

## **FALLIMENTO, LICENZIAMENTO ILLEGITTIMO E REGIME SANZIONATORIO A SEGUITO DEL JOBS ACT**

di

**Antonio Caiafa**

*SOMMARIO: I. Premessa – II. Tutela obbligatoria e reale – III. Le tutele parallele – III.1. La tutela obbligatoria – III.2. La tutela reale – III.2.1. L’orientamento pregresso della Corte: limiti dell’accertamento – III.2.2. L’attuale orientamento ed il venir meno del riparto di attribuzioni tra giudice del lavoro e del concorso – IV. L’erronea soluzione dell’ammissione con riserva.*

### **I. PREMESSA.**

La decisione della Corte si caratterizza per la enunciazione di due principi, il primo dato dalla riserva di competenza del giudice del lavoro, non solo per l’accertamento della cause di invalidità, ovvero di illegittimità del licenziamento, quante volte da esso discenda quale automatica conseguenza la pronuncia reintegratoria ma, anche, in presenza del regime sanzionatorio, introdotto dalla riforma Fornero, per quel che attiene l’indennità risarcitoria e, dunque, anche qualora non sussistano i presupposti perché possa essere pronunciata la ricostituzione del rapporto, ciò in quanto dalla disciplina normativa e dalle integrazioni e modifiche apportate all’art.18 della legge n.300 del 1970, la qualificazione della fattispecie, ovvero l’accertamento della legittimità, o meno, del recesso intimato e la natura di esso consente di individuare, secondo parametri predeterminati, pur quando non sia consentito al giudice del lavoro di ordinare la reintegrazione, discendendo il correlato danno da “*elementi interni al rapporto di lavoro*”, in grado di permettere di graduare la sanzione e, per l’effetto, di determinare l’indennità risarcitoria con la conseguenza che non

vi è ragione perché anche per tale accertamento venga meno la riserva di competenza del giudice del lavoro.

Al tempo stesso, seppur in modo estremamente sintetico, ma comunque incisivo, è stata ritenuta possibile la presentazione di una domanda di insinuazione del lavoratore volta a veder ammesso, per l'istante, il credito al passivo con riserva “...*alla stregua di credito condizionale, a norma dell'art.55 terzo comma l.f.*”, in attesa che si concluda il giudizio dinanzi al giudice del lavoro, spettando a questi la cognizione di entrambe le domande, sì da poter partecipare il richiedente mediante accantonamento.

Il primo principio enunciato si sostanzia in una rivisitazione, ormai, di quanto già in precedenza affermato dalla stessa Suprema Corte e, il secondo, si preoccupa di trovare una soluzione appagante, in relazione alla ritenuta possibilità che l'intero accertamento si svolga fuori dal concorso al fine di consentire, tuttavia, l'insinuazione al passivo, con riserva, così da imporre agli organi della procedura concorsuale di considerare il credito come condizionale e di sciogliere, successivamente, la riserva a seguito dell'esito del processo conclusosi dinanzi al giudice competente.

Ebbene i due principi meritano di essere analizzati separatamente tra loro in ragione della particolare disciplina prevista dalla legge di riforma, per quel che attiene la richiesta di ammissione al passivo in via tardiva.

## **II. TUTELA OBBLIGATORIA E REALE.**

Per quel che concerne gli effetti che possono derivare alla massa dei creditori concorrenti, il legislatore non ha operato un adattamento della disciplina normativa con riferimento alle procedure concorsuali, sicché le conseguenze connesse alla declaratoria di inefficacia, invalidità o illegittimità del licenziamento intimato, da parte del datore di lavoro prima dell'apertura del concorso o dal relativo organo, possono determinare il diritto del lavoratore, il cui recesso sia stato riconosciuto *inefficace, invalido* o *illegittimo*, di

ottenere la reintegrazione nel posto di lavoro, che sarà possibile quante volte, però, sia stato disposto l'esercizio provvisorio e, naturalmente, questo non si sia ancora concluso, oltre al risarcimento dei danni, che il rivisitato art.18 della legge n.300 del 1970 gradua in ragione della decisione assunta.

Non solo, ma è consentito al lavoratore, in favore del quale sia stata emessa una pronuncia di reintegra, di rinunciare agli effetti di essa, ottenendo una somma pari a *quindici* mensilità di retribuzione, in aggiunta, ovviamente ai danni come sopra individuati<sup>1</sup>, con la conseguenza che il destinatario di un provvedimento giurisdizionale, che abbia disposto la reintegrazione nel posto di lavoro, sempreché questa sia possibile, per non essersi conclusa la fase della continuazione temporanea dell'esercizio dell'attività di impresa – disposta essa con la stessa sentenza dichiarativa di fallimento o, successivamente, dal giudice delegato, su parere conforme il comitato dei creditori – potrà, in aggiunta, ottimizzare, sotto il profilo economico, il risultato derivante da quella pronuncia, e, pertanto, con grande probabilità, manifesterà la volontà di rinunciarvi, per l'evidente diminuito interesse a veder riconosciuta la ricostituzione del rapporto nei confronti di una procedura concorsuale, anche tenuto conto della assoluta incertezza di poter il rapporto ricostituito proseguire, poi, senza soluzione di continuità, nei confronti del cessionario d'azienda, o del ramo, cui questi fosse addetto, al termine dell'esercizio provvisorio.

Una siffatta conclusione vale sia nell'ipotesi in cui il recesso sia stato attuato dall'organo della procedura, vuoi per la impossibilità di utilizzare la prestazione lavorativa, in ragione della constatata eccedenza di personale, nell'ambito del disposto esercizio provvisorio, vuoi al termine di esso, per non essere stata possibile la conclusione di una ***vicenda traslativa*** dell'azienda, o per non avere essa consentito l'integrale riassorbimento del personale in organico nell'ambito dell'accordo concluso, dalle parti interessate, ai sensi dell'art.47, quinto comma, della legge n. 428 del 1990.

---

<sup>1</sup> CINELLI, *Reintegrazione o indennità: una scelta del lavoratore*, in *Dir. prat. lan.*, 1991, p. 8.

Naturalmente, le conseguenze sono le medesime ove il recesso sia stato intimato dall'imprenditore prima dell'apertura della procedura concorsuale.

### **III. LE TUTELE PARALLELE.**

Per poter affrontare e risolvere il quesito del trattamento risarcitorio correlato alla pronunciata ricostituzione del rapporto, occorre muovere dall'analisi delle **c.d. tutele parallele** e delle previste conseguenze.

#### **III.1. La tutela obbligatoria.**

La legge n.108 del 1990, nel ridisegnare, completamente, rispetto alla precedente normativa (art.11 della legge n.604 del 1966 ed art. 35 della legge n. 300 del 1970), il modello delle **c.d. tutele parallele (obbligatoria e reale)**, ha esteso (art. 2 secondo comma), a tutti gli imprenditori, indipendentemente dal numero dei dipendenti occupati, l'obbligo di intimare il licenziamento per iscritto, nonché di comunicare, i relativi motivi nel termine.

In difetto degli adempimenti formali, previsti dalla legge, il licenziamento si considera *tamquam non esset* e, quindi, inidoneo ad estinguere il rapporto di lavoro o, comunque, ad incidere sulla sua continuità giuridica, con la conseguenza che rimane, in tal caso, integro il diritto del lavoratore a percepire la retribuzione, in attesa del ripristino del rapporto, ciò quando, naturalmente, ne venga dichiarata la inefficacia perchè intimato oralmente.

Lo stesso art. 2, al terzo comma, nel sostituire l'art. 8 della legge n. 604 del 1966, ha previsto che qualora risultino insussistenti gli estremi del licenziamento, comunicato per giusta causa o giustificato motivo soggettivo od oggettivo, sorge l'obbligo della riassunzione entro il termine di *tre* giorni, ovvero, in mancanza, del risarcimento del danno, che può essere determinato in un importo compreso tra un minimo di 2,5 ed un massimo 6 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, che varia in ragione del

numero dei dipendenti occupati, delle dimensioni dell'impresa, dell'anzianità di servizio e, infine, del comportamento e delle condizioni delle parti.

Nel caso, dunque, della tutela **obbligatoria**, essendo stata prevista la “**riassunzione**” e non sussistendo un obbligo, per effetto, della ricostituzione del rapporto, viene meno il rischio del pagamento delle retribuzioni maturate tra la data del recesso e quella della pronuncia giurisdizionale, nonché quello, al primo connesso, dello stesso pagamento dei contributi assicurativo - previdenziali, essendo limitato il danno alla corresponsione della indennità nella misura prevista dalla legge.

Qualora, poi, il recesso sia stato considerato illegittimo deve escludersi che il debito abbia avuto origine per l'amministrazione del fallimento o per la continuazione dell'esercizio dell'impresa, essendo, invero, esso giustificato proprio da diversa finalità, quante volte, naturalmente, il licenziamento sia stato determinato dalla impossibilità, per l'organo della procedura, di utilizzare la prestazione in assenza di continuazione dell'attività.

Il relativo credito sarà, di contro, prededuttivo qualora la risoluzione sia stata decisa dopo che il tribunale ha ritenuto utile la prosecuzione dell'attività attraverso l'**esercizio provvisorio**, ovvero la **continuazione temporanea**, ed il curatore abbia considerato eccessivo il numero dei lavoratori da utilizzare durante tale fase.

Non è possibile, difatti, nel caso ipotizzato, richiamarsi all'art. 72 l.f. per ritenere, invero, sospesi gli effetti derivanti dall'esistente rapporto, ciò in quanto questi ha manifestato la volontà, una volta proseguito il rapporto, di sciogliersi da esso attraverso il licenziamento poi ritenuto illegittimo, inefficace o, comunque, invalido, con le connesse conseguenze.

### **III.2. La tutela reale.**

La giurisprudenza di legittimità – vigente la precedente formulazione dell'art. 18 della legge n. 300 del 1970, poi novellato dall'art. 108 del 1990 – aveva ritenuto che, in ragione del regime della *c.d.* “**stabilità reale**”, il licenziamento dichiarato illegittimo non interrompesse il rapporto, con la conseguente permanenza dell'obbligo retributivo per il

datore di lavoro, per il periodo intercorrente tra il recesso ed il provvedimento di reintegra, ed anche di quelli, ad esso collegati, di natura assicurativo - previdenziale<sup>2</sup>.

Al lavoratore, dunque, il cui licenziamento fosse stato dichiarato illegittimo, spettava, ancor prima dell'intervento normativo - che lo ha, poi, espressamente previsto - un risarcimento del danno pari alle retribuzioni non percepite, con la esclusiva possibilità di dedurre l'*aliunde perceptum*.

E difatti, secondo il ricordato orientamento, la pronuncia del giudice aveva la funzione di ripristinare la situazione anteriore al recesso, con la conseguenza che la prestazione lavorativa era destinata a riprendere vigore una volta eliminata la parentesi venutasi a determinare in ragione del licenziamento, poi dichiarato illegittimo.

Il danno era, dunque, individuato, oltrechè nelle retribuzioni che il lavoratore avrebbe avuto diritto a percepire, in forza dell'obbligazione propria del rapporto, anche nella perdita della contribuzione per lo stesso periodo, quand'anche, peraltro, il giudice lo avesse previsto in misura diversa in conseguenza dell'accertato *aliunde perceptum* o del fatto colposo del creditore.

La legge n.108 del 1990 aveva, dunque, determinato normativamente il danno riconoscendo, per intero, le retribuzioni spettanti dal recesso sino all'ordine di reintegrazione, nonché, per il datore di lavoro, l'obbligo dell'ulteriore versamento dei contributi assistenziali e previdenziali, relativi al medesimo periodo, in ragione della natura "**plurifunzionale**" del danno risarcibile<sup>3</sup>.

La continuità del rapporto non era più una mera **finzione giuridica**, quanto, piuttosto, costituiva una **realtà che derivava dalla norma**, e la ricostituzione di esso, per effetto della pronuncia giurisdizionale, determinava l'ammissione al passivo degli importi relativi, con una diversità di graduazione degli stessi, a seconda che il recesso fosse stato intimato

---

<sup>2</sup> Cass., Sez.Un., 29 aprile 1985, n.ri 2761 e 2762, in *Mass.giur.lav.*, 1985, p. 181, con nota di SCOGNAMIGLIO R., *La disciplina del risarcimento del danno del disposto dell'art.18 della legge n.300/70*; Cass., 23 maggio 1984, n. 3156, in *Mass.giur.lav.*, 1984, 141, 1396; Cass., 9 gennaio 1984, n.158, *ivi*, 1984, p. 57; Cass., 5 marzo 1983, n. 1658, in *Giust.civ.*, 1983, I, 1990; Cass., 11 febbraio 1983, n. 1079, in *Not.giur.lav.*, 1983, p. 307.

<sup>3</sup> SAETTA, *Reintegrazione nel posto di lavoro ed anzianità*, in *Mass. giur.lav.*, 1986, 75; D'ANTONA, *Obbligo di retribuire, obbligo di risarcire il danno per il licenziamento illegittimo del sistema dell'art.18*, *Stat.lav.*, in *Riv.giur.lav.*, 1977, II, p. 92.

dall'imprenditore, prima dell'apertura della procedura concorsuale e, naturalmente, che la sentenza, che aveva pronunciato la reintegrazione, fosse intervenuta successivamente, ovvero il recesso ritenuto illegittimo, inefficace o, comunque, invalido, fosse stato intimato dal curatore in costanza di esercizio provvisorio, pur se, in tal caso, doveva distinguersi a seconda che la fase della continuazione si fosse, o meno, conclusa.

La sorte del rapporto, che fosse stato ricostituito, era, pertanto, fortemente condizionata dalla circostanza di essere stata, o meno, proseguita l'attività di impresa, pur dovendosi prendere atto, che la rapida evoluzione del mondo del lavoro e della dimensione globale dell'impresa ha poi offerto e suggerito una lettura della legge di riforma delle regole del concorso, coerente con la dichiarata intenzione del legislatore di attuare, per quanto possibile, nonostante l'intervenuto fallimento, la conservazione dell'azienda per una sua riallocazione del mercato.

L'art. 1, comma quarantadue, legge 28 giugno 2012, n. 92 (*disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro*) ha modificato in una **prospettiva di crescita**, il regime di garanzia del lavoratore in caso di licenziamento individuale illegittimo, restringendo le ipotesi di **tutela reale**, conseguita tramite la reintegrazione nel posto di lavoro, ed espandendo invece i casi di **tutela obbligatoria**, affidata alla sola indennità risarcitoria sulla cui misura è, altresì, intervenuto il d.lgs. n.23/2015, con riferimento ai lavoratori assunti a decorrere dalla data della sua entrata in vigore, che ha ulteriormente circoscritto le fattispecie di tutela reale, con la correlativa espansione della tutela obbligatoria.

La disciplina relativa ai licenziamenti, a seguito degli interventi riformatori, può così essere ricostruita, in estrema sintesi, ricordando che l'art.18, della legge n.300 del 1970, prevede al:

- a) **primo comma** che il giudice qualora con la sentenza:
  - **dichiara** la nullità del **licenziamento** perché **discriminatorio**, ai sensi dell'art. 3, legge 11 maggio 1990, n.108, ovvero **intimato in concomitanza col matrimonio**, ai sensi dell'art.35, codice delle pari opportunità tra uomo e donna,

di cui al d.lgs.11 aprile 2006, n.198, o in violazione dei divieti di licenziamento, di cui all'art.54, commi uno, sei, sette e nove, del testo unico delle disposizioni legislative in materia di **tutela e sostegno della maternità e della paternità**, di cui al d.lgs.26 marzo 2001, n.151, e successive modificazioni, ovvero perché riconducibile ad altri casi di nullità previsti dalla legge o perché determinato da un **motivo illecito** determinante ai sensi dell'art.1345, cod. civ.,

-**ordina** al datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, la **reintegrazione** del lavoratore nel posto di lavoro, **indipendentemente dal motivo formalmente addotto** e quale che sia il numero dei dipendenti occupati dal datore di lavoro.

b) **quarto comma** che il giudice, nelle ipotesi in cui:

- **accerta** che non ricorrono gli estremi del **giustificato motivo soggettivo o della giusta causa**, adottati dal datore di lavoro, per **insussistenza del fatto contestato**, ovvero perché **il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa**, sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili **annulla** il licenziamento e **condanna il datore di lavoro:**

- **alla reintegrazione nel posto di lavoro**, di cui al primo comma, ed al **pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto**, dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, **dedotto quanto il lavoratore ha percepito**, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative, nonché quanto avrebbe potuto percepire dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione: in ogni caso la misura dell'indennità risarcitoria non può essere superiore a **dodici** mensilità della retribuzione globale di fatto;

- al **versamento dei contributi previdenziali e assistenziali** dal giorno del licenziamento fino a quello della effettiva reintegrazione, maggiorati degli interessi nella misura legale senza applicazione di sanzioni per omessa o mancata contribuzione.
- c) **quinto comma** che il giudice, nelle altre ipotesi in cui accerta che **non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo** o della **giusta causa** adottati dal datore di lavoro;
- dichiara risolto il rapporto di lavoro** con effetto dalla data del licenziamento;
- condanna** il datore di lavoro al pagamento di un'indennità risarcitoria onnicomprensiva determinata tra un minimo di **dodici** e un massimo di **ventiquattro mensilità** dell'ultima retribuzione globale di fatto, in relazione all'anzianità del lavoratore e tenuto conto del numero dei dipendenti occupati, delle dimensioni dell'attività economica, del comportamento e delle condizioni delle parti, con onere di specifica motivazione a tale riguardo.
- d) **sesto comma** che il giudice nell'ipotesi in cui il licenziamento sia dichiarato **inefficace**, per violazione del requisito di motivazione, di cui all'art.2, comma secondo, legge 15 luglio 1966, n.604, della stessa legge, e successive modificazioni:
- attribuisce** al lavoratore un'**indennità risarcitoria onnicomprensiva** determinata, in relazione alla gravità della violazione formale o procedurale commessa dal datore di lavoro, tra un minimo di **disei** e un massimo di **dodici** mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, con onere di specifica motivazione a tale riguardo;
- applica ove accerti**, poi, sulla base della domanda del lavoratore, che vi è anche un difetto di giustificazione del licenziamento, le tutele di cui ai commi **quarto, quinto** o **settimo**.

e) **settimo comma** che il giudice  *applica*  la disciplina di cui al **quinto comma**, ed ai fini della determinazione dell'indennità, tra il minimo e il massimo previsti, tiene conto, oltre che dei criteri di cui al quinto comma, delle **iniziative assunte dal lavoratore per la ricerca di una nuova occupazione** e del comportamento delle parti nell'ambito della procedura di cui all'art.7, legge 15 luglio 1966, n.604, e successive modificazioni, qualora accerti:

- il **difetto di giustificazione** del licenziamento intimato, anche ai sensi degli artt. 4, comma quarto, e 10, comma tre, legge 12 marzo 1999, n.68, per motivo oggettivo consistente **nell'inidoneità fisica o psichica del lavoratore**, ovvero che il licenziamento è stato intimato in violazione dell'art.2110, secondo comma, cod. civ.;

-**la manifesta insussistenza** del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo;

f) **ottavo comma** che le disposizioni dei commi dal **quarto** al **settimo** si applicano al datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, che:

-in ciascuna sede, stabilimento, filiale, ufficio o reparto autonomo, nel quale ha avuto luogo il licenziamento, occupa alle sue dipendenze più di **quindici** lavoratori, più di **cinque** se si tratta di **imprenditore agricolo**;

-che nell'ambito dello stesso Comune occupa più di **quindici** dipendenti e all'**impresa agricola** che, nel medesimo ambito territoriale, occupa più di **cinque** dipendenti, anche se ciascuna unità produttiva, singolarmente considerata, non raggiunge tali limiti;

- che occupa più di **sessanta** dipendenti.

Ove poi il licenziamento venga dichiarato illegittimo per vizio di forma o procedurale perché intimato senza esplicitare i motivi, seppur in forma scritta, ovvero violando la procedura prevista per i licenziamenti disciplinari o, ancora, in assenza del rispetto della procedura obbligatoria di conciliazione prevista per i casi di licenziamento per giustificato motivo da parte di imprese che occupano più di quindici dipendenti, è prevista solo una indennità risarcitoria, calcolata sull'ultima retribuzione, in relazione alla gravità della violazione formale o procedurale commessa con un minimo di sei ad un massimo di dodici mensilità.

### **III.2.1. L'orientamento pregresso della Corte: limiti dell'accertamento.**

In passato si riteneva fosse possibile per il giudice del lavoro disporre la reintegrazione, in ragione della riserva di competenza, ed era, tuttavia, stata operata una distinzione a seconda che il provvedimento adottato fosse suscettibile di avere o meno esecuzione.

Veniva per l'effetto riconosciuto al giudice del concorso il potere di determinare il risarcimento del danno discendente dall'accertata invalidità, ovvero illegittimità del licenziamento, ciò in quanto la procedura concorsuale è improntata ai principi del **concorso formale e sostanziale**<sup>4</sup>, sicché i creditori - fatti salvi gli eventuali diritti di prelazione - possono partecipare alla distribuzione del ricavato in proporzione delle relative ragioni, e nel rispetto di quanto previsto, rispettivamente, dagli art.51, 52, 92 e segg. l.f., dal momento che tutte le posizioni creditorie verso il fallito sono sottoposte ad un **accertamento unitario**, quali che siano i titoli o le domande, in astratto, proponibili.

Le norme indicate, perché del detto principio sia data reale attuazione, sono, partitamente, integrate dagli artt. 55, 96 e 113 e 113 *bis* l.f., che prevedono che i “**creditori condizionali**” vengano ammessi al passivo con riserva, in attesa dell'accertamento della condizione, e mediante la previsione dell'obbligato l'accantonamento delle somme loro eventualmente spettanti.

---

<sup>4</sup> DE SENSI, *Gli effetti del fallimento per i creditori profili particolari*, in *Le procedure concorsuali*, a cura di CAIAFA A., coordinato da DE MATTEIS S., SCARAFONI, Padova, 2011, p. 372, per una attenta considerazione, delle eccezioni al divieto di inizio o prosecuzione di azioni esecutive individuali ed a fattispecie particolari di accertamento del passivo.

La Suprema Corte, con riferimento a tali crediti, ha, in passato, espressamente ristretto i poteri riservati all'accertamento del giudice del lavoro, escludendone, quindi, la specifica competenza per le conseguenze accessorie di ordine patrimoniale<sup>5</sup>.

E' stato, al riguardo, costantemente affermato che, nell'ipotesi di domanda volta ad ottenere la pronuncia di invalidità del recesso impugnato, il credito relativo all'eventuale risarcimento del danno non potesse sottrarsi al principio del concorso, ai sensi dell'art. 52 l.f., nè alla consequenziale soggezione alla procedura di accertamento del passivo (artt. 92 e segg. l.f.), indispensabile per il creditore per procurarsi l'unico titolo legittimante l'ammissione al passivo<sup>6</sup>.

L'enunciato principio lo si ricava da una decisione della Suprema Corte<sup>7</sup>, che ha precisato essere la pronuncia di accertamento della illegittimità della intervenuta risoluzione del rapporto, sottratta alla competenza del giudice del lavoro<sup>8</sup>, quante volte fosse strumentale rispetto al riconoscimento di specifici diritti da ammettere al concorso.

In particolare, per quel che concerne la reintegra, il giudice del lavoro è stato ritenuto competente quante volte fosse stato chiamato ad accertare la legittimità, o meno, del licenziamento e la pronuncia di reintegra fosse, ovviamente, possibile, nel senso che dovesse ritenersi esclusa la competenza di questi nell'ipotesi in cui alla reintegrazione nel posto di lavoro - ai sensi dell'art.18 della legge n.300/70 - fosse di ostacolo la situazione di oggettiva impossibilità, determinata o dalla cessazione di ogni attività.

A ben vedere, l'unica tutela apprestabile, in tal caso, era quella risarcitoria (prevista sempre e proprio dallo stesso art.18 l.300/70), con la conseguenza che, invero, in tale ipotesi, l'accertamento non poteva che essere sottratto al giudice del lavoro, sostanziandosi esso nella precostituzione di un titolo per la partecipazione al concorso.<sup>9</sup>

---

<sup>5</sup> Cass., 20 dicembre 1982, n.7043; Cass., 9 dicembre 1982, n. 6748.

<sup>6</sup> CAIAFA A., *I rapporti di lavoro nelle crisi di impresa*, cit., p. 171.

<sup>7</sup> Cass., 10 maggio 1994, n.4539, in *Il fallimento*, 1994, p. 1267.

<sup>8</sup> Cass., 16 maggio 1990, n.4262, in *Il fallimento*, 1990, 1193; Cass. 14 ottobre 1988, n.5602, ivi, 1989, 273; Cass., 17 febbraio 1987, n.1716, ivi, 1988, p. 546.

<sup>9</sup> CAIAFA A., *I rapporti di lavoro nelle crisi di impresa*, cit., p. 171.

Il tema della **competenza** del tribunale fallimentare, pertanto, si interseca, inevitabilmente, con le **questioni del rito**, ricadendo sui rapporti tra azione che deriva dal fallimento, rito ordinario e riti speciali, giudizio di accertamento del passivo e rito cautelare<sup>10</sup>.

In particolare, ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 24, 51 e 52 l.f., il tribunale fallimentare è competente a conoscere di tutte quelle azioni che derivano dal fallimento, ovvero tutte quelle controversie che traggono origine dallo stato di dissesto dell'impresa e che, comunque, restano influenzate dall'apertura della procedura concorsuale: azioni che, insomma, sono idonee ad incidere sull'accertamento del passivo o sull'attivo.

Le norme in questione impongono, in sostanza, la necessità di un accertamento concorsuale, mediante, appunto, il procedimento di verifica (art. 92 l.f.), allo specifico fine di assicurare il principio dell'unitario accertamento di tutte le posizioni creditorie nei confronti dell'imprenditore fallito, e di conseguenza il rispetto della *par condicio creditorum*.

E' allora necessario verificare se tali regole possano subire una diversa applicazione qualora il credito sia relativo ad un rapporto di lavoro e, in particolare, se debba ritenersi sussistere una riserva di competenza per l'ipotesi in cui la domanda abbia ad oggetto l'accertamento della **illegittimità, inefficacia, nullità** o **annullamento** del recesso intimato e le correlate conseguenze risarcitorie, così come accertato dalla sentenza in commento, che per rendere poi possibile la realizzazione del credito ha ritenuto poter

---

<sup>10</sup> FERRARI, *I riverberi sul processo della crisi di impresa e dell'insolvenza del datore di lavoro: questioni di rito, di competenza e anomalie del processo*, in [www.coisrivista.it](http://www.coisrivista.it) ove svolta una premessa "ideologica" ed effettuato un raffronto tra processo del lavoro e fallimento, con particolare riferimento alla *vis attractiva*, in ragione della necessità che sia assicurata la *par condicio creditorum* opera una puntuale ricostruzione dello stato attuale dell'arte, individuando le questioni aperte costituenti i presupposti della collisione dei due micro cosmi del processo del lavoro e di quello concorsuale e conclude auspicando che le decisioni del giudice del lavoro investano "l'esistenza e la configurazione del diritto vantato dal lavoratore, le ritenute retributive risarcitoria indennitaria, sul presupposto che esse possono essere definite esclusivamente nel medesimo ambito, normativo e di materia al quale appartengono"; CAIAFA A., *Jobs Act e procedure concorsuali*, Roma, 2018, 368 ove nell'affrontare, specificamente, il tema dell'accertamento della legittimità delle cause di risoluzione del rapporto, nel riparto tra tribunale fallimentare e giudice del lavoro individua quale coerente logica soluzione la necessità che l'accertamento della illegittimità o meno del rapporto, possa svolgersi dinanzi al giudice del concorso quante volte siano previste conseguenze esclusivamente di natura patrimoniale e non possa essere pronunciata la reintegrazione nel posto di lavoro.

essere, per l'appunto, richiesta dall'interessato la partecipazione mediante la proposizione di una domanda con riserva.

L'operata ricostruzione degli arresti della giurisprudenza di legittimità rende evidente che per lungo tempo è prevalsa l'attrazione, da parte del tribunale fallimentare, di tutte le domande dirette ad ottenere una partecipazione al concorso, ciò al fine di consentire l'esatta realizzazione della *par condicio creditorum*<sup>11</sup>, con conseguente condivisione dell'interpretazione offerta dalla dottrina.

La giurisprudenza aveva, per lo più, giustificato la detta prevalenza della competenza del tribunale fallimentare sul presupposto di aver previsto il legislatore che la verifica dei crediti dovesse avvenire dinanzi al giudice delegato, mediante l'instaurazione di un contraddittorio caratterizzato dalla possibilità, per tutti i creditori concorrenti, di poter intervenire nella fase di formazione del passivo in rappresentanza della massa<sup>12</sup>, oltreché di loro stessi, tanto che non sarebbe stato sufficiente, una volta intervenuta l'interruzione del processo per l'apertura della procedura concorsuale, provvedere alla sua riassunzione nei confronti del curatore<sup>13</sup>.

La *vis attractiva* della competenza del tribunale fallimentare operava, in pratica, anche quando la sentenza richiesta fosse di mero accertamento, ma, in realtà, diretta ad ottenere una decisione costituente la base concettuale immediata di una successiva pronuncia di condanna e, dunque, una sentenza che impedisse, poi, al giudice del concorso, chiamato a deliberare l'esistenza del diritto del creditore a partecipare alla ripartizione dell'attivo, di non riconoscere la sussistenza del relativo credito<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> ANDRIOLI, voce *Fallimento (Dir.priv.)*, in *Enc. del diritto*, vol XVI, Milano, 1967, p. 264; CASELLI, *Organi del fallimento*, in Commentario SCIALOJA – BRANCA, legge fallimentare, Bologna-Roma, 1977, p. 47; FERRARA, *Il fallimento*, Milano, 1974, p. 245; PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, 1974, 594; SATTA, *Diritto fallimentare*, Padova, 1996, p. 107.

<sup>12</sup> Cass., 1 settembre 1995, n.9221, in *Il fallimento*, 1996, 339; Cass. 27 giugno 1990, n.6560, in *Dir. fall.*, 1990, II, 1342; Cass., 17 giugno 1995, n.6850, in *Il fallimento*, 1995, p. 1215; Cass., 13 febbraio 1991, n.1500, *ibidem*, 1991, p. 605.

<sup>13</sup> RICCI, *Formazione del passivo fallimentare e decisione sul credito*, Milano, 1979, p. 22 – 24.

<sup>14</sup> Cass. 10 marzo 1992, n.2902, in *Dir.fall.*, 1992, II, 673, con nota di INZITARI; Cass., 18 agosto 1999, n.8708, in *Foro it.*, 2000, I, 1244, con osservazioni di FABIANI. In dottrina, CAIAFA A. *Procedure concorsuali: la verifica dei crediti di lavoro*, in *Dir. prat. lav.*, 2006, 13 e segg..

Altra parte della giurisprudenza, partendo dal presupposto che il *rapporto di lavoro*, seppur quiescente in conseguenza del fallimento, è in ogni caso fonte di diritti e di provvidenze economiche nei confronti di soggetti terzi, rispetto al datore di lavoro, e quindi al curatore, riconosceva la cognizione del giudice del lavoro in ogni ipotesi in cui la domanda del lavoratore fosse diretta a tutelare la propria posizione all'interno della impresa fallita, a presidio di esigenze incapaci di incidere sulla *par condicio creditorum*<sup>15</sup>.

Da tempo, la giurisprudenza aveva chiarito che le domande presentate dal lavoratore, una volta intervenuto il fallimento, al fine di vedere riconosciuto il proprio credito e la relativa collocazione, dovessero essere proposte con le forme della insinuazione nello stato passivo, non dinanzi al giudice del lavoro, ma al tribunale fallimentare, il cui accertamento è l'unico titolo idoneo per la relativa ammissione e per il riconoscimento di eventuali diritti di prelazione, si da essere devolute alla cognizione del tribunale, in funzione di giudice del lavoro, le sole controversie non corredate di domande accessorie di condanna e, dunque, quelle di accertamento di qualifica o di impugnazione di una sanzione disciplinare, ovvero quelle concernenti visite di controllo o di tutela della lavoratrice madre<sup>16</sup> o, ancora, quelle relative alla nullità del contratto di lavoro a termine, alla nullità del contratto di lavoro a progetto o alla relativa conversione, rispettivamente, in rapporto di lavoro a tempo determinato od di lavoro dipendente<sup>17</sup>, sempre, però, che la pronuncia non fosse richiesta al fine, poi, di partecipare al concorso<sup>18</sup>.

In particolare, laddove il lavoratore avesse agito in giudizio chiedendo, con la dichiarazione di illegittimità o inefficacia del licenziamento, la reintegrazione nel posto di lavoro, nei confronti del datore di lavoro dichiarato fallito, permaneva la competenza

---

<sup>15</sup> Cass., 27 febbraio 2004, n.4051, in *Il fallimento*, 2005, 285, con nota di COMMISSO.

<sup>16</sup> Cass. 15 maggio 2002, n.7075, in *RCDL*, 2002, 779, con nota di MUGGIA.

<sup>17</sup> DE ANGELIS, *Fallimento e rapporti di lavoro: brevi considerazioni dopo la riforma del 2006*, in *Foro it.*, V, p. 86.

<sup>18</sup> FABIANI-PANZANI, *La riforma del processo civile e le procedure concorsuali*, Padova, 1993, 51 e segg.; FABIANI, *L'esclusività del rito di accertamento del passivo*, in *Il fallimento*, 1990, p. 898; VILLANI, *Relazioni industriali e procedure concorsuali*, Torino, 1996, 13; DE FERRA, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1998, 101; VASSALLI, *Il diritto fallimentare*, Torino, 1994, I, 314; SATTA, *Diritto fallimentare*, Padova, 1990, p. 108; RUSSO, *L'accertamento del passivo nel fallimento*, Milano, 1988, p. 95; BOZZA-SCHIAVON, *Accertamento dei crediti nel fallimento e le cause di prelazione*, Milano, 1992, 164; CAIAFA A., *I rapporti di lavoro e le procedure concorsuali*, cit., p. 94.

funzionale del giudice del lavoro, quante volte la domanda proposta non fosse configurabile come mero strumento di esercizio di diritti patrimoniali da far valere sul patrimonio del fallito, ma fosse fondata sull'interesse del lavoratore a tutelare la sua posizione all'interno dell'impresa fallita, sia per la eventualità della ripresa dell'attività lavorativa, conseguente all'esercizio provvisorio, ovvero alla cessione di azienda o ad un concordato, sia per tutelare i connessi diritti non patrimoniali, ed i diritti previdenziali, estranei all'esigenza della *par condicio creditorum*.<sup>19</sup>

La Suprema Corte<sup>20</sup> ha, difatti, ritenuto non poter escludere, di per sé, la cessazione dell'attività aziendale la tutela reintegratoria del lavoratore illegittimamente licenziato, sul presupposto di non costituire il fallimento *giusta causa* di risoluzione del rapporto di lavoro, che ben potendo lo stesso continuare qualora fosse stato autorizzato l'esercizio provvisorio dell'impresa, in ragione della permanenza, in siffatta ipotesi, di un interesse ad una pronuncia reintegratoria, che avrebbe avuto l'effetto di consentire la prosecuzione del rapporto<sup>21</sup>.

Il riconoscimento della legittimità, o meno, del licenziamento conservava, in base a tale prospettazione, una sua autonoma ragione di essere, stante la necessità per il lavoratore di identificare, esattamente, il momento al quale riferire l'effetto estintivo del rapporto<sup>22</sup>, risultando utile l'accertamento della durata complessiva dello stesso per la determinazione dei conseguenti crediti di natura retributiva e risarcitoria da far valere, però, sempre e comunque in sede concorsuale<sup>23</sup>.

E' apparso, in passato, evidente che la permanenza della competenza dovesse trovare giustificazione, nella allegazione di un interesse, necessariamente, esplicitato a fondamento della formulata domanda di accertamento, affinché la stessa non apparisse strumentale e,

---

<sup>19</sup> CAIAFA A., *La legge fallimentare riformata e corretta*, cit., p. 511.

<sup>20</sup> Cass., 12 maggio 1997, n.4146, in *Foro it.*, 1997, I, 2492; Cass., 20 ottobre 1998, n.10387; Cass., 16 luglio 1998, n. 6987.

<sup>21</sup> CAIAFA A., *I rapporti di lavoro nelle crisi di impresa*, cit., p. 171

<sup>22</sup> Cass., 15 maggio 2022, n.7075, in *Dir.fall.*, II, 2003, 167; Cass., 3 novembre 1998, n.11010, in *Il fallimento*, 1999, 439; Cass., 18 agosto 1999, n.8708; Cass., 4 aprile 1998, n.3522, in *Il fallimento*, 1999, n. 262; Cass., 12 maggio 1997, n.4146, *ibidem*, 1998, p. 127, con nota redazionale e richiami giurisprudenziali e dottrinali.

<sup>23</sup> CAIAFA A., *I rapporti di lavoro nelle crisi di impresa*, cit., p. 171.

in realtà, finalizzata, poi, alla successiva insinuazione al passivo<sup>24</sup>, dal momento che in siffatta ipotesi la richiesta avrebbe implicato la costituzione di un titolo, che formatosi al di fuori del procedimento stabilito dalla legge fallimentare (artt. 92 e segg.), non avrebbe poi consentito la partecipazione al concorso.

Insomma, era stato ritenuto possibile per il lavoratore accertare l'esistenza di un suo diritto, anche in sede diversa da quella concorsuale, nell'ipotesi in cui, però, fosse sua intenzione opporre l'accertamento richiesto all'imprenditore dichiarato fallito - e, dunque, non già al fallimento - nel momento in cui questo fosse ritornato *in bonis*.

Coerentemente con i principi ricordati, i giudici di legittimità<sup>25</sup> hanno ritenuto infondata la questione di illegittimità costituzionale degli artt. 93 e segg. l.f. in riferimento agli artt. 3 e 24 Cost. per quel che concerne l'obbligatorietà dell'accertamento dei crediti di lavoro ed hanno, altresì, affermato che la controversia instaurata al fine di accertare la sussistenza del pregresso rapporto di lavoro e l'illegittimità della sua risoluzione rientrasse nella competenza del tribunale fallimentare, anziché del giudice del lavoro, nell'ipotesi in cui l'accertamento fosse finalizzato ad una successiva pronuncia di condanna<sup>26</sup>.

### **III.2.2. L'attuale orientamento ed il venir meno del riparto di attribuzioni tra giudice del lavoro e del concorso.**

Attraverso l'art. 1, commi quarantasette-sessantatré, della legge n.28 giugno 2012, n.92, relativamente alla domanda avente ad oggetto l'impugnativa di un licenziamento ascrivibile ad una delle ipotesi regolate dall'art.18 legge n.300 del 1970, è stato introdotto, un **nuovo rito speciale** per le controversie incardinate dal 18 luglio 2012 “*aventi ad oggetto l'impugnativa dei licenziamenti nelle ipotesi regolate dall'art.18 legge 20 maggio 1970, n.30, e successive modificazioni, anche quando devono essere risolte questioni relative alla qualificazione del rapporto di*

---

<sup>24</sup> Cass., 24 ottobre 1996, n.9306, in *Il fallimento*, 1997, 289; Cass., 10 maggio 1994, n.4359, *ibidem*, 1994, 1267; Cass., 15 luglio 1992, n.8577, *ibidem*, 1992, 1135; Cass., 9 gennaio 1991, n.112, *ibidem*, 1991, p. 588.

<sup>25</sup> Cass. 26 febbraio 1992, n. 2346, in *Il fallimento*, 1992, p. 596.

<sup>26</sup> TESORIERE, *Procedura fallimentare e controversie di lavoro alla luce del vigente ordinamento e della prospettiva di riforma*, in *Il diritto fallimentare delle società commerciali*, 1984, p. 687; CAVALAGLIO, *In tema di rapporti tra rito speciale del lavoro e accertamento dei crediti in sede fallimentare*, in *Riv. dir. proc.*, 1976, p. 209; GARBAGNATI, *Accertamento del passivo fallimentare e crediti di lavoro*, *ibidem*, 1986, p. 22; INZITARI-BARUZZI, *Competenza del Tribunale fallimentare e azioni derivanti da rapporti di lavoro*, in *Dir. fall.*, 1992, p. 674.

*lavoro*<sup>27</sup>.

Il comma quarantotto della norma vieta la presentazione con il ricorso di domande diverse da quelle di cui al comma quarantasette, ovvero “*di impugnazione del licenziamento e concernenti le questioni di qualificazione del rapporto*”, salvo che siano fondate su identici fatti costitutivi.

Il rito speciale si applica, pertanto, ai licenziamenti in regime di **tutela reale** comunicati dal 18 luglio 2012, quale che sia la **tutela, ripristinatoria o indennitaria**, assicurata dal nuovo testo della norma, nonché ai licenziamenti intervenuti nel periodo precedente, sempre in regime di **tutela reale**, che ancora non fossero stati impugnati giudizialmente a tale data, regolati, però dal regime sanzionatorio previgente.

Esulano, al contrario, dal disposto normativo:

- le impugnazioni dei licenziamenti in regime di **tutela obbligatoria** o di **libera recedibilità**, dei quali non venga dedotta la natura discriminatoria;
- le controversie volte ad ottenere la **conversione del rapporto di lavoro** a tempo indeterminato, in ragione dell’illegittimità del termine o del patto di prova apposto al contratto.

Il nuovo rito costituisce l’unica modalità di esercizio dell’azione giudiziale per le controversie alle quali esso è applicabile, sicchè il ricorrente non può scegliere tra l’ordinario rito del lavoro, disciplinato dal codice di procedura civile, e quello introdotto dal legislatore del 2012, essendo tenuto a seguire il secondo, come si desume dal tenore dell’art.1 comma quarantasette, a norma del quale “*le disposizioni dei commi da quarantotto a*

---

<sup>27</sup> In dottrina PATTI, *Licenziamenti e loro effetti dalla legge Fornero al Jobs Act tra diritto del lavoro e diritto fallimentare*, in *Fallimento*, 2016, p. 1169; APRILE-BELLE’, *Diritto concorsuale del lavoro*, Milano, 2013; LUDOVICO, *Impugnazione del licenziamento e fallimento, questioni in tema di continuità del rapporto e di competenza*, in *Riv.it.dir.lav.*, 2005, II, p. 245; MARTONE, *Competenza del giudice del lavoro e fallimento del datore di lavoro*, in *Fallimento*, 2003, p. 152; MUGGIA R., *Fallimento e competenza funzionale del giudice del lavoro*, in *Riv.critica dir.lav.*, 2002, p. 780; SILVESTRINI, *La tutela dei crediti di lavoro nel fallimento*, in *Dir.fallim.*, 2001, I, p. 693; ROSSI R., *Fallimento: impugnazione del licenziamento e competenza del pretore*, in *Lavoro giur.*, 1999, 250; CAIAFA A., *Procedure concorsuali la verifica dei crediti di lavoro*, in *Dir.prat.lav.*, 2006, p. 13. Da ultimo, in tema di deroghe alle tutele nel caso di trasferimento di imprese, da parte di cedente soggetto a procedura d’insolvenza, Corte Giust., 22 giugno 2017, causa C-126/16, *id.*, 2017, IV, 424, in *Foro It.*, con nota di richiami; GENTILI, *Il riparto di attribuzioni fra giudici del lavoro e fallimentare resiste all’appannamento dell’art.18 legge 300/70*, in nota a Cass., 19 giugno 2017, n. 15066, in *Foro It.*, I, 2670.

*sessantotto si applicano alle controversie aventi ad oggetto l'impugnativa dei licenziamenti”.*

La funzione della norma è di esprimere un comando, avendo inteso il legislatore adottare per peculiari controversie un **modello processuale accelerato** che, pur volto a soddisfare l'interesse di entrambe le parti del rapporto, non rientra nella disponibilità delle stesse, in quanto dotato di connotazioni pubblicistiche, essendo funzionale al soddisfacimento dell'interesse pubblico generale alla celerità della decisione<sup>28</sup>.

Tale interpretazione è condivisa dalla Suprema Corte<sup>29</sup> che si è espressa per l'obbligatorietà del rito, alla cui applicazione il lavoratore non può rinunciare, all'uopo valorizzando le finalità di carattere pubblicistico del peculiare procedimento, volto a ridurre i costi indiretti derivanti dalla durata del processo.

Dalla obbligatorietà del procedimento i giudici di legittimità hanno fatto scaturire il doppio effetto della:

- **attribuzione in via esclusiva** all'autorità giudiziaria, secondo il principio *iura novit curia*, del potere di qualificare la domanda in base al *petitum* sostanziale e di individuare, così, il rito concretamente applicabile;
- **inconfigurabilità in capo al ricorrente**, ai fini dell'adozione del rito concretamente applicabile, dell'**onere della specifica allegazione** della sussistenza del requisito dimensionale, salva la necessità della prova di quest'ultimo, in ragione della condotta processuale dell'altra parte, ciò in quanto il ricorso per la **natura sommaria** della prima fase, non soggiace al rigore assertivo e istruttorio, previsto per l'eventuale fase successiva di opposizione e, per altro verso, l'allegazione può essere desunta dal tipo di tutela richiesta (**la reintegrazione**).

Come in precedenza illustrato l'attuale disciplina normativa prevede una gradualità di tutele collegate al tipo di licenziamento accertato ed attribuisce al giudice il potere-dovere di qualificare i fatti allegati in ricorso e di ricondurli alle ipotesi ivi previste, anche ai fini di determinare il regime sanzionatorio applicabile, dal momento che **giusta causa** ed

---

<sup>28</sup> Tribunale Roma, 13 febbraio 2013, in *Not.giur.lav.*, 2014, p. 262.

<sup>29</sup> Cass., 11 novembre 2015, n.23079, in *Not.giur.lav.*, 2016, p. 87.

**giustificato motivo soggettivo** costituiscono mere qualificazioni giuridiche dei fatti che il datore di lavoro ha posto a base del recesso, sicchè la domanda avente ad oggetto la dichiarazione di illegittimità del licenziamento, per la sussistenza o meno della **giusta causa**, comprende quella relativa alla declaratoria della illegittimità del licenziamento per **giustificato motivo soggettivo**, ed abilita il giudice a pronunciarsi in tal senso, anche in mancanza di espressa richiesta della parte, senza che vi sia lesione dell'art.112 c.p.c.<sup>30</sup>

Ne consegue che nelle più ampie pretese connesse all'annullamento del licenziamento consistenti nella **tutela reintegratoria piena**, con risarcimento del danno commisurato a tutte le retribuzioni maturate dal giorno del licenziamento a quello dell'effettiva reintegrazione, è ricompresa anche quella **attenuata** prevista dal **comma quarto**, derivante da un licenziamento per **giusta causa** o **giustificato motivo soggettivo** di cui sia accertata l'insussistenza del fatto<sup>31</sup>.

Non può non rilevarsi come, invero, in tutte le ipotesi sin qui tratteggiate, qualora l'**effettivo interesse (bene)**, risiede risarcimento, nella misura prevista dalla relativa disciplina normativa, è incomprensibile ed ingiustificato ritenere riservato il relativo accertamento solo al giudice del lavoro, proprio in ragione del fatto che, in realtà, la decisione ottenuta in sede ordinaria sarebbe, poi, utilizzata al fine di potersi procurare l'unico titolo legittimante la partecipazione al concorso fallimentare<sup>32</sup>.

Ciò che conta per la permanenza, o meno, della competenza, non è il **contenuto** della richiesta, bensì gli **effetti** che la statuizione emessa sarà, poi, in grado di determinare ai fini della successiva richiesta di ammissione al passivo<sup>33</sup>, il che comporta evidenti conseguenze discendenti dall'aver previsto il legislatore termini ben precisi per la partecipazione al concorso, attraverso la presentazione della domanda in via **tempestiva**, ovvero **tardiva**, pur non potendosi negare la possibilità della **supertardiva**.

<sup>30</sup> Cass., 17 gennaio 2008, n.837, in *Not.giur.lav.*, 2008, p. 624.

<sup>31</sup> Cass., 19 dicembre 2006, n.27104, in *Not.giur.lav.*, 2007, 221; Cass., 19 febbraio 2015, n.3320, *ivi*, 2015, p. 422.

<sup>32</sup> Cass., 23 novembre 1994, n.9888, in *Rep. Foro it.*, 1994, voce *Liquidazione coatta amministrativa e Amministrazione straordinaria*, n.34; Cass., 16 dicembre 1993, *ivi*, 1993, voce *cit.*, n.47; Cass., 19 febbraio 1993, n. 2035, in *Il fallimento*, 1993, p. 634.

<sup>33</sup> CAIAFA A., *I rapporti di lavoro nelle crisi di impresa*, *cit.*, p. 171.

A conferma di ciò basti pensare che, non a caso, l'art. 111 l.f. espressamente stabilisce che le somme ricavate dalla liquidazione possono essere erogate nell'ambito di un ordine tassativamente fissato, che riguarda i soli creditori ammessi, "...in proporzione dell'ammontare del credito"<sup>34</sup>.

Non solo, le successive disposizioni prevedono che i creditori ammessi a seguito di presentazione di **domanda** in **via tardiva** (art. 101 l.f.) concorrono solo alle ripartizioni posteriori alla pronunciata ammissione, in proporzione del credito riconosciuto, dal che consegue che il curatore, anche per tale ragione, può ignorare qualsiasi accertamento intervenuto al di fuori del concorso, poiché non opponibile agli altri creditori concorrenti (art.112 l.f.).

Nel previgente sistema il presupposto del mantenimento della cognizione al giudice del lavoro – come è stato sin qui sottolineato – risiedeva nella circostanza che il fallimento non determinava la risoluzione *ipso iure* del contratto di lavoro e, pertanto, ove fosse stata chiesta, oltre alla **dichiarazione di illegittimità o inefficacia** del licenziamento, anche la **reintegrazione** nel posto di lavoro, la domanda proposta, non essendo configurabile come mero strumento di tutela di diritti patrimoniali ma fondatosi, anche, sull'interesse del lavoratore a tutelare la sua posizione all'interno dell'impresa fallita giustificava la **riserva di accertamento** da parte del giudice del lavoro<sup>35</sup>.

Nell'attuale sistema sanzionatorio, per come novellato dalla legge 28 giugno 2012, n.92, non può, in ragione di quanto in precedenza evidenziato, ignorarsi che:

- la **reintegra** non consegue in tutte le ipotesi in cui fosse accertata l'invalidità del licenziamento essendo prevista solo nei casi regolati, rispettivamente, ai commi **uno, due, quattro e sette** (peraltro neppure sempre) dell'art.18 della legge n.300 del 1970;
- i commi **cinque, sei e sette**, non consentono al giudice, che "**dichiara risolto il rapporto di lavoro con effetto dalla data del licenziamento**", di pronunciare l'annullamento né, tanto meno, la reintegrazione, sì da residuare solo conseguenze patrimoniali, con la peculiarità che la

---

<sup>34</sup> CAIAFA A., *La legge fallimentare riformata e corretta*, cit., p. 511.

<sup>35</sup> Cass., 29 marzo 2011, n.7129; Cass., 27 febbraio 2004, n. 4051.

condanna è relativa ad una **indennità risarcitoria omnicomprensiva**, da determinarsi tra un minimo ed un massimo, sulla base di una discrezionale valutazione, mediante applicazione di parametri indicati dalla stessa legge, quali: l'**anzianità** del lavoratore; il **numero dei dipendenti** occupati; le **dimensioni dell'attività** economica; il **comportamento** e le **condizioni delle parti**, seppur con onere di specifica motivazione a tal riguardo;

- l'art.18, per come novellato, non prevede, dunque, sempre, la possibilità della reintegrazione ma, in alcuni casi, sancisce solo un **diritto di natura patrimoniale**, peraltro determinato in una somma non fissa, sì da lasciar ritenere, invero, necessario l'accertamento in sede concorsuale, in ragione delle esclusive conseguenze patrimoniali<sup>36</sup>, ponendosi, in tale ipotesi, la pronuncia di accertamento quale mera premessa della pretesa nei confronti della massa;

- spetta al giudice del lavoro valutare la congruità della sanzione espulsiva, non sulla base di una valutazione astratta dell'addebito quanto, piuttosto, tenendo conto di ogni aspetto concreto, alla luce di un apprezzamento unitario e sistematico della relativa gravità, mediante verifica dell'intensità dell'elemento intenzionale, in ragione delle mansioni e delle modalità di attuazione del rapporto e durata dello stesso<sup>37</sup>, con la conseguenza, peraltro, che laddove la valutazione della proporzionalità risulti insussistente ma, al tempo stesso, il comportamento tenuto sia privo del carattere della illiceità e, in quanto tale, sia insuscettibile di rilievo disciplinare sostanzialmente apprezzabile, solo in tal caso potrà essere disposta la reintegrazione, quante volte risulti che i fatti contestati non rientrino tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni del contratto collettivo.

Le considerazioni sin qui esposte consentono di ritenere riservato il relativo accertamento al giudice del lavoro, esclusivamente, nei casi in cui da esso possa conseguire la tutela reintegratoria, di cui al comma **quarto** dell'art.18 della legge n.92 del 2012, e che eventuali

---

<sup>36</sup> Cass., 24 ottobre 1996, n. 9306.

<sup>37</sup> Cass., 13 febbraio 2012, n. 2013; Cass., 27 giugno 1998, n. 6382.

diverse censure attinenti al profilo della proporzionalità della sanzione, potendo comportare, in via esclusiva, l'applicazione del regime meramente risarcitorio e patrimoniale, di cui ai commi **quinto** e **sesto** devono essere scrutinate secondo le regole del concorso, alla stregua di quanto in precedenza osservato<sup>38</sup>.

Non è, pertanto, condivisibile la diversa soluzione offerta dalla Suprema Corte<sup>39</sup> secondo la quale residuerebbe al giudice del lavoro la cognizione delle impugnative il cui accoglimento consente la statuizione di un diritto alla reintegra, nonché il risarcimento dei danni in misura tale da non richiedere alcun ulteriore accertamento aggiuntivo relativamente al *quantum*, che non implicherebbe neppure la necessità di una precedente verifica in sede concorsuale, discendendo esso direttamente dalla legge<sup>40</sup>.

#### **IV. L'ERRONEA SOLUZIONE DELL'AMMISSIONE CON RISERVA.**

La Corte richiamati alcuni precedenti a sostegno della competenza a decidere sulla legittimità del licenziamento intimato da una impresa *in bonis*, poi assoggettata a procedura concorsuale, ha ritenuto che, invero, potessero essere presi in considerazione anche gli effetti conseguenti alla pronuncia a seguito delle novità introdotte dall'art.1, comma quarantadue, della legge n.92 del 2012 che, per l'appunto, nel novellare l'art.18 della legge 300 del 1970 ha stabilito essere diverse le conseguenze discendenti dall'accertamento della illegittimità, invalidità del recesso intimato a seconda delle ragioni di una siffatta pronuncia; a tale convincimento è pervenuta sul presupposto che, invero, il procedimento di verifica ai fini dell'ammissione al passivo ha una efficacia esclusivamente **endo concorsuale** e, difatti, esso non tende ad accertare il credito quanto, piuttosto, a stabilire il diritto per la partecipazione al concorso<sup>41</sup>.

---

<sup>38</sup> Tribunale Taranto, 15 marzo 2017 per consta inedita.

<sup>39</sup> Cass., 20 settembre 2016, n.19418; Cass., 13 ottobre 2015, n. 20540.

<sup>40</sup> GENTILE, *Il riparto di attribuzioni tra i giudici del lavoro e fallimentare resiste all'appannamento dell'art.18 l.300/70*, in nota Cass., 19 giugno 2017, n. 15066.

<sup>41</sup> FABIANI, *Il diritto della crisi e dell'insolvenza*, Bologna, 2017, p. 80.

Certamente già in precedenza la Corte aveva affermato che nell'ipotesi in cui la domanda abbia ad oggetto la reintegrazione del posto di lavoro essa non poteva essere ritenuta “*mero strumento di premesse economiche*”, quante volte la richiesta volta ad accertare la illegittimità o l'inefficacia del recesso fosse fondata sull'interesse del lavoratore a coltivare la domanda, non solo per la eventualità della ripresa dell'attività lavorativa, attraverso l'esercizio provvisorio ovvero per l'ipotesi in cui fosse poi realizzata la cessione dell'azienda, ma anche per veder riconosciuti i connessi diritti, tuttavia, come sopra evidenziato non patrimoniali e quindi del tutto estranei – come quelli previdenziali – alla esigenza della *par condicio creditorum*, sì da non essere configurabile la domanda reintegratoria quale mero strumento, come detto, di diritti patrimoniali da far valere poi sul patrimonio del fallito<sup>42</sup>

In particolare, però, con una precedente decisione<sup>43</sup>, la stessa Corte, pur se nella diversa procedura concorsuale della liquidazione coatta amministrativa, nel pronunciare sulla impugnativa del licenziamento intimato ad un dirigente dalla cui invalidità accertata non può discendere, peraltro, la reintegrazione nel posto di lavoro, aveva affermato essere riservata ai giudici di legittimità una siffatta declaratoria divenendo, tuttavia, improponibili o improseguibili, seppur temporaneamente – ovvero per la durata della procedura – le azioni del lavoratore dirette ad ottenere una condanna pecuniaria, anche se accompagnate da domande di accertamento o costitutive aventi funzione strumentale.

Si sottolinea, al contrario, nella decisione in commento che “*il radicale mutamento del regime selettivo e di commisurazione delle tutela*”, discendenti dalla novellazione dell'art.18, della legge n.300 del 1970 – c.d. **piena, forte**, ovvero **attenuata** o **debole** – non impedisce l'accertamento dell'entità dell'indennità risarcitoria da parte dello stesso giudice del lavoro, in ragione dei “*...delicati profili di selezione e di commisurazione della tutela*”, ciò in quanto la richiesta non si tradurrebbe in una pronuncia di condanna ad un pagamento, bensì, per

---

<sup>42</sup> Cass., 29 marzo 2011, n. 7129, Cass., 2 febbraio 2010, n. 2411 Cass., 27 febbraio 2004, n.4051; Cass., 3 marzo 2003, n. 3129.

<sup>43</sup> Cass., 19 giugno 2017, n. 15066, in *Foro it.*, 2017, p. 1669, con nota di GENTILE, *Il riparto di attribuzioni fra i Giudici del lavoro e fallimentare resiste all'appannamento dell'art.18, legge 300/70.*

effetto dell'apertura della procedura concorsuale, di successiva insinuazione allo stato passivo, sì da essere essa consentita – per le ragioni già ampiamente illustrate in precedenza – perché non di accertamento del credito quanto, piuttosto, di “...*verifica del diritto di credito per la partecipazione al concorso*”.

Ipotizzano i giudici di legittimità, senza offrire tuttavia una coerente poi giustificazione della possibile soluzione, che sarebbe consentito, *medio tempore*, al lavoratore interessato di poter richiedere l'ammissione al passivo con riserva “*alla stregua di credito condizionale a norma dell'art.55, comma tre, l.f., fino all'esito del giudizio davanti al giudice del lavoro*”, così da non essere privato delle conseguenze discendenti dall'accertata illegittimità del recesso potendo, attraverso tale richiesta, garantirsi la partecipazione al riparto mediante accantonamento.

A tale conclusione la Corte era già in precedenza pervenuta<sup>44</sup>.

Nella richiamata decisione la Corte ha osservato che “*nell'ipotesi in cui venga chiesta l'ammissione al passivo di un credito la cui sussistenza è necessariamente devoluta alla competenza del giudice diverso da quello fallimentare, non viene meno il potere di quest'ultimo di ammettere il credito con riserva, essendo gli organi fallimentari tenuti a considerare il credito come condizionale ed a sciogliere la riserva in relazione all'esito del processo dinanzi al giudice competente, sì da consentire al creditore la partecipazione al riparto mediante accantonamento*”.

La decisione, tuttavia, non è di ausilio dal momento che nel caso esaminato i giudici di legittimità hanno ritenuto non poter essere diversamente valutata la sussistenza di una causa non imputabile, sì da giustificare il ritardo del creditore, implicando esso un

---

<sup>44</sup> Cass., 31 luglio 2017. n.19017 in *Il fallimento*, 2018, p. 685, con nota di BELLE', *Accertamenti extra fallimentari del credito di insinuazione al passivo: il quadro generale ed il caso del licenziamento per giustificato motivo illegittimo*, avendo pronunciato la inammissibilità della domanda c.d. ultratardiva di ammissione al passivo, proposta dal lavoratore interessato, ai sensi dell'ultimo comma dell'art.101 l.f. per avere, invero, questi giustificato la richiesta non tempestiva per essere essa imputabile al fatto di discendere all'accertamento dei crediti dalla proposta impugnativa del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, proposta dinanzi al giudice del lavoro.

accertamento di fatto, rimesso alla valutazione del giudice di merito, sì da sfuggire al sindacato di legittimità<sup>45</sup>.

E' evidente che non si tratta di un precedente utilizzabile dal momento che la Corte ha ritenuto di voler esprimere una valutazione in ordine alla statuizione del giudice di merito che, dunque, si sostanzia in un *obiter dictum*, per tale ragione non utilizzabile a sostegno dell'adottata decisione – che difatti non viene richiamata nella sentenza in commento – nella consapevolezza della sua indiscutibile erroneità.

Vediamone le ragioni.

La legge fallimentare riformata e corretta ha ridisegnato in termini innovativi la disciplina dell'accertamento del passivo, con l'intento di uniformarla al rispetto dei valori costituzionali del giusto processo, del diritto di difesa e della terzietà del giudice, mediante la previsione di *“...un modello unitario del procedimento, nel contesto del quale siano ben distinguibili i ruoli della parti, ha riferito al giudice delegato quello esclusivo di risolvere i conflitti e di pronunciare sulle istanze di ammissione nei limiti delle conclusioni formulate, la rimessa al curatore l'attività preparatoria della fase di verifica sì da consentire al giudice, alla fissata udienza, di analizzare le domande di partecipazione al concorso, in relazione ai fatti costitutivi dei crediti ed alla sussistenza della cause di prelazione.”*<sup>46</sup>

L'art.96 l.f. enuncia le ipotesi in presenza delle quali il giudice può pronunciare un provvedimento di ammissione con riserva, individuandole, partitamente, nei crediti condizionali ed in quelli che non possono essere fatti valere se non previa escussione di un obbligato principale (art.55 terzo comma l.f.) o, ancora, qualora la mancata produzione del titolo dipenda da un fatto non imputabile e riferibile al creditore.

La norma prevede, ancora, la possibilità di una siffatta pronuncia quante volte il credito risulti essere stato accertato con sentenza non passata in giudicato, sempre che il curatore

---

<sup>45</sup> Cass., 10 settembre 2013, n.20686, anche se hanno poi ritenuto di dover puntualizzare essere congrua e del tutto ragionevole la possibilità per il richiedente di depositare la prima della conclusione del giudizio avanti al giudice del lavoro, una domanda di ammissione con riserva ovvero di sollecitare in attesa della definizione di quel giudizio, una sospensione di quello di ammissione.

<sup>46</sup> D'ORAZIO, *Accertamento del passivo*, in *Le procedure concorsuali*, a cura di CAIAFA A., Padova, 2011, p. 731; CAIAFA A., *Sub art.96*, in *Commentario alla legge fallimentare*, Roma, 2017, p. 441.

si sia opposto alla ammissione per avere proposto, ovvero manifestato di voler proporre, impugnazione in sede ordinaria, sì da essere in tal caso l'ammissione sottoposta, per l'appunto, alla condizione dell'esercizio del diritto di impugnazione che, però, ove non esercitato consente al creditore di ottenere la definitiva consacrazione del diritto di partecipazione al concorso.

Ed allora, non vi è dubbio che non rientra la ipotizzata soluzione in alcuna delle ipotesi prese in considerazione dal legislatore della riforma.

Non si tratta, difatti, di un credito condizionale, dal momento che esso non esiste, in quanto ancora non accertato e, peraltro, non vi è nessun coobbligato in solido che potrebbe essere escusso.

Non è possibile ricorrere alla diversa ipotesi, considerata dalla norma, della sussistente impossibilità della produzione del titolo, dal momento che questo non esiste né, per di più, può dirsi giustificata da una causa non imputabile al creditore, non potendo trovare giustificazione la circostanza di essere incorso l'accertamento dinanzi al giudice del lavoro. Non è poi applicabile l'ipotesi che fa discendere la pronuncia di ammissione con riserva dalla esistenza di una sentenza non passata in giudicato, dal momento che non esiste una statuizione.

Meno che mai, ancora, è possibile far ricorso all'art.295, sol che si consideri che il giudice delegato non potrebbe dichiarare esecutivo lo stato passivo se non dopo che il giudice del lavoro avesse pronunciato su quel credito, che verrebbe ad incidere sui diritti dei creditori concorrenti, attesa la impossibilità di procedere a riparti parziali e, anche, di chiudere il fallimento.

Conclusivamente, quindi, ci si troverebbe dinanzi ad una ipotesi di "**riserva atipica**" che, in quanto tale, sarebbe priva del benchè minimo effetto, in ragione proprio della eccezionalità del provvedimento di ammissione riservato, in funzione della necessaria rapida definizione dello stato passivo, che rende ragionevole il divieto di applicazione

analogica della fattispecie, sì da non poter produrre una siffatta statuizione gli stessi effetti riconosciuti dalla norma nei casi da essa previsti.

La giurisprudenza è concorde nel ritenere che le riserve atipiche si considerino come non apposte, o essere interpretate e concepite in modo tale di coincidere sostanzialmente con un provvedimento di esclusione dal passivo, risolvendosi esse in una non decisione<sup>47</sup>, con la conseguenza, quindi, che il creditore istante dovrebbe presentare opposizione nei termini ordinari, venendo, in caso contrario, irrimediabilmente consolidata la mancata ammissione.

Conclusivamente ho motivo di ritenere, come d'altronde affermato dallo stesso estensore della decisione in un suo precedente scritto<sup>48</sup>, che giammai il giudice del concorso, cui fosse proposta la richiesta di partecipazione fondata sulla asserita illegittimità del recesso, con le correlate conseguenze risarcitorie, pronuncerebbe la propria incompetenza a decidere, in ragione del riparto, per effetto, della esclusiva competenza (*rectius*: rito) del giudice del lavoro.

---

<sup>47</sup> BOZZA-SCHIAVON, *L'accertamento dei crediti nel fallimento nelle cause di prelazione*, Milano, 1992, p. 123.

<sup>48</sup> PATTI, *Licenziamenti e loro effetti dalla legge Fornero al Jobs Act tra diritto del lavoro e diritto fallimentare*, in *Il fallimento*, 2016, p. 1173, che nel giustificare il riparto di attribuzioni tra giudice del lavoro e concorsuale, in ragione della necessaria concentrazione presso un medesimo giudice delle formulate richieste di accertamento, proprio con riferimento al regime del Jobs Act, attesa la possibilità per l'istante di poter specificare la natura della tutela richiesta, se *reintegratoria* ovvero esclusivamente *patrimoniale* e, di poter, conseguentemente, formulare la stessa dinanzi al giudice del concorso, sì da consentire, al contrario di quanto affermato nella sentenza, "...il radicale mutamento del regime selettivo e di commisurazione delle tutele", ha precisato che riverberando esso effetti sulla ripartizione cognitoria, potendo la relativa istanza anche essere rivolta direttamente al giudice fallimentare, spetti all'istante valutare, ragionevolmente, quale sia il reale oggetto della proposta domanda e di rivolgere la stessa al giudice del concorso, laddove diretta a consacrare la richiesta di partecipazione.