ma sembra chiaro che è nell'ambito del diritto commerciale e, soprattutto, del diritto del lavoro che tutto questo è stato più intenso².

È certo, in ogni caso, che sia l'Italia che la Spagna appartengono al gruppo di Stati in cui i cambiamenti normativi conseguenti alla crisi hanno raggiunto una notevole importanza, incidendo in modo significativo sulle discipline sopra menzionate³.

Il confronto economico Italia-Spagna presenta diverse luci ed ombre, da entrambe le parti; infatti, gli indicatori non sempre sono netti in modo tale da premiare un “vincitore” assoluto⁴. Va detto, tuttavia, che Madrid ha fatto del suo meglio per cercare di risolvere il problema della bassa produttività; infatti, la Spagna ha da tempo approvato due importanti riforme per risolvere questi problemi⁵: la legge sulla concorrenza economica (2013) e la disciplina dei fallimenti (2014-2015), con effetti positivi nel lungo periodo, mentre in Italia la riforma del Codice di crisi è stata approvata solo all'inizio del 2019. Inoltre, la riforma del mercato del lavoro spagnolo è stata introdotta circa tre anni prima dell'Italia (2012 invece che 2015) e, oltre ad intervenire come il "Jobs Act" sulla flessibilità in uscita e sul dualismo tra lavoratori con contratti di diversa durata, ha introdotto misure che hanno spostato la contrattazione collettiva dal livello settoriale e regionale a quello dell'impresa.

² Naturalmente non tutti i Paesi hanno visto cambiamenti significativi in queste discipline giuridiche, né, allo stesso tempo, le modifiche normative sono state della stessa intensità.

³ J.M. Embid Irujo, *Crisis económica y reforma del Derecho concursal español*, in XXX Convegno di Studio su Le procedure concorsuali verso la riforma tra diritto italiano e diritto europeo, Courmayeur, 23-24 settembre 2016, p. 1

⁴ Ad esempio, l'Italia sfiora i valori consentiti dall'Ue soltanto in due parametri, cioè il debito pubblico e il tasso di disoccupazione, mentre la Spagna lo fa in ben cinque indicatori: il debito pubblico, il debito privato, la posizione finanziaria netta sull'estero, il tasso di disoccupazione e il tasso di attività lavorativa. Dal 2014 in poi il tasso di progressione del PIL spagnolo è sempre stato tra i più alti dell'Ue e sempre ben davanti a quello italiano, persino nell'attuale fase di rallentamento dell'economia europea. Dal 2015 la Spagna cresce a tassi del 2,5-3,0%, mentre l'Italia del 1-1,5%.

Secondo gli ultimi dati disponibili in sede europea sulla demografia aziendale l'Italia è il Paese in cui sono morte più imprese, più di 316 mila nel 2016. Segue la Spagna con poco più di 271 mila, il Regno Unito con circa 260 mila, e poi la Germania con 217 mila. L'Italia solo al quarto posto quanto a nascite, dopo Regno Unito, Francia, e persino Spagna, nonostante i 14 milioni di abitanti in meno. Nel 2008 i dati erano differenti: nascevano più nuove aziende che in tutti gli altri Paesi, mentre quanto a fallimenti e chiusure era seconda, ma con un saldo positivo di circa tremila imprese.

⁵ E. Marro, *Dalla crescita alle riforme: perché tra Spagna e Italia non c'è partita*, in *ilsole24ore.com*, 21 aprile 2018.

In questo modo è stata favorita la flessibilità interna delle aziende, sia in termini di orari che di mansioni. L'effetto immediato è stato una significativa moderazione delle dinamiche salariali, che ha permesso all'occupazione di tornare a crescere, anche se il tasso di disoccupazione spagnolo rimane molto alto (più di quello italiano)⁶. Secondo il Fondo Monetario Internazionale, la Spagna nei prossimi dieci anni sarà più ricca dell'Italia del 7%, mentre dieci anni fa Madrid era in "svantaggio" del 10%⁷.

Storicamente, la Spagna è stata una giurisdizione favorevole ai creditori, nel senso che la legge ha permesso solo in termini molto limitati di limitare i diritti dei creditori o di ridurre l'onere del debito imposto ai creditori. In pratica, ciò non significa che i creditori finiscano per recuperare i loro crediti in termini migliori di quanto non farebbero altrimenti, ma il fatto è che, almeno dal punto di vista giuridico, la legge è sempre stata dalla parte dei creditori⁸. Né significa che siano esclusi altri obiettivi, ad esempio la continuità dell'impresa e delle sue attività, indipendentemente, in ogni caso, dal fatto che ciò avvenga mantenendo o escludendo l'imprenditore che ha posseduto l'impresa fino a quel momento⁹.

Va anzitutto sottolineato che nella legge spagnola sull'insolvenza non c'è un riferimento esplicito all'istituto del "fallimento", ma si parla di "*concurso*" come unica e sola procedura concorsuale applicata a qualsiasi debitore insolvente¹⁰, direzione in cui anche l'Italia si è rivolta con la riforma del Codice della Crisi sostituendo, come si vedrà, il termine "fallimento" con quello di "liquidazione giudiziale".

L'inclusione delle norme sul lavoro, sia procedurali che sostanziali, nel campo del fallimento, è stata una novità legislativa assoluta della *Ley Concursal* (fino a quel momento le norme storiche della legge sulle procedure di insolvenza non includevano alcuna regolamentazione della materia), novità che si basa sul principio dell'unità procedurale¹¹. Il diritto fallimentare spagnolo era caratterizzato dal suo arcaismo, da una pluralità disordinata

⁶ Tasso di disoccupazione nell'aprile 2019 secondo Eurostat: Italia 10,2%; Spagna 13,8%. Si potrebbe affermare, dunque, che non sempre le riforme economico-giuridiche portano ad un miglioramento "esageratamente" positivo in tema di occupazione e lavoro.

⁷ Il ritmo di crescita rimarrà sostenuto, sopra il 2,0% (Fmi, Art. IV Report 2018).

⁸ I. Alvarez, P. Moreira, *Spain: Corporate Recovery & Insolvency 2019*, in ICLG.com

⁹ Questo scenario non è sostanzialmente mutato con l'entrata in vigore, nel 2003, della legge 22/2003, a partire dal 9 luglio, sull'insolvenza, sviluppata con l'obiettivo di superare le numerose lacune della normativa esistente in materia nel diritto spagnolo. Le norme sul fallimento risalgono, infatti, ai codici commerciali del XIX secolo (1829 e 1885) insieme alla legge sulla sospensione dei pagamenti del 1922.

¹⁰ Infatti, l'approvazione nel 2003 della legge sull'insolvenza (LC), legge 22/2003, e della LO 8/2003, per la riforma dell'insolvenza, che modifica la legge organica della magistratura (LOPJ), ha significato la regolamentazione di una procedura unica che mira a risolvere un conflitto giuridico causato da una situazione economica di insolvenza, sia di una persona fisica che giuridica, che colpisce una molteplicità di creditori.

¹¹ J. Vaquer Martin, *El derecho concursal laboral. Delimitación de competencias entre juzgados. Normas de derecho internacional.*, Sección concursal-Colegio abogad Madrid, 16/11/2017.

e non sistematica di fonti normative e da una totale inadeguatezza rispetto alla realtà della situazione; la precedente normativa distingueva le procedure di insolvenza a seconda che il debitore fosse un commerciante ("*quiebra e suspensión de pagos*") o meno ("*concurso de acreedores*"). Tuttavia, la riforma del 2003 non era stata concepita (e quindi non attrezzata) per affrontare un contesto di crisi economica e finanziaria così grave, che si è protratta nel nostro tempo. Ecco perché l'originale normativa è stata profondamente modificata da diverse leggi che possono essere considerate una risposta legislativa alla crisi economica dal punto di vista dell'insolvenza¹².

¹² R.D.-Legge 27 marzo 2009, n. 3; legge 10 ottobre 2011, n. 38 (LRLC) di riforma della legge fallimentare; legge 30 settembre 2014, n. 17, derivata dalla R.D.-Legge 4/2014; legge 25 maggio 2015, n. 9 (LMUMC), derivata dalla R.D.-Legge 11/2014.

Capitolo primo

IL DIFFICILE RAPPORTO TRA DIRITTO FALLIMENTARE E DIRITTO DEL LAVORO

1. IL LAVORO NELLA CRISI D'IMPRESA: UN MANCATO DIALOGO

Storicamente diritto del lavoro e diritto fallimentare hanno scarsamente dialogato nella regolamentazione del fenomeno della crisi dell'impresa, ciò in ragione dei diversi interessi perseguiti dalle due discipline: i diritti dei creditori nell'un caso (compresi, nella maggior parte dei casi, i singoli lavoratori), i diritti dei lavoratori nell'altro, senza compiere tentativi organici per individuare obiettivi condivisi e valorizzare strumenti capaci di gestire la coesistenza dei contrapposti interessi. È osservazione comune che, sotto diversi aspetti, tra la disciplina commercialistica della crisi e dell'insolvenza e il diritto del lavoro sussista un rapporto problematico¹.

Ad oggi il tema è da un lato assolutamente centrale nel mondo del diritto², dall'altro quasi del tutto trascurato in ragione del fatto che si tratta di una materia collocata nella “*terra di*

¹R. Pessi, *Profili giuslavoristici delle procedure concorsuali*, in *Lav. Prev. Oggi*, 2010, pag. 335. Altri parlano di un dialogo difficile tra diritto delle procedure concorsuali e diritto del lavoro: cfr. M. L. Vallauri, *Il lavoro nella crisi dell'impresa. Garanzia dei diritti e salvaguardia dell'occupazione nel fallimento e nel concordato preventivo*, Milano, Franco Angeli, 2013, pp. 64 e ss.; EADEM, “*Non guardarmi: non ti sento*”: *diritto del lavoro e diritto fallimentare a confronto*, in *Lav. Dir.*, 2016, pag. 859; P. Tullini *Tutela del lavoro nella crisi d'impresa e assetto delle procedure concorsuali: prove di dialogo*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2014, I, pp. 199 e ss.

² Alcune statistiche (Eurobarometro Flash 2012) hanno evidenziato che in Europa il 50% delle imprese ha una durata di vita inferiore a 5 anni e il 43% dei cittadini europei non avvierebbe un'attività per timore di fallire. È stato, inoltre, rilevato (dati esposti nella relazione alla proposta di direttiva 2016) che ogni anno nell'UE falliscono 200.000 imprese (600 al giorno), con una conseguente perdita diretta di 1,7 milioni di posti di lavoro all'anno.

Secondo i dati della Commissione riferiti al 2014 rispetto al 2009 (anno in cui si è registrato il più alto numero di fallimenti), in Italia i fallimenti risultavano aumentati di oltre il 67%, passando da 9.384 procedure nel 2009 a 15.336 nel 2014.

Secondo i dati tratti dagli archivi Cerved in Italia, tra marzo e giugno 2019, sono fallite 2.844 imprese, portando il totale di procedure nei primi mesi dell'anno a quota 5.691 società, in calo del 5,1% rispetto allo stesso periodo dell'anno precedente. I miglioramenti hanno riguardato tutte le forme giuridiche e i settori economici ma non tutta la Penisola, con incrementi in diverse regioni italiane. Tornano ad aumentare le procedure concorsuali non fallimentari (+7,3% su base annua), soprattutto per effetto della crescita dei concordati preventivi: tra gennaio e giugno 2019 sono state presentate 296 domande di concordato, un dato lontano dai picchi osservati durante le fasi più acute della crisi, ma in aumento del 18% rispetto ai minimi dello stesso periodo del 2018.

nessuno”³ o “*terra di mezzo*”⁴, che sta tra due discipline dotate di forte individualità e autonomia, e quindi pure di forte separatezza, anche dal punto di vista accademico e culturale. Si tratta infatti di due sistemi di regole, quello giuslavoristico e quello concorsuale, tradizionalmente autoreferenziali ed abituati ad affrontare e risolvere le questioni giuridiche secondo le proprie norme ed i propri principi⁵. Sono infatti piuttosto rari contributi c.d. “interdisciplinari”, che cercano di porre in correlazione la disciplina giuslavoristica con i principi del diritto concorsuale, verosimilmente perché si tratta appunto di due sistemi entrambi connotati da un alto grado di specializzazione e da significative distanze dalle regole generali del diritto civile⁶.

Non si è dunque realizzata quella che potrebbe essere definita un’osmosi⁷ tra le due branche del diritto, a causa della costante scarsa propensione degli operatori ad un approccio onnicomprensivo del fenomeno⁸, che ricomprenda tutti i profili del lavoro in una situazione di crisi d’impresa⁹.

A ciò deve aggiungersi che il tema della sorte dei rapporti di lavoro e dei diritti ad essi connessi è difficile ed articolato, non esistendo nel nostro ordinamento una disciplina unitaria *ad hoc*. Neppure il legislatore, infatti, ha manifestato particolare interesse (o capacità?) di fornire soluzioni normative adeguate¹⁰: per ben quasi ottant’anni dall’entrata in vigore del codice civile e della legge fallimentare, il legislatore, pur essendo intervenuto più volte, ed in alcuni casi anche con riforme di ampio respiro¹¹, per modificare il testo del

³ Così, F. D’Alessandro, *Rapporti di lavoro e crisi d’impresa*, 2004, pag. 1209 citato in S. Mancini-I. Piccinini, *Verso un Diritto del lavoro per le imprese in crisi? Novità e contraddizioni nella legislazione e nella giurisprudenza*, in *Lavoro e previdenza oggi*, 2018 fasc. 3-4, pag. 150.

⁴ Così, M. Marazza-D. Garofalo, *Insolvenza del datore di lavoro e tutele del lavoratore*, Torino, Giappichelli, 2015, pag. 14, nota 4.

⁵ L.A. Cosattini, *Tutela del rapporto di lavoro nel fallimento fra disciplina vigente e prospettive di riforma*, 2018, articolo pubblicato in www.osservatorio-oci.org.

⁶ A.M. Perrino, *Contratto di lavoro in corso e fallimento: strumenti antichi questioni nuove*, in *Il Foro italiano*, 2012 fasc. 9, pt. 1, pp. 2360-2366 secondo cui “Pare quasi ovvia l’affermazione ricorrente che il diritto del lavoro ed il diritto fallimentare individuano due microcosmi in endemico contrasto, giacché ciascuno dei due, ed a proprio modo, deroga alcune regole generali del diritto civile, per rispondere ad esigenze collidenti (...)”.

⁷ Così S. Mancini, I. Piccinini, *Verso un Diritto del lavoro per le imprese in crisi? Novità e contraddizioni nella legislazione e nella giurisprudenza*, in *Lavoro e previdenza oggi*, 2018 fasc. 3-4, pag. 124.

⁸ Proprio sui punti di contatto e non tra le discipline in esame si è soffermato, da ultimo, R. Rordorf, *Le attuali prospettive di riforma del diritto concorsuale e i suoi riflessi sui diritti dei lavoratori*, relazione, al convegno *La tutela dei lavoratori nella crisi d’impresa*, svoltosi a Roma nei giorni 19-21 febbraio 2018 presso la Corte di Cassazione.

⁹ Secondo F. D’Alessandro, *op. cit.* 1209, “è anche questa la ragione per cui si può dire che solo pochissimi sono in grado di misurarsi con l’argomento, perché solo una lunga militanza, professionale e scientifica, in ambedue le materie, conferisce quella padronanza di entrambe le discipline, che, sola, permette di avventurarsi nel continente inesplorato”.

¹⁰ Secondo Perrino, *op.cit.*, 2361 “La scelta del legislatore, in realtà, pare mirata e coerente, in quanto i due microcosmi del diritto del lavoro e del diritto fallimentare, più che in endemico contrasto, sembrano in comunicabili (...)”.

¹¹ Fra le altre, L. 14 maggio 2005, n. 80; d. Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5; d. Lgs. 12 settembre 2007, n. 169; L. 18 giugno 2009, n. 69; d. L. 31 maggio 2010, n.78.

regio decreto 267/1942, non ha avvertito, fino a tempi recenti, la necessità di introdurre norme specificamente destinate a disciplinare l'effetto della dichiarazione di fallimento sui rapporti di lavoro pendenti¹². L'onere di ricercare il giusto equilibrio fra tutela della massa e tutela dei lavoratori è rimasto fino ad oggi affidato al lavoro dei giudici, che hanno dovuto provvedervi senza poter fare riferimento ad un quadro normativo specifico e idoneo.

Fino a tempi recenti il diritto concorsuale, per così dire, “ignorava” lo “spirito del diritto del lavoro”, secondo il quale “*la retribuzione che il lavoratore trae dal suo lavoro è il suo solo mezzo di sostentamento, la sua risorsa vitale*”, mentre il contratto di lavoro “*per il lavoratore riguarda e garantisce l'essere, il bene che è condizione dell'avere e di ogni altro bene*”¹³.

Infatti, il diritto concorsuale privilegiava esclusivamente le ragioni dei creditori mentre l'impresa insolvente, vista come una “mela marcia”, doveva essere espulsa dal mercato. Gli stessi termini “fallimento” e “fallito” erano utilizzati come segno di negatività non solo economica, ma anche sociale. Così quando un'impresa perdeva la connaturale capacità competitiva e reddituale, evidenziando squilibri economici, finanziari e patrimoniali, veniva immediatamente avviata verso la sua cessazione e liquidazione, al fine di assicurare la realizzazione delle istanze creditorie e “punire” l'imprenditore responsabile, con la sua cattiva gestione, del dissesto¹⁴.

La tradizionale visione si limitava a considerare, in una situazione di crisi d'impresa, non già la sorte, bensì, unicamente, le conseguenze patrimoniali derivanti dallo scioglimento (quindi solo l'interesse creditorio del lavoratore, ad esempio attraverso la garanzia del credito retributivo e la prededucibilità), ignorando, così, le esigenze di tutela individuali e collettive delle quali la legislazione del lavoro aveva iniziato, nel frattempo, a farsi portatrice. Mentre, con le riforme degli ultimi anni¹⁵, è diventato prevalente l'interesse alla conservazione di quegli elementi dell'impresa che si ritiene ormai indispensabile

¹² Così Cosattini, op. cit., 3.

¹³ Saggio di F. Santoro-Passarelli, *Spirito del diritto del lavoro*, pubblicato in Dir. Lav., 1948, 273 e ss., ora in saggi di diritto civile, Vol. II, Napoli, 1961, pag. 1071.

¹⁴ Oggi, invece, la Raccomandazione della Commissione Europea del 12 marzo 2014 “*su un nuovo approccio al fallimento delle imprese e all'insolvenza*”, persegue anche l'obiettivo di “*dare una seconda opportunità in tutta l'Unione agli imprenditori onesti che falliscono*”, per “*ridurre gli effetti negativi del fallimento sugli imprenditori*”, in quanto “*è dimostrato che gli imprenditori dichiarati falliti hanno maggiori probabilità di avere successo la seconda volta*”.

¹⁵ In particolare, la legge delega n. 80 del 2005 e il successivo d. Lgs n.5 del 2006; D.L n. 59 del 2016, conv., con modifiche, nella L. n. 119 del 2016; da ultimo il d. Lgs 12 gennaio 2019, n. 14 in attuazione della Legge delega n. 155 del 2017.

preservare, piuttosto che dissolvere o liquidare, e quindi anche al mantenimento del posto di lavoro.

1.1. UNA PROPEDEUTICA NOZIONE DI “CRISI D’IMPRESA E DI “INSOLVENZA”

La crisi d’impresa può essere economica, finanziaria, economico-finanziaria¹⁶. Infatti, la gestione di un’impresa si ritiene in equilibrio qualora le sue prospettive di continuità e funzionamento trovino riscontro sotto tre distinti profili (economico, finanziario e patrimoniale)¹⁷.

In assenza di una tipizzazione legislativa, un importante contributo alla definizione di “crisi” in senso stretto è offerto dall’art. 5, comma 2, della legge fallimentare, il quale fa riferimento a *“inadempimenti od altri fattori esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni”*. La legge, inoltre, all’art. 160, comma 3, precisa che *“ai fini del primo comma per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza”*.

A ben vedere, esiste un concetto più ampio di quello di “insolvenza”, essendo quest’ultima una sottospecie appartenente al più generico “stato di crisi”. Lo stato di insolvenza comprende anche il concetto di stato di crisi, ma non vale il contrario: la crisi non può evidenziare di per sé la totale insolvenza dell’imprenditore, casomai può farne emergere il rischio¹⁸. L’insolvenza rappresenta la manifestazione più “appariscnte e clamorosa”¹⁹ della crisi, al punto da far ritenere che qualsiasi intervento sia ormai tardivo e senza speranze di successo.

Si ritiene, infatti, che la genesi dell’insolvenza vada individuata *“nell’incapacità del debitore di coalizzare risorse monetarie sufficienti per il pagamento di tutti i debiti scaduti*

¹⁶ *“È economica quando, versando in una situazione di disequilibrio assolutamente irreversibile, l’impresa non è più in grado di elaborare un piano che le consenta di recuperare il necessario rapporto tra costi e ricavi; finanziaria, quando si sostanzia nell’impossibilità per l’imprenditore di effettuare nuovi investimenti, indispensabili per creare una struttura produttiva in grado di realizzare le condizioni di equilibrio economico; economico-finanziaria, allorché sussiste una situazione di squilibrio economico indotta da un eccesso di oneri finanziari, ovvero quando le perdite pregresse cumulatesi nel tempo a causa di investimenti non remunerativi sono state finanziate attraverso il ricorso ad insostenibili livelli di indebitamento”*. Secondo A. Caiafa, *Le vicende economiche dell’impresa in crisi: diritto del lavoro comunitario e tutela del lavoratore*, 2005, pp. 541 ss. citato in V. Annibali, *Crisi d’impresa e sospensione dei rapporti di lavoro*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2011 fasc. 129, pp. 29-79.

¹⁷ Sempre secondo Caiafa, 2005, 549-550 citato in V. Annibali, op. cit., 30.

¹⁸ Sul rapporto tra le nozioni di insolvenza e quella di crisi d’impresa, M.L. Vallauri, *Il lavoro nella crisi di impresa*, Milano, 2013, pp. 48 ss., secondo la quale, al pari dello stato di crisi, “lo stato di insolvenza non trova nella legge una definizione troppo soddisfacente”.

¹⁹ In tal senso si esprime, V. Annibali, op. cit., 30.

o, ancora, nell'insufficienza del patrimonio destinato allo scopo soddisfattivo delle ragioni creditorie"²⁰. Peraltro, si è detto che, proprio per il suo carattere fluido, la crisi non può essere qualificata come uno stato ma come una fase dinamica in divenire di cui si ignora l'evoluzione finale²¹.

I sintomi della crisi possono risultare, alternativamente, dall'appartenenza a settori in difficoltà per una recessione momentanea della domanda, dalla perdita di quote di mercato conseguente all'acquisizione di queste da parte di altre imprese concorrenti, o da inefficienze nel campo produttivo o commerciale²².

In base all'art. 5 l. Fall., il legislatore considera rilevante non l'incapacità di adempimento definitiva, bensì di adempimento "regolare" che può derivare anche da fatti non imputabili all'imprenditore, potendosi considerare insolvente anche chi continua ad adempiere, ma lo fa con mezzi "non regolari". Il mancato regolare adempimento, pertanto, è un indicatore facilmente accertabile, nonché difficilmente controvertibile²³, ed è assunto dall'ordinamento come presupposto delle procedure concorsuali. Per il fallimento²⁴ è condizione necessaria e sufficiente (art. 5 L. Fall.); per l'amministrazione straordinaria²⁵ delle grandi imprese è condizione necessaria anche se non sufficiente, in quanto si richiede anche un particolare livello di indebitamento; lo stato di insolvenza costituisce il presupposto oggettivo della massima parte delle procedure di liquidazione coatta amministrativa²⁶, in presenza del quale esse devono obbligatoriamente aprirsi; per la procedura di concordato preventivo²⁷, di per sé meno invasiva, lo stato di insolvenza è

²⁰A. Caiafa, *La legge fallimentare riformata e corretta*, 2008, Padova: Cedam, citato in Annibali, op. cit., 31.

²¹G. Presti, *Rigore è quando l'arbitro fischia?*, 2009, Fall., allegato al n. 1, pp. 25 ss. citato in Annibali, 2011, 31.

²²A. Caiafa, op.cit., 551 citato in V. Annibali, op. cit., 31,

²³Di fronte all'esistenza di debiti scaduti, seppur di modesto valore, il giudice può limitarsi a constatare che l'imprenditore non è in grado di soddisfarli. Ne deriva che non sarà insolvente chi, pur presentando uno sbilancio patrimoniale, riesca ad assicurare il regolare adempimento grazie alle prospettive di andamento dell'impresa, al credito di cui essa gode presso terzi, o alla fiducia che vi ripongono gli stessi soci.

²⁴Il Fallimento è la prima forma di procedura concorsuale che si è affacciata nel panorama legislativo italiano, oggi disciplinata dalla Legge 267/1942 (artt. 5-159) e successive modifiche. Esso è finalizzato alla liquidazione del patrimonio dell'impresa ed alla soddisfazione dei creditori. La continuazione dell'attività produttiva non è una finalità tipica dell'istituto, ma proprio in vista del prioritario interesse dei creditori il Tribunale possa disporre l'esercizio provvisorio dell'impresa o parte di essa; ciò, ovviamente, a determinate rigide condizioni che saranno esaminate in seguito.

²⁵Introdotta e regolata dal d. lgs. n. 270 del 1999, può essere concessa solo quando le imprese presentino concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico da conseguire, rispettivamente, tramite un programma di esercizio provvisorio dell'attività finalizzato alla cessione a terzi di beni o complessi aziendali (art. 27, comma 2, lett. a) e b-bis), dunque connotato da una finalità comunque liquidatoria, oppure tramite la ristrutturazione economica e finanziaria dell'impresa basata su un programma di ristrutturazione (art. 27, comma 2, lett. b)).

²⁶Tale istituto ha le sue fonti regolamentari in parte nella legge fallimentare (artt. 194-215) e, in parte, nelle leggi speciali e rappresenta la procedura di gestione delle imprese assoggettate a controllo pubblico. Per essa non è affatto contemplata dalla legge la possibilità di esercizio provvisorio.

²⁷La disciplina della procedura di concordato preventivo è anch'essa contenuta nella legge fallimentare (artt. 160-186 bis) ed è stata più volte rivisitata negli ultimi anni da parte del legislatore con interventi mirati a favorire il

condizione sufficiente, ma non necessaria, potendo essa aprirsi anche in presenza di un generico “stato di crisi”²⁸.

2. GLI INTERESSI INDIVIDUALI COINVOLTI NELLE CRISI D’IMPRESA

I problemi alla base di ogni normativa riguardante la crisi d’impresa ruotano intorno a tre situazioni: quella dei creditori che, come rimarcato, cercano di ricavare il massimo possibile di soddisfacimento dei loro crediti; l’esigenza del debitore stesso che, nella crisi, cerca di conservare una prospettiva di mantenimento in vita dell’impresa e, infine, una più generale esigenza di buon funzionamento del mercato che investe temi fondamentali quali la concorrenza, la competitività e la globalizzazione²⁹. In questo contesto, la peculiarità del Diritto del lavoro risiede nel fatto che il lavoratore è compartecipe di tutte e tre le istanze: da un lato egli è creditore privilegiato, dall’altro mira a conservare il posto di lavoro e, di conseguenza, è interessato al mantenimento dell’occupazione che presuppone la conservazione dell’impresa³⁰.

E’ chiaro, infatti, che dalla scelta sulla sorte dei rapporti di lavoro in corso alla data di dichiarazione di fallimento dipende la maggior tutela di un interesse a scapito dell’altro: ove si scelga di far conseguire a tale evento la cessazione del rapporto di lavoro ovvero l’entrata di esso in uno stato di quiescenza dal quale dipenda il venire meno degli obblighi retributivi e contributivi a carico della procedura fallimentare, risultano pregiudicati (o comunque non adeguatamente tutelati) i diritti dei lavoratori, che si trovano da un giorno all’altro privi di occupazione e, comunque, di ogni forma di sostentamento; ove invece si scelga di far proseguire i rapporti di lavoro pendenti anche a seguito della dichiarazione di fallimento, mantenendo a carico della procedura fallimentare gli oneri retributivi e

superamento della crisi d’impresa, attraverso la salvaguardia della continuità aziendale e il recupero e conservazione dell’attività. Tale procedura si fonda, quindi, proprio sul presupposto della continuazione dell’attività. Nella procedura di concordato, diversamente dal Fallimento, il debitore conserva l’amministrazione dei suoi beni e l’esercizio dell’impresa sino all’emanazione del provvedimento di omologazione, ancorché a determinate condizioni.

²⁸ L. Stanghellini, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, 2007, Bologna: il Mulino, pag. 125.

²⁹ “Quando si configura una situazione di crisi, si pone allora il confronto tra le due diverse, ma complementari precarietà: da una parte, quella dell’impresa, che da una condizione di crisi ha esigenza di ripristinarne una di efficiente funzionalità in vista di una ricollocazione competitiva sul mercato, attraverso un’opportuna ristrutturazione economica e organizzativa, quasi sempre comportante interventi di riduzione anche del personale in essa occupato; dall’altra, la situazione di precarietà del lavoratore, innestata nella prima quale sua componente, ma con la peculiare caratterizzazione, che la emancipa da quella, della titolarità di una posizione giuridica soggettiva meritevole di particolare protezione, non soltanto di natura economica”. A. Patti, *Rapporti di lavoro e impresa in crisi*, in *Questione Giustizia*, 2/2019, pag. 2.

³⁰ S. Mancini-I. Piccini, *Verso un Diritto del lavoro per le imprese in crisi? Novità e contraddizioni nella legislazione e nella giurisprudenza*, in *Lavoro e previdenza oggi*, 2018 fasc. 3-4, pag. 125.

contributivi a connessi alla pendenza di essi, ciò non può che generare consistenti debiti a carico della massa dei creditori, riducendo con ciò significativamente le possibilità di soddisfazione di essi³¹.

Ciò detto, occorre precisare che non vi è necessariamente contrapposizione tra i creditori e i portatori di interessi diversi, tra i quali, in particolare, i lavoratori dipendenti dell'impresa³². Nel caso in cui ci sia non contrapposizione ma coincidenza, non sono necessarie scelte da parte dell'ordinamento. Infatti, quando un'impresa ha valore positivo, in quanto produce ricchezza³³, la sua conservazione soddisfa contemporaneamente tutti gli interessi (creditori; dipendenti; fornitori; clienti e così via). Qualora questo scenario non si verifichi è ancora possibile che l'impresa possa essere venduta in esercizio e, poiché si realizza un prezzo di vendita superiore a quello che si realizzerebbe dalla vendita separata dei beni che la compongono, la sua forza lavoro rimane intatta.

Tuttavia, v'è anche l'ulteriore ipotesi in cui l'impresa valga più in esercizio rispetto a quanto valgano i singoli beni, ma richieda una ristrutturazione che a sua volta comporti la riduzione del numero dei dipendenti; o, infine, il caso in cui l'impresa non possa essere venduta in esercizio perché genera perdite e non sia possibile neppure ristrutturarla per farla tornare a produrre valore³⁴. In questi ultimi due casi, si è in presenza di un conflitto tra gli interessi dei creditori e dei dipendenti sicché servirà un intervento da parte dell'ordinamento ponendosi la questione fondamentale se l'interesse dei creditori possa essere perseguito anche quando comporta la perdita dei posti di lavoro.

2.1. LA LIBERTA' DI INIZIATIVA ECONOMICA PRIVATA

Per quanto riguarda la finalità del diritto fallimentare essa è, in generale, la tutela dei creditori, al fine di dare loro la massima probabilità di quanto loro spetta, in termine di capitale ed interessi³⁵.

La regolazione della crisi d'impresa, ed in particolare dell'insolvenza, tramite le procedure concorsuali è posta a garanzia del buon funzionamento del mercato ed in definitiva della libertà di iniziativa economica privata. La portata di tale libertà espressa dall'art. 41 Cost.,

³¹ Anche in considerazione del fatto che essi, verosimilmente, saranno prededucibili (artt. 2751-bis e 2777 c.c.; art. 111 L. Fall.).

³² L. Stanghellini, op. cit., pp. 67-68.

³³ Si usa l'espressione "valore di *going concern*", nel senso che il valore dell'impresa in attività è superiore al suo valore di liquidazione.

³⁴ M. Magnani, *Crisi d'impresa tra diritto del lavoro e mercato*, in ADL Argomenti di diritto del lavoro, 2017 fasc. 6, pt. 1, pp. 1359-1381.

³⁵ L. Stanghellini, op. cit., pag. 30.

dipende sia dal significato attribuito all'espressione "iniziativa economica", ma anche e soprattutto dai limiti ad essa posti dal precetto costituzionale dal momento che, in generale, i diritti e le libertà costituzionali nascono illimitati e possono essere compressi solo in forza di limiti posti dalla stessa disposizione o da altre disposizioni aventi la stessa forza cogente. Nonostante alcuni tentativi operati dalla giurisprudenza che lo ha inteso, ad esempio, come un "certo margine di utile" ottenibile dal suo esercizio³⁶, non è semplice individuare con certezza un nucleo minimo intangibile di tale libertà. Risulta invece più agevole verificare l'incisività delle sue possibili compressioni, le quali non potranno giungere a costituire un grave ostacolo³⁷ o una totale interferenza al suo svolgimento³⁸. Si può ravvisare una tendenziale unanimità della dottrina nel ricondurre a questa libertà "ogni attività economica, esercitata in forma di impresa, rilevante sul mercato, e ogni attività ad essa correlata e finalizzata alla sua realizzazione"³⁹. Il termine "iniziativa", pertanto, può essere inteso come sineddoche, per cui alla libertà ex art. 41 Cost, è possibile ricondurre tanto la scelta se intraprendere o meno un'attività produttiva, la scelta dell'oggetto e delle modalità del suo svolgimento e quelle di organizzazione produttiva, la possibilità di disporre delle risorse materiali ed umane, la determinazione di cessarla⁴⁰. Una siffatta definizione dell'ambito di applicazione della previsione si riflette sui limiti previsti dai due commi successivi che si deve ritenere operino nel medesimo ambito, quindi con riferimento non soltanto alla fase di avvio e di esercizio dell'attività economica, ma anche al momento in cui essa cessa.

Circa le tecniche di tutela di tale libertà, in primo luogo l'ordinamento ne garantisce l'esercizio senza interferenze da parte del legislatore, che non siano giustificate dalla protezione di altri diritti del medesimo rango. Suddetta garanzia opera anche orizzontalmente cioè nei confronti delle altre forze economiche e sociali presenti sul mercato che fungono da controlimite. Tuttavia, potrebbe rendersi necessario un intervento da parte dell'ordinamento volto a stabilire regole per la salvaguardia dei rispettivi spazi di libertà, intervento che sarebbe evitabile qualora si ritenesse che il mercato sia in grado di autoregolarsi e di soddisfare in maniera autonoma le istanze di tutela contenute in tale

³⁶ C. cost. 10 luglio 1975, n. 200 e già C. cost. 8 luglio 1957, n. 103 e 24 luglio 1972, n. 144, in www.giurcost.org/decisioni.

³⁷ C. cost. 25 marzo 1980, n.30 in www.giurcost.org/decisioni.

³⁸ C. cost. 30 dicembre 1958, n. 78 in www.giurcost.org/decisioni.

³⁹ M.L. Vallauri, *Il lavoro nella crisi dell'impresa. Garanzia dei diritti e salvaguardia dell'occupazione nel fallimento e nel concordato preventivo*, Milano, Franco Angeli, 2013, pag. 14.

⁴⁰ In dottrina P. Virga, *Libertà giuridica e diritti fondamentali*, Giuffrè, 1947, 93; M. Luciani, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, Cedam, 1982, 17; A. Pace, *Problemativa delle libertà costituzionali*, Cedam, Padova, 1992, 461 citati in Vallauri, op.cit., 14. In giurisprudenza, fra le altre, C. cost. 16 dicembre 1958, n.78, cit.; C. cost. 23 aprile 1965, n.30, in www.giurcost.org/decisioni.

disposizione. Contrariamente, interventi possono risultare inevitabili quando tra le contrapposte forze di mercato non si crei spontaneamente un equilibrio, sorgendo l'esigenza di stabilire regole volte ad evitare la lesione della posizione di coloro che si trovino coinvolti nell'esercizio dell'iniziativa economica privata, e ciò anche quando l'impresa versi in condizione di crisi o programmi di ristrutturazione o una riorganizzazione.

A ciò deve aggiungersi che fenomeni come la globalizzazione, l'apertura dei mercati a paesi con regimi di protezione inferiori rispetto agli standard minimi fissati dal nostro ordinamento e, poi, la crisi economica, hanno e continuano tutt'ora ad imporre uno sforzo per mantenere il punto di equilibrio o per raggiungere nuovi ordini in grado di soddisfare al massimo i nuovi portatori di interessi.

La ricerca di nuovi equilibri finalizzati alla tutela di alcune istanze comporta, inevitabilmente, il sacrificio di altre, in un gioco di bilanciamento che deve avvenire nel rispetto di quanto disposto dall'art. 41 Cost., dalla cui formulazione si può desumere un unico limite generale il quale garantisce che nessun interesse può prevaricare del tutto sugli altri⁴¹.

2.2. GLI INTERESSI DEI CREDITORI

Gli strumenti offerti dall'ordinamento per il governo della crisi d'impresa sono molteplici e pressoché tutti comportano una maggiore o minore compressione delle prerogative imprenditoriali in ragione degli interessi dei creditori. Se nel richiedere l'omologazione di un accordo di ristrutturazione la libertà d'impresa dell'imprenditore resta intatta, nella procedura di concordato preventivo tale libertà è soggetta al controllo degli organismi della procedura, mentre nel fallimento essa è notevolmente compressa per essere "trasferita" al curatore nonché per essere soggetta, anche qui, alla verifica da parte degli organismi della procedura.

Quando l'imprenditore versi in stato di dissesto ed intenda ricorrere a forme concordate di soluzione della crisi, nell'ottica o di una prosecuzione della propria attività o di una cessione della stessa salvaguardandone il valore ancora esistente, egli deve osservare limiti rigidi e ulteriori rispetto a quelli che caratterizzano la normale attività dell'impresa. All'origine di questi limiti vi è la (legittima) pretesa dei creditori, insoddisfatti a causa del dissesto dell'imprenditore, a vedere soddisfatte le proprie ragioni.

⁴¹ M.L. Vallauri, op. cit., pp. 15-16.

Il contenimento della libertà di iniziativa economica privata presuppone che alla base delle ragioni dei creditori sia riconosciuta rilevanza costituzionale, poiché solo così può essere oggetto di quel processo di contemperamento di interessi che trova la sua sede naturale nell'art. 41 Cost⁴². e, in ogni caso, tale compressione non potrà essere assoluta ed incondizionata, quanto invece oggetto di un “giusto equilibrio tra l'imperativo di un interesse generale e la salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo”⁴³. Invece, è da escludere che si realizzi anche l'attuazione di “un interesse pubblico a sottrarre la gestione dell'impresa all'imprenditore che non sia capace di trarne la massima utilità possibile; il principio costituzionale di libertà di iniziativa economica impedisce che lo stato intervenga nel governo delle imprese solo a causa della loro inefficiente gestione”, essendo affidata al mercato la selezione delle imprese migliori⁴⁴.

Dopo la dichiarazione di fallimento, l'azienda passa “da una gestione per fini di produzione, suscettibile per altro di essere continuata o ripresa (come non infrequentemente accade), ad una gestione per fini di liquidazione”⁴⁵, con l'obiettivo principale di soddisfare i creditori secondo le regole dettate dalla legge fallimentare, costituito dall'esigenza di massimizzare l'attivo fallimentare e di ridurre al minimo i costi della procedura. Tale impostazione è stata in parte mitigata dal D.lgs. n.5 del 2006, che ha previsto, tra le sue finalità, la conservazione e la riorganizzazione dei mezzi produttivi, sempre nella misura in cui questo possa portare un maggiore beneficio per i creditori dell'impresa fallita, mediante istituti quali l'affitto, la vendita o la cessione anche parziale dell'azienda⁴⁶. Anche quando il legislatore apre la porta alla ripresa o alla prosecuzione dell'attività economica dell'impresa in “crisi”, la “stella polare” rimane sempre quella di dare soddisfazione ai creditori, potendosi tuttalpiù differenziare il percorso e gli strumenti alla base del suo raggiungimento.

Pertanto, anche nel caso in cui si intravedano spazi di “dialogo” con il diritto del lavoro, ad oggi la *ratio legis* del diritto fallimentare rimane quella di soddisfare le ragioni del credito e ne deriva una visione dell'impresa che è quella classica di “luogo di accumulazione del capitale”, piuttosto che di “luogo di occupazione dei lavoratori”⁴⁷.

⁴² Secondo L. Stanghellini, op.cit., 111 “la scelta di quali interessi siano da tutelare e quali invece siano da sacrificare nel contesto delle procedure d'insolvenza ha carattere politico, e dunque deve essere operata dalla legge e non dalla magistratura o dagli organi delle procedure d'insolvenza”.

⁴³ Lo Cascio, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Milano, 2011, 385 citato in M. L. Vallauri, op. cit., 17, con riferimento a Cass. 22 marzo 2010, n. 6904 in Foro Italiano, I, 2010, 2742 nt. Fabiani.

⁴⁴ Così L. Stanghellini, op. cit., 15 e poi 118.

⁴⁵ Cass. 7 febbraio 2003 n. 1832 in <http://www.italgiure.giustizia.it/sncass/>.

⁴⁶ P. Tullini, *Tutela del lavoro nella crisi d'impresa e assetto delle procedure concorsuali: prove di dialogo*, in Riv. It. Dir. Lav., 2014, 2, pp. 199 e ss.

⁴⁷ L. Stanghellini, op.cit., pp. 83 e ss; M. Persiani, 1979, pag. 263, citato in M.L. Vallauri, op. cit., 10.

2.3. LE TUTELE DEL LAVORATORE NELLA CRISI D'IMPRESA: LIBERTA', SICUREZZA E DIGNITA' UMANA

D'altro canto, lo stato di insolvenza tocca in particolar modo una speciale categoria di creditori, i lavoratori subordinati: per i quali si pone, sì, un problema di tutela del credito⁴⁸, ma, anche, se non di più, di tutela dell'occupazione. Considerando specificatamente i singoli lavoratori, la questione riguarda il rapporto che intercorre fra la disciplina di tutela della loro posizione soggettiva e le regole che invece sono poste a salvaguardia dei creditori, quest'ultimi definiti come quei soggetti, tra cui i lavoratori, che non "sono in grado di tutelarsi adeguatamente" o che "non possono tutelarsi affatto"⁴⁹.

A ben vedere la tutela dei lavoratori non subisce cambiamenti sostanziali con l'avvento della crisi d'impresa, rimanendo dunque applicabili tutti i limiti posti dalla normativa lavoristica. Richiamando il già citato secondo comma dell'art. 41 Cost, esso vincola la libertà di iniziativa economica privata al rispetto di tre valori: la libertà, la sicurezza e la dignità umana. I termini "libertà" e "dignità" non sono utilizzati come sinonimi, ma possono essere riferite a valori della persona diversi e richiedono quindi distinti criteri di legittimazione degli interventi pubblici a loro tutela. Il primo richiama le libertà che la Carta riconosce ai singoli cittadini, intese sia come diritti di libertà, sia come posizioni soggettive attive. Il secondo invece invoca tanto la libertà di autodeterminazione del soggetto, quanto il diritto al riconoscimento di standard minimi di tutela che assicurino un livello di sussistenza decoroso, l'integrità della forza lavoro e della personalità del lavoratore⁵⁰.

I suddetti termini costituiscono tre nuclei essenziali che sintetizzano le istanze di tutela della persona del lavoratore e ai quali vanno ricondotti i diversi contenuti della legislazione protettiva del lavoro nonché le garanzie poste dalla stessa Costituzione⁵¹. Ad esempio, libertà e dignità si declinano nella previsione ex art. 36 Cost. che assicura al lavoratore il diritto a percepire una retribuzione "in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa". In tale disposizione è rinvenibile anche una specificazione

⁴⁸ Nella maggior parte dei casi i lavoratori assumono anche la veste di creditori ammessi al passivo fallimentare per i crediti derivanti dal rapporto di lavoro e maturati nel periodo precedente alla dichiarazione di fallimento. La difficoltà nell'individuare tale equilibrio è ancor più evidente laddove si consideri che i crediti dei lavoratori hanno una rilevanza maggiore rispetto a quella dei crediti di cui sono titolari gli altri soggetti coinvolti nella crisi d'impresa, trovando fondamento nell'art. 36. Cost.

⁴⁹ Stanghellini, op.cit., 31-32.

⁵⁰ A. Baldassare, *Iniziativa economica e privata*, in Enc. Giur., Vol. XXI, Milano, Giuffrè, 1971, 602 citato in Vallauri, op.cit., 19. In giurisprudenza C. cost. 5 marzo 1969, n. 27; C. cost. 28 aprile 1976, n. 94, www.giurcost.org/decisioni.

⁵¹ R. Niro, 2006, 653 e 853 citato in Vallauri, op.cit., 18, parla di "formula omnicomprensiva".

del valore della sicurezza, nella parte in cui rimette al legislatore la definizione della durata massima della giornata lavorativa o fissa il principio della irrinunciabilità delle ferie in quanto istituto funzionale a garantire al lavoratore il ripristino delle energie psico-fisiche. Prendendo in considerazione l'art. 38 Cost., che stabilisce i principi cardine del nostro sistema di sicurezza sociale, ai lavoratori che siano divenuti inidonei, temporaneamente o definitivamente, alla prestazione lavorativa, per motivi a loro non imputabili, vengono assicurati "mezzi adeguati alle loro esigenze di vita". Su questa norma prende forma il sistema dei c.d. ammortizzatori sociali con la sua duplice funzione di sollevare il lavoratore dallo stato di bisogni in cui versò a seguito di un evento previsto dall'ordinamento da un lato, di sostegno all'impresa in crisi dall'altro, consentendo la conservazione dei complessi produttivi in vista di una loro più proficua alienazione, salvaguardandone i livelli occupazionali che ne rappresentano parte del valore⁵².

In base a quanto fin qui esposto si può quindi affermare che l'art. 41 Cost. costituisce parte integrante del sistema giuslavoristico e la legislazione lavoristica altro non è che il limite entro il quale può essere esercitata l'iniziativa economica privata.

2.4. L'UTILITÀ SOCIALE COME LIMITE NEGATIVO

Il secondo comma dell'art. 41 Cost. stabilisce, altresì, che l'iniziativa economica privata non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale. L'ordinamento introduce, così, un limite negativo alla libertà imprenditoriale, sancendo il divieto di un'attività economica che abbia contenuti e modalità tali da entrare in conflitto con istanze di ordine sociale.

Dubbi sorgono circa il contenuto ricompreso nella locuzione "utilità sociale". Evidente è il suo carattere aperto di principio generale in quanto tale capace di adeguare il proprio significato alle istanze derivanti dall'evoluzione della realtà economica e sociale⁵³. Alcuni autori⁵⁴ le hanno attribuito la natura di una norma in bianco, capace di accogliere qualunque contenuto deciso dal legislatore o frutto dell'elaborazione giurisprudenziale, ma che comunque, per quanto vago, non potrà uscire dai binari dei principi della Carta.

Ad un certo inquadramento del significato della locuzione "utilità sociale" hanno contribuito sia la giurisprudenza costituzionale⁵⁵, individuando e selezionando gli interessi

⁵² Vallauri, op. cit., 19.

⁵³ A. Baldassare, op. cit., 604; poi O. Bucci, 1990, 369 spec. Nt. 11. Citati in Vallauri, op.cit., 21.

⁵⁴ Tra gli altri, V. Coli, *Proprietà e iniziativa privata*, in Calamandrei P., Levi A., a cura di, *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, Vol. I, Firenze, Barbera, 1950, 367.

⁵⁵ C. cost. 26 gennaio 1957, n. 29; C. cost. 13 aprile 1957, n. 50; C. cost. 15 giugno 1960, n. 38; C. cost. 22 ottobre 1975, n. 237; C. cost. ord. 31 maggio 1996, n. 186; C. cost. 30 dicembre 1958, n. 78; C. cost. 14 febbraio 1962, n. 5; C.

di rilevanza costituzionale ad esso riconducibili, sia la dottrina, attribuendole, ad esempio, il senso di “maggior quantità di benessere per il maggior numero di uomini possibile” o “permettere a ciascuno di soddisfare le esigenze di conservazione, sviluppo e perfezionamento della persona umana”⁵⁶.

La Corte si è occupata poi di stabilire la portata e l’effettività del limite in esame: oltre alla prova dell’effettiva sussistenza dell’utilità sociale, sono richiesti i requisiti della ragionevolezza, non arbitrarietà, logicità e coerenza dei motivi, e della proporzionalità fra fini perseguiti e mezzi invocati per conseguirli⁵⁷.

Ulteriore passo è, poi, stabilire a quale sfera di interessi sia rapportabile il termine “sociale” perché, mentre sicurezza libertà e dignità umana sono riconducibili al singolo individuo, l’utilità sociale richiama una dimensione plurale ponendosi la questione se l’aggettivo “sociale” possa essere riferito alla generalità dei consociati, oppure se debba essere ricondotto ad un gruppo più stretto di individui caratterizzato da una comunanza di interessi. La Consulta è stata tendenzialmente orientata nell’affermare che l’utilità sociale idonea a limitare la libertà di iniziativa economica privata debba essere quanto più generalizzata e qualificata in modo tale da coincidere con un interesse di cui è portatrice l’intera collettività dei cittadini⁵⁸.

2.5. L'OCCUPAZIONE COME VALORE COSTITUZIONALMENTE PROTETTO

Elemento chiave dell’analisi fin qui condotta è verificare se alla locuzione utilità sociale possa essere ricondotta anche la salvaguardia dei livelli di impiego, e dunque se il libero esercizio dell’iniziativa economica privata possa trovare un limite nella tutela dell’occupazione. Per far ciò occorre procedere ad una lettura del combinato disposto tra l’art. 41 Cost e l’art. 4 Cost., il quale riconosce “a tutti i cittadini il diritto al lavoro” e impegna l’ordinamento a “promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto”. Con l’art 4, lo Stato si impegna a realizzare la piena occupazione (o almeno la massima occupazione possibile) e tutelare il lavoratore nel mantenimento del posto di lavoro eliminando quegli ostacoli che possono impedire all’individuo di partecipare al progresso

cost. 23 aprile 1965, n. 30; C. cost. 10 giugno 1966, n. 65; C. cost. 9 dicembre 1991, n. 439 tutte reperibili su www.giurcost.org/decisioni.

⁵⁶ Coli, op.cit., 363 citato in Vallauri, op.cit., 23.

⁵⁷ C. cost. 20 marzo 1978, n. 20, *Giurisprudenza italiana*, 1979, I, 218.

⁵⁸ C. cost. 8 luglio 1957, n. 103; C. cost. 26 gennaio 1957, n. 29 in www.giurcost.org/decisioni.

della società. Diventa così possibile introdurre un ulteriore tassello nell'elaborazione delle regole che governano la risoluzione della crisi d'impresa.

L'evoluzione del dibattito intorno all'art. 4 Cost. ha portato all'affermazione del diritto al lavoro come diritto sociale⁵⁹, non come diritto soggettivo potestativo, bensì come aspettativa che la Repubblica ha il compito di soddisfare ai sensi del precetto dell'art.3, secondo comma, Cost⁶⁰. Lo sviluppo di politiche dirette a promuovere l'occupazione (e a ridurre la disoccupazione) costituisce uno strumento per dare attuazione all'istanza di uguaglianza sostanziale espressa dalla Costituzione, contribuendo alla rimozione degli ostacoli e alla promozione delle condizioni per garantire il compimento della personalità umana, laddove invece la disoccupazione è un importante fattore di disparità la cui rimozione concorrerebbe quantomeno ad attenuare il problema della discriminazione.

Il diritto al lavoro concorre quindi alla definizione del contenuto dell'utilità sociale, quale limite alla libertà di iniziativa economica e la sua salvaguardia dipende dal contemperamento di diverse istanze oscillanti tra la regolazione del mercato del lavoro e la garanzia della qualità del lavoro.

La necessità di tutelare il lavoratore si manifesta con maggiore incidenza in momenti di patologia, dove cioè le difficoltà dell'impresa mettono in pericolo i rapporti di lavoro. Oltre agli effetti economici, il fallimento del datore di lavoro produce effetti giuridici sui rapporti di lavoro in corso di esecuzione, ponendo un problema di qualificazione del rapporto stesso e di individuazione della disciplina concretamente applicabile, in quanto le ordinarie tutele del posto di lavoro si arrestano di fronte all'evento fallimentare del datore di lavoro.

L'ordinamento giuridico, e in particolare il diritto del lavoro, tutela il lavoratore e il posto di lavoro, anche se oggi le ipotesi di tutela reale sono state ridotte al minimo⁶¹, fino a quando gli è consentito di prestare la propria opera a favore del datore di lavoro o nel caso in cui quest'ultimo realizzi un licenziamento illegittimo. Una volta intervenuto il fallimento

⁵⁹ F. Mancini, *Costituzione e movimento operaio*, Bologna, Il Mulino, 1975, 249; T. Treu, 2000, 513; S. Giubboni, *Il primo dei diritti sociali. Riflessioni sul diritto al lavoro tra Costituzione italiana e ordinamento europeo*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .INT – 46/2006, 8 citati in Vallauri, op.cit., 26.

⁶⁰ Il secondo comma art.3 afferma che *"È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese"*.

⁶¹ Prima dalla Riforma Fornero (Legge 92/2012) e poi dal Jobs act (Legge 183/2014 e d.lgs. 23/2015), per cui oggi si distinguono quattro tipi di tutele: a) tutela reintegratoria "piena"; b) tutela reintegratoria "attenuata"; tutela risarcitoria in misura piena; d) tutela risarcitoria in misura ridotta. Dunque, in base all'attuale regime la reintegrazione nel posto di lavoro è prevista nei soli casi di: licenziamento discriminatorio; licenziamento nullo per espressa previsione di legge; licenziamento orale; licenziamento in cui il giudice accerta il difetto di giustificazione per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore; licenziamento disciplinare in relazione al quale sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore.

dell'imprenditore, invece, ai lavoratori che ne vengono travolti, non è offerta alcuna tutela, né dal diritto del lavoro né in ambito fallimentare. L'obiettivo del capitolo seguente è proprio quello di analizzare quale sia la sorte dei lavoratori che vengono a trovarsi in tale situazione, di cui i lavoratori non sono in alcun modo responsabili, se questi siano abbandonati a loro stessi o se, e come, l'ordinamento intervenga in favore della loro protezione.

Capitolo secondo

LA SORTE DEI RAPPORTI DI LAVORO NELLE PROCEDURE CONCORSUALI: FRA DISCIPLINA VIGENTE E PROSPETTIVE DI RIFORMA

1. L'ATTUALE QUADRO NORMATIVO E LE SUE CARENZE. L'ARTICOLO 2129 C.C.

Dopo la dichiarazione di fallimento dell'imprenditore si attiva un meccanismo tale per cui il datore di lavoro fallito è spossessato dell'azienda e di tutti i suoi beni e viene a trovarsi nell'impossibilità di adempiere a qualsivoglia obbligazione, nemmeno quelle assunte verso i propri lavoratori. In tutto ciò, cosa accade ai lavoratori?

L'analisi dell'attuale situazione non può che partire dalla constatazione che la dichiarazione di fallimento non determina, *sic et simpliciter*, la cessazione dell'attività d'impresa, la quale talvolta prosegue¹ per mezzo dell'affitto o della cessione d'azienda oppure dell'autorizzazione all'esercizio provvisorio della stessa. Conseguentemente, il fallimento non determina l'automatica cessazione dei rapporti di lavoro in essere presso l'azienda fallita: il secondo comma dell'art. 2119 c.c. stabilisce, infatti, che il fallimento dell'imprenditore o la liquidazione coatta amministrativa non costituiscono (quantomeno non di per sé) giusta causa di risoluzione del contratto di lavoro. Il lavoratore, dunque, non può essere licenziato e nemmeno recedere dal rapporto di lavoro, senza una valida ragione, senza preavviso o la relativa indennità sostitutiva².

In realtà, però, nessuna norma della legge fallimentare protegge in via diretta e immediata il lavoratore in quanto tale, in quanto cioè parte di un rapporto lavorativo in corso di esecuzione. Esistono, nel nostro ordinamento, altre disposizioni in diverse leggi speciali a tutela della posizione privilegiata dei crediti di lavoro (che saranno analizzate

¹ Questo è possibile sia nel caso di fallimento che di amministrazione straordinaria, fermi restando però i diversi contenuti e le diverse giustificazioni della prosecuzione, derivanti dalle diverse finalità dei due istituti. Nella liquidazione coatta amministrativa l'esercizio provvisorio dell'impresa non è proprio contemplato mentre, all'opposto, il concordato preventivo si fonda proprio sul presupposto della continuazione dell'attività.

² A. Corrado-D. Corrado, *I rapporti di lavoro nel fallimento*, Torino, 2007 citato in I. Bresciani, *La sorte dei rapporti di lavoro subordinato dopo il fallimento del datore di lavoro*, in *Il Lavoro nella giurisprudenza*, 2016 fasc. 3, pag. 230.

successivamente), le quali, però, non soddisfano le esigenze di un Diritto del lavoro dell'impresa in crisi sempre più orientato al principio della conservazione.

Ritornando alla disposizione codicistica, si evincono due aspetti rilevanti: da un lato non si esclude che il fallimento del datore di lavoro possa legittimare il recesso dal rapporto per motivi diversi dalla "giusta causa" di cui all'art. 2119 c.c. (ad esempio per "giustificato motivo oggettivo" ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 3 Legge 604/1966³ ovvero all'esito di una procedura di licenziamento collettivo ai sensi della Legge 223/1991); dall'altro nulla dice in merito alla prosecuzione del rapporto a seguito della dichiarazione di fallimento, lasciando quindi irrisolta la questione centrale e più problematica, vale a dire la sorte dei rapporti di lavoro subordinato precedentemente costituito e ancora pendente al momento dell'accertamento dell'insolvenza⁴.

Nell'ambito dell'attuale disciplina Fallimentare manca invece una norma specificatamente destinata a disciplinare gli effetti della dichiarazione di fallimento sui rapporti di lavoro; ed è una lacuna davvero sorprendente⁵, considerato l'indubbio rilievo della questione (che si auspica aver evidenziato con successo nella prima parte di questo elaborato).

In mancanza di una disposizione specifica, la norma che ha maggiormente impegnato gli interpreti circa la sua applicabilità ai rapporti di lavoro pendenti alla data della dichiarazione di fallimento è costituita dall'articolo 72 della Legge Fallimentare, ancorché sia dubbio che il Legislatore l'abbia elaborata al fine di disciplinare anche tale fattispecie. Ulteriore rilievo, non banale, assume il fatto che la norma sia applicabile solo alle imprese che possono essere dichiarate fallite e che, quindi, possiedono i requisiti soggettivi e oggettivi delineati dagli artt. 1 e 5 della stessa l. Fall.⁶; in tutti gli altri casi, l'unica disposizione normativa di riferimento è il secondo comma dell'art. 2119 c.c., anche se, come si dirà, il ruolo di principio generale che da sempre è attribuito alla regola fallimentare ha comportato una sua

³ Ai sensi del quale "Il licenziamento per giustificato motivo con preavviso è determinato (...) da ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa".

⁴ Nel nostro ordinamento, con "rapporti pendenti" si intendono quelli sorti prima del fallimento, perfezionati nel loro iter formativo e non ancora eseguiti o eseguiti solo in parte e, pertanto, con residue obbligazioni da eseguire a carico di entrambi i contraenti.

⁵ Così la definisce Cosattini, op.cit., 4, che altresì sottolinea, "A maggior ragione ove si consideri che gli interventi susseguitisi nel tempo sul testo originario della legge fallimentare hanno portato all'introduzione di una disciplina specifica, ad esempio, in materia di "finanziamenti destinati ad uno specifico affare", una fattispecie che senza dubbio assume rilievo giuridico e sociale ben inferiore rispetto alle tematiche che coinvolgono i rapporti di lavoro".

⁶ L'art. 1 in merito ai soggetti che possono essere sottoposti al fallimento, espressamente si riferisce agli "imprenditori che esercitano una attività commerciale, esclusi gli enti pubblici".

È quindi evidente che solo chi sia imprenditore "che svolge un'attività commerciale" possa fallire, e tale attività è svolta sicuramente dagli imprenditori e dalle società commerciali e può essere svolta dai piccoli imprenditori. Di conseguenza solo gli imprenditori che "non svolgono un'attività commerciale" saranno sicuramente esclusi dal fallimento e, questi, non sono altro che gli imprenditori agricoli.

estensione anche nei casi di dissesto non rientranti nell'ambito di applicazione della stessa legge fallimentare.

1.1. LA CASSA INTEGRAZIONE GUADAGNI STRAORDINARIA NELLE PROCEDURE CONCURSUALI

A ben vedere la mancanza di una disciplina specifica in materia non ha suscitato particolari preoccupazioni⁷, né in capo ai curatori fallimentari né in capo ai lavoratori, fino a quando è rimasta in vigore la cd. "CIGS concorsuale" di cui al primo comma art. 3 della legge 223/1991⁸, che pressoché automaticamente assicurava a favore dei dipendenti, a seguito della dichiarazione di fallimento, una copertura assistenziale in grado di garantire loro un sostegno economico anche durante il periodo di sospensione. Al fine di sostenere il reddito dei lavoratori e di preservare il patrimonio aziendale, era prevista una specifica ipotesi di attivazione della Cassa integrazione guadagni straordinaria il cui effetto tipico era proprio quello di sospendere i rapporti di lavoro con contestuale riconoscimento dell'integrazione salariale. La causale di questo regime di Cassa integrazione coincideva unicamente con l'attivazione di una delle procedure concorsuali di legge, non essendo richiesta anche una motivazione di tipo organizzativo, né la predisposizione di un programma di ristrutturazione, né una concreta prospettiva di prosecuzione o ripresa dell'attività produttiva. In altri termini, in presenza di una procedura concorsuale era ragionevole affermare che l'ordinamento imponeva al curatore, quale unica modalità di sospensione degli effetti del contratto di lavoro, di attivare il regime di Cassa integrazione guadagni. L'accesso a questo regime speciale era previsto in tutte le ipotesi di procedure concorsuali con finalità liquidatorie⁹.

⁷ Afferma P. Tullini, op.cit., 220: "Simili interrogativi e complicati roveli sono rimasti sinora sullo sfondo, al limite recuperati da qualche esercitazione teorica della dottrina fallimentarista ma senza preoccupazione di doverne sperimentare in concreto la tenuta, almeno sino a quando sarà operativa la copertura della CIGS concorsuale".

⁸ Ai sensi del quale, nella formulazione risultante dalle modifiche apportate dall'art. 2, comma 70, della L. 92/2012 come sostituito dall'art. 46-bis, comma 1, lett. h), D.L. 22 giugno 2012, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla L. 7 agosto 2012, n. 134, "Il trattamento straordinario di integrazione salariale è concesso, con decreto del Ministro del lavoro e della previdenza sociale, ai lavoratori delle imprese soggette alla disciplina dell'intervento straordinario di integrazione salariale, nei casi di dichiarazione di fallimento, di emanazione del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa ovvero di sottoposizione all'amministrazione straordinaria, quando sussistano prospettive di continuazione o di ripresa dell'attività e di salvaguardia, anche parziale, dei livelli di occupazione, da valutare in base a parametri oggettivi definiti con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali".

⁹ Ergo, fallimento e liquidazione coatta amministrativa, anche nel caso in cui fosse stato disposto l'esercizio provvisorio dell'impresa; nell'ipotesi di amministrazione straordinaria nella quale l'esercizio provvisorio è funzionale alla cessione di beni o complessi aziendali (con esclusione pertanto della sola ipotesi di amministrazione straordinaria concessa con un programma di ristrutturazione), nonché nel caso di ammissione al concordato preventivo consistente nella cessione di beni.

Ebbene nel 2012 la legge n. 92, all'art. 2, comma 70, ha abrogato proprio questo articolo, a decorrere dal 1° gennaio 2016¹⁰. Nell'immediato peraltro ne aveva modificato radicalmente caratteri e funzione: il presupposto dell'intervento veniva ora legato alla sussistenza di *“prospettive di continuazione o di ripresa dell'attività e di salvaguardia, anche parziale, dei livelli di occupazione, da valutare in base a parametri oggettivi definiti con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali”*. Ne derivava che l'accesso alla Cassa integrazione era meramente eventuale e da verificare in base a parametri oggettivi fissati con decreto ministeriale. Si realizzava, dunque, una sostanziale autonomia ed indipendenza tra i presupposti scaturenti l'effetto sospensivo previsto dalla legge fallimentare, destinato a prodursi all'esito della dichiarazione di fallimento, e quelli che invece consentivano l'accesso al regime di integrazione salariale, per i quali la fattispecie legittimante poteva, eventualmente, emergere anche nel corso della procedura in un momento temporalmente successivo. Ad esempio, nel caso di una procedura fallimentare nel corso della quale le prospettive di ripresa dell'attività emergevano solo a distanza di mesi dalla dichiarazione di fallimento, allorquando un terzo manifestava concretamente l'interesse a rilevare l'azienda o parti di essa. Ove, invece, quelle prospettive non si configuravano, l'accesso al regime di integrazione salariale restava in ogni caso escluso, e i malcapitati dipendenti rimanevano senza alcun sussidio ad aiutarli.

Successivamente, in netta sintonia con la l. 92/2012, il d. Lgs n.148 del 2015 ha dipinto un quadro di autorizzazione della CIGS legato unicamente ad una effettiva ripresa dell'attività lavorativa, rappresentata, dall'autorizzazione dell'esercizio provvisorio ex art 104 l. Fall. o, nel caso di concordato preventivo, dalla continuità aziendale.

La lacuna normativa ha invece assunto ben maggior rilievo a seguito del venir meno di tale ammortizzatore sociale a partire dal 1° gennaio 2016. In seguito a questo evento, infatti, gli operatori si sono resi conto della profonda gravità delle conseguenze derivanti dalla scelta in merito alla cessazione o sospensione dei rapporti di lavoro, ed in particolare dal fatto che in tale ipotesi i dipendenti venivano a trovarsi improvvisamente privi di qualunque forma di reddito e di copertura contributiva (questo ove si aderisca all'interpretazione, della quale si dirà successivamente, secondo la quale a seguito della dichiarazione di fallimento il rapporto di lavoro entra in una fase di sospensione ai sensi dell'art. 72 L. Fall.). Non sono

¹⁰ Non è stata tuttavia preclusa la possibilità per l'organo della procedura di richiedere l'attivazione del trattamento straordinario di Cassa integrazione oggi previsto per le imprese *in bonis*, quindi in presenza di specifiche causali: riorganizzazione, ristrutturazione e contratti di solidarietà (d.lgs. 148/2015).

infatti mancate lamentele circa l'irragionevolezza della scelta legislativa di abrogare la CIGS concorsuale e contestazioni sulla *deminutio* della tutela dei lavoratori, tant'è che alcuni commentatori hanno agitato anche qualche sospetto di illegittimità costituzionale¹¹. L'effetto pronosticato era che, venendo meno la possibilità di usufruire del Trattamento di integrazione salariale, si sarebbe verificata un'accelerazione dei tempi sia della procedura concorsuale che dei licenziamenti collettivi, risultando più semplice e immediata la realizzazione di un valore mediante la liquidazione dell'azienda, piuttosto che la conservazione dei mezzi produttivi e dell'occupazione con ulteriori debiti a carico della massa concorsuale¹².

Le pressioni sindacali e sociali hanno portato a successivi e contraddittori interventi, sotto forma di circolari e decreti ministeriali, che hanno via via ridotto la portata dell'intervento abrogativo e l'art. 44 del D.L. n. 109 del 2018 convertito in Legge n. 130 del 2018 (c.d. Decreto Genova), ha introdotto, in deroga agli articoli 4 e 22 del d. Lgs 148/2015, per gli anni 2019 e 2020, la possibilità di richiedere l'ammortizzatore sociale, per un massimo di 12 mesi, in favore di lavoratori di imprese fallite nonostante la cessazione dell'attività lavorativa applicabile anche alle procedure concorsuali. Il tutto, lettera della norma, subordinatamente alla presenza di almeno una di tre condizioni:

- 1) concrete prospettive di cessione dell'attività con conseguente riassorbimento dell'occupazione;
- 2) reindustrializzazione del sito produttivo;
- 3) specifici percorsi di politica attiva del lavoro posti in essere dalla regione interessata.

Si tratta, a ben vedere, di un intervento di politica dell'emergenza, con carattere, in definitiva, casuale nella distribuzione delle (limitate) risorse. Insomma, un rimedio emergenziale ed estemporaneo, non proponibile come strumento stabile e certo di politica industriale e del lavoro¹³.

1.2. L'EVOLUZIONE DELL'ART. 72 DELLA LEGGE FALLIMENTARE E L'APPLICABILITÀ AI RAPPORTI DI LAVORO

¹¹ Così, ad esempio, A. Di Stasi, *Ammortizzatori sociali e solidarietà post-industriale*, Giappichelli, 2013, 96, che censura il favor per l'imprenditore fallito mentre il lavoratore viene privato della tutela in violazione del dettato costituzionale, citato in P. Tullini, op.cit., 211.

¹² P. Tullini, op. cit., 211; I. Bresciani, op.cit., 237.

¹³ Così R. Bellè, *La pagnotta dei lavoratori: tormentata storia del sostegno al reddito per il personale delle aziende fallite o in liquidazione giudiziale dalla L. 223/1991 al Codice della Crisi*, 10/2019, in www.osservatorio-oci.org.

I primi due commi dell'art. 72 l. Fall. dispongono quanto segue: *“Se un contratto è ancora ineseguito o non compiutamente eseguito da entrambe le parti quando, nei confronti di una di esse, è dichiarato il fallimento, l'esecuzione del contratto, fatte salve le diverse disposizioni della presente Sezione, rimane sospesa fino a quando il curatore, con l'autorizzazione del comitato dei creditori, dichiara di subentrare nel contratto in luogo del fallito, assumendo tutti i relativi obblighi, ovvero di sciogliersi dal medesimo (...). Il contraente può mettere in mora il curatore, facendogli assegnare dal giudice delegato un termine non superiore a sessanta giorni, decorso il quale il contratto si intende sciolto”*. Tale disposizione prevede quindi che il rapporto giuridico pendente ed ancora non compiutamente eseguito entri in una fase di “quiescenza”, con sospensione delle obbligazioni reciprocamente gravanti sulle parti, in attesa che il curatore decida se subentrarvi o meno.

Prima della novella legislativa introdotta con il d. Lgs. n. 5/2006 e con il successivo d. Lgs. n.169/2007, la norma era destinata a disciplinare solo la vendita non ancora eseguita da entrambi i contraenti, laddove fosse fallito il compratore e il venditore non avesse compiuto la propria prestazione.

Pur se espressamente riferito alla vendita la giurisprudenza riteneva che l'art. 72 fosse espressione di un principio generale applicabile ad ogni contratto a prestazioni corrispettive ineseguite al momento del fallimento, ed in particolare, al rapporto di lavoro¹⁴. In questo modo la sospensione consentiva sì un bilanciamento degli interessi contrapposti, in quanto da una parte non pregiudicava la conservazione del posto di lavoro, che entrava solo in uno stato di quiescenza, dall'altra parte la massa fallimentare veniva alleggerita dal peso delle eventuali retribuzioni maturate dopo la dichiarazione di fallimento in assenza dello svolgimento di una prestazione lavorativa¹⁵. Tuttavia, tale applicazione ai rapporti di lavoro, *ante* riforma, destava non poche perplessità, sia perché la norma si riferiva ai contratti di compravendita, che pur essendo onerosi e corrispettivi, hanno una finalità, ovvero una causa ed un oggetto, ben differenti dai contratti di lavoro, sia perché, anche data per buona l'analogia, l'estensione era parziale perché l'art. 72 non trovava applicazione nella sua interezza, ma limitatamente ai commi 2 e 3. Ciò che ne derivava era un'operazione non di semplice estensione della disciplina, bensì di vera e propria creazione normativa che privava

¹⁴ Cass. 5 febbraio 1980, n. 799 in Il Foro Italiano; Cass. n. 1832 del 2003 in <http://www.italggiure.giustizia.it/sncass/>.

¹⁵ P. Alleva, *Fallimento e tutela dei diritti dei lavoratori*, in Riv. Trim. dir. Proc. Civ., 1975, 222 ss., citato in I. Bresciani, op.cit., 232.

il lavoratore della scelta tra adempiere ed essere pagato in moneta fallimentare, oppure attendere la decisione del curatore che, se positiva, gli avrebbe dato diritto a ricevere il suo corrispettivo in prededuzione¹⁶.

Le novelle legislative¹⁷ rivisitarono profondamente tale disposizione e affrancarono l'istituto dal solo contratto di vendita e lo estesero ad ogni tipo di contratto oneroso a prestazioni corrispettive ancora ineseguito o non compiutamente eseguito da entrambe le parti, per il quale non fosse prevista una norma specifica.

La stessa relazione illustrativa alla legge di riforma fallimentare del 2006, in merito all'art. 72, aveva precisato che *“la vigente legge fallimentare¹⁸ nel disciplinare la sorte dei rapporti giuridici pendenti alla data del fallimento si è astenuta dal dettare regole di carattere generale ed ha stabilito invece discipline specifiche per singoli contratti. Non essendo state previste regole per ciascuno dei contratti disciplinati dal Codice civile, si sono venuti così a determinare due inconvenienti, da un lato, è stata lasciata priva di regolamentazione una parte dei contratti [...]. È così spettato all'interprete e alla giurisprudenza trarre dalla disciplina dei singoli contratti, e fondamentalmente da quella del contratto di vendita, alcune indicazioni di carattere generale diretti a riempire gli spazi vuoti riempiti dalla legge”*.

1.3. LE SOLUZIONI ELABORATE DALLA DOTTRINA E DALLA GIURISPRUDENZA: LA TESI DELL'INAPPLICABILITÀ'

In presenza di una così evidente lacuna normativa è gravato soprattutto sui giudici l'onere di fornire risposte quanto più possibile appaganti nell'ambito del complesso e difficile rapporto fra disciplina giuslavoristica e disciplina concorsuale.

In merito all'applicabilità dell'art. 72 l. Fall. sono quindi sorti diversi orientamenti interpretativi, tutti sospesi sul filo di una possibile contraddizione fra le fonti di disciplina interessate.

Vi è un orientamento rimasto del tutto minoritario in giurisprudenza¹⁹, che nega *tout court* l'applicabilità dell'art. 72 ai contratti di lavoro, a causa della sua inconciliabilità con il

¹⁶ G. Nardo, *Fallimento e rapporto di lavoro subordinato*, in Dir. Fall. soc. comm., 1992, 1, 727 ss; P. Alleva, *La sorte del rapporto di lavoro nelle procedure concorsuali. Atti del convegno di Bari del 26 maggio 2000*, in Dir. Fall. soc. comm., 2001, 1-2, 671 ss. citati in I. Bresciani, op. cit., 232; inoltre, O. Mazzotta, *Diritto del lavoro*, in G. Iudica-P. Zatti (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2005, 294 ss.

¹⁷ Si fa riferimento in particolare all'art. 57, comma 1, d. Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 e all'art. 4, comma 6, d. Lgs. 12 settembre 2007, n. 169.

¹⁸ Ovverosia quella del 1942.

¹⁹ C. App. Torino 29 novembre 2001, RCDL, 2002, p. 197 nt. Martina; T. Roma 18 novembre 1971, RGL, 1972, II, p. 79.

sistema lavoristico²⁰ e, in particolare, dell'interferenza con due istituti: il licenziamento e la sospensione del rapporto di lavoro.

Il dibattito fu incentrato sulla rilevanza costituzionale degli interessi tutelati e sulla specialità della normativa del rapporto di lavoro e in particolare della inderogabilità della retribuzione ai sensi degli artt. 36 Cost. e 2099, comma 2, c.c., maturata, quindi, successivamente alla dichiarazione di fallimento e fino alla decisione del curatore di subentrare o recedere dal rapporto.

Oltre ciò si sosteneva che la sospensione ex art. 72 era potenzialmente *sine die*, con una risoluzione di fatto del rapporto; che la previsione della c.d. *actio interrogatoria*, di cui al comma 2 (vale a dire la richiesta da parte del lavoratore al giudice delegato di far assegnare un termine non superiore a 60 giorni affinché il curatore decidesse il subentro o il recesso decorso inutilmente il quale il rapporto si intendeva risolto di diritto), integrasse una causa di scioglimento del rapporto di lavoro del tutto estranea e avulsa dalle normative vincolistiche previste dall'ordinamento del lavoro²¹. Inoltre, essendo il licenziamento un atto recettizio, questo comporta la produzione degli effetti dalla data di conoscenza da parte del lavoratore, in contrasto con quanto previsto dall'art. 72, l. Fall. a mente del quale l'efficacia retroattiva della risoluzione alla data dell'inizio della sospensione contrasta con la realtà del preavviso, la quale comporta la prosecuzione di fatto del rapporto fino alla scadenza del periodo di preavviso, sebbene la prestazione sia dispensata.

1.3.1. LE TESI DELL'APPLICABILITÀ TOTALE E "LIMITATA"

Nonostante le prime resistenze dovute al particolare momento storico di forte attenzione nei confronti delle tutele del lavoratore subordinato, secondo la tesi che è, invece, prevalsa²², la regola contenuta nella norma in questione sarebbe integralmente applicabile ai contratti di lavoro. Con la sentenza che dichiara il fallimento (non seguita dall'avvio dell'esercizio provvisorio) i rapporti cadrebbero in quello stato di quiescenza, con conseguente

²⁰ Con riferimento alla previgente formulazione della disposizione, che poneva analoghi interrogativi, in questo senso P. Alleva, 1975, 216; G. Pera 1999, 239 citati in Vallauri, op.cit, 861. Sulla disposizione vigente Tullini, op. cit., 2017 ss; anche Vallauri, op. cit., 64 ss.

²¹ Le attuali cause di cessazione del contratto sono: 1. dimissioni, 2. risoluzione consensuale, 3. licenziamento individuale, 4. licenziamento collettivo, 5. morte del lavoratore, 6. mancato superamento del periodo di prova, 7. scadenza del periodo di comporto per malattia, 8. raggiungimento dei requisiti per la pensione di vecchiaia, 9. scadenza del termine, 10. impossibilità sopravvenuta della prestazione e causa maggiore.

²² Secondo P. Menti, *L'inquieta convivenza di diritto del fallimento e del lavoro*, in Nuove leggi civ. comm., 2016, 6, 1248 "Dunque, sulle esigenze di tutela dell'occupazione hanno così prevalso quelle proprie del fallimento come procedura esecutiva, posta cioè nell'interesse primario dei creditori concorsuali", citato in Piccinni-Mancini, op.cit., 133.

sospensione delle obbligazioni lavorativa e retributiva, dal quale uscirebbero solo quando il curatore decidesse di subentrarvi, perciò “riattivandoli”, oppure di sciogliersi da essi. Questa soluzione è frutto della visione tradizionale, che relegava la tutela dell’occupazione in una posizione fortemente subalterna rispetto all’obiettivo principale del soddisfacimento dei creditori.

In particolare, la Corte di cassazione nella sentenza 14 maggio 2012, n. 7473²³ aveva stabilito che *“per effetto della dichiarazione di fallimento, in presenza di cessazione di attività aziendale, il rapporto di lavoro, pur essendo formalmente in essere, rimane sospeso fino al licenziamento; in difetto del requisito di sinallagmaticità non è quindi configurabile una retribuzione. Non essendovi obbligo retributivo per l’assenza di prestazione lavorativa, non è nemmeno configurabile un credito contributivo dell’Inps, essendo peraltro irrilevante l’avvenuta ammissione al passivo del fallimento dei crediti retributivi dei lavoratori”*; sancendo, di fatto, il principio della piena applicabilità dell’art. 72 ai rapporti di lavoro.

Anche recentemente i giudici di legittimità²⁴ hanno ribadito che tale norma contiene la disciplina generale del fenomeno degli effetti del fallimento sui rapporti giuridici pendenti, e che in tale categoria rientra a pieno titolo anche il rapporto di lavoro subordinato. Ad esempio, la sentenza n. 7308 del marzo 2018 precisa che *“in assenza di esercizio provvisorio della curatela, il rapporto di lavoro pendente resta sospeso nella sua esecuzione, in attesa delle decisioni del curatore sulla prosecuzione o sul definitivo scioglimento”*. Ancora, nella sentenza n. 13693 del 30 maggio 2018 la Suprema Corte affermava che *“In caso di fallimento del datore di lavoro, salvo che sia autorizzato l’esercizio provvisorio, il rapporto di lavoro entra in una fase di sospensione, sicché il lavoratore non ha diritto di insinuarsi al passivo per le retribuzioni spettanti nel periodo compreso tra l’apertura del fallimento e la data in cui il curatore abbia effettuato la dichiarazione ex art. 72, comma 2, l. Fall., in quanto il diritto alla retribuzione non sorge in ragione dell’esistenza e del protrarsi del rapporto di lavoro ma presuppone, in conseguenza della natura sinallagmatica del contratto, la corrispettività delle prestazioni”*.

In questa disamina, merita di essere menzionata anche un'altra lettura della disposizione proposta in dottrina, in base alla quale l’applicabilità dell’art. 72 ai contratti di lavoro

²³ Pubblicata in Foro it., 2012, I, 2357, con nota di A. M. Perrino; nello stesso senso anche T. S.M. Capua Vetere, 21 febbraio 2013, in Dir. fallim., 2013, II, 344, con nota di Caiafa, *Licenziamento ad opera del curatore e conseguenze*; Trib. Milano, 5 maggio 2015, n. 5571, in Riv. It. Dir. Lav., 2015, II, 941.

²⁴ Cass. civ., sez. lav., 11 gennaio 2018, n. 522; Cass. Civ. Sez. Lav., 23 marzo 2018, n. 7308; Cass. civ. [ord.], sez. I, 30 maggio 2018, n. 13693 in <http://www.italgiure.giustizia.it/sncass/>.

troverebbe un limite solo in quel nucleo di disciplina lavoristica che espressamente e specificatamente regola i rapporti di lavoro nell'ambito delle procedure concorsuali (l'art. 2119, secondo comma, c.c., l'art. 3 l. n. 223/1991 prima della sua abrogazione, l'art. 47 l. n. 428/1990) in ragione del suo connotato di specialità. Secondo questa ricostruzione “la disciplina del rapporto di lavoro alle dipendenze *in bonis* cede il passo alla legislazione fallimentare, fatta salva l'ipotesi in cui non esistano disposizioni giuslavoristiche speciali che disciplinano alcuni aspetti del rapporto di lavoro proprio nell'ambito delle procedure concorsuali e che proprio per questo prevalgono sul diritto fallimentare in quanto rispetto ad esso speciali”²⁵.

In tal modo i poteri del curatore verrebbero limitati, e nelle ipotesi che ricadono nell'ambito di applicazione di queste previsioni la sospensione del rapporto ed il recesso datoriale sarebbero legittimi a condizione del ricorrere dei requisiti ivi indicati, mentre al di fuori di tale ambito di applicazione il recesso individuale sarebbe soggetto alla sola regola del preavviso e i rapporti di lavoro rimarrebbero sospesi fino a quando il curatore non eserciti l'opzione che gli è consentita.

1.4. GLI EFFETTI DELL'INSOLVENZA SUI RAPPORTI DI LAVORO: PROBLEMI INTERPRETATIVI E APPLICATIVI

Il problema è dunque quello di sapere se l'art. 72 l. Fall. si applica anche ai contratti di lavoro subordinato, problema che si pone principalmente nell'ipotesi di maggior frequenza, cioè quella in cui non viene disposto l'esercizio provvisorio e l'attività di impresa cessa, rendendo inutile (per gli organi della procedura) la prestazione lavorativa dei dipendenti ed inducendo, quindi, il curatore a non esercitare la facoltà di subentro concessagli. Applicando tali principi al rapporto di lavoro subordinato pendente, ne consegue che il lavoratore si trova senza neanche rendersene conto in regime di “sospensione” senza diritto ad alcun trattamento retributivo²⁶ e contributivo, e senza maturazione di ogni altro istituto (ferie, permessi, retribuzione differita).

Tale situazione negativa, per di più, è potenzialmente suscettibile di perdurare per molto tempo (in astratto fino alla chiusura della procedura fallimentare), dal momento che la norma non prevede alcun limite espresso alla sua durata. Lo stallo è destinato a risolversi

²⁵ Marrazza, Annibali, op. cit., 2237; Marazza, op. cit., 11.

²⁶ Nemmeno sotto forma di ammortizzatore sociale, essendo venuta meno, come sopra ricordato, la CIGS “concorsuale”.

solo se il curatore assume l'iniziativa di sciogliersi dal contratto oppure se è il lavoratore, di fronte a questo stato di incertezza, ad attivare il meccanismo di "messa in mora" previsto dal secondo comma dell'art. 72 l. Fall., chiedendo al giudice delegato di assegnare al curatore il termine, non superiore a 60 giorni, entro il quale decidere se subentrare o meno nel rapporto. Questa ipotesi però non entusiasma il lavoratore il quale, così, si esporrebbe egli stesso al rischio di subire l'effetto risolutivo del rapporto che scaturisce dal mancato esercizio del subentro, da parte del curatore, entro il termine in tal modo assegnatogli. Inoltre, nell'ipotesi in cui l'inerzia del curatore duri per troppo tempo, vuoi per negligenza o comunque per uso distorto o colpevole della facoltà riconosciuta, i danneggiati potrebbero vantare un'azione di responsabilità di diritto comune, ove ne fossero legittimati.

In virtù della disciplina vigente, dunque, il lavoratore si trova di fronte ad un'ardua scelta: continuare a rimanere dipendente del fallimento, ma senza alcuna forma di retribuzione e di copertura contributiva, oppure assumere l'iniziativa di mettere in mora il curatore, correndo con ciò il rischio di provocare per sua mano la cessazione del rapporto.

Tale questione ha una rilevante ricaduta pratica per tutti i lavoratori dipendenti anche delle imprese con oltre 15 dipendenti, considerata per costoro la già ricordata abrogazione della CIGS concorsuale e in generale l'impossibilità di accedere all'indennità di disoccupazione NASpI non essendo cessato il rapporto lavorativo. Non sussiste, invero, alcun ammortizzatore sociale nel limbo della sospensione ex art. 72, l. Fall., visto che si ha diritto alla NASpI, sussistendone i requisiti, solo a seguito del licenziamento comunicato dal curatore²⁷. Nella pratica spesso, paradossalmente, accade che è il lavoratore stesso a chiedere al curatore di essere licenziato al fine di poter accedere, quantomeno, alla NASpI e avere un sostegno economico.

Il problema in questione, invece, è attenuato nell'ipotesi, a dire il vero piuttosto remota, in cui il curatore si avvalga della facoltà riconosciutagli dall'ordinamento di subentrare nel rapporto di lavoro, diventando ad ogni effetto di legge parte di esso, pur in assenza di esercizio provvisorio; ciò si verifica non soltanto in presenza di un'esplicita manifestazione di volontà del curatore di subentrare nel rapporto ma anche nel caso in cui, attraverso comportamenti concludenti, il curatore confermi implicitamente tale volontà anche solo mediante il richiamo in servizio del dipendente e la conseguente utilizzazione delle sue prestazioni lavorative.

²⁷ L'erogazione è riservata, ai sensi dell'art. 3 d. Lgs. 22/2015, "ai lavoratori che abbiano perduto involontariamente la propria occupazione" e "ai lavoratori che hanno rassegnato le dimissioni per giusta causa".

Anche in tale circostanza, infatti, il rapporto di lavoro risulta ad ogni effetto non solo valido ma anche efficace, e le parti del rapporto (lavoratore da un lato, procedura fallimentare in persona del curatore dall'altro) hanno entrambe l'obbligo di eseguire integralmente le reciproche obbligazioni contrattuali previste dalla normativa giuslavoristica.

1.5. GLI EFFETTI SUI CONTRATTI D'OPERA (ANCHE COORDINATA E CONTINUATIVA)

Al di fuori dei rapporti di lavoro subordinato, la disciplina fallimentare opera senza eccezione, stante l'assenza di una regolamentazione speciale sostitutiva. Ne deriva, ad esempio, che per tutti i contratti aventi ad oggetto una prestazione d'opera svolta in modo prevalentemente personale (art. 2222 c.c.), ma senza vincolo di subordinazione (c.d. para-subordinazione), troverà integrale applicazione l'art. 72 l. Fall. ove la prestazione dedotta in contratto, anche se coordinata e continuativa ed anche se riconducibile ad un progetto o programma di lavoro, non sia stata già compiutamente eseguita.

Nel fallimento e nella liquidazione coatta amministrativa il curatore potrà sospendere il proprio adempimento in attesa di optare per il subentro nel vincolo contrattuale o per il suo scioglimento. In tal caso il potere di recesso potrà essere esercitato a prescindere dalla natura temporanea od interminata del vincolo contrattuale e, ai sensi dell'art. 72, comma quarto, l. Fall., il lavoratore non avrà alcun diritto al risarcimento del danno.

Anche nell'amministrazione straordinaria il commissario potrà liberamente recedere ai sensi dell'art. 50, d. Lgs. N. 270/1999, e ciò indipendentemente dal fatto che il vincolo contrattuale sia sorto, precedentemente alla dichiarazione dello stato di insolvenza, a tempo determinato o indeterminato.

2. LA CONTINUAZIONE DELL'ATTIVITA' DI IMPRESA SUCCESSIVA ALLA DICHIARAZIONE DI FALLIMENTO E I SUOI EFFETTI SUL CONTRATTO DI LAVORO SUBORDINATO

Come si è accennato nei paragrafi precedenti, alla dichiarazione di fallimento non consegue necessariamente, la cessazione dell'attività dell'impresa, la quale, anzi, può proseguire per mezzo dell'esercizio provvisorio, dell'affitto oppure della vendita dell'azienda o di suoi rami.

Orbene il problema degli effetti della dichiarazione di fallimento sui rapporti di lavoro pendenti si pone in maniera ben meno accentuata nell'ipotesi in cui venga disposto

l'esercizio provvisorio, o direttamente dal Tribunale con sentenza dichiarativa di fallimento²⁸ ovvero a seguito di autorizzazione in tal senso da parte del giudice delegato a seguito della richiesta del curatore. L'istituto ha subito una profonda rivisitazione per mezzo della riforma della legge fallimentare ad opera del d. Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, a seguito della quale esso è venuto ad assumere, accanto alla funzione di custodia e amministrazione delle attività fallimentari a presidio e salvaguardia del patrimonio aziendale in senso stretto, anche una funzione di conservazione delle componenti materiali e immateriale dell'impresa tra cui rientrano anche, e soprattutto, i livelli occupazionali.

Infatti, in modo differente rispetto alle regole generali esaminate, i rapporti pendenti, compresi quelli di lavoro, proseguono ai sensi del nuovo art. 104 l. Fall²⁹, settimo comma, ergo nessuna modifica sostanziale interviene né sullo status del lavoratore subordinato né sulle reciproche obbligazioni derivanti dalla pendenza del rapporto di lavoro³⁰, salvo che il curatore non intenda sospenderne l'esecuzione o scioglierli. Nonostante l'automaticità della prosecuzione dei rapporti, il curatore sarà tenuto a comunicare ai lavoratori che il loro rapporto di lavoro prosegue, senza soluzione di continuità, alle dipendenze della procedura fallimentare, producendo obbligazioni (retributive, previdenziali, fiscali) da assolvere in prededuzione solo per la parte maturata per il periodo successivo alla dichiarazione di fallimento quali debiti contratti per l'amministrazione del fallimento e per la continuazione dell'esercizio dell'impresa.

A tal proposito il curatore dovrà effettuare un'attenta valutazione per decidere in quali rapporti subentrare e in quali no: l'esito di tale valutazione dovrà necessariamente riguardare il vantaggio o meno per i creditori concorsuali con la conseguenza che tutti i rapporti potenzialmente "anti-economici", non strumentali alla vita dell'azienda, dovranno essere sciolti.

Nel caso in cui l'esercizio provvisorio venga autorizzato solo in parte, limitatamente ad alcuni rami dell'azienda, proseguiranno solo i rapporti dei lavoratori addetti a tali rami la cui attività non sia stata interrotta.

²⁸ Il comma 1 dell'art. 104 l. Fall. stabilisce due presupposti che devono esistere contemporaneamente: se dalla interruzione può derivare un danno grave, purché non arrechi pregiudizio ai creditori.

²⁹ Il quale al primo comma dispone che "Con la sentenza dichiarativa del fallimento, il tribunale può disporre l'esercizio provvisorio dell'impresa, anche limitatamente a specifici rami dell'azienda, se dalla interruzione può derivare un danno grave, purché non arrechi pregiudizio ai creditori"; al secondo comma che "Successivamente, su proposta del curatore, il giudice delegato, previo parere favorevole del comitato dei creditori, autorizza, con decreto motivato, la continuazione temporanea dell'esercizio dell'impresa, anche limitatamente a specifici rami dell'azienda, fissandone la durata".

³⁰ Se l'esercizio provvisorio viene disposto successivamente, la sospensione dell'esecuzione troverà applicazione sino a quando non verrà autorizzato l'esercizio provvisorio.

Durante il periodo di esercizio provvisorio, il comitato dei creditori è convocato dal curatore, almeno ogni tre mesi, per essere informato sull'andamento della gestione e per pronunciarsi sull'opportunità di continuare l'esercizio. Se il comitato dei creditori non ravvisa l'opportunità di continuare l'esercizio provvisorio, il giudice delegato ne ordina la cessazione³¹.

Per espressa previsione legislativa, inoltre, per i contratti la cui esecuzione sia proseguita senza che il curatore abbia esercitato l'opzione della sospensione o dello scioglimento, l'ultimo comma dell'art. 104 prevede che, al momento della cessazione dell'esercizio provvisorio, torni in vigore la generale disciplina dei contratti pendenti di cui agli artt. 72 e ss. della stessa legge, per cui l'esecuzione del contratto resta sospesa fino alla decisione del curatore.

3. I RAPPORTI DI LAVORO NELLE ALTRE PROCEDURE CONCORSUALI. LA LIQUIDAZIONE COATTA AMMINISTRATIVA

È pacifico il principio per cui, la disciplina ex artt. 72 l. Fall e 2119 c.c. si applichi anche nel caso di liquidazione coatta amministrativa³², in forza del richiamo contenuto nell'art. 201 l. Fall., con effetto a far data dal provvedimento che dispone la liquidazione e sostituiti, nei poteri del tribunale e del giudice delegato, l'autorità amministrativa che vigila sulla liquidazione, nei poteri del curatore il commissario liquidatore e in quelli del comitato dei creditori il comitato di sorveglianza³³. La funzione dell'istituto, così come le norme coinvolte, risulta essere pertanto la medesima.

3.1. L'AMMINISTRAZIONE STRAORDINARIA DELLE GRANDI IMPRESE IN CRISI E TUTELA GIUSLAVORISTA

La disciplina è diversa, invece, per i rapporti contrattuali in corso alla data di apertura della procedura di amministrazione straordinaria, essendo essa contenuta nell'art. 50 d. Lgs. 270/1999, seguito da numerosi ulteriori provvedimenti, introdotti quasi sempre per gestire

³¹ Art. 104, comma 3, l. Fall. "Durante il periodo di esercizio provvisorio, il comitato dei creditori è convocato dal curatore, almeno ogni tre mesi, per essere informato sull'andamento della gestione e per pronunciarsi sull'opportunità di continuare l'esercizio"; comma 4 "Se il comitato dei creditori non ravvisa l'opportunità di continuare l'esercizio provvisorio, il giudice delegato ne ordina la cessazione".

³² Che Vallauri, op.cit., 142-143 definisce una "procedura concorsuale con finalità liquidatoria", la quale "non si attegge a procedimento a carattere giurisdizionale, bensì si caratterizza per essere una procedura amministrativa".

³³ Ad esempio, Cass. 19 maggio 2000, n. 6529, in Giust. Civ., 2001, I, 465.

specifiche vicende di crisi ed insolvenza di importanti imprese (ad esempio Parmalat ed Alitalia).

La locuzione “contratti in corso”, utilizzata per rubricare l’art.50, dovrebbe essere assimilata a quella dettata dall’art. 72 l. Fall. per i rapporti giuridici pendenti, trattandosi in entrambi i casi di rapporti negoziali non ancora compiutamente eseguiti né dall’uno, né dall’altro contraente. Tale articolo, a ben vedere, prevede la continuazione dei rapporti in corso sino a quando il commissario straordinario non eserciti la facoltà di scioglimento attribuitagli dal primo comma o non dichiari di subentrare nel rapporto.

Pertanto, anche al commissario straordinario è riconosciuta la facoltà di scegliere circa la prosecuzione o meno del contratto stipulato dal debitore e, con riferimento ai rapporti di lavoro, il rinvio alla disciplina speciale sembra comportare l’applicazione analogica all’amministrazione straordinaria dell’art. 2119 c.c., con conseguente continuazione del rapporto. Nel caso di amministrazione straordinaria, in deroga ai limiti di cui all’art. 1, comma 9, legge n. 223/1991, *“la durata dell’intervento della Cassa integrazione straordinaria è equiparata al termine previsto per l’attività del commissario”*. È possibile dar corso alla Cassa integrazione straordinaria dalla dichiarazione dello stato di insolvenza, ovvero dal decreto di ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria, nei casi di applicazione della c.d. Legge Marzano³⁴, sino al ritorno *in bonis* dell’impresa ovvero alla conversione della procedura di amministrazione straordinaria in fallimento³⁵.

Allo stesso tempo la normale continuità dell’attività pone problemi molto minori, quanto all’applicazione del regime di prededuzione dei crediti retributivi: in tal caso disciplinato ai sensi dell’art. 52 del d. lgs. n. 270 in virtù del quale *“I crediti sorti per la continuazione dell’esercizio dell’impresa e la gestione del patrimonio del debitore sono soddisfatti in prededuzione a norma dell’articolo 111, primo comma, numero 1, della legge fallimentare, anche nel fallimento successivo alla procedura di amministrazione straordinaria”*.

3.2. CONCORDATO PREVENTIVO E CONTRATTI PENDENTI DI LAVORO

³⁴ Legge 5 luglio 2004, n. 166, legge di conversione del D.L. 3 maggio 2004, n. 119.

³⁵ S. Caffio, *CIGS e procedure concorsuali*, in *Dir e prat. Lav.*, 2009, 18, 1063 ss citato in Marazza-Garofalo, *op.cit.*, 28.

La situazione è diversa altrettanto per il concordato preventivo, nel cui procedimento opera l'art. 169-bis l. Fall., che invece rientra tra “le soluzioni concordate della crisi d'impresa”, oggetto da ultimo di “un evidente *favor*”³⁶.

Infatti, ancor prima della riforma del 2005³⁷, si riteneva che la prosecuzione dell'attività costituisse un effetto tipico del concordato in quanto attuativo di uno “spossessamento attenuato” che non inibisce, dunque, al debitore la possibilità di gestire l'attività di impresa³⁸ anche se lo può fare solamente sotto il controllo degli organi della procedura. In linea con la recente presa di posizione degli organismi comunitari, la riforma del 2012 prima, e del 2015 poi³⁹, ha enfatizzato la rilevanza della prosecuzione dell'attività aziendale, quale uno dei principali obiettivi dell'istituto concordatario, ferma restando la primaria esigenza di tutela del ceto creditorio. Esso infatti, disciplinato dagli artt. 160-186bis l. Fall., mira, a differenza del fallimento, legato fedelmente al raggiungimento della *par condicio creditorum*, ad anticipare lo stato di insolvenza dell'imprenditore in crisi, preservando i complessi produttivi e i livelli occupazionali ed evitare lo smembramento e la disgregazione di un bene ancora produttivo, ciò sia nel caso del concordato liquidatorio che in quello con continuità.

In questa cornice sono interessanti l'ordinanza del 30 aprile 2014, n. 9476 della Suprema Corte e il decreto del Tribunale di Rovigo del 19 gennaio 2015, perché tali decisioni ribadiscono la finalità propria del concordato preventivo: esso, attraverso una scelta imprenditoriale e privata, consente il raggiungimento di un accordo con i creditori, volto alla conservazione del valore dell'azienda rappresentato, nell'era dell'informatizzazione, anche dal “capitale della conoscenza”, di cui possono essere portatori solo i lavoratori. Considerando, infatti, come afferma la Cassazione, che l'avvio della procedura di concordato preventivo è addirittura preclusivo della “*possibilità di dichiarare il fallimento, dovendosi anche ritenere, più in generale, sussistente e ricavabile dal sistema il principio della prevalenza della procedura di concordato preventivo rispetto al procedimento per la dichiarazione di fallimento*”, si può ritenere definitivamente abbandonata la visione liquidativa e distruttiva dell'azienda. Emerge, invece, la necessità di trovare soluzioni che soddisfino il maggior numero di interessi possibile e l'anello di congiunzione è

³⁶ Così Vallauri, op.cit., 155 ss.; anche Tullini, op.cit., 201.

³⁷ Operata dapprima con il d. l. n. 35 del 14 marzo 2005, convertito in l. 14 maggio 2005, n. 80, e quindi con il d. Lgs. 12 settembre 2007, n. 169.

³⁸ Da ultimo in tal senso Cass. 3 aprile 2013, n. 8102; Cass. 28 settembre 2012, n. 16534 in www.unijuris.it.

³⁹ Ad opera del D.L. 83 del 2012, convertito in L. n. 134 del 2012, integrato ad opera del D.L. n. 83 del 2015 convertito con modificazioni dalla L. n. 132 del 6 agosto 2015.

rappresentato proprio dalla conservazione dei complessi produttivi, quale contenuto del piano ai sensi dell'art. 160 l. Fall. che si proponga, tra le altre, la prosecuzione anche prospettica dell'attività d'impresa, con conseguente possibilità per i lavoratori di salvaguardare il posto di lavoro e che, per i creditori, può fungere da strada per massimizzare il ricavato della procedura.

La legge innanzitutto sancisce che il debitore nel ricorso per l'ammissione al concordato preventivo può chiedere che il Tribunale o, dopo il decreto di ammissione, il giudice delegato, lo autorizzi a sciogliersi dai contratti in corso di esecuzione alla data di presentazione del ricorso. Inoltre, su richiesta del debitore può essere autorizzata la sospensione del contratto per non più di sessanta giorni, prorogabili una sola volta. Tali disposizioni, tuttavia, non si applicano ai rapporti di lavoro subordinato.

L'accesso alla procedura non ha, pertanto, alcuna incidenza sul contratto di lavoro⁴⁰, e non solo perché l'azienda potrebbe essere conservata o trasferita, nel suo complesso, per la continuazione dell'attività di impresa, ma perché, in particolare, l'art.2119 c.c. non fa riferimento al concordato preventivo.

L'art.169*bis* l. Fall. ha, peraltro, ribadito tale principio escludendo, al quarto comma, che la disciplina prevista per la sospensione e lo scioglimento dei rapporti pendenti trovi applicazione nei confronti di quello di lavoro⁴¹. Pertanto, con l'apertura del concordato non si realizza, contrariamente a quanto accade nella procedura fallimentare, l'automatica sospensione dei rapporti di lavoro in essere, che proseguono invece senza soluzione di continuità.

L'imprenditore intenzionato a ricorrere all'istituto del concordato preventivo, sia esso liquidatorio o in continuità, "con riserva" o meno, dovrà, in ragione del percorso e degli obiettivi delineati nel piano di concordato depositato o "in costruzione", valutare per tempo l'impatto sull'occupazione, informare i lavoratori e le rappresentanze sindacali e definire le modalità di impiego dei lavoratori nel corso della procedura.

⁴⁰ Nel senso che il concordato preventivo non comporta l'automatica risoluzione del rapporto di lavoro subordinato; Cass., 28 marzo 1985, n.2187, in Dir.fall., 1985, II, 737; Cass., 20 gennaio 1984, n.512, in Giur.comm., 1985, II, 331; Trib. Napoli, 29 gennaio 1982, in Dir.fall., 1982, II, 1234; Pret. Milano, 29 novembre 1973, ivi, 1974, II, 246.

⁴¹ La giurisprudenza, d'altronde, prima che intervenisse l'art.169*bis*, volendo dar rilievo al mancato richiamo degli artt.72 ss. l. Fall. per la disciplina del concordato preventivo, ha ritenuto che i rapporti preesistenti dovessero essere proseguiti, interamente, dal debitore che, in caso contrario, sarebbe rimasto esposto all'obbligo del risarcimento dei danni: Cass., 15 luglio 1980, in Dir.fall., 1980, II, 578; Cass., 3 dicembre 1968, n.3868, ivi, 1968, II, 933.

Per il compimento di eventuali operazioni endo-concordatarie sul personale, frutto di libere scelte del datore di lavoro, non è necessaria l'approvazione del Tribunale o del giudice delegato⁴².

Nell'ipotesi in cui il debitore ricorra al concordato preventivo con finalità di risanamento (si pensi al concordato in continuità aziendale), egli potrà accedere alla CIGS ai sensi dell'art. 1, legge n. 223/1991, previsto, per le imprese *in bonis*, per l'attuazione di un programma di ristrutturazione, riorganizzazione o conversione aziendale, ovvero per fronteggiare una situazione di crisi. E, ove in sede di attuazione del programma, ritenga di non poter garantire il rimpiego a tutti i lavoratori sospesi, ha facoltà di avviare la procedura di licenziamento collettivo con la messa in mobilità di cui all'art. 4 della medesima legge.

4. LO SCIoglimento DEI RAPPORTI DI LAVORO NELLE PROCEDURE CONCORSUALI. ANCHE IL CURATORE DEVE RISPETTARE LE NORME LIMITATIVE DEI LICENZIAMENTI?

Pur dando per assodata l'applicazione dell'art. 72 l. Fall. ai rapporti di lavoro subordinato, il tenore dello stesso lascia aperto ed irrisolto un altro tema fondamentale ai fini di questo elaborato, quello delle modalità di cessazione del rapporto di lavoro e delle relative conseguenze, un tema che è pressoché integralmente disciplinato da norme speciali⁴³ che in larga parte si discostano dai principi generali che il Codice civile pone in materia di risoluzione dei contratti di durata. Il risultato è che, ancora una volta, le scarse indicazioni fornite in proposito dall'art. 72 l. Fall. non sono in grado di soddisfare compiutamente l'esigenza di tutela di matrice giuslavoristica.

La questione presenta una soluzione "relativamente agevole"⁴⁴ nel caso in cui il rapporto di lavoro sia effettivamente proseguito e la procedura fallimentare, in persona del curatore, abbia assunto la qualifica di datore di lavoro con i relativi diritti ed obblighi, vuoi perché è stato autorizzato l'esercizio provvisorio, vuoi perché il curatore ha deciso di subentrare nel rapporto di lavoro. In tal caso, infatti, sembra ragionevole ritenere che il recesso ad opera

⁴² In tal senso si è espresso il Tribunale di Tivoli con un decreto del 21 marzo 2013, relativo alla richiesta di un'impresa, ammessa ad una procedura di concordato preventivo "in bianco" e con continuità aziendale, di essere autorizzata al compimento di "operazioni di contenimento dei costi del personale" citato in S. Mancini, I. Piccinini, *Riflessioni sul diritto del lavoro e concordato preventivo*, in *Lavoro e previdenza oggi*, 2015 fasc. 5-6, pag. 307.

⁴³ Solo per citare le norme fondamentali, la legge 604/1966 in materia di licenziamenti individuali, la legge 223/1991 in materia di licenziamenti collettivi, l'art. 18 della legge 300/1970 ed il d. Lgs. 23/2015 che disciplinano le conseguenze del licenziamento illegittimo.

⁴⁴ Secondo Cosattini, op.cit., 6.

del curatore è soggetto alla normale disciplina giuslavoristica applicabile al rapporto di lavoro fra privati pur con le correzioni di ordine interpretativo connesse allo specifico contesto in cui si opera⁴⁵.

Il curatore sarà dunque vincolato dalle regole generali sui licenziamenti individuali e collettivi, sia per ciò che riguarda le motivazioni utili e necessarie a legittimare il licenziamento sia per ciò che riguarda modalità di esso (ad esempio in materia di forma della comunicazione di recesso) sia per ciò che riguarda le conseguenze dell'eventuale illegittimità del licenziamento⁴⁶.

La necessità di tutelare gli interessi della procedura fallimentare non esclude l'obbligo del curatore di rispettare le norme in generale previste per la risoluzione dei rapporti di lavoro nelle imprese *in bonis*⁴⁷.

Il curatore non potrà quindi prescindere dalla dimostrazione della “*sussistenza di ragioni organizzative aziendali*” (c.d. giustificato motivo oggettivo) nonché del “*loro rapporto di adeguatezza con i licenziamenti emanati*”, in caso di licenziamenti individuali; inoltre dal rispetto dei presupposti quantitativi e temporali stabiliti dalla legge n. 223 del 1991, a proposito del licenziamento collettivo⁴⁸, nonché dall'osservanza delle procedure di consultazione sindacale.

Dall'applicabilità delle ordinarie regole lavoristiche alla risoluzione del rapporto di lavoro discende l'obbligo per il curatore di intimare il recesso nel rispetto del termine di preavviso⁴⁹ previsto dalla contrattazione collettiva applicabile al rapporto di lavoro e quindi,

⁴⁵ Su queste M. L. Vallauri, op. cit., 83 ss.

⁴⁶ Per una tesi contraria alla necessaria giustificazione del licenziamento Riva, *Fallimento e rapporti di lavoro*, in Procedure concorsuali e rapporti pendenti, a cura di Sanzo, Bologna, Zanichelli, 2009, 313 citato in S. Buoso, *Anche il curatore fallimentare deve rispettare le norme limitative dei licenziamenti*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2018 fasc. 5, pt. 2, 820.

⁴⁷ Tra le altre, Cass. n. 5033 del 2009; poi, Cass. nn. 23665, 19405 e 19406 del 2011, in *Dir. E prat. Lav.*, 2013; più recentemente, Cass., Sez. Lav., 11 Gennaio 2018, n. 522 citata in *Fallimento e rapporti di lavoro: relazioni intercorrenti e questioni processuali*, articolo pubblicato su Fieldfisher (a cura di), 2018, 4.

⁴⁸ La disciplina dei licenziamenti collettivi si applica alla generalità dei datori di lavoro, imprenditori o non, che occupano più di 15 dipendenti, considerando la media occupazionale dell'ultimo semestre, e che, in conseguenza di una riduzione o trasformazione, ma anche di una cessazione dell'attività lavorativa, intendano effettuare almeno 5 licenziamenti, nell'arco di 120 giorni, in ciascuna unità produttiva, o in più unità produttiva nello stesso ambito provinciale. Inoltre, fino all'abrogazione dell'art. 3, co. 3, legge n. 223 del 1991, la regolamentazione giuslavoristica disponeva con chiarezza, nei casi che vedono operare la disciplina sui licenziamenti collettivi, la collocazione “in mobilità, ai sensi dell'articolo 4 ovvero dell'articolo 24”, dei lavoratori “eccedenti”.

⁴⁹ In tal senso Tullini, *Retrocessione al fallimento dell'azienda in affitto e licenziamento dei lavoratori*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2016, 418 ss. citato in S. Buoso, *Anche il curatore deve rispettare le norme limitative dei licenziamenti*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2018 fasc. 5, pt. 2, pag. 821.

salvi i casi, residuali, in cui sia possibile l'effettivo svolgimento del rapporto di lavoro in pendenza di esso, con pagamento della relativa indennità sostitutiva⁵⁰.

La curatela che abbia intimato un licenziamento viziato resta, pertanto, esposta alle conseguenze previste dall'ordinamento del lavoro, nei limiti della compatibilità con lo stato di fatto determinato dal fallimento. Ad esempio, nel caso di disgregazione definitiva dell'azienda la reintegrazione del prestatore di lavoro non sarebbe possibile.

Circa le conseguenze che l'eventuale illegittimità del licenziamento comporta in relazione ai conseguenti crediti del dipendente licenziato la Suprema Corte è intervenuta con la sentenza n. 7308 del 23 marzo 2018, con la quale ha affermato che *“il curatore, così come ogni altro datore di lavoro, nel caso di licenziamento inefficace, illegittimo o nullo, dovrà poi risarcire il danno che risulta commisurato alla retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento a quello dell'effettiva reintegrazione sebbene in tale lasso temporale il lavoratore non abbia svolto alcuna attività lavorativa”*⁵¹. Come precisato, l'equiparazione della mera utilizzabilità delle energie lavorative del prestatore di lavoro alla effettiva utilizzazione consegue non solo alla ricostruzione del rapporto, ma anche all'accertamento giudiziale della illegittimità del comportamento datoriale.

Secondo il *dictum* della Corte, l'ammissione al passivo fallimentare dovrà comprendere, dunque, anche i crediti retributivi maturati dal licenziamento. La Corte in precedenza aveva precisato che risulterebbe “errata” l'ammissione al passivo del fallimento per i crediti relativi al periodo intercorso fra la dichiarazione di fallimento e il licenziamento, proprio in ragione della sospensione bilaterale dell'esecuzione del rapporto; ammissione al passivo possibile, invece, successivamente al licenziamento⁵².

⁵⁰ L'orientamento che risulta maggiormente accreditato è quello di ammettere il credito per indennità sostitutiva del preavviso al passivo del fallimento non come credito prededucibile, ma come credito privilegiato ai sensi dell'art. 2751bis n. 1 c.c. Vedi nota 55.

⁵¹ La disciplina applicabile all'epoca dei fatti è quella dell'art. 18 nella formulazione della legge 300 del 1970; sono diversi e più articolati i rimedi sanzionatori al licenziamento illegittimo nella formulazione dell'art. 18 come modificato dalla l. 92/2012 nonché del d. Lgs. 23/2015, per gli assunti dopo il 7 marzo 2015. Con la nuova formulazione, ci sarà maggiore flessibilità e in caso di licenziamento per motivi economici, non ci sarà il reintegro automatico ma sarà possibile un'indennità risarcitoria. Sarà comunque considerato nullo ogni licenziamento effettuato per motivi discriminatori (credo politico, fede religiosa, attività sindacale, discriminazione sessuale e simili). Il giudice avrà un minore margine di discrezionalità in ordine al reintegro nei casi di licenziamento per motivi disciplinari, per giusta causa e per giustificato motivo soggettivo.

⁵² Tra le più recenti, Cass. 11 gennaio 2018, n. 522, in DeJure.it.

L'assoggettamento alle regole sul licenziamento normalmente applicabili in caso di imprese *in bonis* si verifica anche nelle procedure concorsuali di natura non liquidatoria, quindi nell'amministrazione straordinaria e nel concordato in continuità⁵³.

4.1. IL RECESSO NELL'IPOTESI DI MANCATO SUBENTRO DA PARTE DEL CURATORE: INTERROGATIVI IRRISOLTI

L'art. 72 l. Fall. omette di prendere in considerazione l'ipotesi in cui il curatore decida di sciogliersi dal rapporto di lavoro, all'esito del periodo di sospensione, senza esservi subentrato. Si tratta di una situazione particolare poiché il recesso da un rapporto giuridico del quale il curatore non è mai sostanzialmente divenuto "parte" non sembrerebbe essere fattispecie assimilabile a quella del recesso del datore di lavoro da un rapporto giuridico del quale è indiscutibilmente parte sostanziale, e che quindi diversa debba, o quantomeno possa, essere la disciplina giuridica applicabile.

Pur con argomentazioni che, in assenza di uno specifico dato normativo, appaiono meno solide e convincenti rispetto a quelle relative alla fattispecie precedentemente esaminata, anche con riferimento ad essa i giudici della Suprema Corte si sono espressi affermando che il recesso deve essere esercitato nel pieno rispetto delle norme limitative dei licenziamenti individuali e collettivi poste dalla disciplina giuslavoristica, a tal fine evidenziando che l'esigenza di tutelare gli interessi della massa fallimentare non si pone in contrasto con la necessità di osservare la disciplina normativa che il Legislatore ha posto a garanzia del lavoratore in caso di licenziamento⁵⁴.

Dalla prospettiva giuslavoristica ancor più problematica risulta essere la modalità di risoluzione del rapporto conseguente all'esercizio dell'*actio interrogatoria* di cui al secondo comma dell'art. 72 l. Fall. da parte del dipendente: fattispecie, questa, che

⁵³ Per l'ipotesi di amministrazione straordinaria A. Coppola, *Gli effetti dell'ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria*, in C. Costa (a cura di), *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, Torino, 2008, pp. 420 ss.; per il concordato preventivo G. Giuridanella, *La gestione ordinaria dell'impresa nella fase interinale del concordato preventivo con riserva*, in Fall., 2014, n. 3, pag. 345 e ss.; A. Corrado, *I rapporti di lavoro e gli ammortizzatori sociali nel nuovo concordato preventivo*, in *Il nuovo diritto delle società*, 2008, 12, 76 ss; citati in Marazza-Garofalo, op.cit., 27.

⁵⁴ Cass. civ., sez. lav., 11 gennaio 2018, n. 522; Cass. Civ. Sez. Lav., 23 marzo 2018, n. 7308, che riprendono e confermano l'orientamento già espresso da Cass. civ., sez. lav., 02 marzo 2009, n. 5032, in Fallimento, 2009, 1154, con nota di F. Rotondi, *Licenziamenti collettivi: obbligo di applicazione della procedura di cui alla legge n. 223/1991 anche all'impresa fallita*; Cass. civ. Sez. lavoro, 23 settembre 2011, n. 19405; Cass. civ., sez. lav., 11 novembre 2011, n. 23665. In dottrina, M. Magnani, op. cit., 1376; A. Lassandari, op. cit. pag. 15 ss.; F. Aprile e R. Bellè, *Diritto concorsuale del lavoro*, Milano, 2013, 17 e ss.; P. Chieco, *Il licenziamento per riduzione di personale nelle procedure concorsuali in Italia*, in AA.VV., *I licenziamenti per riduzione di personale in Europa*, Bari, 2001, 225 ss.; F. Mutarelli, *Cessazione dell'attività di impresa fallita ed obbligo di svolgere la procedura ex artt. 4 e 24 legge n. 223 del 1991*, in Riv. It. Dir. Lav., 1997, II, 851.

riconduce gli effetti risolutivi del rapporto non ad un atto unilaterale del curatore bensì ad un mero fatto giuridico rappresentato dal decorso del termine assegnato dal giudice e che, quantomeno nella descrizione normativa, sembra decisamente estranea ai modelli tipici della disciplina giuslavoristica. Risulta, allo stato attuale, pressoché inesplorata dalla giurisprudenza la modalità di risoluzione del rapporto in detta circostanza.

Nel vuoto normativo, controverso è anche il tema relativo all'obbligo di preavviso in capo al curatore recedente nel caso di mancato subentro, posto che tale obbligo invece sussiste a carico della procedura fallimentare. Ove si acceda all'interpretazione secondo la quale il preavviso è dovuto e, in mancanza di prosecuzione del rapporto durante la durata di esso, è dovuta la relativa indennità sostitutiva nella misura prevista dal contratto collettivo applicabile, la giurisprudenza⁵⁵ ritiene che il relativo credito debba considerarsi non come credito prededucibile, ma come credito privilegiato ai sensi dell'art. 2751*bis* n. 1 c.c.

Nessuna soluzione fornisce attualmente la legge circa l'interrogativo se il lavoratore, in seguito a scioglimento del contratto di lavoro per effetto del meccanismo "automatico" di cui al secondo comma, abbia diritto a beneficiare della NASpI⁵⁶, ancorché tale risoluzione sia sostanzialmente conseguenza di un'iniziativa del lavoratore, il che rende più discutibile la natura "involontaria" della disoccupazione.

Data la relativa novità della questione, parrebbero mancare, a conoscenza di chi scrive, pronunce giurisprudenziali che si siano occupate del diritto del lavoratore ad ottenere, a seguito della cessazione del rapporto di lavoro, la NASpI.

4.2. QUESTIONI PROCESSUALI: SUL RIPARTO DI COMPETENZA TRA GIUDICE DEL LAVORO E GIUDICE FALLIMENTARE

Un altro aspetto delicato e controverso è quello relativo alla ripartizione del potere di cognizione tra giudice fallimentare e giudice del lavoro, pur nella più netta distinzione tra una fase di qualificazione della cessazione del rapporto e una di applicazione delle conseguenze sanzionatorie dell'illegittimità. Davanti a quale giudice il lavoratore deve far valere i propri diritti nei confronti dell'azienda fallita?

La rispettiva specialità di competenza crea, oltre tutti quelli già esaminati, anche un problema di interferenza dei reciproci ambiti, soltanto in apparenza risolvibile sulla base

⁵⁵ Ad esempio, tra le altre, Trib. Milano, 5 maggio 2015, n. 5571, in www.rivistalabor.it.

⁵⁶ La cui erogazione è riservata, ai sensi dell'art. 3 d. Lgs. 22/2015, "ai lavoratori che abbiano perduto involontariamente la propria occupazione" e "ai lavoratori che hanno rassegnato le dimissioni per giusta causa".

dell'art. 24 l. Fall.⁵⁷ La norma statuisce la *vis attractiva* del tribunale fallimentare, nel senso della sua competenza a conoscere di tutte le “azioni derivanti dal fallimento, qualunque ne sia il valore”, al fine di garantire una certa unità della cognizione e dell'esecuzione per evitare una dispersione processuale nociva alla gestione della procedura. Tale fronte, non costituisce, a ben vedere, momento di incontro tra la sfera lavoristica e quella fallimentare, ma solo ulteriore conferma della tradizionale visione del diritto della crisi d'impresa, polarizzato principalmente sulle questioni patrimoniali, senza particolare considerazione delle esigenze di tutela del lavoratore, la cui specifica posizione di debolezza e la rilevanza dei diritti sono, invece, alla base del diritto del lavoro. Difatti, nei poco frequenti provvedimenti giurisprudenziali dei Giudici fallimentari in cui emergono questioni lavoristiche, i magistrati non entrano nel merito della gestione dei singoli rapporti di lavoro⁵⁸.

Il primo interrogativo si pone in relazione alla corretta individuazione della nozione normativa di azioni che “derivano” dal fallimento: ci si chiede se tale rapporto di causalità debba essere interpretato nel senso più rigoroso del termine, ossia delimitando solo le azioni originate direttamente dalla dichiarazione di fallimento, ovvero se sia possibile estenderne il significato ad ogni azione che abbia causa, anche occasionale, dal fallimento.

Le azioni relative ai rapporti di lavoro non trovano la propria ragion d'essere nella dichiarazione di fallimento, stante l'assoluta autonomia della disciplina lavoristica applicabile alle varie fattispecie e, quelle in particolare di impugnazione del licenziamento “hanno una modulazione non influenzata, né deviata dallo schema tipico, dalla dichiarazione di fallimento, per la vigenza, anche in tale ipotesi, delle cause tipiche di cessazione del rapporto”⁵⁹.

Una prima fondamentale distinzione può essere quella sull'individuazione del giudice del lavoro, quale “giudice del rapporto”, cui spetta la cognizione delle relative questioni tanto di accertamento della sua esistenza e di sua corretta qualificazione⁶⁰, tanto di corrispondenza delle mansioni ai livelli professionali e del risarcimento del danno derivante da demansionamento⁶¹, tanto di validità o invalidità della cessazione del rapporto di lavoro⁶²

⁵⁷ P. Adriano, *Licenziamenti e loro effetti dalla Legge Fornero al “Jobs act” tra diritto del lavoro e diritto fallimentare*, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2016 fasc. 11, pp. 1169-1179.

⁵⁸ Su questo aspetto Piccinni-Mancini, op. cit., pp. 5-6, 21 ss.

⁵⁹ Patti, op.cit., 1169.

⁶⁰ In tal senso Patti, op.cit., 1170 e anche F. Aprile-R. Bellè, op. cit., 12.

⁶¹ Cass. 20 agosto 2009, n. 18557, in *Italggiure Web Civile*, Rv. 609511.

⁶² In proposito Cass. 3 marzo 2003, n. 3129, in *Il Fallimento*, 2004, 252.

e di tutti gli accertamenti riguardanti lo status di lavoratore. Mentre, al giudice fallimentare, quale “giudice del concorso”, spettano l’accertamento e la qualificazione dei crediti dipendenti dal rapporto di lavoro, in funzione di partecipazione al concorso, con effetti esclusivamente endoconcorsuali.

Sembra evidente la diversità di *causa petendi* e di *petitum* tra le domande riguardanti il rapporto, spettanti alla cognizione del giudice del lavoro, e quelle di ammissione al passivo, nella cognizione, invece, del giudice fallimentare⁶³: nelle prime è centrale un interesse del lavoratore alla tutela della propria posizione all’interno dell’azienda; nelle seconde invece rileva solo l’intento di vedersi riconosciuti diritti patrimoniali al fine di partecipare al concorso sul patrimonio del fallito⁶⁴. Quanto al *petitum* si deve distinguere tra le domande del lavoro miranti a pronunce di mero accertamento oppure costitutive (ad esempio, quelle di annullamento del licenziamento e di reintegrazione nel posto di lavoro) di competenza del giudice del lavoro, piuttosto che le domande dirette al pagamento di somme di denaro, anche se accompagnate da altre finalizzate all’accertamento del rapporto di lavoro o di declaratoria di illegittimità del licenziamento aventi funzione strumentale, di competenza del giudice fallimentare⁶⁵.

La giurisprudenza di legittimità ha pertanto statuito, la sussistenza della competenza del giudice del lavoro non soltanto per la cognizione delle domande del lavoratore di impugnazione del licenziamento e di condanna del datore alla reintegrazione nel posto di lavoro, in quanto dirette ad ottenere una pronuncia costitutiva, ma anche per la cognizione della domanda di condanna generica al risarcimento dei danni mediante il pagamento di una indennità commisurata alla retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento a quello dell’effettiva reintegrazione, trattandosi di istanza meramente riproduttiva del contenuto dell’art. 18, quarto comma, della legge 20 maggio 1970, n. 300 (nella versione ante Riforma Fornero) e consequenziale alle richieste principali di dichiarazione di inefficacia del licenziamento. Ciò non comporta alcun accertamento aggiuntivo sul

⁶³ In tal senso, Cass. 3 marzo 2003, n. 3129, con specifico riferimento al caso del lavoratore, che abbia agito in giudizio per ottenere la declaratoria di illegittimità o inefficacia del licenziamento e l’ordine di reintegrazione nel posto di lavoro e secondo cui il sopravvenuto fallimento del datore di lavoro non fa venir meno la competenza del giudice del lavoro, né l’accoglimento delle domande è precluso dalla eventuale ammissione del lavoratore allo stato passivo del fallimento per il credito del trattamento di fine rapporto; non implicando la domanda di ammissione al passivo una rinuncia all’impugnazione del licenziamento, il quale, sino al suo annullamento ovvero alla sua dichiarazione di nullità o inefficacia, estingue il rapporto, facendo sorferire il diritto del lavoratore al trattamento di fine rapporto.

⁶⁴ Così Cass. 29 marzo 2011, n. 7129, in Italgire Web Civile, Rv. 616561.

⁶⁵ In tal senso, con specifico riferimento all’amministrazione straordinaria, nella disciplina precedente al d. Lgs. N. 270/1999: Cass. 25 febbraio 2009, n. 4547; Cass. 20 agosto 2013, n. 19271, in Italgire Web Civile, Rv. 628412. Più recentemente, anche in riferimento al fallimento, Cass. 6 ottobre 2017 n. 23416 in www.csdnroma.it.

quantum del risarcimento e non impone, quindi, lo scorporo della domanda per la preventiva verifica in sede di accertamento dello stato passivo avanti ai competenti organi della procedura concorsuale a tutela degli altri creditori, risultando totalmente inutile una verifica simile, idonea soltanto ad appesantire ingiustificatamente la durata del processo⁶⁶.

Tale assetto delle competenze processuali potrebbe risultare più complicato da delineare di fronte ai cambiamenti che la legislazione del lavoro ha apportato in tema di tutele previste per il lavoratore in caso di licenziamento nullo, annullabile o illegittimo che hanno visto ridursi l'area di operatività della reintegrazione nel posto di lavoro. A tal proposito una recente pronuncia del Tribunale di Taranto⁶⁷ ha evidenziato come il novellato art. 18 dello Statuto dei Lavoratori, distingue, da un lato una serie limitata di ipotesi in cui, accertata l'invalidità del licenziamento, il datore di lavoro è tenuto alla reintegrazione del lavoratore (commi 1, 2 e 4), dall'altro ipotesi in cui è previsto che il giudice *“dichiara risolto il rapporto di lavoro con effetto dalla data del licenziamento”* (commi 5, 6 e, per taluni casi, 7). In queste ultime, il recesso datoriale manterrebbe la propria efficacia, residuando esclusivamente conseguenze patrimoniali riconducibili alla condanna al pagamento di un'indennità risarcitoria onnicomprensiva in misura non predeterminata, bensì da calcolare tra un minimo e un massimo oggetto di discrezionale valutazione, da parte del giudice, dei parametri indicati nella stessa legge quali l'anzianità del lavoratore, il numero dei dipendenti occupati e le condizioni delle parti. Pertanto, osserva ancora il Tribunale di Taranto, *“nelle ipotesi in cui l'art. 18 novellato non prevede la possibilità di reintegrazione, ma sancisce solo un diritto di natura patrimoniale, peraltro individuato in una somma non fissa né automatica, ma discrezionalmente determinabile, la cognizione da parte del giudice del lavoro configura una violazione della par condicio creditorum, essendo perciò necessario un accertamento in sede concorsuale”*.

Conseguentemente, venendo meno l'elemento della tutela della reintegrazione nel precedente posto di lavoro all'interno dell'impresa fallita, la pronuncia di accertamento si porrebbe come un mero presupposto della pretesa al riconoscimento di un credito da esercitare nei confronti della “massa”, cui conseguirebbe la necessaria inclusione della stessa tra le “azioni derivanti dal fallimento” e l'attribuzione della competenza, nella sua integralità, al giudice fallimentare. Per contro, *“rimane al giudice del lavoro solo la*

⁶⁶ Cass., Sez. Lav., 25 Febbraio 2009, n. 4547 e, più recentemente, Cass., Sez. Lav., 29 Settembre 2016, n. 19308 in <http://www.italgiure.giustizia.it/sncass/>.

⁶⁷ Si fa riferimento a Trib. Taranto del 15 marzo 2017, in www.csdnroma.it.

cognizione delle impugnative di licenziamento il cui accoglimento consentirebbe la statuizione di un diritto alla reintegra nonché di un risarcimento danni in misura tale da non richiedere alcun ulteriore accertamento aggiuntivo relativamente al quantum e che, quindi, non implichi la necessità di una precedente verifica in sede concorsuale, cioè solo per le domande il cui eventuale accoglimento possa determinare l'applicabilità delle specifiche ipotesi di cui ai commi 1, 2 e 4 (e 7, per taluni casi) del nuovo art. 18”.

Da ultimo, si è espresso anche il Tribunale di Genova, con sentenza del 7 febbraio 2018, il quale ha stabilito che *“In caso di fallimento del datore di lavoro, la competenza funzionale del giudice del lavoro persiste, ad onta della procedura concorsuale, soltanto qualora la domanda proposta dal lavoratore non attenga soltanto a diritti patrimoniali da far valere sul patrimonio del fallito, ma sia volta a soddisfare anche l'interesse del lavoratore a tutelare la sua posizione all'interno dell'impresa fallita, sia per l'eventualità della ripresa dell'attività lavorativa, sia per tutelare i connessi diritti non patrimoniali, ed i diritti previdenziali, estranei all'esigenza della par condicio creditorum”.*

Conseguentemente, si può dunque osservare come tale regime sanzionatorio diversificato e, in particolare, l'indebolimento della tutela reale, nonché l'introduzione di un termine decadenziale per la proposizione delle relative domande, producano non soltanto effetti diretti, strettamente relativi alle conseguenze di un licenziamento illegittimo, ma altresì effetti indiretti, comportanti una più frequente competenza del giudice fallimentare la cui visione è ben più distante dalle istanze dei lavoratori.

Infatti, la formulazione delle domande, secondo il sistema graduato, dinanzi al Giudice del Lavoro comporta che se quest'ultimo ritenga accoglibile la sola domanda a contenuto risarcitorio, la medesima dovrebbe essere dichiarata improponibile o improcedibile, con obbligo del ricorrente di riproporla tempestivamente davanti al Tribunale Fallimentare⁶⁸.

Ciò che ne deriverebbe è, quindi, un rafforzamento delle pretese creditorie a scapito di un'ulteriore riduzione della tutela dei prestatori di lavoro. La questione, su questo argomento, è tutt'altro che risolta e si spera che la Giurisprudenza e il Legislatore possano attivarsi per fornire soluzioni che tengano conto delle incongruenze che emergono nella normativa e prassi applicativa.

⁶⁸ In tal senso Piccinni-Mancini, op. cit., 149.

5. UN “DIRITTO CONCURSUALE DEL LAVORO”, LINEE GUIDA E PROSPETTIVE DI RIFORMA SECONDO LA LEGGE DELEGA 155/2017 E IL DECRETO LEGISLATIVO 14/2019

In un quadro normativo povero di indicazioni specifiche ed inequivocabili come quello descritto nei precedenti paragrafi, da troppo tempo si rendeva necessario un progetto di riforma organica delle procedure concorsuali che perseguisse l’obiettivo di introdurre, finalmente, nel nostro ordinamento, una disciplina specificamente finalizzata a regolare la gestione dei rapporti di lavoro nell’ambito di esse e sistematizzare un *corpus* di regole fin troppo complesso e disorganico.

Ed infatti il Parlamento, nell’emanare la legge 19 ottobre 2017, n. 155, con la quale ha conferito al Governo la delega per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell’insolvenza, ha fornito in proposito all’organo esecutivo espresse indicazioni, sia nella parte riguardante i principi generali della riforma, sia nella parte riguardante i criteri direttivi più specificatamente riferiti alla procedura di liquidazione giudiziale (che nell’ottica della riforma è destinata a sostituire la procedura fallimentare).

Afferma infatti la lettera p) dell’articolo 1, ove appunto si declinano i principi generali ai quali il Governo è chiamato ad attenersi nel varare il proprio decreto delegato, che scopo della riforma deve essere quello di *“armonizzare le procedure di gestione della crisi e dell’insolvenza del datore di lavoro con le forme di tutela dell’occupazione e del reddito dei lavoratori che trovano fondamento nella Carta sociale europea, fatta a Strasburgo il 3 maggio 1996, ratificata ai sensi della legge 9 febbraio 1999, n. 30 e nella direttiva 2008/94/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2008, nonché nella direttiva 2001/23/CE del Consiglio, del 12 marzo 2001, come interpretata dalla Corte di giustizia dell’Unione europea”*. L’intenzione del legislatore è quella di addivenire ad un sistema normativo nazionale che, nel rispetto delle norme di matrice comunitaria, garantisca un corretto equilibrio fra esigenze di gestione dell’insolvenza e di tutela degli interessi della massa dei creditori e protezione dei diritti dei lavoratori, sia sotto il profilo della tutela del posto di lavoro sia sotto il profilo della garanzia del reddito.

Indicazioni più specifiche sugli obiettivi della riforma e sui criteri ai quali il Governo è chiamato ad attenersi sono rinvenibili nel comma 7 dell’articolo 7 L. 155/2017, norma specificatamente destinata ad indicare le linee guida in materia di procedura di liquidazione giudiziale. A tale proposito il legislatore delegante ha stabilito che *“La disciplina degli effetti della procedura sui rapporti di lavoro subordinato è coordinata con la legislazione*

vigente in materia di diritto del lavoro, per quanto concerne il licenziamento, le forme assicurative e di integrazione salariale, il trattamento di fine rapporto e le modalità di insinuazione al passivo”, con ciò evidenziando la necessità di prevedere, nell’ambito del sistema normativo riguardante la disciplina della procedura concorsuale di liquidazione giudiziale, disposizioni specificatamente destinate a regolare gli effetti di essa sui rapporti di lavoro. In particolare, l’indicazione è nel senso di elaborare un sistema normativo che non solo trovi i necessari punti di contatto e coordinamento con la normativa già vigente in ambito giuslavoristico per ciò che riguarda la gestione del rapporto di lavoro nell’ambito della procedura, la tutela dei crediti derivanti dal rapporto di lavoro e la disciplina del licenziamento intimato nell’ambito della liquidazione giudiziale, ma che consenta altresì di approntare a favore del lavoratore, coinvolto (suo malgrado) nella procedura concorsuale alla quale è assoggettato il suo datore di lavoro, forme di tutela del reddito tramite l’accesso ad ammortizzatori sociali a tal fine individuati.

Il d. Lgs. 12 gennaio 2019 n. 14, attuativo della legge 155/2017, suggella la tormentata azione di riforma del diritto concorsuale, finalizzando il passaggio al nuovo Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza (CCI)⁶⁹, che entrerà in vigore da agosto 2020 ad eccezione di alcuni articoli⁷⁰, e costituendo “una vera e propria innovazione culturale, oltre che di sistema, che inevitabilmente impatterà sulla posizione dei lavoratori”⁷¹.

Gli aspetti giuslavoristici oggetto in questo elaborato, presenti solo come proposito nella precedente Legge Fallimentare, con tale riforma assumono valore autonomo in norme dedicate, ma soprattutto trovano un riferimento al Titolo X, Capo IV, che azzarda un’opera di coordinamento tra la disciplina lavoristica e quella della crisi d’impresa, battezzando l’esordio del diritto concorsuale del lavoro, vera e propria materia abilitata, finalmente, a “brillare di luce propria”⁷².

Gli aspetti in questione non riguardano solamente l’area della gestione dei rapporti di lavoro in corso al momento della determinazione della crisi o dell’insolvenza, ma chiariscono

⁶⁹ Che tuttavia è suscettibile di ulteriori aggiustamenti in virtù della delega conferita al Governo con la Legge 8 marzo 2019, n. 20.

⁷⁰ G. Vona, *I rapporti di lavoro ed il nuovo Codice delle Crisi d’Impresa e dell’Insolvenza*, in *Il Sole 24 Ore*, 28 marzo 2019, in relazione al trattamento NASpl scrive che “Tuttavia, non si comprende perché questa norma (art.190 CCI) non sia fra quelle che sono già entrate in vigore; non vi è un valido motivo perché questa disposizione non sia stata ritenuta di immediata applicazione: vi è un vuoto legislativo (e soprattutto economico per i lavoratori) che appare assolutamente irragionevole”.

⁷¹ In tal senso L. D’Arcangelo, *Prime riflessioni sulla tutela del lavoratore nella riforma della crisi d’impresa*, in *Lavoro Diritti Europa*, numero 2/2019, 2.

⁷² R. Giroto, *Divagazioni giuslavoristiche nella riforma della crisi d’impresa*, articolo pubblicato in www.eclavoro.it, 10 aprile 2019, 1.

diverse posizioni dubbie che, dalla riforma del 2006 in poi, hanno trovato soddisfazione in soluzioni di fortuna, costringendo talvolta curatori e giudici delegati a ergersi quali interpreti dallo spunto più creativo che applicativo; condotta questa non sempre dimostratasi rispettosa dei principi di certezza del diritto⁷³.

5.1. VERSO UN NUOVO CONCETTO DI “CRISI D’IMPRESA” A LIVELLO EUROPEO

Innanzitutto, l’art. 2, comma 1, lett. a), d. lgs n. 14/2019 fornisce all’interprete una chiave di lettura della crisi d’impresa nuova e diversa definendo, infatti, la “crisi” come lo “*stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l’insolvenza del debitore, e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici*”. Questo consente, per la prima volta, di identificare dal punto di vista ontologico la situazione di crisi e di separarla dalla distinta nozione di “insolvenza”, a sua volta definita, alla successiva lett. b), del medesimo comma 1, come “*inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni*”⁷⁴. In questo senso la crisi si identifica nella condizione di probabilità futura dell’insolvenza, a fronte, cioè, di uno stato in cui i pagamenti non sono ancora cessati o comunque sono in procinto di cessare. A ben vedere, già l’intitolazione stessa del testo di riforma “*Codice della crisi dell’impresa e dell’insolvenza (...)*”, essendo impostata sulla distinzione fra i due termini, dimostra l’*intentio legis* di apprestare tutela all’impresa che si trova in una situazione economica e finanziaria di difficoltà iniziale tale da prospettare con verosomiglianza il verificarsi, nel breve-periodo, della condizione di insolvenza⁷⁵.

Il fattore “tempo” assume un rilievo fondamentale nella riforma del 2019 e cambia i connotati culturali della vigente disciplina delle procedure concorsuali segnando il passaggio dal vecchio criterio dell’emergenza al principio della prevenzione. Questo può evincersi in più di una delle disposizioni dell’articolato normativo, globalmente volte a favorire, in maniera esplicita, l’emersione anticipata della crisi d’impresa. A tal fine il legislatore ha predisposto una serie di strumenti funzionali a rivelare anticipatamente la

⁷³ In tal senso R. Girotto, op. cit., 1.

⁷⁴ L’attuale comma 3 dell’art. 160 della legge fallimentare, in un rapporto di *genus a species* specifica che “...per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza”.

⁷⁵ D’Arcangelo, op.cit., 2.

crisi: le procedure di allerta e di composizione assistita della crisi contemplati nel titolo II, capo I, agli articoli 12 e seguenti⁷⁶.

Ciò porta a ribadire che le novità contenute nella disciplina della riforma, se da un lato presentano il carattere di enunciazioni di principio, dall'altro pongono le basi per un modello di crisi d'impresa teso a valorizzare il bene-impresa come entità a sé stante, non più mera proiezione dell'imprenditore, bensì come complesso di beni e di mezzi disgiunto dalla titolarità imprenditoriale che rileva in una fase anteriore a quella dell'insolvenza vera e propria, che possiamo individuare nella pre-insolvenza⁷⁷. La strada lentamente intrapresa dal legislatore italiano è quella verso il ripristino della concezione pubblicistica di impresa e di intervento dello Stato che si basava sulla idea della conservazione dell'impresa e della salvaguardia dell'interesse pubblico dell'occupazione. Tale impostazione si fondava sul recupero della capacità produttiva dell'azienda, e ha dominato intorno alla seconda metà degli anni '70 prevalendo sull'altra linea di politica legislativa, cd. privatistica, incentrata sulla protezione dell'interesse creditorio. Stando così le cose, sarebbe opportuno pensare ad un uso alternativo delle procedure concorsuali, di fatto calibrandole non più soltanto sul soddisfacimento dei creditori, bensì anche sulla tutela dei lavoratori, sulla considerazione della continuità aziendale come valore-fine teso alla tutela del bene occupazione invece che come valore-mezzo volto prevalentemente alla soddisfazione delle posizioni creditorie.

È evidente, difatti, che la risoluzione anticipata della crisi, puntando a salvare l'impresa, può sortire una reale efficacia per la conservazione dei posti dei lavoratori, dovendo ritenersi implicito nel concetto di "beni organizzati" di cui all'art. 2555 c.c. che definisce l'azienda "*il complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa*" anche la forza lavoro impiegata⁷⁸.

L'impostazione assunta dal legislatore nazionale nel Codice della crisi e dell'insolvenza è coerente con quanto stabilito a livello europeo, in particolare con la direttiva 2019/1023, integrativa del regolamento sull'insolvenza 2015/848, la quale ha completato l'iter legislativo che ha portato in dotazione ai paesi aderenti all'Unione europea un quadro giuridico armonizzato con la finalità di fornire alle imprese, in difficoltà finanziarie ma

⁷⁶ La commissione Rordorf ha infatti fondato l'elaborazione di strumenti *early warning*, di cd. allerta precoce, in grado, cioè, di cogliere i segnali iniziali di una eventuale cattiva *performance* dell'impresa.

⁷⁷ M. Fabiani, *Etica, legalità e crisi d'impresa tra diritto ed economia al tempo delle riforme*, in *Il Fallimento*, 2017, pag. 1262 citato in D'Arcangelo, op.cit., 2.

⁷⁸ In tal senso D'Arcangelo, op. cit., 4.

economicamente sostenibili, la possibilità di ristrutturarsi in una fase precoce ed evitare l'insolvenza, diffondendo la cultura della "seconda possibilità"⁷⁹.

La direttiva ha chiaramente indicato (considerando n. 1) l'obiettivo di contribuire al corretto funzionamento del mercato interno rimuovendo gli ostacoli all'espansione e agli investimenti transfrontalieri, che derivano dalle differenze tra le varie procedure nazionali in materia di ristrutturazione preventiva, insolvenza, esdebitazione e interdizioni e garantendo alle imprese e agli imprenditori sani che sono in difficoltà finanziarie la possibilità di accedere a soluzioni efficaci in materia di ristrutturazione preventiva che consentano loro di continuare a operare, agli imprenditori onesti insolventi o sovra-indebitati di poter beneficiare di una seconda opportunità mediante l'esdebitazione dopo un ragionevole periodo di tempo, e a conseguire una maggiore efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione, in particolare attraverso una riduzione della loro durata⁸⁰.

5.2. LA SORTE DEI RAPPORTI DI LAVORO NEL NUOVO CODICE DELLA CRISI D'IMPRESA E DELL'INSOLVENZA

L'art. 172 CCI, la cui rubrica è denominata rapporti pendenti, stabilisce, al pari dell'art. 72, l. Fall., la sospensione dei rapporti contrattuali le cui prestazioni non sono state eseguite neppure parzialmente.

La novità nella materia lavoristica è costituita dall'introduzione di un'ampia ed articolata norma racchiusa nell'art. 189 CCI, volta a disciplinare specificatamente gli effetti della procedura di liquidazione giudiziale sui rapporti di lavoro subordinato pendenti al momento di apertura della procedura e nel corso di essa.

La disposizione si apre statuendo che "*L'apertura della liquidazione giudiziale nei confronti del datore di lavoro non costituisce motivo di licenziamento*". La dichiarazione ripropone, di fatto, la previsione dell'art. 2119, comma 2, c.c. per cui "*il fallimento non costituisce giusta causa di licenziamento*", chiarendo in termini più aderenti all'attuale

⁷⁹ F. Lozzi, *Crisi d'impresa: nuove regole dall'UE per gli imprenditori in difficoltà*, articolo pubblicato in IPSOA Quotidiano, 28 giugno 2019, pp. 1-3.

⁸⁰ Secondo gli indicatori della Banca mondiale (indice Doing Business 2016), è emerso che i tassi di recupero nell'UE variano tra il 30% e il 90%. I tassi di recupero più elevati si manifestano nelle economie in cui risulta più diffusa la procedura di ristrutturazione rispetto a quella liquidatoria: mediamente, nelle prime, i creditori possono attendersi di recuperare l'83% dei loro crediti, contro una media del 57% delle seconde.

contesto normativo che l'apertura della liquidazione giudiziale non integra di per sé un motivo di licenziamento.

Il secondo capoverso del comma 1 continua stabilendo che *“I rapporti di lavoro subordinato in atto alla data della sentenza dichiarativa restano sospesi fino a quando il curatore, con l'autorizzazione del giudice delegato, sentito il comitato dei creditori, comunica ai lavoratori di subentrarvi, assumendo i relativi obblighi, ovvero il recesso”*. A ben vedere, sotto questo profilo, non c'è una particolare innovazione⁸¹ tant'è che risulta così confermata la scelta di assoggettare i rapporti di lavoro pendenti al regime della sospensione, come già previsto, secondo l'analizzata interpretazione più diffusa ed accreditata in giurisprudenza, dall'articolo 72 l. Fall. Il legislatore del Codice della crisi e dell'insolvenza ha ritenuto, inoltre, che anche il contratto di lavoro sia tra quelli per i quali al curatore deve essere riconosciuto uno *spatium deliberandi* al fine di considerare se sia più opportuno e conveniente per la procedura subentrare nel rapporto ovvero sciogliersi dallo stesso. Va da sé che tale valutazione non è fine a sé stessa, ma è strumentale, nella quasi totalità dei casi, all'esercizio dell'impresa in via diretta, attraverso l'esercizio provvisorio (disciplinato dal legislatore della riforma dall'art. 211, CCI), ovvero in via indiretta mediante affitto o vendita dell'azienda o di un suo ramo (art. 212, CCI)⁸².

La sospensione del rapporto nelle more della decisione del curatore comporta il congelamento di ogni istituto contrattuale, primo tra tutti la retribuzione corrente, ma anche le ferie, i permessi, le mensilità aggiuntive, il trattamento di fine rapporto e ogni altro istituto connesso con l'anzianità aziendale. Ciò si ricava dallo stesso art. 189, che al comma 2 stabilisce che *“Il recesso del curatore dai rapporti di lavoro subordinato sospesi ai sensi del comma 1 ha effetto dalla data di apertura della liquidazione giudiziale. Il subentro del curatore nei rapporti di lavoro subordinato sospesi decorre dalla comunicazione dal medesimo effettuata ai lavoratori”*. Conseguentemente, perdura il problema della mancanza di retribuzione e di qualsivoglia indennità a favore dei lavoratori in balia della decisione del curatore, anche qualora venisse esercitato il recesso, che, per espressa previsione normativa, retroagisce alla data della dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale. Infatti, per quanto la mancanza della prestazione lavorativa certamente non dipende dalla volontà del lavoratore, quest'ultimo si trova senza retribuzione o altre indennità di cassa integrazione

⁸¹ In tal senso A. Pandolfo, *Codice della crisi: Liquidazione giudiziale e rapporti di lavoro*, articolo pubblicato in www.lavorosi.it, 17 giugno 2019, 2.

⁸² Bonetti-Scaini, op. cit., 1064.

(attesa la già descritta abrogazione dell'art. 3, comma 1, legge n. 223/1991) e, potenzialmente, per un periodo di quattro mesi dalla data di apertura della liquidazione giudiziale, termine massimo previsto dal comma 3, art. 189, decorso il quale, senza che il curatore abbia comunicato il subentro, il rapporto di lavoro si intende risolto di diritto. Si deve tra l'altro tenere in considerazione che spesso i lavoratori dell'azienda dichiarata in liquidazione giudiziale pervengono già da mesi di omesse o parziali percezioni delle retribuzioni.

Oltretutto va evidenziato che il lavoratore non può nemmeno ripiegare sulle dimissioni per uscire da questo limbo, in quanto così facendo non andrebbe a percepire la NASpI, spettante solo laddove ricorra la giusta causa: in tale senso l'art. 189, comma 5, CCI prevede testualmente che solamente il decorso dei quattro mesi dall'apertura della liquidazione giudiziale consente *ex lege* di considerare le dimissioni fondate su giusta causa. Né, allo stato, il lavoratore può utilmente avvalersi dell'*actio interrogatoria* prevista dall'art. 172, comma 2, vale a dire della richiesta da parte del lavoratore al giudice delegato di fissare un termine non superiore a sessanta giorni entro il quale deliberare il recesso o il subentro, decorso il quale il contratto si intende risolto: non solo e non tanto per la dubbia applicabilità di tale norma al rapporto di lavoro, stante la specialità delle previsioni contenute nell'art. 189, quanto perché in ogni caso il successivo art. 190⁸³ prevede l'accesso alla NASpI solo nelle ipotesi di cessazione, anche *ipso iure* del rapporto, previste ai sensi dell'art. 189, Codice della crisi e dell'insolvenza. Era stato suggerito, durante i lavori preparatori, di anticipare la NASpI al periodo di "sospensione", considerato che in pendenza di una scelta da parte del curatore i lavoratori rimangono privi di retribuzione, di copertura contributiva, non possono dimettersi per i primi quattro mesi e non possono mettere in mora il curatore, ma tale proposta non ha trovato accoglimento⁸⁴.

In questa prospettiva le richieste dei lavoratori e delle Organizzazioni Sindacali saranno orientate, presumibilmente, nel senso di sollecitare il curatore a un rapido recesso, al fine di poter conseguire nel minor tempo la NASpI e ricercare nel mercato una rioccupazione, salvo che vi sia una pronta soluzione di continuità diretta o indiretta dell'attività aziendale.

⁸³ L'art. stabilisce che "La cessazione del rapporto di lavoro ai sensi dell'art. 189 costituisce perdita involontaria dell'occupazione ai fini di cui all'art. 3 del D.Lgs. 4 marzo 2015, n. 22 e al lavoratore è riconosciuto il trattamento NASpI a condizione che ricorrano i requisiti di cui al predetto articolo, nel rispetto delle altre disposizioni di cui al D.Lgs. n. 22 del 2015".

⁸⁴C. Bovenga, *I rapporti di lavoro nella liquidazione giudiziale*, articolo pubblicato in www.wikilabour.it, pag. 3.

L'art. 189, comma 2, infine, obbliga il curatore, entro 30 giorni dalla nomina, a trasmettere all'Ispettorato territoriale del lavoro l'elenco dei dipendenti dell'impresa in forza al momento dell'apertura della liquidazione (su istanza del curatore il termine può essere prorogato dal giudice delegato di ulteriori 30 giorni quando l'impresa occupa più di 50 dipendenti), all'evidente fine di consentire all'organo pubblicistico di monitorare la situazione occupazionale e, se del caso di dar corso agli opportuni interventi.

5.3. PRESUPPOSTI E FORMA DEL RECESSO DA PARTE DEL CURATORE

Il successivo tema sul quale interviene il testo licenziato dalla Commissione Rordorf riguarda ancora la problematica del recesso, ed in particolare fornisce al curatore le indicazioni su come agire in proposito; argomento certamente ancora oggi delicato, posto che, come detto, dell'apertura della procedura il rapporto di lavoro continua ad essere assoggettato al regime della sospensione con tutte le conseguenze che ne derivano per il lavoratore. Nell'affrontare il problema il legislatore della riforma prospetta due situazioni alternative: quella in cui si manifesti la possibilità di prosecuzione dell'attività di impresa e/o di trasferimento dell'azienda (o ramo di essa) a terzi, e quella in cui invece tale prospettiva manchi del tutto. In tale seconda ipotesi, o comunque quando sussistano manifeste ragioni economiche inerenti all'assetto dell'organizzazione del lavoro, ai sensi del comma 3 dell'art. 189, il curatore è tenuto a comunicare "senza indugio" il proprio recesso dai rapporti di lavoro subordinato pendenti. La risoluzione deve essere comunicata per iscritto.

Inoltre, la norma considera anche l'eventuale silenzio della curatela e prevede un termine, stabilito in quattro mesi dalla data di apertura della liquidazione giudiziale, decorso il quale senza che il curatore abbia comunicato il subentro "*i rapporti di lavoro subordinato che non siano già cessati si intendono risolti di diritto con decorrenza dalla data di apertura della liquidazione giudiziale*". Risulta quindi confermata, in forme analoghe a quanto già previsto dall'articolo 72 l. Fall. la possibilità che il rapporto di lavoro si scioglia per una causa diversa dal recesso unilaterale di una delle parti del rapporto (licenziamento intimato dal curatore o dimissioni del lavoratore) ed operante invece per legge al verificarsi delle condizioni dalla stessa indicate. La differenza sostanziale sta nel fatto che la fattispecie fa venir meno la necessità per il lavoratore di mettere in mora il curatore, ma è direttamente collegata al decorso del termine di quattro mesi.

All'ottavo comma, la norma, considerando le ipotesi del recesso del curatore, conferma che al lavoratore con rapporto di lavoro a tempo indeterminato spetta l'indennità di mancato preavviso. Tale indennità viene espressamente considerata quale credito anteriore all'apertura della liquidazione giudiziale, al pari del trattamento di fine rapporto, quindi come credito privilegiato ai sensi dell'art. 2751*bis* c.c.

5.4. LA POSSIBILITA' DI RIPRESA E DI TRASFERIMENTO DELL'AZIENDA A TERZI

La disciplina è, ovviamente, diversa nel caso in cui emergano prospettive di ripresa dell'attività aziendale ovvero di trasferimento a terzi dell'azienda, valutazione che il comma 4 demanda al curatore ovvero al Direttore dell'Ispettorato territoriale del lavoro (informato dal Curatore conformemente a quanto previsto dal comma 2). Quest'ultima legittimazione appare alquanto singolare e sorprendente, se si considera "la scarsa abitudine (e forse anche attitudine) di tale organo a rendersi protagonista di valutazioni di merito imprenditoriale e ad assumersi la responsabilità di scelte che possono avere serie conseguenze sulla sorte dei rapporti di lavoro pendenti"⁸⁵.

Laddove il curatore o il direttore dell'ITL ravvisino prospettive di prosecuzione dell'attività e/o di trasferimento a terzi dell'azienda, essi "*possono chiedere al giudice delegato, con istanza da depositarsi presso la cancelleria del tribunale, a pena di inammissibilità, almeno quindici giorni prima della scadenza del termine di cui al comma 3, una proroga del medesimo termine*". Così facendo si assumono una responsabilità tutt'altro che irrilevante, ove si consideri che qualora il curatore non proceda al subentro nei rapporti di lavoro ovvero all'intimazione del licenziamento entro il termine prorogato dal giudice delegato, tali rapporti "*si intendono risolti di diritto con decorrenza dalla data di apertura della liquidazione giudiziale*" e fin qui nessun pregiudizio deriverebbe per la massa dei creditori; tuttavia, a favore dei lavoratori il cui rapporto cessa all'esito della proroga, è riconosciuto il diritto ad ottenere "*un'indennità non assoggettata a contribuzione previdenziale di*

⁸⁵ In tal senso L. A. Cosattini, op. cit., 13. Sul ruolo assegnato al ITL anche P. Bonetti-F. Scaini, op. cit., 1064 i quali affermano "*Del tutto innovativamente il Codice della crisi introduce nello scenario l'Ispettorato Territoriale del Lavoro, per il quale sembra venga delineata una funzione di mero monitoraggio (di dubbia efficacia e utilità considerata la natura e i poteri di tale organo) nell'ambito della possibile continuità aziendale laddove il curatore non abbia, nel termine dei 4 mesi, già provveduto di per sé al subentro nei rapporti di lavoro o alla relativa cessazione, promuovendo la richiesta al giudice delegato*"; ed anche M. Lazzaroni, *Crisi d'impresa: come gestire i rapporti di lavoro nella liquidazione giudiziale*, in IPSOA Quotidiano, 13 aprile 2019, 1, ritiene "*Del tutto peculiare rispetto alle norme precedenti è il ruolo attribuito al direttore dell'Ispettorato del lavoro*".

importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a due e non superiore a otto mensilità, che è ammessa al passivo come credito successivo all'apertura della liquidazione giudiziale". Matura quindi a favore di ciascuno dei lavoratori il cui "congelamento" si è prorogato, in conseguenza del fatto che il curatore o il direttore dell'ITL hanno rilevato la possibilità di prosecuzione dell'attività o di trasferimento dell'azienda, un'indennità che, per espressa previsione normativa, è ammessa al passivo come credito successivo all'apertura della liquidazione giudiziale, e, quindi, va considerata in prededuzione rispetto agli altri crediti⁸⁶. Data la portata della conseguenza ai danni della massa dei crediti da soddisfare in prededuzione, è legittimo attendersi che i curatori e i direttori degli ITL competenti saranno molto cauti, richiedendo la proroga solo ove le prospettive di prosecuzione o trasferimento siano davvero concrete.

Va evidenziato che analoga istanza di proroga può essere avanzata, personalmente o a mezzo di difensore munito di procura, anche dai singoli lavoratori producendo però in tal caso effetto solo nei loro confronti.

In realtà però, quanto fin qui illustrato, pare destinato ad avere una limitatissima applicazione e, con riguardo all'indennità prevista, la stessa risulterà assai improbabile dal momento che dal punto di vista dei lavoratori questi troverebbero maggiori garanzie in una risoluzione del rapporto di lavoro che permetterebbe loro l'accesso agli ammortizzatori e il potenziale rientro nel mercato del lavoro, mentre il criterio di parametrizzazione predefinito nel *range* tra minimo due e massimo otto mensilità e collegato alla anzianità aziendale in luogo della durata della proroga della sospensione rischia di non compensare adeguatamente e secondo equità le necessità alimentari del lavoratore. Nell'ottica prospettica del curatore questi, molto prevedibilmente, si attiverà per il recesso o per il subentro prima della scadenza del termine prorogato invece che farsi carico di un processo particolarmente complesso e con una durata oggettivamente troppo lunga e soprattutto in contrasto con gli obiettivi di celerità delle procedure concorsuali contenuti nella novella legislativa⁸⁷.

Qualora dovessero verificarsi le suddette ipotesi il Giudice Delegato, tenendo conto delle prospettive di ripresa delle attività o di trasferimento dell'azienda, può assegnare al curatore

⁸⁶ Il Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza ha voluto considerare il profilo retributivo dei lavoratori nella sola ipotesi in cui si verifichi tale proroga del termine di sospensione.

⁸⁷ In tal senso M. Lazzaroni, op. cit., 2; anche P. Bonetti-F. Scaini, op. cit., 1065.

un termine di durata compresa fra quattro e otto mesi per decidere se subentrare nel rapporto ovvero esercitare il recesso: il termine ulteriore decorre dalla data del deposito del provvedimento in cancelleria e viene comunicato immediatamente al curatore e agli eventuali altri istanti.

Pertanto, considerato il termine ordinario di 4 mesi entro il quale al curatore è concessa la facoltà di valutare il subentro o il recesso e l'ulteriore proroga prevista in caso di possibile continuazione dell'attività aziendale, la sospensione dei rapporti di lavoro può permanere fino a un massimo di 12 mesi.

In tale situazione interviene a soccorso il comma 5, riconoscendo al dipendente che non è disposto a rimanere sospeso per un periodo superiore a quattro mesi, di dimettersi per giusta causa ai sensi dell'art. 2119 c.c., e consentendo così di maturare il diritto all'indennità sostitutiva del preavviso da considerare come credito anteriore all'apertura della liquidazione (e quindi da collocarsi in privilegio ai sensi dell'art. 2751**bis** c.c. e non credito prededucibile), e di poter richiedere la NASpI.

5.5. IL LICENZIAMENTO COLLETTIVO DISPOSTO DAL CURATORE; L'ESCLUSIONE PER L'AMMINISTRAZIONE STRAORDINARIA

Il sesto comma si occupa di disciplinare l'ipotesi in cui il curatore si trovi nella condizione di dover dar corso ad una procedura di licenziamento collettivo ai sensi degli articoli 4 e 24 della legge 23 luglio 1991 n. 223, confermando che sono quelle richiamate le fonti destinate a regolarlo. Per essa il testo della riforma prevede una procedura che ricalca in larga parte quella ordinaria disciplinata dall'articolo 4 della legge 223/2001, ma con alcune semplificazioni.

Le disposizioni contenute nei punti da a) e g) del 6° comma dell'art. 189, sostituiscono quanto previsto ai commi da 2 a 8 dell'art. 4 della l. n. 223/91.

La differenza sostanziale tra la procedura prevista dall'art. 4 della l. n. 223/91 e quanto disposto dalla normativa in esame è la durata complessiva della stessa procedura. In base al comma 6 dell'art. 189 essa si dovrebbe concludere nei quaranta giorni dal ricevimento della comunicazione fatta dal curatore per l'apertura della procedura di licenziamento collettivo. La consultazione con le rappresentanze sindacali si intende comunque conclusa decorsi 10 giorni dalla convocazione per l'esame congiunto, anche se non è stato raggiunto l'accordo, salvo una proroga di altri 10 giorni autorizzata dal giudice delegato. Invece, la durata

massima complessiva della procedura prevista dall'art. 4 della l. n. 223/91 è di 75 giorni, comprensiva delle due fasi, quella sindacale e quella amministrativa.

Risulta di difficile interpretazione l'enunciato del punto c) del sesto comma che recita: *“l'esame congiunto può essere convocato anche dall'Ispettorato territoriale del lavoro nel solo caso in cui l'avvio della procedura di licenziamento collettivo non sia stato determinato dalla cessazione dell'attività dell'azienda o di un suo ramo”*. Per non generare confusioni, era auspicabile un'espressa specificazione del solo caso per il quale l'Ispettorato del lavoro può convocare l'esame congiunto⁸⁸.

Con il punto e) il legislatore ha voluto specificare che quanto previsto al comma 6 si applica si applica anche ai dirigenti⁸⁹, mentre, a sua volta, il comma 7 precisa che le disposizioni del comma 6 non si applicano nelle procedure di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi.

5.6. IL PROSEGUIMENTO DEI RAPPORTI DI LAVORO NELL'ESERCIZIO PROVVISORIO

L'ultimo comma dell'articolo 189 CCI tratta dell'ipotesi in cui sia stato disposto l'esercizio provvisorio, a sua volta disciplinato dall'articolo 211. La disposizione ricalca quanto già in precedenza risultava pacifico, e cioè che in tal caso i rapporti di lavoro subordinato pendenti proseguono regolarmente con applicazione delle normali regole giuslavoristiche, assumendo il curatore la veste di datore di lavoro.

La formulazione della norma desta dei dubbi per ciò che riguarda la qualificazione e la conseguente collocazione dei crediti del lavoratore al passivo del fallimento; ed infatti in considerazione del fatto che in caso di esercizio provvisorio il curatore subentra ad ogni effetto di legge nel rapporto di lavoro, e quest'ultimo diventa dunque a tutti gli effetti un rapporto i cui oneri non possono che ricadere sull'attivo fallimentare in prededuzione, sembrerebbe corretto ritenere che come debiti della massa con diritto alla prededuzione debbano essere qualificati, oltre che le retribuzioni e gli oneri contributivi correnti maturati nel corso dell'esercizio provvisorio, anche l'indennità sostitutiva del preavviso maturata in occasione della cessazione del rapporto e le quote di TFR maturate nel corso dell'esercizio

⁸⁸ In tal senso M. Lazzaroni, op. cit., 2.

⁸⁹ Sempre Lazzaroni, op. cit., 2, ritiene però *“che poteva non essere specificata dopo l'emanazione della cosiddetta legge Europea 2013-bis che si è resa necessaria per chiudere una procedura di infrazione aperta dall'Europa nei confronti dell'Italia, la quale, nel recepire la direttiva europea sui licenziamenti collettivi, non aveva incluso la categoria dei dirigenti”*.

provvisorio. Appare quindi di non facile interpretazione, il richiamo all'applicabilità del comma 8 dell'articolo 189, che ne prevede invece la collocazione come debiti anteriori all'apertura della procedura di liquidazione giudiziale e quindi come crediti privilegiati ex art. 2751*bis* c.c.⁹⁰.

5.7. CONCORDATO IN CONTINUITA' AZIENDALE E RAPPORTI DI LAVORO

Tra le novità di maggior interesse contenute nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza emerge senz'altro il concordato con continuità aziendale disciplinato dai commi 2 e 3 dell'art. 84 CCI.

Il legislatore, in particolar modo, ha chiarito come la continuità aziendale debba essere intesa non già in senso soggettivo, bensì oggettivo, richiedendo la prosecuzione dell'attività d'impresa anche dopo la conclusione della procedura di concordato a prescindere dall'identità dell'imprenditore⁹¹. Il Codice, sulla scorta di quanto già previsto nella legge fallimentare, garantisce la prosecuzione dell'attività aziendale anche mediante la salvaguardia dei livelli occupazionali.

Al comma 2 il legislatore ha innanzitutto introdotto un limite minimo di personale da trasferire affinché il concordato, nell'ipotesi di continuità indiretta, possa considerarsi appunto in continuità. La disposizione in esame impone al terzo cessionario di mantenere o riassumere un numero di lavoratori pari ad almeno la metà della media di quelli che erano in forza nei due anni antecedenti la data di deposito del ricorso e di mantenere questo numero per almeno un anno dall'omologazione. A tal proposito in dottrina sono state sollevate delle critiche circa l'introduzione di un limite minimo di dipendenti da trasferire: si ritiene che questo costituirebbe un disincentivo per eventuali cessionari che potrebbero essere scoraggiati dai costi aziendali. La critica non è del tutto priva di fondamento, ma va comunque ricordato che è proprio per evitare l'effetto disincentivante che è stato introdotto un relativamente breve limite temporale all'obbligo di mantenimento del numero minimo di lavoratori da trasferire o riassumere e, cioè, quello di un anno dall'omologazione del concordato.

⁹⁰ L. A. Cosattini, op. cit., 15.

⁹¹ G. Brassanelli, *Concordato in continuità: aumentano le tutele per la salvaguardia dell'occupazione*, articolo pubblicato in IPSOA Quotidiano, 7 Maggio 2019, pag. 1.

Inoltre, il menzionato articolo distingue le diverse figure di concordato indicando quale principale criterio di riferimento la provenienza delle risorse utilizzate per il soddisfacimento dei creditori. È definito concordato con continuità aziendale il concordato che trae le risorse destinate al soddisfacimento dei creditori in misura rilevante dai proventi della prosecuzione dell'attività imprenditoriale, mentre è concordato liquidatorio quello che utilizza il ricavato della liquidazione del patrimonio. La norma richiede un'attività funzionale ad assicurare il ripristino dell'equilibrio economico finanziario in modo da assicurare che, una volta soddisfatti i creditori, l'impresa sia in grado di riposizionarsi adeguatamente nel mercato.

Più precisamente, al comma 3 dell'art.84 CCI è stabilito che i creditori, nel concordato tanto con continuità diretta quanto indiretta, devono essere soddisfatti prevalentemente con il ricavato della continuità aziendale, ma viene specificato altresì che la prevalenza è sempre sussistente qualora i ricavi per i primi due anni di attuazione del piano derivino da un'attività d'impresa alla quale sono addetti un numero di lavoratori pari ad almeno la metà della media di quelli in forza nei due esercizi antecedenti il deposito del ricorso.

L'introduzione di tali commi sancisce dunque il recepimento di quelle tesi dottrinali e giurisprudenziali che riconoscevano nel concordato aziendale anche una funzione sociale e di salvaguardia dell'occupazione; oggi la tutela dei posti di lavoro è debitamente tenuta in considerazione al punto da pregiudicare la continuità di un concordato: o transitano un certo numero di lavoratori o il concordato non può considerarsi in continuità⁹².

Nonostante si sia in presenza di due novità importanti e di due "conquiste" per i giuslavoristi, la funzione di salvaguardia dei livelli occupazionali non deve e non può prevalere su quella principale del concordato preventivo (e della procedura in generale) e cioè il miglior soddisfacimento dei creditori. Non a caso l'art. 84 CCI si apre proprio precisando che la finalità del concordato preventivo è la realizzazione del soddisfacimento dei creditori mediante la continuità aziendale o la liquidazione del patrimonio.

⁹² G. Brassanelli, op. cit., 3; Bovenga, op. cit., 5.

Capitolo terzo
LA DISCIPLINA DEI CREDITI DI LAVORO NELLE PROCEDURE
CONCORSUALI

1. I CREDITI DI LAVORO SUBORDINATO COME CREDITI PRIVILEGIATI

Nei precedenti capitoli si è preso in considerazione la posizione e la tutela del lavoratore nella sua qualità di elemento dell'organizzazione dell'impresa insolvente, d'ora in poi oggetto d'analisi sarà il modo in cui l'ordinamento protegge i suoi crediti.

È pacifico che, in ragione della tutela di rango costituzionale del lavoro (art. 35 Cost.) e del suo corrispettivo (art. 36. Cost.), i crediti maturati dal lavoratore subordinato nell'esecuzione della prestazione beneficiano di una peculiare tutela destinata ad incidere anche sull'esecuzione delle procedure concorsuali e, dunque, sui rapporti con gli ulteriori creditori dell'impresa fallita¹.

Con l'art. 2751bis c.c. si ritiene il legislatore miri ad attuare detti principi costituzionali di tutela del lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni². Infatti, la norma prevede sette tipologie di crediti traenti origine da un'attività lavorativa, a diverso titolo prestata, che, per loro stessa natura di crediti destinati a soddisfare le esigenze di sostentamento del lavoratore, sono considerate meritevoli di una protezione rafforzata e cui viene riconosciuto un privilegio generale sui mobili del debitore³. Tali categorie, poi, sono poste in una rigida graduatoria a cui l'art. 2777 c.c. assegna un ordine di preferenza.

¹ M. Marazza, *La garanzia dei crediti di lavoro nell'impresa insolvente*, in Garofalo D., Marazza M., *Insolvenza del datore di lavoro e tutele del lavoratore*, Torino, Giappichelli, 2015, pp. 83 ss.

² Tra gli altri, V. Galgano, intervento al Convegno di Trento del 26 novembre 2001 su "Riforma del diritto societario, il nuovo assetto della cooperazione regionale", in www.legacoop.it; V. Napoleoni, *Il privilegio dei crediti delle società cooperative di produzione e di lavoro*, in *Dir. Fall.*, 1994, p. 1059; G. Bozza-G. Schiavon, *L'accertamento dei crediti nel fallimento e le cause di prelazione*, Milano, 1992, p. 594 ss; G. Tucci, *I privilegi*, 1997, p. 520 citati in M. Marazza, op. cit., 85.

³ L'art 2751bis c.c., dispone che "Hanno privilegio generale sui mobili i crediti riguardanti:

1) le retribuzioni dovute, sotto qualsiasi forma, ai prestatori di lavoro subordinato e tutte le indennità dovute per effetto della cessazione del rapporto di lavoro, nonché il credito del lavoratore per i danni conseguenti alla mancata corresponsione, da parte del datore di lavoro, dei contributi previdenziali ed assicurativi obbligatori ed il credito per il risarcimento del danno subito per effetto di un licenziamento inefficace, nullo o annullabile; 2) le retribuzioni dei professionisti, compresi il contributo integrativo da versare alla rispettiva cassa di previdenza ed assistenza e il credito di rivalsa per l'imposta sul valore aggiunto, e di ogni altro prestatore d'opera intellettuale dovute per gli ultimi due anni di prestazione; 3) le provvigioni derivanti dal rapporto di agenzia dovute per l'ultimo anno di prestazione e le

Suddette disposizioni tutelano, in via prioritaria rispetto ad ogni altro credito privilegiato, i prestatori di lavoro subordinato, cioè coloro che si obbligano mediante retribuzione a collaborare all'impresa, prestando il proprio lavoro intellettuale o manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore (art. 2094 c.c.).

In particolare, al n.1 dell'art 2751*bis* sono collocati, con priorità rispetto agli altri crediti anche privilegiati previsti dalla medesima disposizione, tutti quei crediti derivanti dal rapporto di lavoro subordinato aventi carattere retributivo quindi posti in relazione di corrispettività con la prestazione di lavoro svolta, quali, ad esempio, anche compensi in natura, forme di partecipazione agli utili e, in genere, ogni bene materiale dovuto al lavoratore come compenso dell'opera prestata nel rapporto di subordinazione. Sono posti sul medesimo livello di privilegio generale *“tutte le indennità dovute per effetto della cessazione del rapporto di lavoro”*, quindi anche il trattamento e le competenze di fine rapporto nonché l'indennità di mancato preavviso.

Inoltre, il punto n.1 prende in considerazione *“il credito del lavoratore per i danni conseguenti alla mancata corresponsione, da parte del datore di lavoro dei contributi previdenziali ed assicurativi obbligatori”*. Trattasi di un credito risarcitorio configurabile solo quando, a seguito dell'inadempimento del datore di lavoro, la prestazione previdenziale, che spetta al prestatore di lavoro anche quando il datore non ha versato regolarmente i contributi, non sia conseguibile dal lavoratore⁴.

Infine, il privilegio generale è riconosciuto al credito del lavoratore per il risarcimento del danno subito per effetto di un licenziamento inefficace, nullo o annullabile. Onde è sicuramente privilegiato il credito del lavoratore derivante da un provvedimento giurisdizionale che accerti l'illegittimità del licenziamento e condanni il datore al risarcimento del danno, ma anche l'indennità sostitutiva della reintegrazione nel posto di lavoro, nel caso in cui il lavoratore opti per essa ai sensi dell'art. 18, legge n. 300/1970⁵ o dell'art. 2, co. 3, d. lgs. n. 23/2015.

indennità dovute per la cessazione del rapporto medesimo; 4) i crediti del coltivatore diretto, sia proprietario che affittuario, mezzadro, colono soccidario o comunque partecipante, per i corrispettivi della vendita dei prodotti, nonché i crediti del mezzadro o del colono indicati dall'articolo 2765;

5) i crediti dell'impresa artigiana, definita ai sensi delle disposizioni legislative vigenti, nonché delle società ed enti cooperativi di produzione e lavoro per i corrispettivi dei servizi prestati e della vendita dei manufatti; 5-bis) i crediti delle società cooperative agricole e dei loro consorzi per i corrispettivi della vendita dei prodotti; 5-ter) i crediti delle imprese fornitrici di lavoro temporaneo di cui alla legge 24 giugno 1997, n. 196, per gli oneri retributivi e previdenziali addebitati alle imprese utilizzatrici.

⁴ Cass., sez. un., 24 febbraio 1986 n. 1106, in Foro it., 1986, I, c. 1294.

⁵ Cass., sez. un., 27 agosto 2014, n. 18353, in Giur. It., 2015, 1, p. 154.

La Corte costituzionale⁶ ha altresì ritenuto munito di privilegio generale sui mobili del datore di lavoro il credito del lavoratore subordinato per danni conseguenti ad infortunio sul lavoro del quale sia responsabile il datore per la parte non coperta dall'indennità previdenziale obbligatoria, in quanto si tratta di un credito "omogeneo" a quelli per risarcimento del danno da omissione contributiva previdenziale. Con una sentenza additiva poi la stessa Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 2751*bis* nella parte in cui non attribuisce il privilegio generale al credito del lavoratore per danni da demansionamento subiti a causa dell'illegittimo comportamento del datore di lavoro, ritenendo non ragionevole la disparità di trattamento rispetto agli altri crediti muniti di privilegio⁷.

Per le citate tipologie il privilegio è di tipo generale mobiliare ed opera quindi su tutti i beni mobili del debitore, collocato dalla legge (artt. 2777 e 2748), rispetto agli altri privilegi, subito dopo le spese di giustizia e dopo i crediti garantiti da pegno⁸.

In caso di infruttuosa esecuzione sui beni mobili del datore di lavoro, l'art. 2776 c.c. colloca in via sussidiaria i crediti di cui all'art. 2751*bis* c.c. sugli immobili del debitore, dando quindi la possibilità al lavoratore di soddisfarsi sul ricavato della vendita degli immobili del datore con preferenza rispetto ai creditori chirografari. Tuttavia, l'art. 2776 c.c. specifica che, in caso di collocazione sussidiaria sugli immobili, i crediti per il trattamento di fine rapporto e per l'indennità di mancato preavviso hanno una tutela rafforzata essendo anteposti a tutti gli altri crediti *ex art. 2751bis* c.c.

2. DIRITTO SOCIALE EUROPEO E TUTELA PER L'INSOLVENZA DEL DATORE DI LAVORO

Le norme sui privilegi appena descritte trovano applicazione anche nell'ipotesi del fallimento e delle altre procedure concorsuali.

Occorre precisare che il sistema di protezione dei crediti di lavoro rimasti insoddisfatti, rappresentato dai privilegi agli stessi riservati dal codice, realizzava però una forma "atecnica"⁹ e "statica"¹⁰ di tutela, in quanto si era rivelato soltanto in astratto idoneo ai fini

⁶ Corte cost. 28 novembre 1983, n. 326, in Arg. Dir. Lav., 2004, 2, p. 669.

⁷ Corte cost. 6 aprile 2004, n. 113, in Giur. It., 2005, p. 239.

⁸ Cass. 17 febbraio 1996, n. 1238, in Mass. Giur. It., 1996; Cass. 6 giugno 1982, n. 3669, in Arch. Civ., 1982, p. 1118; Cass. 27 marzo 1979, n. 1768, in Banca, borsa, tit. cred., 1989, 2, p. 135.

⁹ Così A. Vallebona, *La garanzia dei crediti di lavoro e della posizione previdenziale in caso di insolvenza del datore di lavoro*, in RIDL, 1993, I, 73.

¹⁰ Così R. Romei, *Crisi di impresa e garanzie dei crediti di lavoro*, Giuffrè, 1990, pag. 85.

della garanzia di cui si parla, considerato che il privilegio, quale causa di preferenza nel pagamento, è utile nella sola ipotesi in cui, al termine della liquidazione concorsuale, sussista una massa attiva da ripartire tra i creditori. Tuttavia, nella maggior parte dei casi, l'attivo scaturito dalla liquidazione era (ed è) insufficiente a sanare i debiti dell'impresa fallita nei confronti dei lavoratori. Qual è, in tali ipotesi, la tutela assicurata a quest'ultimi? L'analisi della disciplina italiana in materia non può che prendere le mosse da quella comunitaria di cui costituisce recezione.

A tal proposito il cammino dell'Unione Europea verso obiettivi di sicurezza sociale emerge anche in materia di tutela dei lavoratori dipendenti da datori di lavoro in stato di insolvenza in particolare con la direttiva n. 987 del 20 ottobre 1980 del Consiglio¹¹, modificata dalla direttiva n. 74 del 23 settembre 2002¹² e sostituita dalla direttiva n. 94 del 22 ottobre 2008 del Parlamento e del Consiglio. Quest'ultima ha consolidato il testo delle precedenti e ampliato la portata di tutela sia sul piano dell'intervento (inclusione delle procedure d'insolvenza, diverse dalla liquidazione) sia sul piano dei lavoratori: tutelati sono i lavoratori subordinati come definiti da ciascun diritto nazionale a prescindere sia dalla tipologia contrattuale, sia dalla durata del contratto di lavoro o del rapporto di lavoro (comprendendo quelli a tempo parziale e determinato, nonché somministrati, gli apprendisti e i dirigenti)¹³.

Con tali direttive si è voluto garantire ai lavoratori subordinati¹⁴ una tutela minima in caso di insolvenza del datore di lavoro¹⁵, attraverso un meccanismo basato sulla creazione di specifici organismi di garanzia, che, in caso di insolvenza, si sostituiscono al datore di lavoro per il pagamento di taluni crediti.

Il Fondo deve avere tre precise caratteristiche: patrimonio indipendente da quello dei datori di lavoro; finanziamento garantito dai contributi dei datori di lavoro; obbligo di prestare la

¹¹ La quale, nell'ottica di armonizzazione delle legislazioni nazionali, ha codificato l'obbligo di garantire apposita tutela ai crediti dei lavoratori per il caso di insolvenza del datore.

¹² Con l'intento di chiarirne il campo di applicazione e talune definizioni.

¹³ D. Garofalo, *Insolvenza del datore di lavoro e tutela previdenziale dei lavoratori*, in Garofalo D., Marazza M., *Insolvenza del datore di lavoro e tutele del lavoratore*, Torino, Giappichelli, 2015, pp. 123 ss.

¹⁴ Per converso sono escluse alcune categorie di lavoratori subordinati ove sussistano garanzie equivalenti, oltre ai lavoratori domestici occupati presso una persona fisica e ai pescatori retribuiti a percentuale. Inoltre, è prevista la possibilità di negare la prestazione ai lavoratori subordinati che abbiano particolari legami o situazioni di cointeressenza, anche tramite familiari, nell'attività aziendale.

¹⁵ Intesa dal legislatore comunitario come lo stato in cui viene a trovarsi l'impresa nei cui confronti sia stata richiesta l'apertura di una procedura concorsuale. Secondo M. Feverati, *Il fondo di garanzia per i crediti di lavoro diversi dal T.f.r.*, in F. Carinci (diretto da), *Diritto del lavoro*, vol. III, Torino, Utet, 1998, 685 "si tratta di una nozione ampia, dovendo consentirne un recepimento differenziato nei singoli ordinamenti, ma allo stesso tempo legata a determinati parametri onde evitare che lo stato di insolvenza venga a configurarsi in termini di astrattezza e variabilità".

garanzia anche nel caso di mancato versamento dei contributi da parte del datore di lavoro. In ordine alle rimanenti modalità di organizzazione, funzionamento e finanziamento degli organismi, la normativa rimanda alle singole discipline interne tenuto conto dell'esigenza di considerare le specifiche peculiarità degli ordinamenti dei singoli Paesi membri.

3. L'ATTUAZIONE DELLA NORMATIVA COMUNITARIA: IL FONDO DI GARANZIA PRESSO L'INPS

In (parziale) ottemperanza della direttiva 80/987/CEE, la legge 29 maggio 1982, n. 297, ha istituito presso l'INPS un Fondo di garanzia, con gestione autonoma e autosufficiente¹⁶, finanziata, secondo il modello della cd. mutualizzazione del rischio d'impresa, mediante un contributo a carico delle aziende¹⁷, per sostituirsi a quest'ultime nel pagamento del trattamento di fine rapporto e dei relativi accessori (interessi e risarcimento danni da svalutazione monetaria¹⁸) quando versi in uno stato di insolvenza. Il fondo provvede quindi all'erogazione del t.f.r. previa detrazione delle somme eventualmente già corrisposte dal datore di lavoro insolvente o inadempiente.

Con suddetta legge, dunque, veniva avviato (ma non esaurito) il percorso di adempimento degli obblighi comunitari e portato a compimento il processo di progressiva valorizzazione dei crediti di lavoro rispetto ad altri analogamente connessi all'esercizio dell'impresa, colmando il divario che fino ad allora aveva contraddistinto il nostro ordinamento rispetto a quello degli altri Paesi comunitari e superando la vecchia impostazione della legge fallimentare che, come evidenziato nei precedenti capitoli, "fortemente ispirata ad una concezione liberale e incline più all'espulsione dal mercato delle impresa in crisi che non al loro recupero"¹⁹, dedicava scarsa attenzione alla sorte dei lavoratori e dei loro crediti.

¹⁶ Il Fondo afferisce alla Gestione Prestazioni temporanee ai Lavoratori Dipendenti, nel cui ambito conserva una contabilità separata ed è esente da interventi di ripiano a carico dell'erario pubblico. Non è tuttavia dotato di soggettività giuridica autonoma e distinta da quella del relativo Ente di gestione.

¹⁷ Le imprese hanno l'obbligo di versare una determinata percentuale calcolata sulla retribuzione imponibile corrisposta a ciascun lavoratore dipendente. Questa può periodicamente variare in base alle esigenze e alla situazione finanziaria del fondo.

¹⁸ La rivalutazione monetaria matura successivamente all'apertura del fallimento sino al momento in cui lo stato passivo diviene definitivo, con conseguente estensione del privilegio all'accessorio maturato sino a detto *dies ad quem*. La cassazione con la sentenza del 27 luglio 2011, n. 16447 ha osservato che "nell'ambito della procedura fallimentare, nessun creditore si colloca in via privilegiata per gli interessi maturati dopo la vendita o per la rivalutazione monetaria dopo il momento in cui lo stato passivo diventa definitivo".

¹⁹ G. Civale, *Insolvenza dell'imprenditore e tutela dei crediti di lavoro*, in RGL, 1993, I, 443 citato in Sferrazza-Zilio, op.cit., 687.

Solo dopo dieci anni²⁰, con il d. Lgs. n. 80 del 27 gennaio 1992, è stata emanata un'ulteriore disciplina relativa alla garanzia, in generale, di tutti i crediti di lavoro diversi dal T.f.r. e, in particolare, dei crediti relativi agli ultimi tre mesi del rapporto di lavoro (retribuzione, indennità di mancato preavviso, ratei ferie e festività non godute, mensilità aggiuntive). Tale periodo è da intendersi come l'arco di tempo compreso tra la data di cessazione del rapporto di lavoro e la medesima data del terzo mese precedente, purché rientrante nel lasso temporale rappresentato dai dodici mesi precedenti l'apertura della procedura concorsuale o la cessazione dell'esercizio d'impresa (amministrazione straordinaria) o la cessazione dell'esercizio provvisorio dell'impresa sottoposta a procedura concorsuale o, ancora, la data di inizio dell'esecuzione coattiva ove il datore non sia assoggettabile a procedura concorsuale. Se la risoluzione del rapporto di lavoro interviene nel corso della continuazione dell'attività da parte dell'impresa, i dodici mesi andranno calcolati dal momento della stessa risoluzione²¹.

Qualora gli ultimi tre mesi del rapporto lavorativo coincidano con un periodo di sospensione del medesimo, durante il quale non è sorto alcun diritto retributivo, la garanzia potrà essere riferita ai tre mesi immediatamente precedenti, sempre che gli stessi rientrino nei dodici mesi di cui si è detto²².

Per la determinazione del *dies a quo* per individuare i dodici mesi in cui devono essere compresi gli ultimi tre mesi del rapporto, condivisibile è la posizione dell'INPS²³ che fa riferimento alla data del deposito in Tribunale del primo ricorso che ha originato la dichiarazione di fallimento, indipendentemente dal soggetto che l'ha proposto. Quanto, invece, alla liquidazione coatta amministrativa, il *dies a quo* viene individuato nella data del ricorso al Tribunale per la dichiarazione di insolvenza²⁴, oppure nella data del decreto di liquidazione emesso dall'autorità amministrativa che svolge vigilanza sull'impresa, se precedente. Per il concordato preventivo si tiene conto della data del deposito del ricorso per l'apertura della procedura²⁵; per l'amministrazione straordinaria il termine decorre dalla

²⁰ E dopo una condanna per inadempienza da parte della Corte di giustizia dato che analoga tutela non era prevista per i crediti relativi alle retribuzioni correnti, con la nota sentenza *Franovich* (19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90) con la quale l'Italia è stata gravata anche dell'obbligo di risarcire i danni subiti per il ritardo nell'attuazione della direttiva.

²¹ Circolare INPS 5 marzo 1998, n. 55, in www.inps.it/circolari.

²² C. giust. 15 maggio 2003, causa C-160/01, *Karen Mau c. Bundesanstalt für Arbeit*, in FI, 2003, IV, 537, nonché in MGL, 2004, 241; Cass. 6 maggio 2005, n. 9460, in RIDL, 2006, II, 75, con nota di M.L. Vallauri. Più recentemente, nella giurisprudenza di merito, Tribunale Velletri sez. lav., 29/01/2019, n.152.

²³ Circolare INPS 15 luglio 2008, n. 74, in www.inps.it/circolari.

²⁴ Ex art. 196, l. Fall.

²⁵ Ex art. 161, l. Fall.

data del deposito in Tribunale del ricorso per la dichiarazione di insolvenza²⁶, o dalla data di presentazione al Ministero dello Sviluppo Economico della domanda per l'ammissione alla procedura in caso di impresa di notevoli dimensioni²⁷. Ove poi il lavoratore, prima della data considerata come utile *dies a quo*, abbia promosso giudizio per ottenere il soddisfacimento dei crediti garantiti dal Fondo, i dodici mesi decorrono, per il solo lavoratore ricorrente e non anche per gli altri dipendenti rimasti inerti²⁸, dalla data del deposito in Tribunale del relativo ricorso.

3.1. LA NATURA DELLE PRESTAZIONI A CARICO DEL FONDO E IL PRINCIPIO DI AUTOMATICITA'

Al fondo di garanzia si legano due questioni qualificatorie alquanto controverse e cioè l'inquadramento, da un lato, del rapporto giuridico che si instaura tra i soggetti coinvolti (datore, lavoratore e Fondo) e dall'altro delle prestazioni da esso erogate.

Circa la prima questione, la circostanza per cui il Fondo non si limiti a "garantire" il pagamento, ma, "si sostituisca" al datore nell'erogazione della somma dovuta²⁹, determina, secondo l'interpretazione prevalente, una modificazione soggettiva, nel lato passivo, del medesimo rapporto obbligatorio e, quindi, una forma di vero e proprio accollo *ex lege*³⁰ del debito (e non invece una fattispecie di fideiussione come sostenuto da un altro orientamento minoritario³¹), qualificabile come cumulativo e non privativo o liberatorio o novativo.

Con riferimento alla seconda questione questa è strettamente collegata alla prima, tanto che dal subentro del Fondo nella stessa posizione del debitore principale, proprio attraverso l'accollo, si deduceva la qualificazione retributiva dell'erogazione del t.f.r. o degli altri

²⁶ Ex art. 3, d. Lgs. n. 270/1999.

²⁷ Ex art. 2, legge 18 febbraio 2004, n. 39, di conversione del D.L. 23 dicembre 2003, n. 347.

²⁸ Circolare INPS 15 luglio 2008, n. 74 in www.inps.it/circolari.

²⁹ Ex art. 2, comma 1, L. 297/82.

³⁰ In questo senso, *ex multis*, Cass. civ., sez. lav., 23 novembre 1989, n. 5036, in Mass. Giur. Lav., 1990, p. 66; Cass. civ., sez. lav., 24 maggio 1994, n. 5043, in Foro it., 1995, I, c. 568; più recentemente Cass. civ., sez. lav., 15 maggio 2003, n. 7604, in Mass. Giust. Civ., 2003, p. 5; Cass. 18 luglio 2003, n. 11291, in Notiziario giur. Lav., 2004, p. 102; Cass. civ., sez. lav., 10 giugno 2004, n. 11060, in Mass. Giust. Civ., 2004, p. 6; Cass. sez. lav., 3 settembre 2007, n. 18481, in Mass. Giust. Civ., 2007, p. 9; Cass. sez. lav., 24 aprile 2008, n. 10713, in Riv. It. Dir. Lav., 2009, II, p. 644; per la giurisprudenza di merito, Trib. Roma sez. fall., 8 aprile 2013, n. 7366, in Redazione 2013. In dottrina, fra gli altri, R. Pessi, *Lezioni di diritto della previdenza sociale, 2014, Cedam, 85*; A. Lepore, *Il fondo di garanzia per il t.f.r.*, in G. Santoro-Passarelli (a cura di), *Trattamento di fine rapporto e previdenza complementare*, Giappichelli, 2007, 81

³¹ P. Boer, *Il fondo di garanzia del t.f.r. e le condizioni del suo intervento*, nota a pret. Monza, 7 maggio 1991, in Riv. Giur. Lav., 1991, III, pp. 283 ss., citato in Garofalo, op.cit., 139; analogamente F. Mastroianni, Sulla esatta qualificazione giuridica delle prestazioni erogate dal Fondo di garanzia e problemi di prescrizione, nota a Cass., sez. lav., 5 maggio 2008, n. 11010, in *Informazione previd.*, 2008, pag. 450 ss., spec. P. 453.

crediti retributivi³². Considerata la natura retributiva del credito vantato dai lavoratori, non venivano, quindi, ravvisate ragioni normative o logico-giuridiche che consentissero di attribuire diversa qualificazione all'obbligazione del Fondo per effetto dell'avvenuto accollo.

Nonostante l'apparente forza della ricostruzione elaborata nelle sentenze pronunciate dalla Corte di cassazione, questa è stata messa in discussione da difformi e fondate argomentazioni.

A tal proposito, in prima battuta era stata proposta una ricostruzione "duale" della qualificazione delle prestazioni a carico del Fondo, la cui diversità di disciplina e soprattutto di finalità, ne avrebbe escluso l'assimilabilità. Infatti, mentre la funzione del credito relativo al t.f.r. è di neutralizzare il rischio che il datore di lavoro, custode delle spettanze retributive del lavoratore, non adempia all'obbligo di erogazione traslando, in via solidale, un dovere identico sull'Istituto, il credito connesso alle ultime tre mensilità di retribuzione non assolve ad analoga finalità di garanzia³³. Non a caso le molteplici limitazioni connesse a tale pagamento (oggetto, arco temporale e massimale) ne circoscrivono l'entità a quanto risulti sufficiente ad assicurare i mezzi di sussistenza al lavoratore che si trovi in uno stato di bisogno determinato dall'insolvenza del datore. Da queste considerazioni derivava un diverso inquadramento della prestazione sostitutiva del t.f.r. come retributiva mentre di quella corrispondente alle ultime tre mensilità come rientrante nella categoria delle prestazioni previdenziali proprie delle assicurazioni sociali³⁴.

Tuttavia, una serie di caratteristiche di cui si è detto poc'anzi, tipiche dei regimi previdenziali (contabilità separata, autosufficienza, finanziamento secondo la c.d. mutualizzazione del rischio d'impresa), ha motivato la predominanza della tesi dell'unità qualificatoria delle prestazioni del Fondo. Quella assicurata dal fondo è, dunque, sia pure con connotazioni del tutto peculiari, una garanzia di natura previdenziale, che viene attuata attraverso il ricorso a meccanismi non più solo interni al sistema concorsuale, ma di carattere socio-assicurativo in una prospettiva di cd. "socializzazione del rischio

³² Cass. sez. un., 26 settembre 2002, n. 13988, in *Dir. & giust.*, 2002, n. 38, pag. 38 nonché Cass. sez. un. 26 settembre 2002, n. 13991, in *Riv. Critica dir. Lav.*, 2003, pp. 179 ss.; Cass. sez. un. 3 ottobre 2002, n. 14220, in *Mass. Giur. Lav.*, 2002, pag. 876; Cass. sez. lav., 5 maggio 2008, n. 11009, in *Mass. Giust. Civ.*, 2008, fasc. 5, pag. 659. Per la natura retributiva, in dottrina, E. Barraco, *Il trattamento di fine rapporto*, in M. Miscione (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: garanzie del reddito, estinzione e tutela dei diritti*, Torino, 2007, 680 ss. citato in C. Carchio, *La prescrizione del credito contributivo del Fondo di garanzia dell'Inps non limita l'automaticità delle prestazioni*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2018 fasc. 1, pp. 252-253.

³³ C. Carchio, op.cit., pag. 253.

³⁴ *Ex multis*, Cass. 23 dicembre 2004, n. 23930, in *MGC*, 2005, n.1.

dell'insolvenza", con l'obiettivo di sollevare il lavoratore dal rischio di rimanere insoddisfatto, ove l'attivo patrimoniale del datore di lavoro si riveli insufficiente³⁵.

La qualificazione dell'obbligazione del Fondo di garanzia quale accolto *ex lege*, secondo la prevalente giurisprudenza, non si porrebbe in conflitto con la natura previdenziale della prestazione, poiché il termine accolto non sarebbe impiegato in senso tecnico, con riferimento all'istituto disciplinato dell'art. 1275 c.c., ma esprimerebbe l'intento che ha mosso il legislatore, ossia porre in capo al Fondo un'obbligazione corrispondente nel contenuto (determinato *per relationem*) a quella gravante sul datore di lavoro³⁶. Più recentemente la Suprema Corte ha affermato, in particolare, che le prestazioni del Fondo di garanzia sono del tutto omogenee a quelle dovute dal datore di lavoro insolvente³⁷.

Quanto al funzionamento va poi osservato che, intervenuta una situazione di insolvenza, ed accertata l'esistenza ed l'ammontare del credito, l'Istituto previdenziale si surroga nel privilegio del lavoratore verso il datore, da un lato sopportando il rischio connesso alle lungaggini delle procedure concorsuali, dall'altro assicurando una tutela reale e diretta al titolare di crediti di lavoro³⁸, a dispetto di quella formale e indiretta (e "sostanzialmente inefficace"³⁹) derivante dal sistema dei privilegi che ne accresce le probabilità di soddisfazione attraverso un diritto di prelazione. Il fondo offre "una garanzia residuale e di ultima istanza"⁴⁰, giacché la sua funzione è quella di sostituirsi nel pagamento di taluni crediti dei prestatori di lavoro rimasti insoluti a causa di uno stato di insolvenza del datore, accertato in sede di procedura concorsuale, ovvero, ove questa non sia esperibile, all'esito di una procedura esecutiva infruttuosa⁴¹.

A favore della qualificazione previdenziale delle prestazioni depone anche la circostanza per cui il diritto del lavoratore alla loro corresponsione non si perfeziona con la cessazione del rapporto di lavoro, la cui pregressa esistenza è comunque presupposto indefettibile, ma nasce esclusivamente al ricorrere dei presupposti di legge (insolvenza del datore ed esistenza di un credito accertato in sede concorsuale ovvero all'esito di una procedura

³⁵ In tal senso, M. Cinelli, *Diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, 2013, 330 ss.; M. Simeon, *Insolvenza del datore di lavoro e tutela dei crediti retributivi: il problema del dies a quo per la determinazione dei crediti garantiti*, in OGL, 2005, p. 464.

³⁶ Cass. 19 dicembre 2005, n. 27917, in Mass. Giur. Lav., 2006, pag. 377.

³⁷ Cass. 7 maggio 2015, n. 9210, in Dir. Gius., 2015, 19, pag. 67.

³⁸ R. Romei, *La tutela dei crediti di lavoro nelle procedure concorsuali*, in Dir. Relazioni ind., 1993, pp. 171-172, che parla di "un vero e proprio salto di qualità nelle tecniche di garanzia dei crediti di lavoro".

³⁹ Così Garofalo, op.cit., 135.

⁴⁰ Così G. Giugni, R. De Luca Tamajo, G. Ferraro, *Il trattamento di fine rapporto*, Padova, Cedam, 1984, 109.

⁴¹ Per corollario, non pare logicamente che il Fondo di Garanzia possa intervenire laddove il lavoratore rinunci preventivamente, anche mediante accordo sindacale, a tutto o parte delle garanzie patrimoniali sussistenti nel patrimonio del datore o di eventuali coobbligati solidali, con la speranza poi di attingere al Fondo di Garanzia.

esecutiva infruttuosa) sicché, quella del Fondo, si configura come obbligazione autonoma che trae origine dal distinto rapporto assicurativo-previdenziale e non dal rapporto di lavoro⁴². Ha avvallato tale ricostruzione anche la Corte di giustizia secondo cui, alla luce della sovranità in materia del diritto nazionale, non sussistono preclusioni rispetto ad una “*qualificazione di prestazioni previdenziali per il crediti insoluti dei lavoratori allorché tali crediti sono pagati da un organismo di garanzia*”⁴³.

Assodata la natura previdenziale dell’obbligazione a carico del Fondo, ne discende logicamente, pur in assenza di espressa previsione, la necessaria applicazione del principio di automaticità delle prestazioni *ex art. 2116, primo comma, c.c.*⁴⁴; tale norma, in quanto estrinsecazione della finalità solidaristica della tutela previdenziale, contiene un principio generale precettivo che deve ritenersi vigente in tutti i regimi previdenziali, salvo espressa previsione contraria⁴⁵.

Di recente la Corte di cassazione ha affermato, per la prima volta ed esplicitamente, che l’ente previdenziale ha il dovere di erogare le prestazioni non solo quando i relativi contributi non sono stati corrisposti, ma anche quando il relativo obbligo a carico del datore di lavoro risulti già prescritto e il soggetto erogatore (nella specie il Fondo) non abbia più la possibilità di agire per il recupero delle somme⁴⁶.

Ciò che ne deriva è una protezione assai ampia dei diritti di credito del lavoratore, cui è garantita l’effettività della tutela previdenziale anche in presenza di una patologia del rapporto contributivo che rischierebbe di pregiudicare la maturazione dei requisiti per il diritto alla prestazione; inoltre l’insolvenza viene collocata accanto agli eventi costituzionalizzati della vecchiaia, invalidità, malattia, gravidanza, infortunio, disoccupazione, come causa ulteriore del ricorso alla solidarietà generale o intercategoriale⁴⁷.

3.2. LIMITI E MASSIMALI DELLA TUTELA

⁴² Così Cass. 19 dicembre 2005, n. 27917, in *IPrev.*, 2006, n. 5-6, 798-815; Cass. 24 febbraio 2006, n. 4183, in *MGC*, 2006, n.2; Cass. 24 aprile 2008, n. 10713, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2009, II, pag. 644; Cass. 9 giugno 2014, n. 12791, *ivi*, 2014; più recentemente, Cass. 19 luglio 2018, n. 19277, in *Diritto & Pratica del Lavoro* 2018, n. 47-48. In dottrina, fra gli altri, A. Coretti, V. Triolo, *Fondo di garanzia: la tutela dei diritti del lavoratore per l’insolvenza del datore di lavoro*, in *IPrev.*, 2013, n. 7.

⁴³ Da ultimo, C. giust. 16 luglio 2009, causa C-69/08, in *RIDL*, 2010, II, 493 ss.

⁴⁴ Cass. sez. lav., 16 giugno 2006, n. 13930, in *Mass. Giust. Civ.*, 2006, p.6.

⁴⁵ Così C. cost. n. 374/1997, in *RGL*, 1998, II, 390.

⁴⁶ Cass. ord. 22 giugno 2017, n. 15589, in *Boll. ADAPT*, 2017, n. 40.

⁴⁷ In tal senso, Carchio, *op.cit.*, 255; anche Garofalo, *op.cit.*, 177.

Ai singoli Stati membri è stata riconosciuta la possibilità di individuare limiti e massimali per i crediti da garantire⁴⁸, a condizione che gli stessi non siano tali da vanificare lo stesso scopo sociale dell'intervento protettivo, prevedendo altresì un obbligo di comunicazione dei criteri utilizzati per la determinazione del massimale, obbligo non assistito, però, da alcuna sanzione in caso di omissione, ed il cui inadempimento non comporta l'illegittimità del massimale individuato dallo Stato⁴⁹.

In tale ottica il legislatore italiano ha, in primo luogo, fissato un massimale al *quantum* della garanzia, rappresentato da una somma "pari a tre volte la misura massima del trattamento straordinario di integrazione salariale mensile, al netto delle trattenute previdenziali e assistenziali"⁵⁰. Si tratta di una forma di garanzia con funzione perequativa, che consente a tutti i lavoratori di conseguire un trattamento minimo economico, in relazione a ciò che avrebbero dovuto ottenere nel caso in cui il datore di lavoro fosse rimasto *in bonis*.

Inoltre, alla situazione di bisogno che è alla base dell'intervento del Fondo⁵¹ si ricollegava il divieto di cumulo, fino a decorrenza degli importi, operante in tre casi⁵² e, cioè, con la CIGS percepita nell'arco dei dodici mesi la procedura concorsuale (lett. a); con le retribuzioni corrisposte al lavoratore nell'arco del periodo di riferimento di tre mesi (lett. b); ed infine, con l'indennità di mobilità (oggi NAspI) corrisposta nel periodo dei tre mesi successivi alla risoluzione del rapporto di lavoro. In realtà tutte e tre le ipotesi sono oramai venute meno⁵³, con riferimento alla seconda poiché soppressa dell'art. 1, d. Lgs. n. 186/2005⁵⁴; con riferimento alla terza, in forza di una sentenza della Corte di giustizia⁵⁵, che ha ritenuto non conforme al diritto comunitario tale previsione; ed infine, quanto alla prima, alla luce della nozione di rapporto di lavoro elaborata dalla Corte di giustizia, secondo la quale non si ha un rapporto di lavoro preclusivo della garanzia del Fondo nel periodo in cui non sorgano diritti retributivi⁵⁶.

⁴⁸ In base all'art. 4, comma 3, della direttiva n. 2002/74/CE.

⁴⁹ Corte Giust. CE 16 luglio 1998, causa n. C-235/95, in Racc., 1998, I-4557.

⁵⁰ Ex art. 2, d. Lgs. n. 80/1992.

⁵¹ F. Mazziotti, *Diritto della previdenza sociale*, Editoriale Scientifica, 2008, citato in Grandi-Sferrazza, op. cit., 698, secondo cui, nelle suddette ipotesi, tale bisogno verrebbe meno.

⁵² Previste dal quarto comma dell'art. 2, d. Lgs. 80/1992.

⁵³ Garofalo, op.cit., 211; anche Sferrazza-Zilio, op.cit., 698-699.

⁵⁴ Il quarto comma dell'art.2 d. Lgs. 80/1992 è stato abrogato dall'art. 1, comma secondo, d. Lgs. n. 186/2005.

Secondo A. Tampieri, *La tutela dei crediti di lavoro in caso di insolvenza del datore*, in Guida. Lav., 2005, n. 40, pp. 13-14, l'intervento abrogativo, accogliendo il concetto di "fine sociale" di cui alla direttiva n. 80/1987 ed elaborato dalla giurisprudenza comunitaria, "non fa che ribadire ulteriormente il criterio secondo cui il credito del lavoratore, a fronte dell'insolvenza datoriale, va tutelato nella misura massima possibile, consentendo a tal fine il cumulo dell'intervento pubblico con l'importo eventualmente versato dal datore di lavoro a titolo di acconto sulle retribuzioni".

⁵⁵ Corte giust. CE, sez. V, 10 luglio 1997, causa n. C-373/95, in MGL.

⁵⁶ Corte giust. CE, 15 maggio 2003, causa n. C-160/01, in FI; in senso adesivo anche circ. INPS 7 marzo 2007, n. 53.

In caso di decesso del lavoratore, la normativa fa riferimento agli “aventi diritto” o “aventi causa” come soggetti superstiti ai quali è estesa la tutela previdenziale, con preferenza per il coniuge, i figli e, se conviventi a carico del lavoratore, i parenti entro il terzo grado e gli affini entro il secondo⁵⁷.

Ai sensi dell’art. 2, comma ottavo, legge n. 335/1995 di riforma del sistema pensionistico, restano, invece, esclusi dalla tutela i dipendenti delle pubbliche amministrazioni, quelli degli enti pubblici non economici, quelli delle aziende esattoriali e del gas iscritte ai propri fondi di previdenza e tutti “*coloro i quali ricevono il trattamento di fine rapporto non dal datore di lavoro, ma da un Ente previdenziale di categoria (come, ad esempio, l’Enpaia, che eroga la prestazione ai dirigenti ed agli impiegati agricoli)*”⁵⁸.

3.3. I PRESUPPOSTI PER L’INTERVENTO DEL FONDO DI GARANZIA

Al fine di limitare l’intervento di garanzia e, soprattutto, evitare possibili frodi in danno al medesimo, derivanti dalla richiesta di intervento anche in situazioni di difficoltà di adempimento solo temporanea, il legislatore ha previsto alcuni presupposti fondamentali che condizionano il sorgere del diritto alle prestazioni. In particolare, affinché il Fondo si sostituisca al datore per il pagamento del t.f.r. e delle ultime tre mensilità di retribuzione, è necessario che il rapporto di lavoro, a tempo indeterminato o a termine, del richiedente sia cessato per una qualsivoglia causa prevista dalla legge (non trattandosi di una tutela connessa allo stato di disoccupazione involontaria) e i crediti previsti in suo favore siano rimasti insoddisfatti per insolvenza del datore di lavoro⁵⁹.

Le modalità di accertamento dell’insolvenza variano, poi, a seconda che il datore sia o meno soggetto alle disposizioni della legge fallimentare. Nel primo caso, lo stato di insolvenza può essere provato per mezzo della presunzione legale derivante dall’apertura di una procedura concorsuale a suo carico⁶⁰. Nella seconda eventualità⁶¹, invece, il lavoratore ha l’onere di dimostrare la non assoggettabilità del datore alle procedure concorsuali e la mancanza o insufficienza della garanzia patrimoniale dello stesso⁶², potendo a tal fine avvalersi della presunzione legale derivante dall’esperimento di una procedura esecutiva

⁵⁷ Ex art. 2122 c.c., comma 1.

⁵⁸ Cass. 8 marzo 2004, n. 4677, in MGC, 2004, n.3.

⁵⁹ Ex art. 2, comma 1, legge n. 297/1982.

⁶⁰ Ex multis, Cass. 26 febbraio 2004, n. 3939, in RIDL, 2005, II, 161.

⁶¹ Ex art. 2, comma 5.

⁶² Questo come logica conseguenza del fatto che soltanto nell’ambito di una procedura concorsuale lo stato di insolvenza, cui è normativamente ricollegato il rischio di mancata realizzazione del credito, ha già costituito oggetto di specifico accertamento giudiziale.

individuale infruttuosa. Sul significato da attribuire a quest'ultimo requisito, l'interpretazione preferibile, estensiva e giustificata dall'intento di sollevare il lavoratore da una *probatio diabolica*, ritiene provata l'insufficienza delle garanzie patrimoniali del debitore esclusivamente per mezzo della presunzione legale consistente nell'avvenuto esperimento di un qualsivoglia procedimento esecutivo individuale poi conclusosi, in tutto o in parte, infruttuosamente, purché, nel singolo caso di specie, esso appaia possibile ed utile allo scopo e sia intrapreso con la necessaria diligenza e serietà.

Non è invece richiesta, poiché comporterebbe per il lavoratore un'attività troppo gravosa e dispendiosa, quando non del tutto inutile⁶³, la prova dell'insufficienza patrimoniale attraverso l'esperimento dell'esecuzione forzata che comporti la ricerca di beni di proprietà del datore di lavoro quantomeno nei luoghi ricollegabili alla sua persona. Tale orientamento osserva che la finalità della legge è proprio quella di consentire al lavoratore di ottenere in breve tempo e con certezza quanto dovutogli, senza ulteriori attese o aggravio di costi. La Corte riconosce che sia semmai l'INPS, titolare del diritto di surroga e in possesso degli strumenti necessari, ad effettuare le opportune ricerche allo scopo di conseguire dal datore di lavoro, che sia eventualmente titolare di beni utilmente aggredibili in un luogo diverso da quello in cui ha sede l'impresa, la somma erogata al lavoratore⁶⁴. Infine, va accolta la richiesta di liquidazione al Fondo di Garanzia qualora il credito del lavoratore sia talmente esiguo (sotto soglia rispetto ai minimi di legge) da non consentire la assoggettabilità a fallimento del datore di lavoro⁶⁵.

Il Fondo di garanzia interviene nel caso di dichiarazione di fallimento, nonché in presenza di una procedura di liquidazione coatta amministrativa o concordato preventivo. L'art. 2 della legge 297/1982 non menziona, invece, l'amministrazione straordinaria di grandi imprese in crisi. Tuttavia, tanto la dottrina⁶⁶, quanto la prevalente giurisprudenza di merito⁶⁷ ritenevano ammissibile l'intervento anche nell'ipotesi di amministrazione straordinaria. Oggi, comunque, la questione non è più controversa dato che la legge 428/1990, articolo

⁶³ A. Lepore, *op.cit.*, 81

⁶⁴ Così Cass. 2 febbraio 2004, n. 1848, in Giust. Civ., 2004, 1757; conformi Cass. 9 marzo 2001, n. 3511, in RIDL, 2001, II, 704; Cass. 7 gennaio 2002, n. 97, in NGL, 2002, 380; Cass. 19 gennaio 2009, n. 1178, in RIDL, 2009, II, 833; Cass. 1° aprile 2011, n. 7585, in q. rivista, 2011, 802; Cass. 21 aprile 2016, n. 8072, in GI, 2016, n. 10, 2206.

⁶⁵ Tribunale Trani sez. lav., 21/11/2018, n.2249 in www.tribunale.trani.giustizia.it; Tribunale Teramo sez. lav., 05/06/2018, n.414 in www.tribunale.teramo.giustizia.it.

⁶⁶ Giugni, De Luca Tamajo, Ferraro, *op.cit.*, 1984, 144; G. Santoro Passarelli, *Dall'indennità di anzianità al trattamento di fine rapporto*, Giuffrè, 1984, 205; Romei, 1993, 100.

⁶⁷ Trib. Novara 22 marzo 1990, in DPL, 1990, 1831; Trib. Tortona 14 ottobre 1985, in RIDL, 1986, II, 635, con nota di A. Vallebona; Pret. Milano 17 febbraio 1988, in DPL, 1988, 2202; Pret. Roma 19 marzo 1987, in GC, 1987, I, 2983. Per la tesi opposta, Cass. 9 giugno 1988, n. 3894, in DPL, 1988, 2975.

48, e la legge n. 166/1991, articolo 5, prevedono espressamente l'intervento nel caso di amministrazione straordinaria, seppur a condizione che non sia stato autorizzato l'esercizio provvisorio.

4. LA RICHIESTA DI INTERVENTO DEL FONDO

Nell'ipotesi di insolvenza accertata in sede concorsuale, il lavoratore può presentare al Fondo domanda di corresponsione quando il credito sia diventato definitivo e, cioè, quando siano decorsi almeno quindici giorni dal deposito dello stato passivo reso esecutivo (nelle ipotesi di fallimento, liquidazione coatta amministrativa ed amministrazione straordinaria) o dal giorno successivo alla pubblicazione del decreto di omologazione del concordato preventivo o dalla cessazione del rapporto di lavoro, se questo è proseguito dopo l'apertura della procedura concorsuale in virtù di un esercizio provvisorio. Qualora vi sia opposizione o impugnazione dello stato passivo, il termine decorre dalla pubblicazione della sentenza che decide il relativo giudizio, senza attendere il passaggio in giudicato della stessa⁶⁸. Invece, nel caso di insinuazione tardiva del credito nella procedura fallimentare, la domanda può essere presentata solo dal giorno successivo al decreto di ammissione al passivo o dopo la sentenza che decide dell'eventuale contestazione.

Nell'ipotesi di inadempienza dei datori di lavoro non assoggettabili alle procedure concorsuali, il lavoratore può presentare la domanda di pagamento soltanto se in possesso di idoneo titolo esecutivo, anche rappresentato da una sentenza di condanna che non ha ancora acquisito l'autorità di giudicato, e dopo che l'esperimento dell'esecuzione forzata sia risultato insufficiente alla soddisfazione del credito⁶⁹.

In capo al lavoratore sussiste un onere di allegazione che dovrà fornire all'ente previdenziale competente i dati, le informazioni e la documentazione necessaria ai fini della liquidazione della prestazione richiesta al Fondo⁷⁰.

La domanda di intervento del Fondo di garanzia deve essere presentata dal lavoratore o dagli aventi diritto alla sede dell'INPS nella cui competenza territoriale l'assicurato ha la propria residenza e, nel caso in cui sia avanzata ad una sede diversa, essa sarà trasferita

⁶⁸ Ciò al fine di evitare un allungamento dei tempi per la percezione del t.f.r.

⁶⁹ Cass. 29 maggio 2012, n. 8529 ha riconosciuto il diritto alle prestazioni a carico del Fondo e, in particolare, al pagamento del t.f.r., anche nel caso in cui l'accertamento del credito in sede fallimentare sia stato impedito a causa della chiusura anticipata della procedura per insufficienza dell'attivo, purché il lavoratore abbia esperito infruttuosamente una procedura di esecuzione.

⁷⁰ Cass. 2 febbraio 1991, n. 1052, in FI, 1992, I, c. 2502; in GC, 1991, I, 2363; in IPrev, 1991, 870; nonché in MGL, 1991, 269; Cass. 24 aprile 2008, n. 10713, in MGC, 2008, n. 9, 1285; Cass. 19 aprile 2010, n. 9231, in MGC, 2010, n. 4, 560.

d'ufficio a quella territorialmente competente. Qualora il lavoratore sia residente all'estero, la sede competente sarà quella dell'ultima residenza in Italia dell'assicurato oppure quella in cui l'assicurato stesso elegge domicilio.

Le erogazioni di competenza del Fondo sono eseguite entro sessanta giorni dalla richiesta, che decorrono dal giorno in cui il lavoratore richiedente consegna all'ufficio competente la domanda completa, ossia corredata dalla prevista documentazione⁷¹.

Avverso il rigetto, totale o parziale, delle domande di liquidazione del t.f.r. o delle ultime tre mensilità è ammesso il ricorso amministrativo al Comitato provinciale INPS entro novanta giorni dalla ricezione del relativo provvedimento. Nel caso di mancata adozione da parte dell'INPS del provvedimento di competenza, il termine per la proposizione del ricorso decorre dal 61° giorno successivo a quello di presentazione della domanda completa della documentazione di rito⁷². Il Comitato ha novanta giorni per decidere, trascorsi i quali il lavoratore può proporre azione giudiziaria entro un anno che decorre dalla data di scadenza del termine previsto per la decisione del ricorso.

4.1. I TERMINI E LA PRESCRIZIONE

Invero, per quanto riguarda il t.f.r., considerato che la Legge 297/82 non ha previsto un particolare termine di prescrizione per conseguire la liquidazione, si deduce che tale termine corrisponda con quello quinquennale stabilito dall'art. 2948 comma 5 c.c. Con il decorso del termine di cinque anni si prescrive la domanda al Fondo di garanzia, ma il decorso del relativo termine è sospeso dall'ammissione del credito allo stato passivo del fallimento⁷³. Per la soddisfazione del proprio credito il lavoratore può rivolgersi al Fondo fin quando, superato il periodo di permanente interruzione (ossia, fino alla data del provvedimento di chiusura della procedura concorsuale), non sia interamente decorso il suddetto termine di prescrizione⁷⁴.

Alla luce dell'art. 2935 c.c. la prescrizione comincia a decorrere solo dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere; nel caso in esame la prescrizione non può decorrere in data antecedente all'ammissione del credito al passivo⁷⁵ dal momento che la domanda del

⁷¹ Cass. n. 1052/1991, cit.

⁷² Circolare INPS 6 maggio 1998, n. 96.

⁷³ Cass. 9 giugno 1994, n. 5606, in DPL, 1994, 3056.

⁷⁴ *Ex multis*, Cass. 22 marzo 2003, n. 4217, in D&G, 2003, n. 16, 101; in *Diritto fallimentare*, 2004, II, 217; in *Il fallimento*, 2004, 260; nonché in MGC, 2003, 575; Cass. 13 novembre 2001, n. 14091, in *Il Fallimento*, 2002, 627; Cass. 11 settembre 1997, n. 8990, in *Vita notarile*, 1998, 969; Cass. 1° settembre 1995, n. 9233, in *Il Fallimento*, 1996, 341.

⁷⁵ Cass. 19 dicembre 2005, n. 27917, in MGL, 2006, 596; Cass. 26 febbraio 2004, n. 3939, in MGC, 2004, n.2.

lavoratore presentata prima della verifica dell'esistenza e della misura del credito in sede concorsuale è inammissibile.

Per quanto concerne la liquidazione coatta amministrativa, occorre precisare che, se l'ammissione del credito non avviene a seguito di istanza del lavoratore, l'effetto interruttivo della prescrizione decorre dal momento della ricezione della comunicazione del commissario liquidatore dell'importo del credito quale risultate dalle scritture contabili⁷⁶. Quanto alle ipotesi di concordato preventivo, non essendo applicabile in via analogica la disposizione dettata dall'articolo 94 della legge fallimentare⁷⁷, stante l'assenza di un vero e proprio processo di verifica dei crediti, non può prodursi alcun effetto interruttivo permanente della prescrizione, con la conseguenza che il Fondo è legittimato ad intervenire solo laddove tra la data di cessazione del rapporto di lavoro e quella di presentazione della domanda all'INPS non siano trascorsi più di cinque anni, salvi fatti eventuali idonei ad interrompere la prescrizione.

Per quanto concerne i crediti di lavoro diversi dal t.f.r., il diritto alla prestazione di prescrive nel termine di un anno dal momento in cui il diritto stesso può essere fatto valere, ossia dal momento in cui è sorto.

Circa l'individuazione del *dies a quo* del rispettivo termine prescrizione per i crediti previdenziali del t.f.r. e delle ultime tre mensilità, la Cassazione ha precisato che "*se i crediti ammessi allo stato passivo non sono oggetto di opposizione ex art. 98 l. Fall., la prescrizione decorre dal deposito dello stato passivo reso esecutivo dal giudice delegato*"⁷⁸. Ove il datore di lavoro non sia assoggettabile alle procedure concorsuali, dato che il perfezionamento del diritto per l'accesso al Fondo richiede altresì l'esperimento infruttuoso della procedura di esecuzione forzata, qui il termine per la presentazione della domanda decorre dal momento in cui l'esecuzione coattiva ha avuto esito negativo.

5. LA TUTELA IN CASO DI INSOLVENZA TRANSFRONTALIERA

Nell'ipotesi in cui la procedura concorsuale sia aperta in uno stato membro diverso da quello in cui il lavoratore ha prestato la sua attività di lavoro, si pone il duplice problema della

⁷⁶ Ex art. 207 l. Fall.

⁷⁷ Ai sensi del quale la domanda di ammissione al passivo produce gli effetti della domanda giudiziale (2943 c.c.), tra i quali, appunto, l'interruzione della prescrizione, per tutto il corso del fallimento.

⁷⁸ Cass. 16 giugno 2011, n. 13158, in MGC, 2011, n.6, 908.

disciplina nazionale applicabile e dell'organismo di garanzia competente. Si tratta di un aspetto tutt'altro che residuale dal momento le dinamiche attuali delle imprese sono spesso di carattere comunitario.

Con riferimento ai crediti da lavoro dipendente, la direttiva 987/80 non aveva fornito alcun criterio idoneo a risolvere la questione. È la successiva direttiva n. 2002/74/CE ad affrontare per la prima volta le problematiche relative all'insolvenza di imprese che svolgono attività sul territorio di almeno due stati membri, stabilendo in conformità all'orientamento della Corte di Giustizia, che l'organo di garanzia competente per il pagamento delle prestazioni è quello dello Stato membro sul cui territorio i lavoratori esercitano o esercitavano abitualmente il loro lavoro⁷⁹.

La rilevanza viene attribuita al luogo in cui il lavoratore ha prestato attività di lavoro in modo continuativo, prescindendo del tutto sia dall'organizzazione dell'impresa datrice, sia dal luogo di apertura del procedimento concorsuale o di dichiarazione di chiusura dell'impresa o dello stabilimento del datore di lavoro. La soluzione adottata si sposa perfettamente col fine sociale della tutela offerta dall'ordinamento comunitario nel caso di insolvenza del datore di lavoro⁸⁰, permettendo al lavoratore di vedere soddisfatti i suoi diritti nel luogo in cui ha presumibilmente risieduto per il tempo in cui ha prestato attività di lavoro alle dipendenze di quel datore.

Il d. Lgs. 19 agosto 2005, n. 186, in attuazione della direttiva n. 2002/74/CE, ha statuito che il Fondo di garanzia presso l'INPS opera anche nel caso in cui *“datore di lavoro sia un'impresa, avente attività sul territorio di almeno due stati membri, costituita secondo il diritto di un altro stato membro ed in tale stato sottoposta ad una procedura concorsuale, a condizione che il dipendente abbia abitualmente svolto la sua attività in Italia”*. Vi è quindi un recepimento letterale della nozione di “abitualità”, la quale non può che afferire ad un dato quantitativo/temporale, sicché, in assenza di indici specifici, dovrebbe ritenersi abituale l'attività che coinvolge almeno il 51% delle giornate lavorate.

⁷⁹ Corte giust. CE 16 dicembre 1999, causa n. C-198/98, in Foro it., 2000, IV, c. 423.

⁸⁰ Secondo la Corte giust. CE, sez. II, 16 luglio 2009, causa n. C-69/08, cit., pt. 27, *“il fine sociale della direttiva 80/987 consiste nel garantire a tutti i lavoratori subordinati una tutela comunitaria minima nel caso di insolvenza del datore di lavoro mediante il pagamento dei crediti non pagati derivanti da contratti di lavoro o da rapporti di lavoro e vertenti sulla retribuzione relativa ad un periodo determinato”*.

Chapter four

WORKERS' SAFEGUARDS AGAINST BUSINESS CRISIS AND EMPLOYER'S INSOLVENCY IN SPANISH LEGAL SYSTEM

1. *INSOLVENCY LABOUR LAW IN SPANISH LEGAL SYSTEM*

The Spanish word “*concurso*” indicates a procedure, more precisely an "extraordinary execution process" which aims at "the material distribution of a debtor's assets among different creditors"¹; it is “in accordance with the principle of equality of condition and treatment of the same and, where appropriate, with the privileges or preferences that may correspond”². The Spanish Insolvency Law³ conceptualizes “*concurso*” as a procedure that is instrumented against the actual or imminent situation of "insolvency of the common debtor" (art. 2.1 LC). The term "common" implies the recognition of the existence of a plurality of creditors; the term "insolvency" means that the debtor cannot proceed to the regular fulfilment of the obligations that he is chargeable of (art. 2.2 LC). At a closer look, the Spanish notion of insolvency does not differ from the Italian one, since both speak of "regular fulfilment" of one's obligations. The declaration of bankruptcy is always at the request of a party and never *ex officio*; it can be requested by the insolvent employer himself or by any of his creditors (art. 3.1 LC), including workers, the Social Security Administration, employers' trade unions or the Wage Guarantee Fund. In the first case there is a reference to "voluntary bankruptcy"⁴, in the second to "necessary bankruptcy", difference that has a series of consequences on the capacity to act of the entrepreneur bankrupt. The debtor entrepreneur (physical person, legal entity or community of property) has the obligation (not the right) to request the declaration of bankruptcy when he knows (or should have known) such a state of insolvency (art. 5.1 LC)⁵.

¹ J. Guasp, P. Aragoneses: *Derecho Procesal Civil*, 7ª ed., II, Thomson/Civitas, 2006, pag. 774 mentioned in Montoya Melgar A., *Derecho Laboral Concursal*, Civitas, segunda edición, septiembre 2015, pag. 26.

² M. Olivencia Ruiz, *La terminología jurídica de la reforma concursal*, Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2005, pp. 151 ss, mentioned in Melgar, work cit., 26.

³ Law 22/2003, of 9 July, on Insolvency. From now on indicated with the abbreviation LC.

⁴ It is partly comparable to the Italian procedure called “*concordato preventivo*”.

⁵ Knowledge is presumed on the basis of a series of facts provided for by law: general dismissal of the debtor's payments, seizures that generally affect the debtor's assets, hasty or ruinous lifting or liquidation of the debtor's assets, widespread failure during the last three months to comply with certain obligations. These grounds also serve as a basis for the application for bankruptcy by any of the creditors.

The satisfaction of creditors is the essential purpose of the abovementioned procedure, however this does not preclude the existence of complementary purposes such as the preservation of the company.

Situations of crisis and corporate insolvency and through this procedure may affect the labour relations in three ways: by affecting employment contracts, by affecting salary credits, and by determining that the "natural judge" of the competition ceases to be the social judge and becomes the judge of the insolvency proceeding. Hence, the juridical order, giving evidence of its unity, must consider the interests of the procedure in general and the specific interests of the workers instituting procedures for the regulation of employment inspired by labour legislation and moderated by insolvency. In this regard, the Insolvency Law has built an important bridge between the law of the Labour and Commercial Law and, more specifically, the attribution of to the Competition Judge has led to the creation of a new legal sub-system, Labour Insolvency Law as a discipline that summarizes the application of labor rules in the insolvency proceedings and as a point of contact between two independent branches of law.

From a comparative point of view, in Italy it is only with the 2019 reform⁶ that this subject is destined to have its own body and soul, with the introduction of a specific rule designed to regulate the effects of bankruptcy on pending employment relationships (which is art. 189 CCI), while before the dialogue between labour law and bankruptcy law had been almost completely absent and then left to the interpretative work of the judges on the rule governing pending contracts in general at the opening of bankruptcy.

However, in Spain the company's crisis may give rise to two different legal regimes, depending on whether or not the insolvency proceedings are opened. In the first case, we will resort to the procedure established in the bankruptcy legislation, while in the second, when the crisis has not led to a bankruptcy, we will follow the regime of the Statute of Workers (ET) and complementary rules. This last legal text contemplates the situation of insolvency of the employer as an economic cause that allows the substantial modification of working conditions (art. 41 ET), the suspension of the contract (art. 47 ET) or its extinction (art. 51 ET), thus opening a procedure that allows the introduction of labor measures whose purpose is to restructure and reorganize the company, adapting contract and labor conditions to the situation of business economic crisis, "in order to contribute to overcoming negative economic situations" (art. 52 ET).

⁶ Which began in 2015 with the appointment of the Rordorf Commission responsible for the fundamental task of introducing instruments aimed at bringing out in advance the state of crisis of the company through a reform of the insolvency rules no longer episodic and stratified, but organic and systematic.

For its part, the LC, in Chapter III of Title III, regulating the effects of the declaration of bankruptcy on contracts, establishes in Article 64 a specific regulation dedicated to the regulation of labour relations when the bankrupt is an employer. The processing of this procedure is very similar to that contained in the labour law, although its content is more procedural than substantive⁷ and the influence of the labour standard is unquestionable, as most of the guarantees contained therein are incorporated and it is specified that labour legislation will be applied in the areas not provided for in article 64 LC.

Due to the legislator's desire to follow a principle of legal unity and discipline, the mercantile rules regulating corporate insolvency contain, for the first time, precepts relating to the effects of the declaration of insolvency on employment contracts, but contemplating only certain labour issues; specifically, those relating to the modification, suspension and extinction of "ordinary" employment contracts, as well as top management contracts, the system of labour credits and the procedural protection of the worker. On these matters only certain particular rules are foreseen, having to resort to what is not specifically contemplated in the labour regulations. In the same sense, article 8.2 LC states that for labour relations "*without prejudice to the application of the specific rules of this law, the inspiring principles of the statutory regulation and the labour process must be taken into account*".

2. THE COMPETENCE OF THE INSOLVENCY PROCEEDING'S JUDGE IN LABOUR MATTERS

The LC considers only two "necessary organs" of the procedure: the judge and the bankruptcy administration. The judge of the bankruptcy proceedings (also defined as commercial judge) is a specialized judge with "exclusive and exclusionary" jurisdiction in bankruptcy matters and many other extra-bankruptcy matters (art. 8 LC)⁸.

As can be seen from the explanatory statement of the Insolvency Law, in accordance with the principle of unity of procedure, the judge in the insolvency proceeding is, with great novelty, attributed jurisdiction to hear matters which, in principle, would fall within the competence of

⁷ González Cano, I., *El nuevo tratamiento procesal de la insolvencia y la fase común del proceso concursal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 403, mentioned in Llorente Sanchez-Arjona M., *Tratamiento de las situaciones de insolvencia que afectan al trabajador en la ley concursal española*, in *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, Volume 17, July–December 2013, pag. 112.

⁸ For example, he is responsible for the declaration of the insolvency procedure and of all social reference questions directly related to it or the resolution of which is necessary for its proper conduct, of the enforcement proceedings against the assets of the insolvent party and those relating to precautionary measures affecting those assets but he is also responsible for the procedures for the substantial modification of collective working conditions, collective relocation, collective dismissal, suspension of contracts and reduction of working hours both individual and collective (art. 8.2 and 64 LC).

the courts and tribunals of the social order, but which, due to the repercussions they may have on the assets of the insolvent debtor, fall under the jurisdiction of the commercial court. There is thus "an intense laborization" of the competence of the mercantile judge who "is almost transmuted into a labor judge for these purposes"⁹. In the prosecution of these matters, the bankruptcy judge has to dress up and act as if he were a social judge, applying labour law in the light of the bankruptcy law and its inspiring principles. The game between insolvency law and labour law is therefore two-way¹⁰.

The delimitation of the competence of the insolvency judge was one of the most controversial issues in the parliamentary debate and represented a transcendental change in relation to the previous insolvency system, in which competences were attributed to the social court and the labour administrative authorities, leaving relations between worker and debtor employer outside the insolvency proceedings¹¹.

The criticism that has sometimes been made to the supposed lack of specialization of the commercial judges to know of juridical-labor questions can be answered, not only with the formal argument of the convenience that it is a same judge who knows of all the questions that arise as a result of the insolvency procedure (thus avoiding resolutions that could be contradictory with the interest of the bankruptcy and stopping the "runaway" of the workers and the labor credits towards the "refuge" of the labor judge¹²), but, as a fundamental argument, bearing in mind that the commercial judge has access to a knowledge of the situation of the company much more complete than the one that could have the social judge or the contentious-administrative jurisdictional order¹³.

2.1. LIMITATIONS TO THE LABOUR COMPETENCE OF THE INSOLVENCY PROCEEDING'S JUDGE

⁹ B. Ríos Salmerón, *La Ley Concursal y los Trabajadores. Notas de urgencia al texto legal aprobado por el Congreso de los Diputados en sesión plenaria de 3 de abril de 2003*, AL, n°21, 2003, pag. 364, mentioned in Montoya Melgar, work cit., 54.

¹⁰ García Perrote, I., "Aspectos laborales de la Ley Concursal", Actualidad Jurídica Uría y Menéndez, núm. 6, 2003, disponible en: www.uria.com/esp/actualidad_juridica/n6/05Ignacio.pdf mentioned in Llorente Sanchez-Arjona, work cit., 114.

¹¹ González Cano, I., op. cit., p. 402; Duran López, F., "Los efectos del concurso en las relaciones laborales", Estudios sobre la Ley Concursal..., cit., p. 2684, mentioned in Llorente Sanchez-Arjona, work cit., 113.

¹² Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M., "La Ley Concursal y los trabajadores", Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia, Madrid, Marcial Pons, 2004, pag. 3118 mentioned in Llorente Sanchez-Arjona, work cit., 118.

¹³ In this sense, I. Garcia-Perrote Escartin, *La negociacion del expediente de regulación de empleo...*, en A. Rojo y E. Beltran (Dir.): *Los acreedores concursales*, II Congreso español de Derecho de la Insolvencia, Thomson Reuters/Civitas, 2010, pag. 468, mentioned in Montoya Melgar, work cit., 54.

Firstly, article 64.1 LC establishes the temporal criterion from which the competence can be attributed to the commercial court once the bankruptcy has been declared. The adoption of measures for the modification, extinction or collective suspension of employment contracts may be requested, in accordance with article 64.3 LC, once the bankruptcy administration issues the report referred to in articles 74 and 75 of the Law, whose term is two months counting from the date on which two of the administrators accept it. However, the request may be made at any procedural moment after the declaration of the bankruptcy, even if no report has been received from the bankruptcy administration, if it is considered that the delay in the application of these measures could seriously compromise the future viability of the company and employment.

Secondly, the objective competence of the competition judge may give rise to some doubts as to the delimitation of the scope of its application. Thus, regarding the substantial modification of working conditions, it is questionable whether the competence extends only to those of a collective nature or whether it would also include those of an individual nature.

Independently of certain doctrinal disquisitions that point out that the use of the collective term in the singular could lead one to think that the substantial modification of the working conditions, both collective and individual, would be known, the truth is that both article 8.2 LC and article 86 ter 1.2 of the LOPJ¹⁴ use the term "collective" in the plural, so that the grammatical hermeneutics of these two precepts reinforces the thesis that the judge of the competition will only be competent to know the substantial modification of the working conditions of a collective nature¹⁵. Consequently, the objective competence of the commercial judge will be limited to measures of a collective nature that affect the labour relations in which the respondent is an employer.

Therefore, the competence of the mercantile judge and the consequent application of article 64 LC respond to the concurrence of two fundamental conditions, which are, firstly, that the collective modification, suspension and extinction files are raised once the declaration of the insolvency proceeding has been requested, from that moment the corporate body must abstain from hearing and must refer the parties to the insolvency judge. With regard to the files in processing when the competition has been requested, nothing is stated in article 64 LC,

¹⁴ Ley Organica 11/1985, de 1 julio, Organica del Poder Judicial.

¹⁵ Look also Orellana Cano, Ana M., "*Cuestiones laborales y de seguridad social en la normativa concursal*", en San Juan Muñoz, E. (coord.), *Competencias de los juzgados de lo mercantil. Competencias en materia concursal y competencias añadidas mercantiles*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 1238 mentioned in Llorente Sanchez-Arjona, work cit., 117.

although it is considered that these will have to follow their channels in accordance with labour regulations, without prejudice to a possible accumulation in the insolvency proceeding¹⁶.

The second prerequisite speaks to us of the need for measures to be of a collective rather than an individual nature. Therefore, article 64 LC will not be applied in cases of individual modification or extinction after the declaration of the insolvency procedure, which follow the labor regulations and will be the competence of the corresponding social authority.

3. PRINCIPLE OF CONTINUITY OF BUSINESS ACTIVITY IN SPANISH BANKRUPTCY LAW AND ITS EXCEPTION

Despite the fact that the satisfaction of creditors is the essential purpose of the insolvency proceedings and the preservation or reorganisation of the company which has been declared bankrupt has an instrumental and relatively important role, there is no doubt about the weight that this has in current Spanish law, in the same way that it has in legal systems such as the German and French¹⁷. The current Spanish bankruptcy legislation is separated not only from the "sanatorium" bankruptcy system (based on the idea of saving the debtor's assets) but also from the "repressive" one (focused on the sanction of the bankrupt).

This is confirmed by the 2015's law (LMUMC) which states that "*the continuity of economically viable companies is beneficial not only for the companies themselves, but for the economy in general and, very especially, for the maintenance of employment*"¹⁸. In the most extreme (and most frequent) cases, insolvency and its proceedings lead to the closure of the company and, with it, to the termination of all employment contracts. In cases of lesser economic severity, the company may survive by reducing or modifying or reorganizing its activity, which involves the partial reduction of the workforce or at least the suspension or substantial modification of working conditions (geographical transfers included)¹⁹.

Along these lines, in favour of the conservation of the company, art. 44.1 LC provides that the declaration of bankruptcy shall not in itself interrupt the business activity of the debtor and, as a consequence, provides that such a declaration "*does not, in principle, affect the validity of contracts with reciprocal benefits...*". In the same sense, art. 64 law 38/2011 (LRLC) of reform of the LC, provides for the adoption by the judge of the insolvency proceeding of measures of

¹⁶ This opinion is expressed by González Cano, I., work cit. p. 406.

¹⁷ M. Zabaleta Díaz, *El principio de conservación de la empresa en la Ley Concursal*, Thomson/Civitas, 2006, pp. 41 ss. Mentioned in Montoya Melgar, work cit., 82.

¹⁸ Preamble of LMUMC 2015.

¹⁹ As the legal doctrine recalls, citing art. 44 LC, the *desideratum*, from the labor point of view, is the conservation and not the disappearance of the company; that is, the adoption of solutions that lead to the rescue of the company and, consequently, to the maintenance, as far as possible, of labor relations in it.

substantial modification, and "collective" extinction as well as suspensions (and temporary reductions in working hours) of the labour relations affected by the bankruptcy, aimed as a whole at restructuring the workforce of the company and avoiding its closure and the extreme action of the dismissal.

Therefore, the legal objective of the continuity of the business activity is the conservation of the debtor's assets, as far as possible²⁰ and always in the measure that this may coincide with the satisfaction of the interests of all creditors. When this interest demands the closure of the company and the dismissal of all its staff, the idea of continuity will have no place. Otherwise, the business activity will continue as long as it is maintained by the debtor himself with the intervention of the bankruptcy administration (in case of voluntary bankruptcy), as if it is through the suspension of the debtor and its substitution by the bankruptcy administration (in case of necessary bankruptcy) but with a series of consequences on the capacity to act and dispose of the entrepreneur bankrupt of his own assets²¹.

About the exception to the principle of continuity of business activity, only the insolvency administration (not the creditors nor the insolvent businessman) may request from the commercial judge the cessation or suspension of all or part of the debtor's business activity (art. 44.4 LC), this only in the interest of the insolvency proceedings and in order to guarantee the best protection of the assets. The judge will decide at the request of the insolvency administration (and never *ex officio*), and after hearing the debtor and the representatives of the company's employees²².

Similar principles are also enshrined in Italian law, in fact, the declaration of bankruptcy does not necessarily mean the cessation of the company's activities, which, on the contrary, may continue through the temporary exercise, rental or sale of the company or its branches.

²⁰ This is the meaning of the clause "*when applicable*" used by art. 64.4 LC: the request for collective labour measures to the judge of the competition will have as objective, "*when applicable, the future viability of the company and employment...*".

²¹ Transferring these limitations to the employment sphere, the bankrupt employer may not enter into employment contracts or adopt fundamental decisions, such as modifications, suspensions or contractual extinctions with evident patrimonial content, nor pay salaries, since these actions would correspond to the bankruptcy administration. The infringement of any of these limitations by the bankrupt businessman determines the nullity of the acts of disposition and administration at the request of the bankruptcy administration, through the channels of the bankruptcy incident (article 44.7 LC).

²² The judicial decision has a constitutive character: consequently, the insolvency administration, rather than adopting its own judicially authorized acts, will be limited to complying with the extinctive or suspensive measure ordered by the judge.

3.1. CONSEQUENCES ON PENDING CONTRACTS (IN PARTICULAR, EMPLOYMENT CONTRACTS): THE PRINCIPLE OF CONTINUITY AND ITS EXCEPTION

The principle of continuity of business activity is complemented by the general rule that the declaration of insolvency procedure does not “*in itself*” affect the validity of pending reciprocal performance contracts (art. 61.2.I LC). Then all contracts with such a performance pendency, employment contracts included, subsist after the declaration of the insolvency procedure. This rule is reinforced by the declaration of art. 61.3 LC, which provides for the nullity of the clauses that make up the pure and simple declaration of the procedure as a legitimate reason for the termination of the contract, including employment contracts. The direct consequence of the maintenance of this activity is that, in principle, the work contract will only cease if there is some extinctive cause.

The resistance of bilateral contracts to the declaration of insolvency proceeding has an exception in the second paragraph of the same article (61.2.II LC): the exception is that the bankruptcy administration (when it replaces the entrepreneur) or the debtor himself/itself (when he is not replaced but merely intervened by such administration) may request the judicial resolution of the contract “*if they consider it convenient to the interest of the bankruptcy*”, in order to avoid the excessive onerousness that the maintenance of the contract would entail, that is, “*when the bankruptcy creditors obtain a degree of satisfaction greater than that which they would obtain with the performance of the contract*”²³. The resolution exception requires a trilateral agreement of the insolvency administration and both parties to the contract (worker and insolvent businessman) before the insolvency judge, who will issue an order ratifying or homologating the agreement. In the absence of such an agreement, those legitimated to enter into it may promote the proceedings of the insolvency incident, which will be resolved by the insolvency judge, deciding whether to extinguish it or not and, where appropriate, fixing the relevant refunds and any compensation from the mass that may be due. This raises the question of whether this mechanism can also apply to employment contracts. The collective dismissals decided within the framework of the insolvency procedure have their own exclusive legal regime (art. 64 LC), which rules out the possibility of the application of art. 61.2.II LC. Regarding individual or plural dismissals, articles 86.ter.1.2° LOPJ and 8.2° and 64 LC, which only entrust the mercantile judge with the adoption of collective measures,

²³ A. Martínez Florez, *Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas (art. 61)*, en A. Royo y E. Beltrán: *Comentario de la Ley Concursal*, cit., I, pag. 1147 mentioned in Montoya Melgar, work cit., 115.

oblige him to exclude individual dismissals from the regime of article 61.2.II LC and to refer their regulation to the provisions of the Statute of Workers and Law 36/2011 regulating the Social Jurisdiction.

Thus, although the "principles of legal unity, discipline and system" as well as the "unity of the insolvency procedure"²⁴ do not prevent the company's crisis from giving rise to two different legal regimes: in the event that the insolvency of the employer entails the opening of the insolvency proceedings and is faced with collective contractual measures, the applicable regime will be art. 64 LC; law whose application extends to individual incidents arising from the collective insolvency proceedings themselves. If, in the other hand, the crisis of the insolvent employer does not lead to the adoption of collective but individual contractual measures, the regime applicable to the measures adopted will be that of the Workers' Statute, the Law regulating the Social Jurisdiction and complement.

4. THE EFFECTS OF INSOLVENCY PROCEEDING ON LABOUR CONTRACTS: COLLECTIVE MEASURES FOR REGULATING EMPLOYMENT

As said before, the direct consequence of the maintenance of business activity is that, in principle, the work contract will only cease if there is some extinctive cause. The employment contracts will therefore remain in force, although there may be a request for their termination. Thus, both labour (first) and (then) bankruptcy legislators, always looking for the continuity of the company before its disappearance, allow for the temporary suspension of contracts or parts thereof, geographical mobility and substantial changes in working conditions and, in extreme cases, reduction of staff²⁵. On the assumption of unrecoverable crisis of the enterprise, the labor legislation allows the closure of it and, therefore, the dismissal of its entire staff²⁶. Although the insolvency of the employer is the objective condition of the insolvency proceedings, the LC also requires the presence of a "motivating cause" that justifies the adoption of the measures of alteration, suspension or termination of employment relationships

²⁴ M. Olivencia Ruiz, *Los anteproyectos de ley y la reforma concursal en España*, en la obra colectiva *Crisi d'impresa e procedure concorsuali in Italia e in Europa. Prospettive di riforma*, Cedam, Milan, 2002, pp. 553 ss. mentioned in Montoya Melgar, work cit., 117.

²⁵ With the appearance of the Insolvency Law there is a duplication of procedures in the treatment of labour situations of business insolvency that depend on whether or not insolvency procedure has been opened. Thus, the rules of the ET on collective dismissal (article 51 ET), geographical mobility (article 40 ET), or substantial modifications of working conditions (article 41 ET) that must be based on economic, technical or production causes, will be applied if no procedure has been opened; otherwise, the procedure of article 64 LC must be used, which will be governed by rules of labour nature, with the consequent functional interdependence of both labour and insolvency procedures.

²⁶ Art. 51.1.IV ET, drafted by LRML/2012.

affected²⁷. The LC has not specified the entity of such causes; therefore, it can't be understood that the justifying causes of the measures foreseen in the LC are different from the economic, technical, organisational or production causes characterised in the ET^{28 29}. The pure and simple declaration of the insolvency procedure does not erect itself as the cause of the collective measure³⁰, even though it may operate as a serious indicator of negative economic situation. As for the meaning of "collective", nothing is said in the LC and it is necessary to resort, as a supplement, to the ET, in accordance with the provisions of art. 64.11 LC.

So, the concepts of extinction and collective transfer is based on a quantitative or numerical criterion established by art. 51 ET, applicable to the procedure of art. 64 LC. It is collective dismissal that affects, in a period of 90 days, at least:

- a) ten workers, in companies that employ less than one hundred workers;
- b) 10% of the number of workers of the company in those that employ between one hundred and three hundred workers;
- c) thirty workers in companies that employ more than three hundred workers.

The dismissal affecting the entire workforce of the company will only be collective when the workforce exceeds 5 workers³¹. Consequently, dismissals for economic, technical, organizational or production reasons that do not reach this quantitative level will be processed as dismissals for objective reasons, which can be challenged before the social court.

The same quantitative criterion is applied to decide when there is a collective transfer.

About the concepts of suspension and reduction of working hours art. 8.2 LC speaks of collective suspension and refers this concept to what is stated in art. 47 of the ET which disregards the individual/collective distinction, applying its regime "*whatever the number of workers in the company and the number affected by the suspension*". The remission thus renders meaningless the qualification of "collective" that art. 8.2 LC applies to suspensions.

²⁷ In this sense, the STSJ of Madrid, of 30 May 2011 and the Judgments of the Commercial Courts of Madrid n°9, of February 2010 and Bilbao n°2, of 16 February 2010, coincide in denying that the pure situation of insolvency is the automatic cause of collective dismissal and in demanding the presence of economic, technical, etc. causes.

²⁸ According to J. Vaquer Martin, work cit., 11 "*It is enough to say that in insolvency proceedings the cause invoked in practically all cases is the "economic" one, since most of the companies that go into insolvency do so in a situation of irreversible losses or with a very serious economic or financial deterioration*".

²⁹ As stated in the Order of the Mercantile Court n°2 of Bilbao, of 1 February 2007, "*The specific causes, within the insolvency situation, are those described in articles 40.1, 41.1 and 51.1 and 12 ET, for each measure...*".

³⁰ C. Saez Lara, *Regulación de empleo en la empresa concursada: la reforma del procedimiento del art. 64 de la Ley Concursal*, Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, ISSN 0213-0556, Nº 7, 2012, págs. 11-56 mentioned in Montoya Melgar, work cit., 156.

³¹ Therefore, the dismissal of the 5 workers that make up the total workforce of the company in bankruptcy cannot be agreed by the mercantile judge but by the social judge, as it is not a collective dismissal (STSJ de Aragón, 6 April 2009). Also Order of the Mercantile Court n°1 of Cadiz, of 25 May 2012.

Regarding working day reductions, art. 8.2 LC expressly refers to art. 47 ET, which refers to the "temporary reduction of between 10 and 70 per cent of the working day calculated on the basis of a daily, weekly, monthly or annual working day".

Last, about the concepts of substantial modification of collective work conditions art. 41 ET considers substantial modifications of the working conditions enjoyed by workers the changes that affect, in a period of 90 days, any of the following matters:

- a) Working day;
- b) Timetable and distribution of working time -modification introduced by L 35/2010;
- c) Shift work regime;
- d) System of remuneration and salary amount (REYAL);
- e) Work and performance system;
- f) Functions, when they exceed the limits for mobility foreseen by the labour law.

In order to determine whether a modification is of a collective nature, the substantive labour law applies the same numerical criterion indicated with respect to collective dismissal, so that if the measure exceeds these limits it will be the competence of the commercial judge and if it does not exceed them it will be an individual modification (even if it affects several workers), in which case it will be adopted by the employer in bankruptcy with the intervention of the bankruptcy administrator, being revisable by the social judge.

A common problem to the procedures of dismissals, modifications and collective transfers is the one related to the consequences of its possible fraudulent processing, not as collective decisions but individual ones. The LC does not contain any rules relating to this serious problem. Therefore, the provisions with which the ET tries to adjust these fraudulent conducts will have to be applied in a supplementary manner.

Thus, when extinctions, suspensions or modifications are carried out beyond the 90-day period in order to prevent the measure from reaching the quantitative range of collective within that period, the measures fraudulently applied will be considered null and void (Articles 40.1, 41.3 and 51.1 ET), corresponding the declaration of nullity to the social order of the jurisdiction.

5. ABOUT THE PROCEDURE FOR TAKING COLLECTIVE ACTION ON EMPLOYMENT CONTRACTS: LEGITIMATION TO REQUEST MODIFICATION, SUSPENSION AND EXTINCTION MEASURES

The procedure for taking collective action on employment contracts has the nature of an incidental procedure instigated within the insolvency procedure of “smaller and more specific size” and of “declarative and special character”³² and is called labour-insolvency procedure³³.

It is articulated in four basic phases: application, consultation period, report of the labor authority, Court decision granting in whole or in part or rejecting the requested measures.

The collective procedures regulated by the LC are initiated in any case by means of an application presented before a judicial body, the judge of the insolvency proceeding. The legitimacy to request the adoption of collective labor measures within a bankruptcy is attributed to three subjects³⁴: 1) the debtor, 2) the bankruptcy administrator, and 3) the workers of the bankrupt through their legal representatives. Regarding the temporary moment, section 3 of article 64 L.C. requires, as a general rule, that the request must be issued within two months from the acceptance of the insolvency administrator³⁵. About the content of the application (arts. 64.2, 3 and 5 LC), it must set out and justify the grounds on which the measure is based, as well as the objectives and purposes it is proposed to achieve in order to ensure, where appropriate, the future viability of the company and employment, accompanied by the necessary documents. There is nothing to prevent the application from proposing the adoption of a single form of adjustment or, on the contrary, the joint adoption of measures of a different nature; nor does it prevent the application from basing the various measures proposed on a single cause or on several cumulative causes.

5.1. CONSULTATION PERIOD AND LABOUR AUTHORITY REPORT

The Consultation period is configured as an instrument of private autonomy to reach agreements to reconcile their interests and seek solutions that are less harmful to workers (for example, the possibility of avoiding or reducing the effects of the file). In the labour-bankruptcy procedure this autonomy lies on the representatives of the workers and the

³² This characterization, with dogmatic support in high procedural doctrine, in J. M. Rios Mestre, *Despido colectivo y concurso de acreedores*, 2010, pp. 366-368, mentioned in Montoya Melgar, work cit., 173.

³³ The construction of this incidental process of the LC is inspired by the labor ERE (Expediente de regulación de empleo), today suppressed by the LRML/2012.

³⁴ Whether we are faced with a voluntary or a necessary insolvency proceeding, the insolvency administration is expressly entitled to request the insolvency judge to suspend or extinguish the employment contracts, although it is true that in practice the initiative of the insolvency administration will occur almost always when we are faced with a necessary insolvency proceeding.

³⁵ Period within which the bankruptcy administration must issue the report concerning the financial status of the debtor. Exceptionally, it is possible for the application to be submitted, without the need to wait for the issuance of the aforementioned report, at any procedural moment after the declaration of the insolvency procedure, if it can be established that the delay in implementing the proposed measures could seriously compromise the future viability of the company and employment.

bankruptcy administration (which are necessary parties), the bankrupt debtor being able to participate if it is only intervened in its faculties but the rejection of the bankrupt debtor is irrelevant for the purposes of ending consultations with agreement³⁶. Consequently, the measures proposed by the entrepreneur may be considered unnecessary, or it may be understood that the measures to be taken must be of a different nature or even of a higher intensity than those proposed.

The third paragraph of art. 64.6 contemplates the possibility that the request for a labor adjustment measure is accompanied by an advance agreement between the insolvency administrator and the workers' representatives who support it. In such a case, it is logically superfluous to open a period of consultations, since the purpose it pursues, to reach an agreement between the negotiators, has already been obtained in the past at the time of submitting the application.

As for the duration of the consultation period, the Law establishes a maximum duration of 30 calendar days for companies with 50 employees or more, with a maximum duration of 15 days when the company has fewer than 50 employees.

At the end of the consultation period, whether or not an agreement has been reached, the insolvency administration and the workers' representatives, either jointly or separately, must inform the judge of the outcome of the consultations.

Once the consultation period has ended, whatever its outcome, and the court has been informed of its outcome and documents, the secretary of the mercantile court will obtain a report from the labor authority on the proposed measures and, if applicable, on the agreement reached. This report, which is not binding, must be issued by the Labor Authority within a maximum period of 15 days, being able to summon and hear the parties before deciding. Once the report has been received from the labour authority, or the time limit has elapsed without having been issued, the judge continues with the processing of the procedure, although he may take the report into account, even if it was issued after the 15-day time limit mentioned above, when it was communicated to the court late but before the corresponding decision was taken.

5.2. THE MERCANTILE JUDGE'S DECISION AND APPEAL AGAINST IT

³⁶ According to Llorente Sanchez-Arjona, work cit., 130 "We are faced with the absurdity that the bankrupt employer is entitled to request these measures, which must be documented and justified by him, but he is excluded from the negotiation, which passes to the administration and the workers' representatives; this absurdity is even greater in all those cases in which the aim of the bankruptcy procedure is to keep the company in the hands of the same entrepreneur and to recover its solvency".

In the current legal system, the judicial decision takes the form of an order and not of a sentence since it ends not a main process but a procedural incident within the insolvency process³⁷. This order must be motivated and congruent with the deduced petition and, in this sense, it will not be able to resolve "*ultra petita*" nor will it be able to grant something different from what was requested. The order must resolve, within a maximum period of five days, regarding the proposed measures³⁸. Failure to comply with said period means that the "judicial silence" can be positively interpreted as tacit acceptance of the request.

The activity of the insolvency judge differs according to whether the consultation period was concluded with a valid agreement, with a defective agreement or without an agreement. If the consultation period has concluded with agreement, the judge will approve and validate the agreed measures³⁹, unless in the conclusion of the agreement he appreciates fraud, wilful misconduct, coercion or abuse of rights. In the latter case, the judge will declare the act null and void, not limiting its action to a strictly formal level, since he will enter into the merits of the case resolving what he deems appropriate with regard to the proposed regulation of employment.

If the consultation period has ended without agreement, the law states that the judge must resolve what proceeds under labor law, after hearing the parties who have intervened, a procedure that is imperative and if omitted will determine the nullity of the acted.

Once the insolvency judge has decided to terminate or suspend the employment contract or reduce the working day, an essential effect is the access of the affected workers to unemployment benefits.

For this purpose, the LC stipulates strictly that in the agreement with which the consultations are concluded, compensation will be fixed: as a general rule, in the event of collective dismissal, the minimum compensation is 20 days per year of service with a limit of 12 monthly payments. The LC (art. 64.6.IV) admits that the bankruptcy administration and the representatives of the workers agree compensations higher than the legal ones, as long as such increases do not harm the interest of the bankruptcy. Increases in compensation that are

³⁷ In Articles 245.1.b) LOPJ and 206.1.2.º II LEC it is defined as "*incidental question*".

³⁸ This order produces its effects immediately and automatically without the need for intervention of the insolvency administration and must contain the name of the workers who will be affected by the measure.

³⁹ In judicial practice they speak of "approval" or "homologation" of the agreement; so, Order of the Court of the Mercantile nº1 of Vitoria, of December 2005. Order of the Court of the Mercantile nº10 of Barcelona, of 26 February 2012, qualifies judicial control of the agreement as "mere external legality," not opportunity or the content of the pact.

harmful to other creditors, abusive and fraudulent will cause the negotiators of the agreement, and in particular the bankruptcy administrators, to incur liability⁴⁰.

Against the judge's decision on measures for regulating employment, art. 64.8 LC opens a twofold avenue of appeal: on the one hand against the decision maker of the collective labour-bankruptcy procedure (in general, on any matters affecting the collective), and on the other hand an individual avenue (accessible to any worker who understands that a singular labour right has been infringed, e.g. in relation to salary)⁴¹. Thus, in the first place, article 64.8, paragraph 1, provides that there may be an appeal for supplication that will be processed and resolved by the jurisdictional bodies of the social order, without producing a suspensive effect on the processing of the insolvency proceeding or the insolvency incidents⁴². In the second case, it will not be possible to appeal the Order of collective measures, but they will be able to formulate "insolvency incident" in labor material before the judge of the insolvency proceeding; the sentence of the judge of the insolvency proceeding that resolves the insolvency incident is susceptible of appeal of supplication. The key to the distinction between these two contentious avenues lies in the fact that, unlike the first case, the contentious claim is not to be found in the annulment or rectification of the order for all the contracts included in its scope of application, but in matters referring exclusively to the individual relationship of the worker, or to the effects that the collective measure has produced in the specific employment relationship, such as the choice of the employees affected by the measure or the amount of the corresponding indemnities.

6. THE TREATMENT OF LABOUR CREDITS IN INSOLVENCY PROCEEDINGS. CREDITS AGAINST THE MASS AND INSOLVENCY CREDITS

The universality of the claims against the debtor constitutes the "debts of the insolvency assets" (passive mass), while the universality of the goods and rights that make up the assets of the

⁴⁰ Likewise, the pact to raise the legal indemnity celebrated not with the bankruptcy administration but with the bankrupt businessman is ineffective *ex abundantia*, given that he lacks the necessary negotiating legitimacy. In this sense, Order of the Commercial Court of Alicante n°1, of 27 May 2010.

⁴¹ By this split, the legislator undoubtedly aims to avoid delaying the collective procedure. In this sense, SSTSJ of Basque Country, of 15 January 2008, and of Catalonia, of 13 May 2011.

⁴² Part of the doctrine justifies this attribution of competence in the consideration that the social jurisdiction must have the opportunity to pronounce itself on labor issues decided in the heart of the insolvency proceeding, although it must be understood that this intervention is strictly circumscribed to the appeal of the order issued by the bankruptcy judge in matters of modification, suspension or collective extinction of employment contracts. This can therefore be referred to as a "return journey" to labour law or as an interdependence of competences between the two legal systems. In this sense, Meléndez Morillo-Velarde, L. y Pérez Campos, A., *Novaciones modificativas y extintivas del contrato de trabajo*, en Ríos Salmerón, B. (coord.), *La Ley Concursal y los aspectos sociales*, Murcia, Laborum, 2004, p. 375 mentioned in Llorente Sanchez-Arjona, work cit., 137.

debtor when declaring bankruptcy form the "insolvency estate" (active mass)⁴³. The determination of both "masses" is the competence of the insolvency administration and the LC imposes on the latter the obligatory inclusion of certain credits including the credits of workers whose reality and amount is deducted from the books and documents of the debtor or recorded in the insolvency for another reason.

The labour credit includes in the first place the salary, but goes beyond it, also including the business benefits of a non-wage nature (indemnities, compensations and expenses "supplied" by the worker). The LC (art. 84) draws a fundamental separation between "predeductible" credits against active mass and "bankruptcy credits" that make up passive mass.

The credits against the mass are generated by the expenses caused by the bankruptcy itself and by the obligations that subsist after the declaration of the bankruptcy for the continuity of the company (including salaries and indemnities arising after and during the processing of the insolvency proceeding)⁴⁴; exception for the credits of the workers in reason of the salaries of the last thirty days of effective work that art. 84.2.1º LC classifies as previous to the declaration of bankruptcy⁴⁵, by an amount not exceeding twice the minimum inter-professional wage⁴⁶. Such credits are predeductible, but not privileged, in the sense that the bankruptcy administration, before proceeding to the liquidation and payment of the bankruptcy credits, has to take away from the active mass *"the goods and rights necessary to satisfy the credits"* against it (art. 154.I LC).

The LC establishes that the credits for the salaries of the last thirty days of effective work, prior to the declaration of bankruptcy will be paid immediately⁴⁷. The remaining credits against the assets, whatever their nature and the state of the bankruptcy, will be paid as they fall due⁴⁸. The insolvency trustee may alter this rule when it considers it convenient for the interest of the

⁴³ With the exception for certain goods, such as personal and unattachable.

⁴⁴ Claims against the insolvency estate are commonly considered to be "out of bankruptcy" in the sense that they do not compete with the claims included in the list of creditors, since their collection takes precedence over theirs.

⁴⁵ The LC recognizes the character of predeductible credit exclusively to the employee's salary, understood in the terms of art. 26 ET, that is *"the total economic earnings of workers, in cash or in kind, for the professional provision of employment services, whether they remunerate actual work, whatever the form of remuneration, or rest periods which may be counted as work"*; by including in the salary both the *"basic salary, as well as remuneration fixed per unit of time or work"* and, where appropriate, *"salary supplements fixed according to circumstances relating to the personal conditions of the worker, the work carried out or the situation and results of the enterprise"*.

⁴⁶ The amount of the MIS is fixed annually by the Government in accordance with the guidelines contained in art. 27.1 ET.

⁴⁷ Credits against the mass are qualified as those related to the salaries of the thirty days prior to the termination of the employment relationship when the provision of services had concluded prior to the declaration of bankruptcy in this way, not calendar days are computed, but days actually worked.

⁴⁸ These credits, despite the appearance offered by the list of assumptions contained in art. 84.2 LC, are not hierarchical among themselves, and must be satisfied at their maturity (whether immediate or deferred), "without a predetermined order". In this sense, E. Beltran, *Creditos contra la masa*, in E. Beltran y J. A. Garcia-Cruces (Dirs.): *Enciclopedia de Derecho Concursal*, cit., I, pp. 892-894: "los créditos contra la masa no se gradúan", mentioned in Montoya Melgar, work cit., 356.

bankruptcy, if it presumes that the active mass will be sufficient for the satisfaction of all claims against the mass.

Art. 84.4 LC establishes that the actions relating to the classification or payment of claims against the insolvency estate have to be brought before the bankruptcy judge through the bankruptcy incident, but judicial or administrative executions may not be initiated to make them effective until the agreement is approved, the liquidation is opened or one year has elapsed since the declaration of bankruptcy.

Insolvency credits are those that make up the passive mass against the insolvent debtor. They are not predeductible of the active mass, they must be generated before the declaration of the insolvency proceeding⁴⁹ and, generally, the inclusion in the list of creditors of insolvency claims requires communication within the corresponding deadlines and their recognition by the insolvency administration. Moreover, these are classified in the LC in four categories⁵⁰: a) credits with special privilege (including fixed-assets loan credit for workers); b) credits with general privilege (including credits for salaries and compensation and Social Security credits); c) ordinary credits; d) subordinated credits (are those paid last)⁵¹.

The classification of the credits is of interest since the worker, does not have guaranteed the complete recovery of his credits, and in addition it is usual that the corresponding credit to the worker is paid by subject different from the employer that from that moment acquires the condition of creditor by virtue of subrogation. It is a general rule that wage claims and indemnities are non-transferable, which implies the impossibility of assigning these privileges (an exceptional case is that of FOGASA).

6.1. THE POSITION OF THE SPANISH WAGE GUARANTEE FUND IN INSOLVENCY PROCEEDINGS

In addition to the system of privileges⁵², in view of the fact that the assets of the insolvent employer may not be responsible for the labour credit⁵³ and as a result of European Union

⁴⁹ E. Beltran, *Integración de la masa pasiva* (art. 49), en A. Royo y E. Beltran: *Comentario de la Ley Concursal*, II, cit., pag. 991 mentioned in Montoya Melgar, work cit., 357. Hence, the bankruptcy credits are the compensation for unfair dismissal agreed before the declaration of the bankruptcy and the processing salaries accrued as a result of dismissal prior to the declaration of bankruptcy.

⁵⁰ These regulations are necessary in view of the probability that the debtor's assets will be insufficient to meet all its debts. Therefore, the general rule of the "*par conditio creditorum*" gives way to the provisions ordering such claims hierarchically.

⁵¹ Respectively governed by Articles 90, 91 and 92 of LC.

⁵² The aim of which is, therefore, as in the Italian system, to guarantee the workers an advantageous position compared to the other creditors of the insolvent entrepreneur.

⁵³ A credit that, as is notorious, provides for the subsistence of the worker and his family.

Social Law (Directive 80/987/EEC), there is also a guarantee mechanism that allows the worker to exercise the right to the salary or compensation not received to obtain them from a singular insurer that is responsible for anticipating the payment of what is owed. This singular entity is the Salary Guarantee Fund (FOGASA, regulated by Royal Decree N°505/1985 and art. 33 ET⁵⁴), which replaces the debtor against creditor workers in situations of corporate insolvency which give rise to both collective and individual proceedings and also in certain situations outside of corporate insolvency (such as the termination of the contract per force majeure).

The fund offers a double face: debtor to workers (subsidiary liability) and creditor to employers as a surrogate in their legal position and to whom it has satisfied the corresponding credits⁵⁵. Then the function assigned to the fund is not that of replacing *in integrum* the liability of the debtor employer, but that of making good, to the extent that the legislator considers indispensable and viable, the damage caused to the worker by the employer's failure to fulfil obligations.

The credits to whose satisfaction the Fund must pay are what art. 33 ET calls "labor credits" of the workers, that is to say, those that deal with salaries, on indemnifications for contractual extinctions which took place during the insolvency proceeding and on the so-called processing salaries (they are the ones not received from the moment in which the dismissal takes effect until the notification of the sentence declaring insolvency).

The first of the rules on payment by the Fund is that the recognition of the right to the payment of wages or to compensation due by the employer requires that the credits of workers⁵⁶, which must be recognized in the corresponding qualifications, are included in the list of creditors or, as the case may be, are recognized as debts of the estate by the competent insolvency body for this purpose (mercantile judge or insolvency administration), in an amount equal to or greater than that requested from the Fund (art. 33.3 ET).

There are also quantitative limits, so that the Fund is not liable for any increase in the amounts legally established.

The right to claim the wage replacement or indemnity benefits for which the Fund is responsible may be exercised by employees at any time after the declaration of insolvency. Such exercise is subject to a period of one year, computable from the date of the act that would

⁵⁴ Repeatedly amended, most recently by law 22/2013 of 23 December.

⁵⁵ Thus they retain the credit privileges that correspond to them, on an equal footing and on a pro rata basis with those of the same rank that could continue to be held by the workers themselves (art. 33.4 ET and 30.3 RD 505/1985).

⁵⁶ Consequently, the Fund is not responsible for credits which, although they should be included in this list, are not (STSJ of Madrid, of 3 March 2014).

have recognized the labour credit (art. 33.7 ET). The limitation period is interrupted for any of the reasons interrupting the limitation period and for the specific reason of the exercise of executive actions or actions for recognition of credit in bankruptcy proceedings (art. 33.7.II). The FOGASA has been responding directly and as its own debt in two special cases inspired by the same purpose which is to lighten the burden of compensation owed by employers in certain circumstances. The Fund could then incur its own direct liability: a) in order to pay to the workers in the service of small companies certain indemnities due to the extinction of indefinite contracts and b) in order to the payment of the indemnifications to the workers that the labor authority orders to satisfy in the cases of contractual extinction by force majeure.

The Fund's decision on its eventual obligations takes place through the processing of an administrative procedure or "enquiry" (art. 33.4 ET), regulated in detail in Chapter III of RD 505/1985. The file may be promoted by the workers who hold guaranteed credits, as well as by the bankruptcy administration and by FOGASA itself *ex officio*, and the request must be accompanied by a series of documents (i.e. the certification of the inclusion of credit in the list of creditors).

Once the payment corresponding to the Fund has been made, it will continue in the procedure, no longer as a defendant but as a plaintiff in its new condition of subrogated creditor *ope legis* in the worker's credit to the employer⁵⁷.

Last, but not least, Article 33, paragraphs 10 and 11⁵⁸, specifically regulates the obligations of FOGASA in the event of transnational or "cross-border" insolvency, that is of a company operating in Spain and at least one other country of the European Union.

Two different scenarios are envisaged depending on whether the insolvency procedure is opened in Spain or in another Member State: a) If the workers holding unsatisfied work credits "*work or have worked regularly/habitually in Spain*"⁵⁹, FOGASA assumes its guarantee obligations by applying the protection provided for in Article 33 ET; b) if, on the other hand, these workers "*work or have worked regularly/habitually in a country other than Spain*", FOGASA assumes the obligation to inform the similar institution in the other Community country of the claims settled and the outstanding payments, to which it corresponds to assume the duty to guarantee the labour credits.

⁵⁷ In this regard, FOGASA must be present in the bankruptcy procedure to include its credits in it.

⁵⁸ Introduced by Law 38/2007 of 16 November, in order to transpose Directive 2002/74/EC.

⁵⁹ With regard to the concept of "regular/habitual work", the Court of Justice of the European Union (*Koelzsch's case of 15 March 2011*) has stated that it is the one in the country where the worker "*fulfills the main part of his obligations to the employer*".

CONCLUSIONI:

A conclusione di questa profonda ricostruzione di un tema assai complesso e delicato che è quello delle tutele dei lavoratori alle dipendenze di un'impresa in crisi e di un datore dichiarato insolvente, è indubbio che la profonda evoluzione attraversata dal diritto del lavoro dal 1942 ad oggi, caratterizzata sia dalla sempre più rilevante influenza delle fonti europee sia più in generale dalla progressiva espansione delle tutele dei lavoratori, comportava la necessità di un corpus normativo, ben più completo ed articolato rispetto a quello attualmente in vigore, in grado di delineare il collegamento fra la disciplina concorsuale e quella giuslavoristica e la giusta armonizzazione fra le esigenze della massa fallimentare e quelle dei lavoratori dipendenti, che era del tutto assente nella legge del '42 e nelle pur numerose modifiche che nel tempo ne avevano aggiornato il testo.

Tuttavia, che a tale necessità riesca a sopperire il Codice della Crisi elaborato dalla Commissione Rordorf lo è senz'altro, dal momento che la formulazione dell'articolato normativo è tutt'altro che scontato, cosicché, come si è cercato di mettere in luce nelle pagine precedenti, se alcuni dei vecchi dilemmi interpretativi possono dirsi definitivamente superati, è da temere che di nuovi, e forse più numerosi, se ne potranno.

Va senza dubbio riconosciuto alla Commissione quel coraggioso tentativo di razionalizzazione che tanto si aspettava, nonché il merito di aver elaborato un sistema che pone al centro della crisi d'impresa, e segnatamente al centro della procedura di liquidazione giudiziale, l'individuazione dell'attività aziendale come valore da tutelare ed obiettivo da perseguire, a tal fine considerando il fatto che un'azienda senza i suoi dipendenti è già di per sé privata di un suo elemento fondamentale.

Non si può però non constatare che la disciplina delegata non abbia recepito la proposta più innovativa elaborata dalla Commissione ministeriale, che prevedeva l'introduzione di uno speciale trattamento di disoccupazione fruibile dai lavoratori durante il periodo di sospensione del rapporto conseguente alla dichiarazione di liquidazione giudiziale. È rimasto così, allo stato, privo di soluzione politica il problema socialmente più avvertito, che è costituito dalla mancanza per quei lavoratori di qualsiasi forma di sostegno del reddito durante il periodo di sospensione, essendo venuto meno, come si è avuto modo di ricordare più volte, lo strumento della cd. "CIGS concorsuale". Si può ipotizzare il timore che, in violazione della delega (art. 16 L. 155/2017), il sistema riformato potesse comportare "nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica" ed è dunque stata scelta la strada del "risparmio" così come è accaduto con la delimitazione della "CIGS concorsuale".

Sembrerebbe quindi confermata l'ipotesi, delineata da alcuni autori, secondo cui la riforma della crisi di impresa costituisca una vera e propria "controriforma", ossia, sotto vari aspetti, un ritorno all'impianto originario della legge fallimentare del 1942. Da un punto di vista giuslavoristico, le disposizioni del CCI, più che dare il via definito ad un Diritto del lavoro per le imprese in crisi, sembrano aggiungere qualche ulteriore tassello ad un puzzle non ancora completo. D'altronde si è di fronte ad un riassetto del Diritto Fallimentare già di per sé complicato, sicché rimettere a questo altresì la costruzione di una normativa organizzata che rappresenti una sorta di Diritto "speciale" comprensivo, in una rivisitata ottica di conservazione e continuità, di tutti gli istituti del rapporto di lavoro, appare, forse, un obiettivo troppo ambizioso.

Per un giudizio definitivo bisogna comunque attendere l'emanazione dei decreti correttivi al CCI, attesi per i primi mesi del 2020, per cui si può ritenere che il percorso della riforma fallimentare non sia affatto giunto al capolinea.

La ricerca condotta all'estero, ha permesso di constatare, anzitutto, che in realtà nell'ordinamento spagnolo si parli di diritto concorsuale del lavoro, come disciplina che riassume l'applicazione delle norme del lavoro nelle procedure di insolvenza e come punto di contatto tra due rami indipendenti del diritto, già da parecchi anni, precisamente dal 2003 quando la legge n. 22 del 9 luglio ha attribuito, per la prima volta, competenze al giudice della procedura concorsuale su questioni lavoristiche. Benché la legge originaria sia stata oggetto di diversi e necessari adattamenti dovuti all'evoluzione del contesto socio-economico, è stato creato un sistema di conciliazione degli interessi dei soggetti coinvolti dalle crisi d'impresa, lavoratori da un lato e creditori dall'altro (rappresentato dall'art. 64 della Ley Concursal), che non sembra essere destinato a modiche o rinnovamenti imminenti poiché dotato di una certa stabilità ed efficienza. Inoltre, a differenza del sistema italiano incentrato su distinte procedure, la legge spagnola ne prevede oggi una unica e sola applicabile a qualsiasi debitore insolvente. Come nel sistema italiano, anche in quello spagnolo lo scopo essenziale di tale procedura è il soddisfacimento dei creditori, fermo restando che ciò non preclude l'esistenza di finalità complementari quali la conservazione dell'impresa e, conseguentemente, dei contratti di lavoro i quali, in principio, "resistono" alla dichiarazione di insolvenza del datore, per quanto possibile e sempre nella misura in cui ciò possa coincidere con la soddisfazione degli interessi di tutti i creditori, contrariamente possono essere sospesi, modificati o conclusi a determinate condizioni. Invece, anche l'art. 189 del nuovo CCI, destinato ad essere il punto di riferimento sulla sorte dei rapporti di lavoro, mantiene, come regola generale, quella della sospensione

fino alla decisione dell'organo della procedura di subentrare nel contratto o di sciogliersi da esso.

L'attuale legislazione fallimentare spagnola può essere definita, quindi, come a "metà strada" tra un sistema "sanatorio" (basato sull'idea di salvare il patrimonio del debitore) e tra quello "repressivo" (incentrato sulla sanzione del fallito); in quest'ultimo senso, si è detto, era originariamente orientato il sistema fallimentare italiano ed è solo con le riforme degli ultimi anni che è diventato prevalente l'interesse a preservare quegli elementi dell'impresa che oggi sono considerati indispensabili, e quindi anche a mantenere i rapporti di lavoro.

Tutto ciò ha permesso al legislatore spagnolo di focalizzare l'attenzione su altri temi attuali di maggior importanza e problematicità per l'economia del Paese con interventi e riforme che gli hanno consentito di tornare a crescere ad un passo più celere, sebbene gli indicatori non sempre siano univoci, dopo avere subito una crisi economica e finanziaria devastante e dai connotati simili, se non peggiori, che in Italia.

In sostanza, si può concludere come, su questo argomento, la Spagna sia diversi passi davanti all'Italia, auspicando che la riforma che entrerà in vigore il 15 agosto di quest'anno possa, se non colmare interamente questo gap, quantomeno ridurne le dimensioni.

BIBLIOGRAFIA:

Alvarez I., Moreira P., *Spain: Corporate Recovery & Insolvency 2019*, in ICLG.com

Angiello B., *Sui limiti del diritto di surroga del Fondo garanzia dell'Inps*, in *Rivista di diritto della sicurezza sociale*, 2016 fasc. 2, pp. 429-437.

Anibaldi V., *Crisi d'impresa e sospensione dei rapporti di lavoro*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2011 fasc. 129, pp. 29-79.

Avio A., *Fondo di garanzia e dies a quo per l'individuazione dei crediti di lavoro tutelati*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2009 fasc. 3, pt. 2, pp. 565-567.

Bonetti P., Scaini F., *Crisi d'impresa: quando si sospendono i rapporti di lavoro*. Articolo tratto da *Diritto & Pratica del Lavoro* n. 17/2019.

Bresciani I., *La sorte dei rapporti di lavoro subordinato dopo il fallimento del datore di lavoro*, in *Il Lavoro nella giurisprudenza*, 2016 fasc. 3, pp. 229-239.

Buoso S., *Anche il curatore fallimentare deve rispettare le norme limitative dei licenziamenti*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2018 fasc. 5, pt. 2, pp. 818-822

Caiafa A., *I rapporti di lavoro nel codice della crisi e della insolvenza. Tutela dell'occupazione, licenziamenti e misure di reimpiego*, in *Il nuovo Diritto delle Società*, 2018 fasc. 3, pp. 609-669.

Carchio C., *La prescrizione del credito contributivo del Fondo di garanzia dell'Inps non limita l'automaticità delle prestazioni*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2018 fasc. 1, pp. 245-257.

Casadio G., *Fondo di garanzia Inps e fallimento: un percorso a ostacoli*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2010 fasc. 8, pp. 751-757.

D'Arcangelo L., *Prime riflessioni sulla tutela del lavoratore nella riforma della crisi d'impresa*, in *Lavoro Diritti Europa*, numero 2/2019.

De Cesari P., *I rapporti pendenti nella normativa europea in tema di insolvenza e crisi d'impresa*, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2018 fasc. 10, pp. 1212-1218.

Embid Irujo J. M., *Crisis económica y reforma del Derecho concursal español*, in XXX Convegno di Studio su Le procedure concorsuali verso la riforma tra diritto italiano e diritto europeo, Courmayeur, 23-24 settembre 2016.

Garofalo D., Marazza M., *Insolvenza del datore di lavoro e tutele del lavoratore*, Torino, Giappichelli 27 maggio 2015.

Giorgi F.M., *Rito Fornero: la giurisprudenza di legittimità sul rapporto tra le due fasi e cenni sull'interferenza del rito fallimentare*, in *Il Lavoro nella giurisprudenza*, 2016 fasc. 7, pp. 637-653.

Gragnoli E., *I rapporti di lavoro subordinato nel concordato con continuità*, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2014 fasc. 3, pp. 253-258.

Iannaccone T., Moreschini G., Picardi A., Polacco E., *La crisi d'impresa e i contratti*, Milano, Giuffrè Editore, 2018.

Lassandari A., *I licenziamenti e le procedure concorsuali*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 354/2018.

Llorente Sanchez-Arjona M., *Tratamiento de las situaciones de insolvencia que afectan al trabajador en la ley concursal española*, in *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, Volume 17, July–December 2013, Pages 109-144.

Magnani, M. 11/12/2017 *Crisi d'impresa tra diritto del lavoro e mercato*, in *ADL Argomenti di diritto del lavoro*, 2017 fasc. 6, pt. 1, pp. 1359-1381.

Mancini S., Piccinini I., *Riflessioni sul diritto del lavoro e concordato preventivo*, in *Lavoro e previdenza oggi*, 2015 fasc. 5-6, pp. 300-309.

- Id., *Verso un Diritto del lavoro per le imprese in crisi? Novità e contraddizioni nella legislazione e nella giurisprudenza*, in *Lavoro e previdenza oggi*, 2018 fasc. 3-4, pp. 123-151.

Marro E., *Dalla crescita alle riforme: perché tra Spagna e Italia non c'è partita*, in *ilsole24ore.com*, 21 aprile 2018.

Mattei A., *Sulla ripartizione di competenza tra giudice del lavoro e giudice del fallimento*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2018 fasc. 5, pt. 2, pp. 849-853.

Montoya Melgar A., *Derecho Laboral Concursal*, Thomson Reuters-Civitas, segunda edición, septiembre 2015.

Perrino A.M., *Contratto di lavoro in corso e fallimento: strumenti antichi questioni nuove*, in *Il Foro italiano*, 2012 fasc. 9, pt. 1, pp. 2360-2366.

Pessi R., *Profili giuslavoristici nelle procedure concorsuali*, in *Lavoro e previdenza oggi*, 2010 fasc. 4, pp. 335-367.

Romeo C., *La tutela dei crediti di lavoro nelle procedure concorsuali*, in *Il Lavoro nella giurisprudenza*, 2017 fasc. 6, pp. 531-536.

Sferrazza M., Zilio G.G., *La tutela del lavoratore nei confronti dell'insolvenza del datore di lavoro – Workers' Safeguards against Employer's Insolvency*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2013 fasc. 3, pp. 685-715.

- Id., *La tutela del lavoratore nei confronti dell'insolvenza del datore di lavoro – Workers' Safeguards against Employer's Insolvency*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2014 fasc. 1, pp. 142-158.

Tullini P., *Tutela del lavoro nella crisi d'impresa e assetto delle procedure concorsuali: prove di dialogo*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2014 fasc. 2, pt. 1, pp. 199-235

Vallauri M.L., *Il lavoro nella crisi dell'impresa. Garanzia dei diritti e salvaguardia dell'occupazione nel fallimento e nel concordato preventivo*, Milano, 2013.

- Id., *“Non guardarmi: non ti sento”*: *diritto del lavoro e diritto fallimentare a confronto*, in *Lavoro e diritto*, 2016 fasc. 4, pp. 859-865.

Vaquer Martin J., *El derecho concursal laboral. Delimitación de competencias entre juzgados. Normas de derecho internacional.*, Sección concursal-Colegio abogadas Madrid, 16/11/2017.

SITOGRAFIA:

Alleva P.G., *La sorte del rapporto di lavoro nelle procedure concorsuali*, Tratto dalla Collana di studi giuridici dell'Ordine degli Avvocati di Bari Atti del Seminario di Studi su: "La tutela del rapporto di lavoro subordinato nelle procedure concorsuali".

<http://www.studiolegaleriva.it/public/lavoro-procedure-concorsuali>

Bellè R., 10/2019, *La pagnotta dei lavoratori: tormentata storia del sostegno al reddito per il personale delle aziende fallite o in liquidazione giudiziale dalla L. 223/1991 al Codice della Crisi.* http://www.osservatorio-oci.org/index.php?option=com_k2&view=item&id=788:la-pagnotta-dei-lavoratori-tormentata-storia-del-sostegno-al-reddito-per-il-personale-delle-aziende-fallite-o-in-liquidazione-giudiziale-dalla-l-223-1991-al-codice-della-crisi&Itemid=1106

Berto F., 12/10/2017, *Fallimento e rapporti di lavoro subordinato*, Studio Legale Berto. <https://studiolegaleberto.net/2017/10/fallimento-rapporti-lavoro-subordinato/>

Bovenga C., *I rapporti di lavoro nella liquidazione giudiziale*. Wikilabour.
<https://www.wikilabour.it/Rapporto%20liquidazione%20giudiziale.ashx>

Brassanelli G., 7 Maggio 2019, *Concordato in continuità: aumentano le tutele per la salvaguardia dell'occupazione*. <http://www.ipsoa.it/documents/impresa/fallimento-e-procedure-concorsuali/quotidiano/2019/05/07/concordato-continuita-aumentano-tutele-salvaguardia-occupazione>

Buscema G., 12 Febbraio 2019, *Crisi d'impresa e gestione dei rapporti di lavoro: gli adempimenti del curatore*. <http://www.ipsoa.it/documents/impresa/fallimento-e-procedure-concorsuali/quotidiano/2019/02/12/crisi-impresa-gestione-rapporti-lavoro-adempimenti-curatore>

Caiafa A., 1/09/2018, *I rapporti di lavoro nel codice della crisi e della insolvenza*, COIS Rivista.
<http://www.coisrivista.it/index.php/i-rapporti-di-lavoro-nel-codice-della-crisi-e-della-insolvenza/>

Coretti A., 21 Novembre 2014, *Fondo di garanzia: insolvenza del datore di lavoro e tutela dei diritti del lavoratore*. <http://www.ipsoa.it/documents/lavoro-e-previdenza/pensioni/quotidiano/2014/11/21/fondo-di-garanzia-insolvenza-del-datore-di-lavoro-e-tutela-dei-diritti-del-lavoratore>

Cosattini L.A., 09/2018, *Tutela del rapporto di lavoro nel fallimento fra disciplina vigente e prospettive di riforma*, Osservatorio sulle crisi d'impresa.
https://www.osservatorio-oci.org/index.php?option=com_k2&view=item&id=662:tutela-del-rapporto-di-lavoro-nel-fallimento-fra-disciplina-vigente-e-prospettive-di-riforma&Itemid=796

A cura di Fieldfisher, *Fallimento e rapporti di lavoro: relazioni intercorrenti e questioni processuali*.
<http://www.lavorosi.it/rapporti-di-lavoro/crisi-dazienda/fallimento-e-rapporti-di-lavoro-relazioni-intercorrenti-e-questioni-processuali/>

Giroto R. 10 Aprile 2019, *Divagazioni giuslavoristiche nella riforma della crisi d'impresa*. <https://www.eclavoro.it/divagazioni-giuslavoristiche-nella-riforma-della-crisi-dimpresa/>

Lazzaroni M., 13 Aprile 2019, *Crisi d'impresa: come gestire i rapporti di lavoro nella liquidazione giudiziale*. <http://www.ipsoa.it/documents/impresa/fallimento-e-procedure-concorsuali/quotidiano/2019/04/13/crisi-impresa-gestire-rapporti-lavoro-liquidazione-giudiziale>

Lozzi F., 28/06/2019, *Crisi d'impresa: nuove regole dall'UE per gli imprenditori in difficoltà*, IPSOA. <https://www.ipsoa.it/documents/impresa/fallimento-e-procedure-concorsuali/quotidiano/2019/06/28/crisi-impresa-nuove-regole-ue-imprenditori-difficolta>

Palazzolo V. Articolo, 22/03/2019, *Fallimento, rapporti di lavoro pendenti e nuovo codice della crisi d'impresa*, Altalex.

<https://www.altalex.com/documents/news/2019/03/22/fallimento-rapporti-di-lavoro-pendenti-e-nuovo-codice-della-crisi-di-impresa>

Pandolfo A., 17/06/2019, *Codice della crisi: Liquidazione giudiziale e rapporti di lavoro*. Lavorosì. <http://www.lavorosi.it/rapporti-di-lavoro/crisi-dazienda/codice-della-crisi-liquidazione-giudiziale-e-rapporti-di-lavoro/>

Patti A., 2/2019, *Rapporti di lavoro e impresa in crisi*, in *Questione Giustizia*. http://questionegiustizia.it/rivista/pdf/QG_2019-2_30.pdf

Siciliano R., 27/12/2016, *La crisi dell'impresa e la gestione delle procedure d'insolvenza transfrontaliere secondo il regolamento UE n. 848/2015*, in *Euroconference Legal*. <https://www.eclegal.it/crisi-impresa-gestione-procedure-insolvenza-transfrontaliere-secondo-regolamento-ue-n-8482015/>

Starinieri V., *Quali sono i diritti dei dipendenti in caso di procedura concorsuale?* <http://www.monodiritto.it/dottrina/diritto-civile/quali-sono-i-diritti-dei-dipendenti-in-caso-di-procedura-concorsuale.html>

Timpone G., 02/10/2019, *La vera differenza tra Italia e Spagna, perché Madrid ha scavalcato Roma nell'euro*, in *Investire Oggi* Quotidiano economico-finanziario. <https://www.investireoggi.it/economia/la-vera-differenza-tra-italia-e-spagna-perche-madrid-ha-scavalcato-roma-nelleuro/>

Vona G., 28/03/2019, *I rapporti di lavoro ed il nuovo Codice delle Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza*, *Il Sole 24 Ore*. <https://www.diritto24.ilsole24ore.com/art/dirittoLavoro/2019-03-28/i-rapporti-lavoro-ed-nuovo-codice-crisi-d-impresa-e-insolvenza-103959.php#>