

LE VICENTE CIRCOLATORIE DELL'AZIENDA NELL'AMMINISTRAZIONE STRAORDINARIA

di

Antonio Caiafa

SOMMARIO: I. Premesse – II. La disciplina comunitaria – III. Perimetro applicativo dei diritti tutelati – III.1. La necessaria permanenza del rapporto – III.2. Il trattamento economico giuridico – III.3. La continuità giuridica – IV. L'iter procedimentale e l'area di riferimento – V. La possibile soluzione interpretativa – VI. Il disegno di legge delega al Governo n.2831.

I. PREMESSE

Montesquieu scriveva che “coloro che sono dotati di un genio abbastanza grande, da dare delle leggi alla loro Nazione, devono prestare particolare attenzione alla maniera di formarle: devono essere semplici e non devono essere affatto sottili”.

Le leggi sono un esercizio di logica.

Non credo che ciò possa dirsi per la disciplina normativa che ha interessato, negli anni, il mutamento soggettivo nella titolarità dell'azienda delle imprese assoggettate alla procedura dell'amministrazione straordinaria.

Ed infatti, le *vicende circolatorie dell'azienda*, o rami di essa, quando attuate da una impresa in *crisi*, ovvero *insolvente*, con riferimento alla possibilità per le parti interessate di ottenere la *flessibilizzazione* degli obblighi derivanti dall'art.2112 cod. civ., attraverso la conclusione di *accordi collettivi trilateri*, hanno avuto una differente regolamentazione in conseguenza di quanto, al riguardo, disposto nel tempo:

- dall'art.47, quinto e sesto comma, della legge n.428 del 1990;

- dall'art.63 del d.lgs. n.270 del 1999, con riferimento all'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi;
- dall'art.56, terzo comma *bis*, a seguito delle modifiche apportate dalla legge 28 gennaio 2009, n.2 – di conversione del d.l. 29 novembre 2008, n.185 –, che ha addirittura previsto – sempre nel caso dell'amministrazione straordinaria - ***non costituire trasferimenti di azienda***, di rami o di parti della stessa, le alienazioni poste in essere in esecuzione di un programma di cessione dei complessi aziendali per le società operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali;
- dall'art.19 *quater* della legge 20 novembre 2009, n.166, emanato in conseguenza della necessaria attuazione degli obblighi comunitari, per effetto della sentenza resa dalla Corte di Giustizia l'11 giugno 2009, che ha integrato l'art.47 della legge n.428 del 1990, mediante l'inserimento del comma *quattro bis*, volto a regolamentare la flessibilizzazione degli obblighi discendenti dall'art.2112 cod. civ. quante volte il trasferimento riguardi aziende:
 - ✓ di cui sia stato accertato lo ***stato di crisi***, ai sensi dell'art.2, quinto comma, lett.c), della legge 12 agosto 1977 n.75;
 - ✓ per le quali sia stata disposta l'***amministrazione straordinaria***, ai sensi del d.lgs. n.270 del 1999, in caso di ***continuazione*** o di ***mancata cessazione*** dell'attività.

La *querelle* nasce dall'esigenza di interpretare l'art.1.1. della direttiva 77/187, secondo il quale rientrano nell'ambito della stessa le ipotesi di "***cessione contrattuale o fusione***" o "***cessione legale o fusione***", al di là di un'interpretazione letterale che lasci escluse le forme di trasferimento la cui matrice non sia "***volontaria o convenzionale***", nel senso proprio del termine, ciò in quanto la Corte di Lussemburgo¹, sin dalla prima giurisprudenza, ha respinto un'interpretazione rigidamente ***letterale*** dei requisiti indicati dall'art.1.1.,

¹ Corte Giust., causa n.C-319/94 in *Dir.lav.*, 1998, II, 115, che hanno ritenuto trovare applicazione la direttiva indipendentemente dal fatto che il mutamento della titolarità dell'azienda rivesta, o meno, caratteri negoziali, con l'unica deroga dei casi in cui il trasferimento sia conseguenza di una *procedura fallimentare*, essendo questa finalizzata alla liquidazione dell'impresa piuttosto che al trasferimento della stessa, o di una procedura di *liquidazione coatta amministrativa*, i cui effetti sono equiparati a quelli del fallimento.

proponendo una lettura di tipo *teleologico* che consentisse di allargare l'ambito oggettivo della direttiva 77/187².

Con altre pronunce, la Corte si è espressa a favore di una lettura dell'art.1.1. tale da tutelare il lavoratore in tutti i casi in cui si ha il mutamento del datore di lavoro, senza dare rilievo allo *strumento giuridico utilizzato* per realizzare lo scopo³, dunque anche nel caso di *retrocessione* ovvero di *riacquisto* da parte del proprietario del diritto all'utilizzo dell'azienda affittata, a seguito di un inadempimento contrattuale dell'affittuario⁴, ovvero di concessione da parte del titolare, dell'uso dell'azienda ad un nuovo concessionario, che nel subentrare nel precedente abbia gestito, senza soluzione di continuità, la medesima attività con l'ausilio dello stesso personale⁵.

Ebbene, si tratta di verificare se i principi, sufficientemente chiari enunciati nelle direttive nel tempo trovino corrente applicazione nell'ambito della legislazione interna, ovvero se nonostante le pronunce intervenute, che ci hanno riguardato, si sia tenuto conto di tali rigidi criteri interpretativi e sia possibile affermare che la disciplina normativa, con riferimento alla procedura dell'*amministrazione straordinaria*, rispetti quei principi ed abbia tenuto conto di quegli insegnamenti.

La natura comunitaria della legge nazionale, innovativa dell'art. 2112 cod. civ., implica che la relativa normativa debba essere interpretata alla luce della *lettera* e della *ratio* della direttiva Cee, tenendo conto, altresì, della giurisprudenza della Corte di giustizia europea sull'interpretazione della direttiva stessa, quale enunciata, anche nell'ambito di procedure di interpretazione pregiudiziale, previste dall'art. 177 del Trattato CEE.

Alla quale interpretazione il giudice nazionale deve uniformarsi posto che, soprattutto sul piano ermeneutico, come affermato dalla Corte costituzionale, l'ordinamento comunitario manifesta la sua prevalenza su quello nazionale, nel senso che, tra i molteplici possibili

² Corte Giust., 7 febbraio 1985, causa n.135/83, in *Foro it.*, 1986, IV, 111; Corte Giust., 12 marzo 1988

³ Corte Giust., 15 giugno 1988, in causa n.C-101/87, in *Foro it.*, 1991, IV, 287.

⁴ Corte Giust., 17 dicembre 1987, in causa n.C-287/86, in *Racc.*, 1987, 5465.

⁵ Corte Giust., 10 febbraio 1988, in causa n.C-324/86, in *Foro it.*, 1989, IV, 11.

significati che possa presentare la norma statale interna, l'interprete è tenuto ad adeguarsi al significato che risulti più conforme al diritto comunitario⁶.

II. La disciplina comunitaria.

Per meglio comprendere l'evoluzione della norma ed i conseguenti mutamenti ed adattamenti della stessa appare indispensabile, pur se in estrema sintesi, ricostruirne l'ambito comunitario.

La **direttiva comunitaria n.77/187**, del *Consiglio del 14 febbraio 1977*, concernente il riavvicinamento delle legislazioni degli Stati membri, relativamente al mantenimento dei diritti dei lavoratori, in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o parte di stabilimenti, aveva già allora stabilito (art.3) che i diritti e gli obblighi risultanti per il **cedente** “...da un contratto di lavoro o da un **rapporto di lavoro esistente alla data del trasferimento ai sensi dell'art.1 paragrafo 1...**” dovessero ritenersi trasferiti al **cessionario**, con la possibilità, tuttavia, per gli Stati membri di prevedere la **solidarietà** nell'adempimento degli obblighi pregressi anche per il **cedente** “...dopo la data del trasferimento”.

Lo stesso art.3, al comma secondo, aveva imposto al **cessionario** di mantenere le **condizioni di lavoro** convenute mediante contratto collettivo e la possibilità per gli Stati membri di limitare il periodo di mantenimento, purchè non fosse inferiore ad un *anno*.

Il trasferimento non era “...di per sé motivo di licenziamento da parte del cedente o del cessionario” e, naturalmente, la **vicenda traslativa** non pregiudicava il diritto delle parti di provvedere alla risoluzione del rapporto, quante volte ciò fosse giustificato dalla esistenza di “...**motivi economici, tecnici o di organizzazione**” che avessero comportato variazioni sul piano dell'occupazione.

Ancora, il trasferimento non poteva determinare “...a scapito del lavoratore una **sostanziale modifica delle condizioni di lavoro**”, sicchè la risoluzione del contratto, ovvero del rapporto, ove intervenuta per tali ragioni, era considerata “...come dovuta alla responsabilità del datore di lavoro”.

⁶ Cass., 23 agosto 1996, n.7771, in *Foro it.*, Rep.1997, voce *Lavoro (rapporto)*, n.1414; Corte Cost., 8 giugno 1984, n.170, Id., 1984, I, 2062; Corte Cost., 22 febbraio 1985, n.47, Id., 1985, I, 933; Corte Cost., 23 aprile 1985, n.113, *ibid.*, 1600; Corte Cost., 11 luglio 1989, n.389, Id.,1991, I, 1076; Corte Giust., 9 marzo 1978, causa 106/77, Id., 1978, IV, 201.

Il contenuto precettivo della direttiva comunitaria, di *prima generazione*, in conseguenza dell'obiettivo che essa intendeva realizzare, era diretta, appunto, ad “...*impedire che le ristrutturazioni nell'ambito del mercato comune*” potessero essere effettuate a danno dei lavoratori e, conseguentemente, a “...*garantire la salvaguardia dei diritti dei lavoratori in caso di cambiamento del datore di lavoro, consentendo loro di restare alle dipendenze del cessionario nella stessa situazione convenuta con il cedente*”.

La direttiva perseguiva, dunque, un duplice obiettivo, nell'intento di assicurare, sul piano individuale, la *continuità dei rapporti di lavoro*, attraverso la previsione che la *vicenda traslativa*, in qualunque modo realizzata (“*cessione contrattuale o fusione*”), non potesse costituire motivo valido di recesso, né per il cedente né, tantomeno, per il cessionario, e riconosceva, tuttavia, la possibilità ad entrambi di poter risolvere i rapporti, in presenza, però, di “...*motivi economici, tecnici od organizzativi...*”, comportanti “...*variazioni sul piano dell'occupazione*”.

Il testo della direttiva n.77/187 si è prestato a due differenti interpretazioni in ordine alla possibilità, o meno, di ritenere esclusi da essa quei trasferimenti che fossero attuati nell'ambito ed in conseguenza di una *procedura concorsuale*, ovvero *conservativa*, cui l'impresa fosse stata assoggettata.

Il riferimento, difatti, alla *cessione contrattuale* aveva lasciato ritenere che non potesse essere inclusa ogni diversa ipotesi in cui il trasferimento, invero, non fosse *volontario*, ma conseguenza del *procedimento di liquidazione dell'azienda* per soddisfare le esigenze dei creditori concorrenti anteriori, attesa la impossibilità di riconoscere, in tal caso, alla vicenda stessa una valenza e funzione conservativa.

Secondo una diversa interpretazione, più restrittiva, non poteva non rilevarsi, al riguardo, che non contenendo la direttiva alcuna deroga all'applicabilità dei principi di prosecuzione automatica del rapporto e di responsabilità solidale per i crediti maturati prima del perfezionamento della *vicenda traslativa*, anche nel caso in cui questa fosse stata realizzata nell'ambito di un procedimento di liquidazione, non sarebbe stato consentito alle parti discostarsi dagli obblighi imposti.

La Corte di Giustizia ha, tuttavia, risolto il problema interpretando quanto disposto nell'art.1, ritenendo legittimata la esclusione delle imprese assoggettate ad un *procedura*

concorsuale liquidativa, mentre ha tenuto distinti da questa quei procedimenti volti alla *salvaguardia del patrimonio aziendale* ed alla *prosecuzione dell'attività economica*, secondo un *progetto di risanamento* in grado di restituire all'impresa l'equilibrio finanziario perché potesse proseguire, concludendo nel senso che la disciplina protettiva derivante dalla direttiva non poteva essere, per alcuna ragione, disapplicata⁷.

L'interpretazione offerta dalla Corte di Giustizia, con riferimento alla direttiva n.77/187, ha consentito di ritenere ad essa conforme l'art.47, della legge n.428 del 1990, nella parte in cui, al quinto comma, aveva previsto – ed ancora prevede – la possibile *flessibilizzazione* delle garanzie presenti nell'art.2112 cod.civ., per le *vicende traslative* di imprese sottoposte a *procedure concorsuali* in cui non vi fosse stata disposta la continuazione dell'attività.

La direttiva **29 giugno 1998, n.50**⁸ – di cui la successiva del **12 marzo 2001, n.23**, ha operato una coerente riscritturazione – nel suo settimo “*considerando*”, ha lasciato liberi gli Stati membri di individuare regole, più o meno flessibili, per regolamentare il *fenomeno traslativo* a seconda che esso venisse realizzato da un'*impresa in crisi*, ovvero *insolvente*, ritenendo possibile che solo in presenza della prima dovessero essere garantite la continuazione dei rapporti e la garanzia del reddito e delle condizioni di lavoro, consentendo agli Stati membri di non applicare gli artt. 3 e 4 – che assicurano il mantenimento dei diritti dei lavoratori e la continuità giuridica del rapporto – alle imprese per le quali avesse avuto inizio la fase di liquidazione, a seguito di una *procedura di insolvenza* aperta nei confronti del *cedente*, ed alla duplice condizione:

⁷ Corte di Giustizia 25 luglio 1991, causa C-362/89, in *Giust.cit.*, 1992, I, 1126, con riferimento alle procedure di risanamento; Corte di Giustizia, 7 dicembre 1995, causa 472/93, in *Mass.giur.lav.*, 1996, 225 con nota di ROMEI, *Brevi osservazioni sulla recente sentenza della Corte di Giustizia in materia di trasferimento di una azienda in crisi*.

⁸ LO FARO, *Le direttive in materia di crisi e ristrutturazioni di impresa*, in *Il lavoro subordinato*, a cura di SCIARRA-CARUSO, Torino, 2009, 392; PIZZOFRATTO, *I riflessi della direttiva 98/50/Ce*, in *Dir.lav.rel.ind.*, 1999, 475, id., *Il trasferimento dell'azienda nelle imprese in crisi*, in *Quad.dir.lav.rel.ind.*, 2004, 159; LAMBERTUCCI, *Le tutele del lavoratore nella circolazione dell'azienda*, Torino, 1999, 75, ove sottolinea l'avvenuto riconoscimento della legislazione nazionale attraverso la nuova formulazione. I profili di contrasto tra tutela individuale e collettiva sono stati sottolineati da: NAPPI S., *Negozi traslativi dell'impresa e rapporti di lavoro*, Napoli, 1999, 334; PELAGGI, *Trasferimento d'azienda nelle imprese in crisi, potere di recesso del cedente e del cessionario ed effetti del licenziamento illegittimo alla luce della giurisprudenza comunitaria*, in *Mass.giur.lav.*, 1998, 628.

- del suo svolgimento sotto il controllo di una Autorità pubblica competente;
- della sussistenza di una protezione almeno equivalente a quella garantita per le situazioni contemplate dalla direttiva 80/987, del Consiglio del 20 ottobre 1980, nell'ipotesi di insolvenza, per gli obblighi del cedente, risultanti dal contratto di lavoro non trasferiti al cessionario⁹.

Più problematica era apparsa essere la scelta per la operata previsione di riconoscere allo Stato membro di *flessibilizzare* gli obblighi derivanti dagli artt. 3 e 4 della stessa direttiva, qualora il cedente si fosse trovato in una *situazione di grave crisi economica*, per come definita dal diritto nazionale, in particolare per quel che attiene il significato da attribuire alla previsione di dover essere tale situazione dichiarata da una *Autorità pubblica competente ed aperta al controllo giudiziario* (art.5 paragrafo 3 della direttiva n.23 del 2001).

Il legislatore comunitario, anche sulla scorta delle stesse interpretazioni della Corte di Giustizia – cui si è prima fatto cenno –, è passato da una iniziale indifferenza, desumibile dalla omessa regolamentazione e previsione delle situazioni di *crisi reversibili* o meno dell'impresa, ad una valutazione del fenomeno, non potendo ignorare le conseguenze sulla occupazione, attesa la necessità di individuare possibili rimedi per eliminare le rigidità ed i correlati effetti economici derivanti dal riconoscimento delle garanzie individuali quante volte la vicenda traslativa avesse riguardato l'*azienda di una impresa in crisi*.

Lo scenario che ne è conseguito è nel senso che:

- le *tutele collettive* e, quindi, gli *obblighi di informazione e consultazione sindacale*, previsti dalla direttiva, hanno trovato necessariamente applicazione anche quando la *vicenda traslativa* venisse realizzata da una *impresa sottoposta a procedura concorsuale*, fosse essa, o meno, *liquidatoria*;

⁹ In ottemperanza alla direttiva è stato istituito presso l'Inps, con l'art.2 della legge 29 maggio 1982, n.297, lo speciale “fondo di garanzia per il trattamento di fine rapporto”, allo scopo di assicurare il pagamento delle indennità di cui all'art.2120 cod.civ. nei casi di insolvenza del datore di lavoro. Sul tema DE LUCA TAMAJO-FERRARO, *Commento dell'art.2 della legge n.297 del 1982*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1983, 279; VALLEBONA, *Il trattamento di fine rapporto di lavoro*, Milano, 1984, 124; CAIAFA A. – CAIAFA F., *L'accertamento dei crediti di lavoro nel fallimento e nelle altre procedure concorsuali*, in *I rapporti di lavoro e la tutela del credito nella crisi di impresa*, a cura di CAIAFA A., Torino, 2011, 515.

- per le *tutele individuali* è stata prevista una disapplicazione qualora l'impresa fosse oggetto di una *procedura fallimentare* o di *insolvenza* analoga, aperta in vista della *liquidazione dei beni* del cedente, e semprechè il relativo svolgimento avvenisse sotto il controllo di una Autorità pubblica competente;
- la *flessibilizzazione* nel caso di soggezione ad una procedura di insolvenza non finalizzata alla liquidazione dei beni del cedente, purchè fossero state assicurate ai soggetti interessati forme di garanzia alternative, rappresentate dalla *protezione dei crediti di lavoro* maturati anteriormente al trasferimento, ovvero dalla stipula di un accordo collettivo in grado di consentire la modificazione delle *condizioni dei lavoratori e le opportunità occupazionali* attraverso la sopravvivenza dell'impresa, ciò anche quando era ravvisabile una situazione di *grave crisi economica* "...quale definita dal diritto nazionale", purchè tale situazione fosse dichiarata da una Autorità pubblica competente aperta al controllo giudiziario.

III. Perimetro applicativo dei diritti tutelati.

Nell'esaminare direttamente, dunque, la disposizione della direttiva Cee n.77/87, ai fini di un'interpretazione corretta dell'innovato art.2112 cod. civ., va osservato che l'art.3, punto 1, prima parte, prevede, in maniera esplicita, che, nel caso di trasferimento dell'azienda, siano trasferiti al cessionario obblighi (o diritti) del cedente, derivanti da un rapporto di lavoro che sussista alla data del detto trasferimento.

III.1. La necessaria permanenza del rapporto.

Tale previsione esclude, pertanto, l'ipotesi del trasferimento, a carico del cessionario, di obblighi o diritti derivanti da rapporti di lavoro che, pur se già intercorsi con l'imprenditore cedente, non siano più esistenti perché cessati, legittimamente, per una delle varie cause di risoluzione, nel momento in cui il cessionario è subentrato nella titolarità dell'azienda.

Previsione questa in armonia con la finalità della direttiva, ovvero di protezione dei lavoratori in caso di cambiamento dell'imprenditore, e dell'intento di assicurare agli stessi

il “*mantenimento dei loro diritti*”, dove l’espressione “*mantenimento*”, appunto, consente di ritenere, stante il significato proprio della parola, che si sia inteso garantire al lavoratore la conservazione dei propri diritti, nei confronti del cessionario, sul presupposto che questi continui a rimanere tale e che, pertanto, il rapporto permanga con il nuovo imprenditore e non sia già cessato prima della cessione.

La Corte di giustizia ha affermato, con riferimento alla disposizione dell’art.3, punto 1 che, “*interpretando questa disposizione letteralmente nelle varie versioni linguistiche, si evince che essa contempla i diritti e gli obblighi dei soli lavoratori il cui contratto di lavoro o **rapporto di lavoro sussista alla data del trasferimento**, non già quelli di coloro che non sono più dipendenti dell’impresa al momento del trasferimento*” ed ha aggiunto che la direttiva distingue, espressamente, tra **lavoratori** e “*coloro che hanno già lasciato lo stabilimento del cedente al momento del trasferimento*”, sicchè “*il fatto che detta distinzione non figuri all’art.3, n.1, indica che ne vanno esclusi gli **ex dipendenti***”, e che questa interpretazione “*è parimenti conforme, al sistema e agli scopi della direttiva, la quale mira a garantire, nei limiti del possibile, la continuazione del rapporto di lavoro, senza modifiche, con il cessionario*”, con disposizioni “*che riguardano unicamente i lavoratori dipendenti dell’impresa al momento del trasferimento, ma non quelli che hanno già lasciato l’impresa in detto momento*”¹⁰.

L’ora delineata interpretazione dell’innovato art.2112 cod. civ. – aderente alla lettera della legge ed all’intenzione del legislatore, quale ricavabile anche dalla sua titolazione – trova riscontro pure nei lavori parlamentari, cui può attribuirsi valore interpretativo sussidiario nell’individuazione della *voluntas legis*, risultando da essi, chiaramente, come la modifica dell’art.2112 cod. civ. sia consistita essenzialmente nella soppressione della condizione della responsabilità del cessionario, costituita dalla conoscenza o conoscibilità, da parte dello stesso, dei crediti del lavoratore trasferito, rimasti insoddisfatti al momento del trasferimento dell’azienda, e nella conseguente introduzione della piena e incondizionata continuità del relativo rapporto di lavoro, pur nel mutamento della titolarità dell’impresa. Ed infatti, negli atti parlamentari è espressamente enunciata la finalità cui è diretta la modifica del citato art. 2112 cod. civ., cioè di conformare tale norma alle disposizioni

¹⁰ Corte Giust., 7 febbraio 1985, causa 19/83, id., 1986, IV, 110 e Corte Giust., 11 luglio 1985, causa 105/84, id., 1989, IV, 15.

dell'art.3 della direttiva Cee 77/187, tant'è che si specifica che *“l'innovazione consiste nel fatto che il previsto obbligo solidale dell'acquirente per i crediti dei lavoratori al tempo del trasferimento non è più subordinato al requisito della conoscenza o conoscibilità dei crediti stessi, non essendo tale requisito richiesto dalla direttiva”*¹¹.

Nessun cenno è dato ravvisare, nei suddetti atti parlamentari riguardanti i lavori preparatori della legge, ad un presunto intento del legislatore del 1990 – che, ove esistente, sarebbe stato indubbiamente espresso, o sarebbe comunque risultato anche in sede preparatoria – di discostarsi dalle prescrizioni dell'art.3 della direttiva comunitaria, per come interpretata dalla Corte di giustizia, addossando all'imprenditore cessionario una responsabilità *anche per crediti del lavoratore non più tale* nei confronti dello stesso, per essersi risolto il relativo rapporto di lavoro in momento anteriore al trasferimento d'azienda, con riferimento all'art.7 della direttiva che consente, per l'appunto, agli Stati membri di dettare norme più favorevoli per i lavoratori.

La continuazione del rapporto, in capo al cessionario, presuppone, dunque, la validità ed efficacia dello stesso al momento del trapasso aziendale, condizione che non sussiste solo qualora il lavoratore non abbia impugnato l'atto espulsivo nel termine decadenziale, anche quando l'effetto estintivo del rapporto si sia realizzato dopo il trasferimento.

Il licenziamento, difatti, quale negozio unilaterale recettizio, si perfeziona nel momento in cui la manifestazione di volontà del datore di lavoro giunge a conoscenza del lavoratore, sicchè il termine di decadenza per l'impugnazione del recesso decorre dalla comunicazione dell'atto e non dal momento, eventualmente successivo, nel quale il rapporto di lavoro cessa di avere efficacia¹².

Al riguardo, è necessario distinguere, i rapporti di lavoro soggetti alla legge *Fornero* ovvero al *Jobs act* e, dunque, caratterizzati dalle tutele crescenti, in relazione al regime riconosciuto in concreto, dal momento che, per i primi, rileva la stabilità, sicchè se essi sono assistiti dalla tutela *reale* la sanzione è quella *reintegratoria*, e la circostanza che il

¹¹ Vedi relazione all'art. 43 del disegno di legge, comunicata alla presidenza del senato l'8 marzo 1990.

¹² Cass., 11 febbraio 2016, n. 2749, in *Not.giur.lav.*, 2016, 323; Cass., 24 marzo 2004, n. 6845, in *Not.giur.lav.*, 2014, 652; Cass., 21 febbraio 2014, n.4130, *ivi*, 2014, 536; Cass., 11 luglio 2006, n. 15678, in *Giur.piemontese*, 2007, 457.

rapporto sia cessato prima del trasferimento d'azienda non esclude che la sentenza di reintegra spieghi i suoi effetti nei confronti del *cessionario*, ovvero dallo stesso *cedente*, al momento della retrocessione, in quanto tenuto a proseguire il rapporto con il lavoratore illegittimamente licenziato¹³, potendo l'ordine giudiziale essere pronunciato direttamente nei loro confronti se, questi sia stato chiamato in giudizio per avere il lavoratore esteso la domanda.

In particolare, se il trasferimento d'azienda si verifica nel corso del giudizio d'impugnazione del licenziamento gli effetti della sentenza vincolano le parti interessate alla *vicenda traslativa*, ai sensi dell'art.111, comma quarto, cod.proc.civ., seppur il processo prosegue, normalmente, tra le parti originarie – salva le facoltà di intervento o di chiamata in giudizio del successore – configurandosi sul piano processuale una *successione a titolo particolare* nel diritto controverso. Per contro, quando il trasferimento dovesse perfezionarsi dopo la formazione del giudicato sulla illegittimità del recesso, il relativo accertamento vincolerebbe, ai sensi dell'art.2909 cod. civ., sia il cessionario che il cedente.

Ove però il licenziamento fosse *annullato*, per carenza di giusta causa o di giustificato motivo, soggettivo o oggettivo, l'atto comunque avrebbe estinto il rapporto, di talchè l'effetto successorio, previsto dall'art.2112 cod. civ., non opererebbe, per non essere il rapporto stesso giuridicamente pendente all'atto della cessione d'azienda, con la conseguenza che la condanna alternativa alla *riassunzione* o al *risarcimento* verrebbe pronunciata solo nei confronti del *cessionario* o del *cedente* a seconda di chi tra questi avesse risolto il rapporto.

Qualora, poi, il licenziamento, in ragione del vizio specifico, fosse qualificato *nullo* o *inefficace*, la nullità del provvedimento comporterebbe, in applicazione dei principi generali (*quod nullum est, nullum producit effectum*), che il rapporto dovrebbe considerarsi mai interrotto, sicchè verserebbero in situazione di *mora credendi* entrambe le parti interessate alla *vicenda traslativa* e sarebbero tenute alla corresponsione della retribuzione sino alla riassunzione o alla successiva comunicazione di un valido atto di recesso.

¹³ Cass., 21 febbraio 2014, n. 4130 cit.; Cass., 12 aprile 2010, n. 8641, in *Not.giur.lav.*, 2011, 76; Cass., 12 maggio 2004, n. 9031, in *Foro it.*, 2004, I, 2033.

Per i rapporti di lavoro, soggetti alle *tutele crescenti*, disciplinati dal d.lgs. 4 marzo 2015, n.23, a far data dal 7 marzo 2015, le soluzioni ripristinatorie sopra esposte continuano a trovare applicazione, limitatamente alle fattispecie per le quali è prevista la *reintegrazione*, ovvero nel caso di licenziamento:

- *discriminatorio* riconducibile alle nullità espressamente previste dalla legge;
- per *ragioni disciplinari*;
- in *assenza del fatto materiale contestato*.

Per contro, per tutte le altre ipotesi, nelle quali l'accertamento giudiziale implica la dichiarazione di estinzione del rapporto di lavoro, alla data del licenziamento, e la condanna del solo datore di lavoro che lo abbia intimato, al pagamento dell'indennità risarcitoria, non è ipotizzabile una prosecuzione del rapporto.

III.2. Il trattamento economico giuridico.

Al riguardo la norma interna, così come formulata, assicura una tutela maggiormente pregnante per quel che concerne i crediti, dal momento che, mentre nella previgente disciplina (art.2112, cod.civ., secondo comma), la responsabilità solidale dell'acquirente e dell'alienante era sottoposta alla condizione che il primo avesse conoscenza dei crediti all'atto del trasferimento o che questi risultassero dalle scritture contabili e si consentiva, poi, la liberazione con l'intervento delle associazioni sindacali, l'attuale testo ha:

- *conservato*, da un lato, il principio della *responsabilità solidale*, sussistente, però, indipendentemente dalla conoscenza o conoscibilità dei crediti medesimi;
- *disposto*, dall'altro, che la liberazione possa avvenire attraverso le procedure disciplinate dagli artt.410 e 411 cod. proc. civ.¹⁴.

Ed infatti, il primo comma prevede la "*conservazione*", da parte del lavoratore, di tutti i diritti derivanti dal rapporto di lavoro con l'alienante, sicchè sotto questo profilo,

¹⁴ Cass. 19 dicembre 1997, n.12899, in *Foro it.*, 1999, 273; Tribunale Verona, 12 novembre 1997, in *Riv.crit.dir.lav.*, 1998, 510, la responsabilità solidale del cessionario, per i crediti vantati al momento del trasferimento, presuppone la vigenza del rapporto di lavoro a tale momento e non riguarderebbe, quindi, i crediti relativi ai rapporti legittimamente cessati prima del trasferimento medesimo, salvo che, naturalmente, non ricorra la situazione prevista dall'art. 2560 cod.civ.

pertanto, il legislatore si è adeguato a quanto previsto dalla direttiva comunitaria che, all'art. 3, primo comma, prevede, espressamente, il trasferimento dal cedente al cessionario dei diritti e degli obblighi, in capo al primo, derivanti da un contratto o da un rapporto di lavoro esistente alla data della cessione dell'impresa.

A tal riguardo, è necessario individuare i diritti che, in quanto connaturati al rapporto di lavoro, sono suscettibili di essere mantenuti, ai sensi del richiamato primo comma dell'art. 2112 cod.civ., anche alla luce del ricordato indirizzo interpretativo giurisprudenziale, e se possa considerarsi, tecnicamente, non giustificato il riferimento ad eventuali diritti acquisti, in quanto tale ultima qualificazione può concernere, esclusivamente, quelli per i quali si è perfezionata la relativa fattispecie per essere, irreversibilmente, entrati nel patrimonio del lavoratore, non potendosi, al contrario, pretendere di ritenere che tutti i diritti precedentemente goduti dal prestatore di lavoro debbano reputarsi, necessariamente, parte del patrimonio di questi¹⁵.

Particolare interesse suscita il profilo della successione delle regolamentazioni collettive applicabili nell'ipotesi di trasferimento di azienda, con conseguente obbligo per l'acquirente di riconoscere i trattamenti economici e normativi previsti dai contratti *collettivi*, anche *aziendali*, vigenti alla data del trasferimento, sino alla scadenza, salvo la sostituzione con altri applicati dall'impresa acquirente.

La tutela del lavoratore non è, difatti, limitata allo stato di *fatto* esistente al momento del trasferimento, ma anche a quello di *diritto*, nel senso che potrà pretendere la conservazione dei diritti derivanti, in particolare, dal contratto individuale o collettivo, non potendo essere pregiudicato dalle vicende traslative relative all'azienda¹⁶.

Il principio della conservazione deve, tuttavia, coordinarsi con quello della possibile applicazione, da parte dell'acquirente, di un diverso contratto collettivo e ciò non solo per effetto dello svolgimento di una attività appartenente ad un differente settore merceologico, ma anche dell'affiliazione ad una diversa organizzazione stipulante, ovvero

¹⁵ LAMBERTUCCI, *Il trasferimento d'azienda*, in *Riv.it.dir.lav.*, 1992, I, 178; ID., *Efficacia dispositiva del contratto collettivo e autonomia individuale*, Padova, 1990, 235 e ss.

¹⁶ Per quel che concerne i criteri per la comparazione tra i vari contratti collettivi, si veda: Cass., 9 ottobre 1999, n.11338; Cass., 8 settembre 1999, n.9545, in *Not.giur.lav.*, 1999, 675; Cass., 22 maggio 1991, n.5743, in *Mass.giur.lav.*, 1991, 372

per l'applicazione, da parte, sempre, dell'acquirente, di uno specifico contratto aziendale. In tal caso, occorre operare, necessariamente, una distinzione e verificare, pertanto, se i diritti del prestatore di lavoro siano stati attribuiti, unicamente ed esclusivamente, dal contratto collettivo o, al contrario, se questi non siano divenuti parte di quello individuale per effetto della operata incorporazione delle clausole del primo, risultando, in tal caso, il rapporto disciplinato, non già dalla fonte collettiva, ma da quella individuale destinata ad essere utilizzata quale unico mezzo di regolamentazione¹⁷.

Il trasferimento dell'azienda può comportare, nell'ipotesi in cui il passaggio di essa si attui nell'ambito di un diverso settore merceologico, problemi circa la sussistenza, o meno, di un obbligo da parte dell'acquirente di applicare la contrattazione collettiva propria dell'impresa di provenienza qualora il cessionario non aderisca ad alcuna associazione firmataria del contratto collettivo di diritto comune e, comunque, non applichi alcuno di quelli stipulati con riferimento al settore di appartenenza. Può sussistere, nell'ipotesi ora tracciata, la necessità di definire, attraverso uno specifico accordo, quale sia la disciplina contrattuale da riferire ai rapporti¹⁸.

La soluzione al problema che, a prima vista, appare essere ovvia e scontata merita, tuttavia, una precisazione in quanto diretta ad essere ancorata al principio di *libertà sindacale* i contenuti dell'art. 2070 cod. civ., norma quest'ultima concepita, unicamente ed

¹⁷ GRANDI, *Le modificazioni del rapporto di lavoro*, in *Le modificazioni soggettive*, Milano, 1972, il quale, individuando il fenomeno successorio anche nel regolamento collettivo vigente al momento in cui si determina la modificazione soggettiva nel rapporto di lavoro, ha stabilito che "...anche il contratto collettivo concorre con quello individuale alla definizione del rapporto contrattuale complessivo, di cui l'art.2112 cod.civ. dispone la continuazione ope legis dall'alienante all'acquirente"

¹⁸ In merito alla possibilità che il rapporto di lavoro sia disciplinato successivamente, nell'ipotesi di trasferimento, dalla contrattazione collettiva applicata dal cessionario: Cass., 8 settembre 1999, n.9545, in *Giur.it.*, 2000, 1376; Cass., 26 febbraio 1992, n. 2410, in *Mass.giur.lav.*, 1992, 371, con nota di INGLESE, *Sull'individuazione della disciplina applicabile in caso di trasferimento d'azienda*; Cass., 8 luglio 1992, n.8315, in *Giur.it.*, 1993, I, 1, 1520, con nota di PIZZOFERRATO, *Trasferimento d'azienda e contratto collettivo applicabile: è cambiato qualcosa?*; cfr. Cass., 4 febbraio 1988, n. 1147, in *Dir. e prat. lav.* 1988, 1912; Cass., 10 aprile 1979, n. 2982, in *Not. giur. lav.* 1979, 372; Cass., 24 giugno 1972, n. 2147, ivi, 1973, 107.

Per la giurisprudenza di merito: Tribunale Parma, 8 maggio 1997, in *Orient.giur.lav.*, 1997, 762; Tribunale Milano, 24 febbraio 1996, ivi, 1996, 139; Pretura Milano, 30 marzo 1995, ivi, 1995, 541, con nota di LIEBMANN, *Ambito di efficacia del contratto collettivo di ingresso e condotta antisindacale*.

esclusivamente per l'ordinamento corporativo.

Come noto, il contratto collettivo, la cui efficacia è disciplinata dall'art. 2069 cod. civ., dopo la cessazione dell'ordinamento corporativo, ha natura contrattuale con la conseguenza che le relative norme non sono obbligatorie se non per coloro che debbono ritenersi ad esso soggetti:

- in quanto parti dell'organizzazione datoriale che li ha stipulati;
- per averli accettati nell'esercizio di una libera attività negoziale, per conseguente richiamo;
- per avervi comunque aderito successivamente *per facta concludentia*¹⁹.

Dal combinato disposto della richiamata norma si ricava, inevitabilmente, la sicura inefficacia di eventuali pattuizioni individuali attraverso le quali le parti contraenti stabiliscano di sottoporre il rapporto di lavoro alla disciplina di un contratto collettivo diverso da quello effettivamente applicabile in base ai criteri enunciati dall'art. 2069 cod. civ.²⁰.

La stessa Corte di Giustizia ha, più volte, avuto modo di dichiarare, che la direttiva 2001/23 mira ad assicurare il mantenimento dei diritti dei lavoratori, in caso di

¹⁹ Fra le tante, cfr. Cass., 22 aprile 1966, n. 1038, in *Mass. giur. lav.* 1966, 279; Cass., 5 aprile 1968, n. 1040, *ivi*, 1968, 556; Cass., 26 febbraio 1969, n. 638, *ivi*, 1969, 542; Cass., 16 maggio 1974, n. 1405, in *Giur. it.* 1975, I, 2, 173; Cass., 20 gennaio 1975, n. 231, in *Foro it. Rep.* 1975, Voce *Lavoro (contratto)*, n. 32; Cass., 5 febbraio 1983, n. 986, *ivi*, Rep. 1983, voce *cit.*, n. 85; Cass., 16 dicembre 1983, n. 7433, *ivi*, Rep. 1983, Voce *cit.*, n. 80; Cass., 17 ottobre 1985, n. 5122, *ivi*, Rep. 1985, voce *cit.*, n. 37; Cass. 23 settembre 1987 n. 7280 in *Mass. giur. lav.* 1988, 47, con nota di SBROCCA, *L'art. 2070 cod. civ. e la giurisprudenza della Cassazione*; Pretura Milano, 24 marzo 1987, in *Dir. lav.* 1987, II, 402 con nota di BETTINI, *Contratti collettivi di diverso livello e diritti quesiti*.

²⁰ Con riferimento, in particolare, all'ipotesi di trasferimento dell'azienda e mancanza di un contratto collettivo applicabile presso l'acquirente si veda Cass., Sez. Un., 26 marzo 1997, n. 2665, in *Guida al diritto*, n. 22, 1997, 97, con nota di GRAMICCIA.

Per la dottrina sull'argomento specifico FLAMINIA, *In tema di categoria professionale ex art. 2070 cod. civ.*, in *Mass. giur. lav.* 1960, 67; MAZZONI, *I limiti di applicabilità dell'art. 2070 cod. civ. e il potere sindacale di valutazione degli interessi collettivi*, in *Mass. giur. lav.* 1964, 107; GUERRIERI, *L'art. 2070 cod. civ. è davvero compatibile con la Costituzione?* in *Lav. e prev. oggi*, 1977, 219; RUSCIANO, *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, *cit.*, 36 e segg.; PAPALEONI, *L'art. 2070 cod. civ.: un problema ancora irrisolto* in *Riv. it. dir. lav.*, 1985, II, 602; RIVA SANSEVERINO, *Disciplina delle attività professionali - Impresa in generale*, Art. 2060-2134, in *Commentario del codice civile*, a cura di SCIALOJA - BRANCA, Bologna-Roma 1977, sub art. 2070, *ivi*, 96. Sugli aspetti generali della questione, CATAUDELLA, *Vincolatività del contratto collettivo e permanenza del vincolo associativo con la parte stipulante*, in *Dir. lav.* 1978, II, 44; ICHINO, *Note in materia di estensione dell'efficacia del contratto collettivo*, in *Riv. giur. lav.* 1978, II, 930.

cambiamento dell'imprenditore, permettendo loro di restare al servizio del nuovo datore di lavoro alle stesse condizioni di quelle pattuite con il cedente²¹. Scopo di tale direttiva è quello di garantire, nei limiti del possibile, la continuazione dei contratti o dei rapporti di lavoro, senza modificazione, con il cessionario per impedire che i lavoratori coinvolti in un trasferimento siano collocati in una posizione meno favorevole per il solo fatto del trasferimento.²²

Con riferimento all'art. 3 della direttiva 2001/23, la Corte ha osservato che l'obiettivo consiste nell'assicurare un giusto equilibrio tra gli interessi dei lavoratori, da un lato, e quelli del cessionario, dall'altro; ne deriva, segnatamente, che il cessionario dev'essere in grado di procedere agli adeguamenti ed ai cambiamenti necessari alla continuazione della propria attività²³.

La Corte, più in particolare, si è pronunciata sulla questione del riconoscimento dell'*anzianità* in caso di trasferimento, ai sensi della direttiva stessa²⁴, e di recente ha affermato che l'art.3 della direttiva 2001/23/Ce deve essere interpretato nel senso che il cessionario deve includere, all'atto del licenziamento di un lavoratore, ad oltre un anno dal trasferimento dell'impresa, nel calcolo dell'anzianità rilevante, ai fini della determinazione del *preavviso* al medesimo spettante, quella da questi maturata presso il cedente²⁵.

E difatti, sebbene l'anzianità maturata presso il cedente non costituisca, di per sé, un diritto di cui i lavoratori trasferiti possano avvalersi nei confronti del cessionario, ciò nondimeno essa serve, se del caso, a determinare taluni diritti pecuniari, che pertanto, devono essere salvaguardati, in linea di principio, dal cessionario allo stesso modo del cedente²⁶.

Tale conclusione risulta avvalorata dalla richiamata giurisprudenza dalla quale emerge che

²¹ Corte Giust., 27 novembre 2008, Juuri, C-396/07; Eu/C/2008/656, punto 28 e giurisprudenza ivi citata.

²² Corte Giust., 6 settembre 2011, Scattolon, C-108/10, Eu/C/2011/542, punto 75 e giurisprudenza ivi citata.

²³ Corte Giust., 11 settembre 2014, Österreichischer Gewerkschaftsbund, C-328/13, Eu/C/2014/2197, punto 29 e giurisprudenza ivi citata.

²⁴ Corte Giust., 14 settembre 2000, Collino e Chiappero, C-108/10, Eu/C/2000/441; Cass., 6 settembre 2011, Scattolon, C-108/10, Eu/C/2011/542.

²⁵ Corte Giust., 6 aprile 2017, causa c-336/15.

²⁶ Corte Giust., 6 settembre 2011, Scattolon, C-108/10, Eu/C/2011/542, punto 69 e giurisprudenza ivi citata.

la valutazione dell'*anzianità* del lavoratore, acquisita presso il cedente dell'impresa, si impone per il calcolo non soltanto della *retribuzione* del lavoratore²⁷, ma anche del *trattamento di fine rapporto*²⁸.

Infatti, il diritto a tale trattamento è paragonabile al diritto ad una proroga del termine di preavviso, da concedere al lavoratore, allorchè venga posto termine al rapporto di lavoro.

La Corte in altra occasione²⁹ ha osservato che la direttiva 2001/23 mira ad assicurare il mantenimento dei diritti dei lavoratori nel caso di trasferimento d'azienda, evitando modificazioni peggiorative del rapporto di lavoro per il solo fatto del trasferimento³⁰ ma che essa, nell'ambito di questo obiettivo, ricerca un *equilibrio* tra i diritti dei lavoratori, che non possono essere penalizzati per il solo fatto del trasferimento, e le esigenze del cessionario, che deve essere in grado di procedere ai necessari cambiamenti per continuare la sua attività³¹.

Con specifico riferimento all'*anzianità di servizio*, la Corte aveva già avuto modo di affermare il principio che, sebbene l'anzianità maturata presso il cedente non costituisca di per sé un diritto invocabile nei confronti del cessionario può, tuttavia, avere incidenza nella determinazione di alcuni diritti patrimoniali che, pertanto, devono essere salvaguardati dal cessionario. Questi, quindi, mentre può modificare in senso peggiorativo, per un motivo diverso dal trasferimento d'azienda e nei limiti consentiti dal diritto nazionale, le condizioni retributive che regolano il rapporto, deve necessariamente tenere conto, ai fini del calcolo dei diritti di natura pecuniaria, dell'intera anzianità di servizio maturata dal dipendente, nella misura in cui quest'obbligo risulta dal rapporto di lavoro intercorso con il cedente e conformemente alle modalità pattuite nell'ambito del rapporto stesso. In continuità col proprio orientamento, pertanto, la Corte ha affermato che, a seguito del trasferimento dell'impresa, il cessionario deve includere, all'atto del licenziamento di un lavoratore, nel calcolo dell'anzianità rilevante ai fini della determinazione del preavviso al medesimo spettante, l'anzianità da questi acquisita presso

²⁷ Corte Giust., 6 settembre 2011, Scattolon, C-108/10, Eu/C/2011/542, point 81.

²⁸ Corte Giust., 14 settembre 2000, Collino e Chiappero, C-343/98, Eu/C/2000/441, punto 53.

²⁹ Corte Giust., 6 aprile 2017, causa C-336/15.

³⁰ Corte Giust., 6 settembre, in causa C-108/10, in *Not.giur.lav.*, 2011, 690.

³¹ Corte Giust., 11 settembre 2014, in causa C-328/13.

il cedente.

Con altra decisione la Corte³² ha ribadito che l'art.3 della direttiva 2001/23 del Consiglio, del 12 marzo 2011, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri, relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti, va letto in combinato disposto con l'art.16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, e deve essere interpretato nel senso che, il mantenimento dei diritti e degli obblighi *“si estende alla **clausola**, negoziata tra il **cedente** ed il **lavoratore nell'ambito dell'autonomia privata**, in virtù della quale il loro rapporto di lavoro è disciplinato non solo dal **contratto collettivo** vigente alla data del **trasferimento**, ma anche dai contratti collettivi successivi a detto trasferimento e che completano, modificano o sostituiscono il primo qualora il **diritto nazionale preveda**, a favore del **cessionario**, la possibilità di apportare adattamenti sia consensuali che unilaterali.*

Secondo, la Corte, infatti, nel diverso contesto della direttiva 77/187, qualora vi fosse stata una clausola contrattuale di natura **statica** non si sarebbe potuto imporre modifiche ulteriori delle condizioni di lavoro con l'applicazione di un nuovo contratto collettivo di lavoro stipulato dopo il trasferimento³³.

Infatti, la finalità della direttiva 77/187 era limitata a salvaguardare i diritti e gli obblighi dei lavoratori vigenti al momento del **trasferimento**, non a proteggere mere aspettative e, quindi, ipotetici benefici derivanti dalla *evoluzioni future dei contratti collettivi*. L'art.3 della direttiva 2001/23 se non impone, dunque, una lettura **dinamica** di una clausola **statica** non impedisce, tuttavia, che essendo il contratto individuale di lavoro caratterizzato dal principio di autonomia della volontà una clausola contrattuale di natura **dinamica** produca i propri effetti.

Pertanto, qualora cedente e lavoratori abbiano liberamente pattuito una clausola contrattuale di natura **dinamica** e quest'ultima sia in vigore alla data del trasferimento, la direttiva 2001/23, e in particolare il suo art.3, deve essere interpretata nel senso che, in via di principio, tale obbligo derivante da un contratto di lavoro venga trasferito al cessionario.

³² Corte Giust., 27 aprile 2017, cause riunite C-680/15 e C-681/15.

³³ Corte Giust., 9 marzo 2006, in causa C-499/04, in *Foro it.*, 2006, IV, c.374.

La direttiva 2001/23, tuttavia, non mira unicamente a salvaguardare gli interessi dei lavoratori, ma intende assicurare un *giusto equilibrio tra gli interessi di questi ultimi e quelli del cessionario*. Ne deriva, in particolare, che il cessionario deve essere in grado di procedere, successivamente, alla data del trasferimento, agli adeguamenti e ai cambiamenti necessari alla continuazione della sua attività³⁴, dal che consegue che la clausola di rinvio *dinamico* al contratto collettivo può entrare in conflitto anche con la *libertà d'impresa* che va riconosciuta al datore di lavoro, in particolare per il limite che ne deriva alla possibilità di “negoziare gli elementi che determinano l'evoluzione delle condizioni di lavoro dei suoi dipendenti in vista della sua futura attività economica”³⁵.

III.3. La continuità giuridica.

Dalla precedente ricostruzione, correlata alla permanenza necessaria del rapporto al momento del trasferimento, discende, per l'effetto, che nell'ipotesi in cui il rapporto sia in essere non possono derivare conseguenze per quel che attiene la *continuità giuridica* ed il *trattamento economico normativo*, potendo questo essere riconsiderato solo in presenza di previsti accordi individuali.

Occorre stabilire se tali principi, in ragione della operata più volte riscritturazione della relativa disciplina, debbono essere tutelati quante volte il trasferimento riguardi aziende, o rami, di imprese in *crisi* o *insolventi*.

La direttiva dispone che il trasferimento di un'impresa non costituisce di per sé motivo di licenziamento, potendo, viceversa, costituire causa di estinzione del rapporto la sussistenza di *motivi economici tecnici* o di *organizzazione*, esplicitati nell'atto di trasferimento, con la conseguenza che i lavoratori irregolarmente licenziati dal cedente poco prima del trasferimento dell'azienda e non riassunti dal cessionario possono contestare a quest'ultimo le irregolarità dell'avvenuto licenziamento.

E' significativo rammentare, a tal riguardo, che il mantenimento del livello occupazionale, nella grande impresa in stato di insolvenza, si realizza non solo attraverso il tradizionale

³⁴ Corte Giust., 11 settembre 2014, in causa C-328/13.

³⁵ Corte Giust., 18 luglio 2013, in causa C-426/11. in *Foro it.*, 2013, IV, c.397.

strumento della continuazione dell'esercizio, per la realizzazione del *programma di ristrutturazione* (art.27 comma secondo lett.b) ma, invero, più spesso mediante la conclusione di una *vicenda traslativa dell'azienda in esercizio*, con la conclusione di un accordo, reso possibile dalla espressa previsione normativa (art.63 comma secondo), in grado di consentire il mantenimento, per un biennio, del livello occupazionale, da parte dell'acquirente, con la negoziazione condotta con la partecipazione delle OO.SS. (art.62, comma quarto).

Tale previsione ha trovato, d'altronde, una sua giustificazione, per quel che concerne la deroga al disposto dell'art.2112 cod. civ. (art.63 quinto comma), nella preesistente normativa e, comunque, nella logica di un corretto scambio tra la garanzia biennale, accordata dall'acquirente in corrispettivo della liberazione di questi da pregresse passività, e la stessa possibilità, peraltro, per il ceto creditorio, maggiormente debole, di ottenere il soddisfacimento attraverso il prezzo corrisposto.

Si è inteso, per l'appunto, mediante la rivisitazione integrale della precedente disciplina, in ragione delle conseguenze che erano derivate da una applicazione ventennale della stessa, che non potendo che essere espresso un giudizio di funzionalità, se non attraverso una valutazione dell'entità del soddisfacimento dei creditori e della celerità del suo conseguimento, la soluzione non poteva essere individuata – come ahimè era accaduto in passato – operando una traslazione dei costi di risanamento, pur nella consapevole inesistenza dei relativi presupposti, sul ceto creditorio e, dunque, sulla stessa collettività, essendo significativamente ridotti i margini di soddisfacimento, in ragione della natura prededuttiva dei crediti, il tutto, peraltro, in un quadro di dilazione dei tempi di continuazione dell'esercizio dell'attività di impresa e di alterazione delle condizioni e delle forme di garanzia, con inaccettabile liberazione dell'acquirente del complesso aziendale da ogni responsabilità, per questi, discendente dall'art.2112 cod. civ.³⁶

La riforma della disciplina sull'amministrazione straordinaria delle imprese - ormai non più definite in *crisi* ma, invero, *insolventi* - ha consentito, peraltro, la riappropriazione dei poteri da parte del giudice ordinario, per quel che concerne la dichiarazione dello stato di insolvenza ed il requisito dinamico della *prospettiva di recupero economico*, di cui all'art.

³⁶ Art.3 d.l. 835/86, convertito nella legge 19/87, poi abrogato dall'art.109 lett.f) del d.lgs. n.270/99.

27, attraverso una valutazione di quelli *dimensionali, finanziari e strutturali* (artt. 27, 28 e 30), con il riconosciuto potere di operare la conversione in fallimento tutte le volte che siano risultate essere venute meno le programmate opportunità di cessione o recupero (artt. 69 e 70).

Incerto appare essere il confine esistente, tuttavia, fra *prospettiva dinamica* della nuova procedura, attraverso l'adozione del programma di cui all'art. 27, comma secondo, lett.a), quante volte le possibilità concrete di recupero dell'equilibrio delle attività imprenditoriali non si ritenga possa essere raggiunto tramite la *ristrutturazione economica e finanziaria* dell'impresa, sulla base del programma di risanamento di durata non superiore a due anni, ed inducono a riflettere se la cessione dei complessi aziendali, in esecuzione di un programma di prosecuzione dell'esercizio dell'impresa, possa iscriversi all'interno di una fase *conservativa*, ovvero se la dismissione possa dirsi finalizzata, comunque, al risanamento dell'impresa insolvente e non prevalga, di contro, su di essa l'aspetto *liquidatorio* e se, in tal caso, possa trovare giustificazione la possibile *flessibilizzazione* degli obblighi discendenti dall'art.2112 cod. civ.

E', dunque, necessario chiedersi se possa ritenersi sufficiente l'aver previsto l'**art.56 terzo comma bis, della legge 28 gennaio 2009 n.2**, non costituire trasferimenti di azienda le azioni poste in essere in esecuzione di un programma, tuttavia, di cessione dei complessi aziendali, ove riferito alle società operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali. Tema questo che, seppur affrontato in sede di discussione parlamentare, intervenuta in relazione a tale emendamento, non ne ha impedito l'approvazione in ragione della ritenuta presenza di non meglio specificate e precisate esigenze costituzionali, nonostante fosse chiaro l'intendimento di escludere ogni possibile censura, in sede comunitaria, sul presupposto che il relativo intervento trova giustificazione, unicamente, qualora la vicenda descritta nella norma fosse stata qualificata, per l'appunto, *trasferimento d'azienda* e non, dunque, nel momento in cui si precisa – come per l'appunto è avvenuto con l'**art.56 comma ter bis** - che le operazioni effettuate in attuazione dell'art.27, comma due, lettere a) e b *bis*), se

realizzate in vista della liquidazione dei beni del cedente, *non costituiscono trasferimento di azienda*³⁷.

Con riferimento, ancora, alle vicende traslative nell'ambito della procedura di amministrazione straordinaria v'è da chiedersi se possa risultare coerente con gli insegnamenti comunitari la ulteriore previsione risultante dall'art.19 *quater*, della legge n.166 del 2009, nella parte in cui ha ritenuto essere possibile (art.47 comma *quattro bis* legge n.428 del 1990) flessibilizzare gli obblighi, discendenti dall'art.2112 cod. civ., qualora il trasferimento riguardi aziende per le quali sia stata disposta l'amministrazione straordinaria "...in caso di *continuazione* o di *mancata cessazione dell'attività*", al fine di giustificare la disapplicazione di quelli previsti dall'art.3 punto 1 della direttiva comunitaria 2001/23.

E' necessario, dunque, chiedersi se le deroghe ammesse dall'ordinamento comunitario, attraverso la conclusione di un accordo collettivo, con la mediazione delle OO.SS., possano riguardare le *condizioni di lavoro* nell'intento di salvaguardare le opportunità occupazionali, garantendo la sopravvivenza dell'impresa, ovvero se la deroga possa interessare anche la stessa *continuità giuridica dei rapporti*, nonostante gli arresti della stessa Corte di Giustizia che ha ritenuto dover trovare applicazione la direttiva "...allorchè, nell'ambito di un complesso di leggi, come quelle che disciplinano l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, il proseguimento dell'attività dell'impresa è stato deciso finchè quest'ultima decisione rimane in vigore"³⁸.

IV. L'iter procedimentale e l'area di riferimento.

³⁷ ICHINO, *Il pasticcio dell'emendamento "Salva-Cai", che salva nulla*, in [www.pietroichino](http://www.pietroichino.it), 14 maggio 2018, ove si sottolinea che "a dispetto di quel patetico, comunque, piazzato al centro dell'emendamento, sul piano giuridico l'operazione legislativa non sta in piedi" ed aggiunge e sottolinea non essere possibile cambiare l'ordinamento comunitario che, attraverso la direttiva n.23 del 2001, ha dettato la definizione precisa del trasferimento di azienda o rami di azienda, riconnettendovi effetti precisi.

³⁸ Corte Giust., 25 luglio 1991, nella causa C-362/89; ROCCELLA-TREU, *Diritto del lavoro della comunità europea*, Padova, 2007, 356.

A seguito della legge 428 del 1990, emanata sotto la spinta della direttiva comunitaria n.187 del 1977, quando si intende effettuare, ai sensi dell'art.2112 cod. civ., un trasferimento d'azienda, in cui sono occupati più di *quindici* lavoratori, l'alienante e l'acquirente devono darne comunicazione per iscritto, almeno *venticinque* giorni prima, alle rispettive rappresentanze sindacali costituite, a norma dell'art.19 della legge 20 maggio 1970, n.300 (d.p.r. 28 luglio 1995, n.312), nelle unità produttive interessate, nonché alle rispettive associazioni di categoria precisando che, in mancanza delle predette rappresentanze aziendali, la comunicazione deve essere effettuata alle associazioni di categoria aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale. La comunicazione alle associazioni di categoria può essere effettuata per il tramite dell'associazione sindacale alla quale aderiscono o conferiscono mandato e la informazione deve riguardare:

- a) i motivi del programmato trasferimento d'azienda;
- b) le conseguenze giuridiche, economiche e sociali per i lavoratori;
- c) le eventuali misure previste nei confronti di questi ultimi.

Nessun riferimento si fa alla *continuità giuridica del rapporto* di lavoro ed alla possibilità che la vicenda traslativa possa incidere su di esso.

Su richiesta scritta delle rappresentanze sindacali aziendali, o dei sindacati di categoria, comunicata entro *sette* giorni dal ricevimento della comunicazione, di cui al comma primo, l'alienante e l'acquirente sono tenuti ad avviare, dal ricevimento della predetta richiesta, un esame congiunto con i richiedenti. La consultazione si intende esaurita qualora, decorsi *dieci* giorni dal suo inizio, non sia stato raggiunto un accordo.

La norma citata prevede, espressamente, che il mancato rispetto, da parte dell'acquirente o dell'alienante, dell'obbligo di *esame congiunto* previsto costituisce condotta antisindacale, sanzionabile ai sensi dell'art. 28 della legge 20 maggio 1970, n.300.

L'art. 47 della legge 428 del 29 dicembre 1990, nel modificare il testo dell'art. 2112 cod. civ., ha previsto che:

- in caso di trasferimento d'azienda, il *rapporto di lavoro continua* con l'acquirente ed il lavoratore conserva tutti i diritti che ne derivano;

- l'*alienante* e l'*acquirente* sono *obbligati*, in *solido*, per tutti i crediti che il lavoratore aveva al tempo del trasferimento;
- con le procedure di cui agli artt. 410 e 411 cod.proc.civ. il lavoratore può consentire la *liberazione dell'alienante* dalle obbligazioni derivanti dal rapporto di lavoro;
- l'acquirente è tenuto ad applicare i *trattamenti economici e normativi*, previsti dai contratti collettivi anche aziendali vigenti alla data del trasferimento, fino alla loro scadenza, salvo che siano sostituiti da altri contratti collettivi applicabili all'impresa dell'acquirente.

Era incontestabile, anche in passato, che ricorresse l'ipotesi di trasferimento d'azienda in tutti i casi in cui ferma la organizzazione aziendale avvenisse la sola sostituzione del titolare, a prescindere dal mezzo giuridico attraverso il quale tale sostituzione si attuava³⁹.

In tema di definizione della nozione rilevante, ai fini dell'art. 2112 cod. civ., già si registravano, ancor prima della successiva riforma realizzata con il d.lgs. 2 febbraio 2001, n. 18 – di attuazione della direttiva 98/50 CE - reiterate massime dei giudici di legittimità secondo le quali, ogni qualvolta, ferma restando l'organizzazione del complesso dei beni destinati all'esercizio dell'impresa, vi fosse stata la sostituzione del titolare dell'azienda, vi era trasferimento d'azienda⁴⁰.

La *ratio* della norma, veniva sottolineato, risiedere nell'intento di tutelare la posizione dei lavoratori, il cui diritto alla *continuità* ed alla *infraczionabilità* del rapporto deve considerarsi intangibile dall'accordo tra il cedente ed il cessionario, che ben avrebbe

³⁹ Cass., 5 aprile 1995, n.3974, in *Giust.civ.*, 1995, 2729, ove viene riconosciuta la applicazione dell'art.2112 cod. civ. nell'ipotesi in cui il trasferimento dell'azienda abbia luogo in due fasi, connesse tra loro, costituite dalla retrocessione dell'azienda al preponente e del successivo trasferimento di essa, da parte di quest'ultimo, al nuovo agente, sempre che l'entità e la gestione della azienda venga proseguita senza interruzione dal nuovo titolare con lo stesso personale impiegato nell'azienda prima del trasferimento. GHERA, *La trasformazione dell'impresa e gli scenari comunitari*, in *Le trasformazioni aziendali in vista del Mercato europeo; legge e contratto collettivo*; Roma, 1992, 122; FOGLIA, *Trasferimento in azienda ed effetti sui rapporti di lavoro*, in *Mass.giur.lav.*, 1991, 330; ROMEO, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento di azienda*, Milano, 1993, 22 e segg.

⁴⁰ Cass., 18 maggio 1995, n. 5483; Cass., 5 maggio 1995, n. 4873; Cass., 5 aprile 1995, n. 3974; Cass., 29 aprile 1994, n. 4140; Cass., 14 luglio 1993, n.7795; Cass., 17 marzo 1993, n. 3148; Cass., 27 ottobre 1992, n. 11645; Cass., 18 agosto 1991, n. 8907; Cass., 15 gennaio 1990, n. 123.

potuto presentare connotati simulatori o fraudolenti, dovendosi avere riguardo ad elementi di rilievo oggettivo.

E difatti, già prima del d.lgs. del 2001 n.18 si era fatta strada una interpretazione estensiva della nozione di trasferimento d'azienda, ravvisabile in tutte le ipotesi in cui l'entità economica organizzata, in forma imprenditoriale, fosse passata in tutto o in parte, ad altro titolare, conservando la sua obiettiva identità, dal punto di vista del complesso dei beni strutturati, e dalla concreta attività economica esercitata.

La Corte di Giustizia, adottando una nozione lata delle “*cessioni contrattuali*”, cui non è d'ostacolo neanche l'assenza di rapporti diretti tra il cedente ed il cessionario, aveva attribuito rilievo dirimente alla continuità dell'esercizio dell'attività economica⁴¹.

Seppure l'orientamento prevalente postula, come necessario, il trapasso di un insieme di beni strumentali organizzati e capaci di risultato produttivo, in cui il grado di analogia tra le attività esercitate prima e dopo la cessione è una delle circostanze che, unitamente alla cessione di elementi patrimoniali, dà luogo ad una vicenda traslativa, tuttavia la Suprema Corte⁴² ha affermato – facendo proprio l'orientamento manifestato dalla Corte di Giustizia – essere configurabile il trasferimento di un ramo di azienda anche nel caso in cui la cessione abbia ad oggetto solo un *gruppo di dipendenti*, dotati di particolari competenze, che siano stabilmente coordinati ed organizzati tra loro, così da rendere le loro attività interagenti ed idonee a tradursi in beni e servizi ben individuabili. In presenza di detti elementi si realizzerebbe, pertanto, una successione legale del contratto di lavoro – e non un'ipotesi di mera cessione – che non abbisogna del consenso del contraente ceduto, ai sensi dell'art. 1406 cod. civ.

E' stato considerato, pertanto, trasferimento d'azienda anche l'acquisizione di un complesso stabile organizzato di persone quando non occorrono mezzi patrimoniali per l'esercizio dell'attività economica⁴³. In particolare, la giurisprudenza comunitaria si è

⁴¹ Corte Giustizia Europea, 14 aprile 1994, causa 392/1992; Corte Giustizia Europea, 19 maggio 1992, causa 29/1991; Corte Giustizia Europea, 18 marzo 1986, causa 24/1985; Corte Giustizia Europea, 7 marzo 1996, cause 171-172/1994.

⁴² Cass., 12 aprile 2016, n. 7121.

⁴³ Corte di Giustizia, 6 settembre 2011, causa C 108/10; Corte di Giustizia, 20 gennaio 2011, causa C 463/2009; Corte di Giustizia, 24 gennaio 2002, causa C-51/2000; Corte di Giustizia, 2 dicembre 1999, causa C-234/1998; Corte di Giustizia, 11 marzo 1997, causa C 13/95; con riguardo a questa Corte,

orientata, già con la vigenza della direttiva 1977/187/Cee e, in continuità, anche successivamente all'adozione della direttiva 97/50 Cee, verso una interpretazione del requisito dell'identità dell'entità economica trasferita che prenda in considerazione il complesso delle circostanze di fatto che caratterizzano l'operazione, fra le quali rientrano in particolare⁴⁴:

- il tipo di impresa;
- la cessione o meno di elementi materiali;
- il valore degli elementi immateriali al momento della cessione;
- la riassunzione ad opera del nuovo imprenditore;
- il grado di somiglianza delle attività esercitate prima e dopo la cessione.

Ne consegue che anche un *gruppo di lavoratori*, che assolva stabilmente ad un'attività comune, può corrispondere ad un'entità economica che può conservare la propria identità, qualora il nuovo titolare non si limiti a proseguire l'impresa ma riassuma anche una parte essenziale (in termini di numero e di competenza) del personale, specificamente destinato dal predecessore a tali compiti. Tutti gli elementi elencati vanno, comunque, valutati non isolatamente, bensì nell'ambito di una considerazione complessiva. La Corte di Giustizia, al riguardo, ha chiarito che l'ambito di applicazione della direttiva coincide con la modificazione del titolare dell'azienda, avvenga, o meno, la successione nella titolarità della stessa sulla base di un rapporto contrattuale, diretto tra cedente e cessionario, ciò in quanto, ai fini dell'applicazione della direttiva, la cessione può essere effettuata anche in due fasi per effetto dell'intermediazione di un terzo.

Con riferimento, poi, all'*appalto*, ai fini della valutazione della compatibilità della norma con la disciplina dell'Unione europea, la Commissione ha reputato insufficienti le considerazioni, svolte dalla Corte di cassazione, secondo la quale una corretta interpretazione della norma indurrebbe ad escludere la configurazione del subentro nell'appalto, come trasferimento d'azienda o di parte d'azienda, qualora non sia accompagnato, oltre che dal passaggio del personale, anche da un trasferimento di beni di "*non trascurabile entità*". Secondo la Commissione, il terzo comma dell'art.29, d.lgs. n.

Cass., 10 marzo 2009, n. 5709; Cass., 5 marzo 2008, n. 5932; Cass., 10 gennaio 2004, n. 206; Cass., 20 dicembre 2003, n. 19842; Cass., 23 luglio 2002, n. 10761.

⁴⁴ Cass., 28 aprile 2014, n. 9361.

276/2003, difatti, violerebbe la direttiva 2001/23/Ce del Consiglio, del 12 marzo 2001, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti.

Con il nuovo terzo comma, del citato art. 29, l'esclusione dell'applicazione dell'art. 2112 cod. civ., in caso di subentro nell'appalto, deve ritenersi limitata alla condizione che “*siano presenti elementi di **discontinuità** che determinano una specifica **identità di impresa***”, sicchè da una prima lettura sembra che l'esclusione dell'art. 2112 cod. civ. operi quando il subentrante abbia già una struttura di impresa nella quale va ad inglobare il nuovo appalto, restando invece applicabile qualora il subentro nell'appalto rappresenta, nella realtà, un vero e proprio subentro nella struttura che rende l'opera o il servizio.

Ancora più difficile da definire è la necessità che siano presenti “*elementi di **discontinuità***”. Ne consegue che per evitare l'applicazione dell'art. 2112 cod. civ. occorre, quindi, una nuova organizzazione del lavoro da parte del subentrante o, perlomeno, cambiamenti significativi che indichino una linea di demarcazione rispetto all'operatività del precedente appaltatore, dal momento che l'art. 2112 cod. civ. presuppone il diritto dei lavoratori al mantenimento dei trattamenti economici e normativi in atto presso il precedente datore di lavoro.

V. La possibile soluzione interpretativa.

L'operata ricostruzione degli arresti giurisprudenziali, per una corretta valutazione dei presupposti perché si possa essere al cospetto di una *vicenda traslativa* induce ad approfondire se alla luce dei successivi interventi normativi (legge 166/2009) possa ritenersi esservi una diversità di effetti tra trasferimenti *volontari* e quelli *coattivi*, posto che nei secondi, seppur va valutata la compatibilità della norma con le specifiche caratteristiche della procedura concorsuale, non par dubbio, in ragione di una corretta interpretazione del dato risultante dalle successive direttive comunitarie (98/50 e 2001/23), che non può essere negata la prosecuzione dei rapporti di lavoro in essere al momento del trasferimento, anche se è in corso di accertamento giudiziale la risoluzione dei rapporti attuata dal cedente prima del trasferimento.

In particolare la pronuncia che sarà emessa all'esito del giudizio potrà consentire la prosecuzione del rapporto con il cessionario, nel caso venga disposta la reintegrazione o, comunque, vedrà questo esposto per la obbligazione connessa in ragione della solidarietà. Diversa la conclusione per la parte economica. Ed infatti, nel caso di trasferimento di una azienda interessata da procedura concorsuale, risulta inapplicabile l'art.2112 cod. civ., attesa la necessità di evitare, in contrasto con la *par condicio*, il soddisfacimento di crediti individuali.

Dalla lettura dell'art. 47 della legge 428 del 29 dicembre 1990, deriva la disapplicazione dell'art. 2112 cod. civ., per quel che concerne la solidarietà nelle obbligazioni pregresse, restando salvo il diritto del lavoratore interessato alla richiesta di tali spettanze, maturate nei confronti del datore sottoposto a procedura, di formulare la relativa domanda nella sede propria⁴⁵.

Quanto sin qui precisato trova conferma nell'art. 3, n.1, primo comma, il quale espressamente prevede che i diritti e gli obblighi, che risultano per il cedente da un contratto di lavoro o da un rapporto di lavoro, esistente alla data del trasferimento, sono, in conseguenza di tale vicenda, trasferiti al cessionario.

L'art. 4, n. 1, della direttiva stabilisce, poi, che il trasferimento di un'impresa, di uno stabilimento, o di una parte di stabilimento, non è di per sé motivo di licenziamento, da parte del cedente o del cessionario, seppure la conclusione della vicenda non pregiudica, tuttavia, i licenziamenti che possono aver luogo per motivi economici o variazioni sul piano dell'occupazione.

A questo proposito va rilevato che seppure la Corte, in passato, ha avuto modo di precisare che la direttiva non si applica al trasferimento di un'impresa, di uno stabilimento o di una parte di stabilimento nell'ambito di una procedura concorsuale⁴⁶, tuttavia, ha ribadito che per valutare se la direttiva si applichi al trasferimento di un'impresa oggetto di un procedimento amministrativo, o giudiziale, il criterio determinante da seguire è quello

⁴⁵ Per una più approfondita disamina si rinvia a CAIAFA A., *I rapporti di lavoro e le procedure concorsuali*, Padova, 1994; MAGNO, *La nuova disciplina del trasferimento d'azienda*, in *Dir.lav.*, 1991, I, 144.

⁴⁶ Corte Giust., 7 febbraio 1985, causa 135/83, ABELS, *Racc.*, 469.

dell'*obiettivo perseguito* dal procedimento stesso⁴⁷, ed ha affermato che l'art.1.1 della direttiva n.77/187/Cee, va interpretato nel senso che essa si applica nell'ipotesi del trasferimento di un'azienda in stato di liquidazione giudiziale quante volte venga realizzata la prosecuzione dell'attività imprenditoriale⁴⁸.

L'art. 4, n. 1 della medesima direttiva va, dunque, inteso nel senso che il potere di licenziare per motivi economici, tecnici, ovvero organizzativi, spetta sia al cedente che al cessionario, e che, tuttavia, i lavoratori irregolarmente licenziati dal cedente, poco prima del trasferimento dell'azienda e non riassunti dal cessionario possono impugnare il licenziamento nei confronti di quest'ultimo.

La Corte⁴⁹ ha affermato che la direttiva non si applica al trasferimento di un'azienda, o di una parte di essa, nell'ambito di una procedura concorsuale, mentre trova applicazione qualora la procedura abbia ad oggetto la *sospensione dei pagamenti*, benchè essa possieda determinate caratteristiche in comune con un procedimento concorsuale.

La Corte ha, infatti, concluso che i motivi che giustificano l'inapplicabilità della direttiva nel caso delle procedure concorsuali non sussistano nel caso di una procedura comportante un controllo del giudice, di portata più limitata rispetto all'ipotesi di fallimento, volta alla salvaguardia del patrimonio ed eventualmente alla prosecuzione dell'impresa, mediante la sospensione collettiva dei pagamenti, onde giungere ad una soluzione che consenta di garantire la prosecuzione dell'attività in futuro⁵⁰.

La Corte, ancora, ha dichiarato la direttiva inapplicabile ai trasferimenti di aziende, o di parti di aziende, operanti nell'ambito di un procedimento concorsuale, come quello previsto dalla normativa italiana, della *liquidazione coatta amministrativa*, i cui effetti sono equiparabili a quelli del *fallimento* ed ha affermato che, al contrario, essa si applica nel caso dell'*amministrazione straordinaria* delle grandi imprese in crisi, qualora venga decisa la continuazione dell'impresa, e ciò per tutto il tempo in cui quest'ultima decisione resti in vigore.

⁴⁷ Corte Giust., 25 luglio 1991, causa C-362/89, D'URSO e A., I-4105, punto 26, e 7 dicembre 1995, causa C-472/93, SPANO e A., Racc., I-4321, punto 24.

⁴⁸ Corte Giust., 12 marzo 1998, n.C-319/94.

⁴⁹ Corte Giust., 7 febbraio 1985, causa C-135/83, ABELS, Racc.469.

⁵⁰ Corte Giust., 25 luglio 1991, causa C-362/89, D'URSO e A., Racc., I-41405.

Ed infatti, la finalità dell'amministrazione straordinaria sta, anzitutto, nel restituire all'azienda un equilibrio che consenta di garantire la sua attività futura. L'obiettivo economico-sociale così perseguito non può spiegare, né giustificare, il fatto che, quando l'azienda interessata divenga oggetto di alienazione totale o parziale, i lavoratori vengono privati dei diritti che la direttiva conferisce loro, alle condizioni in essa precisate⁵¹.

Successivamente la Corte ha ritenuto che la direttiva si applica al trasferimento di un'azienda, di cui sia stato dichiarato lo stato di crisi ai sensi della legge italiana 12 agosto 1977, n.675, ciò in quanto ha osservato, in particolare, che il provvedimento con il quale un'impresa è dichiarata in stato di crisi è volto a consentire il risanamento della sua situazione economica e finanziaria e, soprattutto, il mantenimento dei posti di lavoro, ciò in quanto la disciplina normativa sugli ammortizzatori sociali mira a favorire la prosecuzione dell'attività nella prospettiva di una *futura ripresa* sicchè, contrariamente a quanto avviene con le procedure concorsuali, il procedimento di accertamento dello stato di crisi non implica alcun controllo giudiziario o provvedimento di amministrazione del patrimonio aziendale, né una sospensione dei pagamenti.

Con altra pronuncia⁵² la Corte di Giustizia ha chiarito che la tutela dei lavoratori, in caso di trasferimento d'impresa garantita dagli artt. 3 e 4 della direttiva 2001/23/CE, permane anche nel caso in cui la vicenda traslativa venga conclusa in seguito ad una *dichiarazione di fallimento* nell'ambito di un *pre-pack*, ovvero in presenza di un accordo predisposto prima dell'apertura della procedura concorsuale, con successiva partecipazione e concorso del curatore, ancorchè ad essa sia stata data esecuzione immediatamente dopo la pronuncia di fallimento.

Secondo la Corte, infatti, l'art. 5, paragrafo 1, della direttiva – che rende inapplicabile il regime di tutela dei lavoratori nel caso in cui il cedente sia oggetto di una *procedura fallimentare* o di una *procedura di insolvenza* analoga, aperta in vista della liquidazione dei beni del cedente stesso e che si svolgono sotto il controllo di un'autorità pubblica competente – deve necessariamente essere oggetto di una *interpretazione restrittiva*, giacchè si discosta dall'obiettivo principale posto alla base della direttiva 2001/23. Ne

⁵¹ Corte Giust., 7 dicembre 1995, causa C-462/93, SPANO e A., Racc., I-4321.

⁵² Corte Giust., 22 giugno 2017, causa C-126/16.

consegue che l'operazione di *pre-pack* essendo preparata prima della dichiarazione di fallimento, ancorchè attuata successivamente, seppure mira al *proseguimento* dell'attività dell'impresa e non alla sua *liquidazione*, tuttavia, non può giustificare la privazione dei diritti riconosciuti ai lavoratori dalla direttiva 2001/23, né ha alcun rilievo il fatto che tale operazione possa mirare a massimizzare la soddisfazione dei creditori, perché tale elemento non è, infatti, idoneo a trasformarla in una procedura aperta al fine di liquidare i beni del cedente.

Ne discende che per valutare se la direttiva si applichi al trasferimento di un'azienda, oggetto di un procedimento amministrativo o giudiziale, il criterio determinante da seguire è quello dell'*obiettivo perseguito* dal procedimento stesso.

La soluzione – come anticipato e vedremo – risulta, poi, essere diversa a seconda che la *vicenda circulatoria* riguardi, o meno, una *azienda* ovvero un *ramo* di una impresa *insolvente* e sia tale, quindi, da escludere o, al contrario, comportare l'applicazione dell'art. 2112 cod.civ., che sancisce, come noto, al primo comma, la continuità dei rapporti di lavoro in corso.

Una diversa regola non sembra possa desumersi, in effetti, da una lettura attenta e non già acritica dell'art.47, *quinto comma, della legge 29 dicembre 1990, n.428, nonostante la rivisitazione dei principi operata attraverso la legge n.166 del 2009, ed ora, di questa, dall'art.46 bis della legge n.134 del 2012*, dal momento che attraverso tali disposizioni il legislatore si è limitato a consentire l'attuazione di modifiche peggiorative del trattamento economico-giuridico del personale dipendente, in deroga all'art. 2112 cod.civ., al deliberato scopo di realizzare quelle opportunità occupazionali che, invero, nella *vicenda circulatoria* dell'azienda, l'impresa insolvente può garantire, pur se consentendo al cessionario, tuttavia, l'esercizio di un potere modificativo, sulla base, però, di un accordo economico collettivo o individuale⁵³, senza incidere, tuttavia, sulla continuità dei rapporti.

Il diverso orientamento della Suprema Corte⁵⁴ non consente di ritenere possibile una diversa interpretazione della disciplina comunitaria avendo, nella circostanza, i giudici di legittimità ritenuto che in materia di trasferimento di imprese, assoggettate a procedura

⁵³ In tal senso, Cass., 23 giugno 2001, n. 8621; Cass., 12 maggio 1999, n. 4724.

⁵⁴ Cass., 19 gennaio 2018, n.1383, in *Il fallimento*, 2018, 952, con nota critica di PERRINO.

concorsuale, l'ampia facoltà, prevista dalla legge, di concordare condizioni contrattuali per l'assunzione *ex novo* dei lavoratori, nonché la possibilità di escludere parte del personale, ritenuto in esubero, dal passaggio, allo scopo di conservare i livelli occupazionali, possa comportare anche l'inapplicabilità dei criteri di scelta dei lavoratori da licenziare, per come individuati dall'art. 5 della legge n.223 del 1991.

Troverebbe giustificazione, secondo i giudici di legittimità, una siffatta interpretazione tutte le volte che venga concluso un accordo collettivo, in quanto idoneo a costituire norma derogatoria della fattispecie, poiché nelle ipotesi disciplinate dalla legge n.428 del 1990 si assiste ad un concreto spostamento “...*al piano dell'interesse collettivo, al perseguimento dell'agevolazione della circolazione dell'azienda, quale strumento di salvaguardia della massima occupazione, in una condizione di obiettiva crisi imprenditoriale, al prezzo del sacrificio di alcuni diritti garantiti dall'art.2112 cod. civ., pur sempre in un ambito tutelato di consultazione sindacale*”, in ragione della ritenuta priorità di tutela, rispetto ai diritti dei singoli lavoratori⁵⁵, che, invero, non sono di ausilio per la fornita interpretazione, laddove si consideri che risulta, dalle richiamate decisioni, reputato, invero, possibile incidere sulla continuità giuridica dei rapporti di lavoro, attraverso la sottoscrizione individuale di un apposito verbale di conciliazione, ai sensi dell'art. 411 cod.proc.civ., in sede protetta⁵⁶, ovvero per essere stato, al contrario, ribadito il significato maggiormente conforme al diritto comunitario, per essere stata attuata la vicenda traslativa dell'azienda, di una impresa insolvente, assicurando, tuttavia, la continuazione dei rapporti di lavoro, per avere riguardato l'accordo, esclusivamente, le condizioni, ovvero il trattamento economico e normativo⁵⁷.

Non può ancora essere ignorato che la Corte di Giustizia, ancor di recente⁵⁸, ha ribadito che la tutela prevista dagli artt.3 e 4 della direttiva 2001/23, invero, impongono la trasmissione al cessionario dei diritti e degli obblighi nei confronti di coloro il cui rapporto di lavoro prosegue, senza soluzione di continuità, in ragione del divieto di licenziamento da parte dei soggetti interessati alla vicenda traslativa e che, pertanto, l'art.5 di essa non può che essere interpretato ristrettivamente e, dunque, nel senso che le

⁵⁵ Cass., 4 novembre 2014, n.23473; Cass., 22 settembre 2011, n.12282; Cass., 5 marzo 2008, n.5929.

⁵⁶ Cass., 4 novembre 2014, n.23473.

⁵⁷ In tal senso Cass., 5 marzo 2008, n.5929.

⁵⁸ Corte Giustizia, 22 giugno 2017, causa C-126/16, in *Foro it.*, 2017, IV, 424.

garanzie offerte dai richiamati articoli permangono anche quando l'impresa cedente sia stata sottoposta ad una procedura concorsuale liquidatoria (*fallimento, liquidazione coatta amministrativa ed amministrazione straordinaria*) od analoga che si svolga sotto il controllo di una Autorità Pubblica competente⁵⁹

Ebbene, come in precedenza chiarito, non sembra possa essere di ausilio, per una diversa interpretazione, il richiamo che fosse operato nei confronti delle direttive comunitarie che si sono susseguite nel tempo, atteso che, sulla base di quanto stabilito dalla stessa Corte di Giustizia - che ha in più di una circostanza puntualizzato i limiti propri della salvaguardia dei diritti dei lavoratori nel caso di trasferimenti di imprese insolventi – attraverso tali pronunce si è inteso realizzare, esclusivamente, l'effetto di rendere conformi le legislazioni interne al contenuto precettivo delle direttive medesime, senza, tuttavia, impedire la previsione di meccanismi di tutela eventualmente maggiori, come, invero, ha inteso attuare il nostro legislatore che, seppur ha concepito una possibile applicazione flessibile della norma ha, però, condizionato essa alla conclusione di uno specifico accordo, nel caso di una vicenda traslativa concernente imprese insolventi e, quindi, realizzata con finalità liquidatorie e, non già, anche, in quello di trasferimento per crisi strutturale o organizzativa.

⁵⁹ Appello Roma, 16 febbraio 2017, in *Riv.giur.lav.*, 2017, II, 455, con nota di CAVALLINI; Tribunale Roma, 24 maggio 2016, in *Foro it.rep.*, 2016, voce *Lavoro* (rapporto) n.1148; Cass., 21 giugno 2018, n.16443; Cass., 24 gennaio 2018, n.1769 che hanno ribadito la competenza del giudice del lavoro con riferimento alla domanda di reintegrazione, per illegittimità del licenziamento, atteso che la stessa si fonda sull'interesse del dipendente alla tutela della propria posizione all'interno dell'impresa, sia in funzione di una possibile ripresa dell'attività, sia per la coesistenza di diritti non patrimoniali e previdenziali, estranei alla *par condicio creditorum* ed ha ritenuto esteso il relativo accertamento anche alla domanda risarcitoria, ciò in quanto, per effetto della legge Fornero, si è passati da una tutela indennitaria predeterminabile con certezza, in quanto parametrata alle retribuzioni perse dalla data di licenziamento a quella della reintegrazione, ad una tutela indennitaria la cui quantificazione avviene sulla base di una “*valutazione calibrata di elementi interni al rapporto di lavoro*”, in ragione della gravità della violazione formale o procedurale commessa dal datore di lavoro e, quindi, con riferimento a dati apprezzabili sì da lasciar ritenere che anche il relativo accertamento debba essere riconosciuto al giudice del lavoro, rimessa al lavoratore interessato di richiedere, successivamente, al tribunale fallimentare l'insinuazione al passivo dell'indennità risarcitoria così liquidata. Per una diversa interpretazione PETTERUTTI, *Il licenziamento illegittimamente intimato dal curatore ed i diritti del lavoratore*, in *Temi Romana*, 2018, 52 in nota Cass., 15 gennaio 2018. 522; CAIAFA A., *Licenziamento nel fallimento e diritto al risarcimento del danno*, in nota *Il fallimentarista*, 2017; Id. *Jobs Act e procedure concorsuali*, Roma, 2018, 383.

A livello comunitario vi è consapevolezza della sostanziale differenza esistente tra *insolvenza* e *crisi*, e si ritiene possibile, solo in presenza della seconda, assicurare la continuazione dei rapporti e la garanzia del reddito e delle condizioni di lavoro, come, in effetti, conferma lo stesso tenore della *direttiva del 29 giugno 1998, n.50 – il cui contenuto è stato poi riproposto con la successiva del 2001/23* – all’art.5 di questa - che, nel lasciar liberi gli Stati membri di individuare regole più o meno flessibili, sino al punto di autorizzare espressamente questi a “....*non applicare gli artt.3 e 4 della direttiva 77/187 Cee ai trasferimenti effettuati nell’ambito di una procedura di liquidazione*”, ha, tuttavia, ribadito la necessaria presenza di un sistema rigido per le ipotesi di crisi, cui non può, quindi, sottrarsi, l’eventuale *vicenda circolatoria* che fosse prevista e realizzata nell’ambito di una procedura di *ristrutturazione*, salvo che, ovviamente, non siano espressamente stabilite alcune deroghe, e semprechè queste siano in linea ed appaiono coerenti con il sistema comunitario.

Nel caso di trasferimento di azienda, peraltro, come già ricordato, l’effetto estintivo, dipendente dall’avvenuta risoluzione del rapporto di lavoro, intimato in epoca anteriore alla realizzazione della vicenda traslativa, viene travolto dalla sentenza di annullamento, ove ne venga accertata la illegittimità, con la conseguenza, dunque, che esso si intende ripristinato tra le parti originarie e, pertanto, deve intendersi traslato, ai sensi dell’art.2112 cod.civ., in capo al cessionario, dovendosi escludere che ad una siffatta soluzione sia di ostacolo la previsione della necessaria vigenza del rapporto al momento del trasferimento⁶⁰.

Si tratta di una conclusione che, invero, ha trovato puntuale conferma nella formulazione sia precedente che successiva alla modifica apportata dall’art.47 della legge n.428 del 1990, ricavandosi da esso un generale *principio di automatica prosecuzione del rapporto di lavoro che, senza soluzione di continuità, si trasferisce dal cedente al cessionario*, con la conseguenza che subentrando il secondo in tutte le posizioni attive e passive facenti capo al primo, e non richiedendosi, peraltro, il consenso da parte dei lavoratori ceduti,

⁶⁰ Cass., 8 febbraio 2011, n. 3047, in *Not.giur.lav.*, 2011, 518; Cass., 12 aprile 2010, n. 8641, *ivi*, 76; Cass., 23 aprile 2009, n. 9691, *ivi*, 2009, 499; Cass., 4 febbraio 2008, n. 2609, *ivi*, 2008, 785; Cass., 11 luglio 2006, n. 15678, in *Lav.giur.*, 2007, 87; Cass., 23 maggio 2003, n. 8228, in *Mass.giur.lav.*, 2004, 51.

inevitabilmente il recesso comunicato in data anteriore, ove venga poi ritenuto illegittimo, ripristina il rapporto cessato, ciò in quanto la condizione prevista normativamente, con riferimento all'estensione degli effetti della *vicenda traslativa* a tutto il personale ancora dipendente, deve essere ancorata alla *vigenza del contratto effettiva*, e non già *virtuale*, sicchè il lavoratore ingiustamente licenziato non può che essere considerato alle dipendenze dell'alienante all'atto della cessione⁶¹, conclusione questa che ha trovato ulteriore conferma nella circostanza che il cessionario, proprio in conseguenza di quanto previsto dall'art.2112 cod.civ., può esercitare i poteri disciplinari inerenti il rapporto di lavoro per fatti precedenti la cessione dell'azienda, conservando, dunque, il potere di recesso, che non gli impedisce, quindi, di risolvere il rapporto anche per giustificato motivo oggettivo⁶².

La materia inerente il trasferimento di azienda realizzato nel corso delle procedure di *crisi* (*concordato preventivo conservativo; amministrazione straordinaria, con continuazione dell'attività*) o di *insolvenza* (*fallimento, concordato preventivo con cessione dei beni, liquidazione coatta amministrativa senza continuazione dell'attività*) è stata modificata dalla legge 20 novembre 2009, n.166 – di conversione, con modificazioni, del d.l.25 settembre 2009, n.135, emanato in conseguenza della necessaria attuazione degli obblighi comunitari, a seguito della sentenza resa dalla Corte di Giustizia l'11 giugno 2009, nella causa C/561/07 – che, all'art.19 *quater*, ha riscritto l'art.47 della legge 29 dicembre 1990, n.428, attraverso l'inserimento, dopo il comma *quattro*, del *quattro bis*, che così recita:

“Nel caso in cui sia stato raggiunto un accordo circa il mantenimento, anche parziale, dell'occupazione, l'articolo 2112 del codice civile trova applicazione nei termini e con le limitazioni previste dall'accordo medesimo qualora il trasferimento riguardi aziende:

a) delle quali sia stato accertato lo stato di crisi aziendale, ai sensi dell'art.2, quinto comma, lettera c), della legge 12 agosto 1977, n.675;

b) per le quali sia stata disposta l'amministrazione straordinaria, ai sensi del decreto legislativo 8 luglio 1999, n.270, in caso di continuazione o di mancata cessazione dell'attività”

Il medesimo art.19 *quater* ha, poi, operato una rivisitazione del comma *cinque* dell'art.47,

⁶¹ Corte Giust., 17 marzo 1998 in c/319/94 in *Not.giur.lav.*, 1998, 243.

⁶² Cass., 11 giugno 2008, n.15495, in *Not.giur.lav.*, 2008, 619.

mediante la soppressione delle seguenti parole: [*“aziende o unità produttive delle quali il CIPI abbia accertato lo stato di crisi aziendale a norma dell’articolo 2, quinto comma, lettera c), della legge 12 agosto 1977 n.675, o”*].

Appare evidente l’esistenza di una diversa disciplina volta alla regolamentazione delle *vicende traslative*, temporanee o definitive, di una impresa, a seconda che essa sia in *crisi*, ovvero *insolvente*, sulla quale è ulteriormente poi intervenuto l’art.46 *bis*, comma secondo, che ha aggiunto, alla **lettera b)**, altre **due ipotesi** in virtù delle quali è possibile la flessibilizzazione degli obblighi in presenza della procedura di *concordato preventivo* (**lettera b bis**), ovvero di un *accordo di ristrutturazione del debito* (**lettera b ter**), ritenute, per le ragioni che presto chiarirò, non poter trovare una corretta regolamentazione nella **lettera a)** del comma *quattro bis*, della legge n.166 del 1999, che ne è risultata così rivisitata.

Per poter comprendere se, ancora una volta, le previste integrazioni siano o meno conformi all’ordinamento comunitario, è necessario muovere dal principio affermato dalla Corte di Giustizia con la richiamata decisione, con la quale è stato stabilito che: *“la Repubblica Italiana, mantenendo in vigore le disposizioni di cui all’art.47, commi cinque e sei, della legge 29 dicembre 1990 n.428, in caso di “crisi aziendale”, a norma dell’art.2, quinto comma, lett.c), della legge 12 agosto 1977, n.675,..... non ha garantito i diritti in caso di trasferimento di una azienda il cui stato di crisi sia stato accertato, ed è, pertanto, venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza della detta direttiva”*⁶³.

La pronuncia della Corte dell’11 giugno 2009 è stata preceduta da altra resa⁶⁴, con riferimento, tuttavia, alla direttiva di prima generazione del Consiglio del 14 febbraio 1977, n.77/187/Cee - concernente sempre il ravvicinamento della legislazione degli Stati membri, relativa al mantenimento dei diritti dei lavoratori, in caso di trasferimento di imprese, stabilimenti, o di parte di stabilimenti - che ebbe, allora, a precisare che qualora la *vicenda circolatoria* avesse riguardato una azienda, di cui fosse stato dichiarato lo **stato di crisi**, ai sensi dell’art.2, comma quinto, lett.c), della legge 12 agosto 1977, n.675, non sarebbe stato consentito alle parti, ad essa interessate, di disapplicare gli obblighi

⁶³ CAIAFA A., *Crisi di impresa trasferimento d’azienda e normativa comunitaria*, in *Dir.fall.*, 2010, II, 13, in nota a Corte Giust, 11 giugno 2009.

⁶⁴ CAIAFA A., *Trasferimento di impresa in crisi e normativa comunitaria*, in *Dir.lav.*, 1986, II, 129.

comunitari⁶⁵.

Venne, già allora, in quella decisione, espressamente chiarita dalla Corte la sostanziale differenza esistente fra le ipotesi considerate dalla *norma interna*, essendo evidente che il trasferimento, ove effettuato nell'ambito di un *procedimento concorsuale* relativo ad un'impresa il cui scopo è caratterizzato, inevitabilmente, dalla *liquidazione dei beni del cedente*, e non già dalla *prosecuzione dell'attività* svolta, non poteva essere ricondotto nell'ambito di applicazione della direttiva comunitaria, sul presupposto che i procedimenti concorsuali devono, necessariamente, collocarsi al di fuori di ogni possibile previsione di una prosecuzione dei rapporti, essendo diretti essi, non tanto, a garantire la *conservazione* dell'impresa, nella prospettiva di una *futura ripresa*, quanto, piuttosto, a disciplinare i diversi interessi delle parti coinvolte nella *vicenda traslativa*, e, in particolare, dei creditori dell'impresa dichiarata insolvente e, tra questi, gli stessi lavoratori⁶⁶.

Le ragioni di una siffatta scelta andavano, allora, individuate nella circostanza di aver ritenuto la Corte che, invero, il provvedimento con il quale un'impresa è dichiarata in *stato di crisi* è volto – come già è stato ricordato - a consentire il *risanamento della situazione economico-finanziaria* e, quindi, la *continuazione dell'attività produttiva* nella prospettiva di una *futura ripresa* e, ancora, in particolare, svolgendosi l'intero procedimento al di fuori del controllo giudiziario o, in genere, di un provvedimento di amministrazione del patrimonio dell'impresa che ad esso è assoggettato.

L'inapplicabilità della direttiva 77/187 ai trasferimenti effettuati nell'ambito di procedimenti volti alla *liquidazione dei beni* del cedente ed al contestuale soddisfacimento dei creditori, trovava, dunque, una sua giustificazione – piuttosto coerente – nella circostanza che il *trasferimento di un'impresa in stato di crisi*, seppur preceduto dalla dichiarazione apposita da parte, allora, del Comitato Interministeriale della Politica Industriale (e dal 1999 dal Ministero del Lavoro), è conseguente ad una precedente fase di *ristrutturazione, riorganizzazione o conversione*, sì da giustificare il trattamento integrativo straordinario, in favore dei dipendenti della stessa impresa interessata, che doveva presentare prospettive concrete di recupero, come testimonia il

⁶⁵ FOGLIA-SANTORO PASSARELLI G., *Profili di diritto comunitario del lavoro*, Torino, 1996, 145.

⁶⁶ Corte Giust., 7 febbraio 1985, causa n.135/83, in *Foro it.*, 1986, IV, 11, con nota di DE LUCA, con riferimento al fallimento.

fatto che essa era tenuta a sottoporre al relativo organismo competente un articolato *programma di risanamento*, sicchè il cessionario veniva, sostanzialmente, a rilevarne l'attività senza alcuna significativa interruzione e, dunque, con prospettive concrete di recupero⁶⁷.

Era stato, correttamente, rilevato dalla Corte di Giustizia con la precedente decisione e, quindi, ribadito con la successiva⁶⁸ – che ha determinato l'intervento normativo adeguatore – che la regolamentazione risultante dalla *disciplina legale interna* non era in grado di assicurare quella tutela ritenuta indispensabile dalla direttiva comunitaria, cui ha riconosciuto *carattere imperativo* e, dunque, non derogabile in senso sfavorevole al lavoratore, dovendosi escludere che un siffatto risultato potesse essere realizzato attraverso le organizzazioni sindacali, attesa la impossibilità, per tali organismi, di rendere flessibili gli obblighi derivanti dall'art. 2112 cod.civ. tramite la stipula di accordi con il cedente o con il cessionario.

Il meccanismo che subordinava la possibile disapplicazione dell'art. 2112 cod.civ. era stato individuato, prima della riforma attuata attraverso l'art. 19 *quater* della legge n. 166 del 2009, nella *dichiarazione di crisi aziendale*, prevista dall'art. 2, quinto comma, lettera c), della legge 12 agosto 1977, n. 675, con omologo riferimento, senza, dunque, distinzione alcuna tra le imprese in *crisi*, o *insolventi*, ed alla ulteriore condizione della intervenuta *cessazione dell'attività o non continuazione della stessa*.

Il richiamo all'art. 2, quinto comma, lett. c), della legge n. 675 del 1977 è stato, ora, soppresso dal comma quinto dell'art.47 della legge n.428 del 1990, sicchè qualora il trasferimento riguardi *imprese ammesse alla amministrazione straordinaria*, e l'attività *non risulti continuata o sia cessata*, sarà possibile, per le parti interessate alla *vicenda circolatoria*, mediante un accordo che assicuri il mantenimento anche parziale dell'occupazione, disapplicare l'art. 2112 cod.civ., per quel che attiene la continuità giuridica dei rapporti ed gli obblighi pregressi rimasti inadempiti, così limitando la

⁶⁷ Corte Giust., 7 dicembre 1995, n.472/93, cit., 125, ed in *Foro it.*, 1996, IV, 205, con nota di COSIO; sul tema, in particolare, LECESE, *Giudici italiani e Corte di Giustizia sul trasferimento d'azienda: un dialogo a più velocità?*, in *Giur.dir.lav.rel.ind.*, 1999, 65.

⁶⁸ Corte Giust., 25 luglio 1991, causa 362/89, in *Giust.civ.*, 1992, I, 1121, in relazione alla liquidazione coatta amministrativa

solidarietà passiva.

Tale facoltà è stata, altresì, concessa all'*autonomia privata collettiva*, dell'art. 47 comma *quattro bis*, non solo, nella già menzionata ipotesi di *crisi aziendale*, però, dichiarata ai sensi dell'art.2, quarto comma, lett.c), della legge n.675 del 1977 (**art.19 quater, lettera a**), ma anche quando interessata dal trasferimento sia l'azienda di una impresa sottoposta alla procedura di *amministrazione straordinaria*, ai sensi del d.lgs.n.270 del 1999, sempre che *vi sia stata continuazione dell'attività e la stessa non sia, pertanto, cessata* (**art.19 quater, lettera b**).

In entrambi i casi, condizione essenziale perché l'autonomia privata collettiva possa disporre dei diritti previsti dall'art.2112 cod.civ., è il *raggiungimento di un accordo* teso al mantenimento, anche parziale, dell'occupazione, così come prevede, appunto, la direttiva Europea⁶⁹.

L'intervento normativo ha avuto, quindi, lo scopo di consentire la effettuazione di *operazioni traslative* dell'azienda, o di singoli rami, con possibile disapplicazione degli obblighi derivanti dall'art. 2112 cod.civ., ancorandole alla previsione della *conclusione di un accordo* e della *non intervenuta cessazione dell'attività* al pari di quel che accade ove si intenda realizzare la *vicenda traslativa* di una impresa insolvente anch'essa *ammessa alla amministrazione straordinaria*.

Al riguardo non può essere ignorato che in precedenti statuizioni la Corte di Giustizia⁷⁰, aveva sottolineato che “....*l'attuazione dei diritti conferiti ai lavoratori della direttiva non può venir subordinata al consenso né del cedente né del cessionario, né dei rappresentanti dei lavoratori stessi*”, in ragione della riconosciuta la possibilità per lo stesso cessionario di attuare quei recessi “....*che possono aver luogo per motivi economici, tecnici e di organizzazione che comportano variazioni sul piano dell'occupazione*”⁷¹.

⁶⁹ Art.5, paragrafo 3, lett.b, direttiva n.23/2001.

⁷⁰ Corte Giust., 25 luglio 1991, causa 362/89 (sentenza D'Urso), in *Giust.civ.*, 1992, I, 1121; Corte Giust., 7 dicembre 1995, causa 472/93 (sentenza Spano), in *Dir.lav.*, 1996, II, 122.

⁷¹ Già in passato era stato osservato da GIUGNI, *Riconversione, mobilità del lavoro, collocamento*, in *Riv.giur.lav.*, 1976, I, 639, doversi ritenere “...*tramontata l'era del licenziamento collettivo per ragioni produttive..*” e ribadita la necessità di sostituire al primo il trasferimento da un'azienda all'altra senza conseguenze per il trattamento economico e giuridico e, quindi, nel pieno rispetto dell'equivalenza professionale e della anzianità.

La disciplina normativa legale interna è, pertanto, divenuta *relativamente inderogabile*, nel senso che si è inteso realizzare la *flessibilizzazione* degli obblighi non già attraverso una abrogazione esplicita della disposizione codicistica, quanto, piuttosto, si è ritenuto giusto limitarne gli effetti in presenza di situazioni congiunturali contingenti che potessero giustificare il relativo procedimento in presenza di accordi precisi.

Evidente appare la portata innovativa dell'art. 47, quarto comma *bis*, della legge n. 428 del 1990 – così come risultante dall'art.19 *quater* della legge n.166 del 1999- laddove ha riconosciuto agli accordi sindacali, conclusi in deroga all'art. 2112 cod.civ., efficacia vincolante, anche quando il trasferimento riguardi aziende nei confronti delle quali sia stata disposta l'*amministrazione straordinaria*, alla diversa condizione che l'attività risulti *continuata e non cessata*, con una regolamentazione non diversa da quella prevista per la differente ipotesi in cui non vi sia stata prosecuzione dell'attività di impresa (art. 47, quinto comma, per come modificato dall'art. 19 *quater*)

Non può peraltro ignorarsi che l'art. 19 *quater*, nel modificare l'art. 47 della legge n. 428 del 1990, con l'inserimento del comma *quattro bis*, non risulta essere innovativo in relazione a quanto già previsto dall'art. 63, quarto comma, e attenua, in modo vistoso, gli obblighi derivanti per l'acquirente in ordine alla prosecuzione, per almeno un biennio, delle attività imprenditoriali, laddove si consideri che, per il medesimo periodo, i livelli occupazionali possono essere stabiliti nell'atto di vendita e, quindi, con le limitazioni discendenti dall'accordo regolato, per l'appunto, dal quarto comma della stessa norma.

L'operata regolamentazione mostra che il legislatore non ha compreso il senso della censura contenuta nella decisione della Corte di Giustizia, che ha ritenuto essere venuta meno la Repubblica Italiana agli obblighi da essa discendenti, in forza della direttiva n.23 del 2001 (artt.3 e 4), che escludono, categoricamente, possano essere limitati i diritti dei lavoratori, dell'impresa trasferita, per quel che attiene la *continuità giuridica* del rapporto.

Essendo stato, pertanto, ribadito, proprio attraverso l'art. 19 *quater*, con la modifica apportata al quinto comma della legge n. 428 del 1990, il principio che la continuità del rapporto di lavoro, così come la conservazione dei diritti da questo discendenti, non devono essere assicurati nella sola ipotesi in cui la *vicenda traslativa* avvenga nell'ambito

della stessa procedura di amministrazione straordinaria alla condizione, però, che l'attività sia risultata *cessata e non continuata* al momento del realizzato trasferimento, è evidente che il legislatore ha dimostrato di non aver colto l'ambito del contenuto della censura, per il fatto che, attraverso l'art.19 *quater*, ha operato una ulteriore disapplicazione dei principi comunitari prevedendo che le parti, attraverso il raggiungimento dell'accordo, possano *flessibilizzare* gli obblighi derivanti dall'art.2112 cod.civ. anche “...*in caso di continuazione o di mancata cessazione dell'attività*”⁷².

La norma, dunque, è stata scritta e pensata per rimediare, senza però successo, alla precedente regolamentazione del fenomeno traslativo, attuato attraverso le disposizioni urgenti emanate al fine della ristrutturazione delle grandi imprese afflitte di crisi industriali (“Alitalia”), che ha consentito la cessione dei rami operativi ed ha individuato nell'accordo lo strumento per la possibile disapplicazione degli obblighi derivanti dall'art. 2112 cod.civ., con la previsione che, in assenza di esso, sarebbe stato consentito alle parti interessate l'individuazione del personale⁷³.

Qualche ulteriore considerazione si impone, ancora, in relazione a quanto previsto dall'art.63 terzo comma, in ordine ai criteri di scelta dell'acquirente indicati dal legislatore, avvenendo essa in funzione “*dell'ammontare del prezzo offerto*”, avendo previsto che si debba tenere conto di altri due parametri, rappresentati “*dall'affidabilità dell'offerente e dal piano di prosecuzione delle attività imprenditoriali da questi presentato, anche con riguardo alla garanzia del mantenimento dei livelli occupazionali*”, disposizione questa ripresa dall'art.104 *bis* l.f.

Dunque, l'obbligo di proseguire l'attività e di mantenere i livelli occupazionali sussiste sempre, anche quando, cioè, il prezzo non sia stato determinato in funzione della redditività negativa dell'azienda; si tratta di una modificazione coerente con il sistema

⁷² Corte Giust., 17 dicembre 1995, n.472, in causa c/472/93, in *Not.giur.lav.*, 1995, 997 per il necessario rispetto degli obblighi derivanti dalla direttiva quante volte l'obiettivo del procedimento non è la liquidazione dei beni ma lo scopo di esso si sostanzia nella salvaguardia del patrimonio del debitore nella continuazione dell'attività di impresa.

⁷³ CAIAFA A., *La ristrutturazione delle grandi imprese afflitte da crisi industriali*, in *Le procedure concorsuali nel nuovo diritto fallimentare*, a cura di CAIAFA A., con la collaborazione di DE MATTEIS-SCARAFONI, Torino, 2009, 711.

previsto dalla nuova disciplina, dove la continuità produttiva rappresenta, in ogni caso, un obiettivo essenziale della procedura.

Nel caso in cui il programma preveda la *cessione dei complessi aziendali*, la prosecuzione dell'attività è garantita mediante il trasferimento della titolarità a terzi, che se ne rendano acquirenti ed assicurino il mantenimento del livello occupazionale, avendo il legislatore inteso evitare che l'azienda venga acquistata per venir, poi, disgregata nei diversi beni che la compongono.

Nell'ipotesi, invece, in cui il programma preveda la *ristrutturazione*, la *cessione* di azienda o rami di essa, può, ugualmente, avvenire quando si tratti di beni non funzionali all'esercizio dell'impresa (art.56, lett.b). E, difatti, se è pur vero che l'art. 55 del decreto fa obbligo di salvaguardare l'unità operativa dei complessi aziendali, è altrettanto vero che ad un'impresa possano far capo attività produttive distinte, delle quali soltanto alcune siano suscettibili di conservazione, situazione questa ripresa dall'art. 186 *bis* l.f. nel caso del *concordato in continuità*.

Anche in questo caso, tuttavia, l'art. 63, secondo comma, fa obbligo di preferire la strada della vendita a chi si impegni a proseguire l'attività ed a mantenere i livelli occupazionali, con la conseguenza che soltanto nell'ipotesi in cui non sia possibile trovare un acquirente disposto a proseguire nella gestione, l'azienda potrà essere venduta non in funzionamento. In conclusione il risanamento dell'impresa è previsto avvenga tramite l'intervento del commissario, ove venga adottato il *programma di ristrutturazione*, ovvero tramite la *cessione dei complessi aziendali* a terzi, ed in tal caso è stabilito che il prezzo di vendita sia determinato tenendo conto "*della redditività anche se negativa*" (art. 63, primo comma), anche se il vincolo in ordine alla prosecuzione dell'attività ed alla garanzia dei livelli occupazionali sussiste sempre e, dunque, pur quando l'azienda che viene alienata non abbia una redditività negativa⁷⁴.

L'art. 63 al quinto comma, infine, nell'escludere la responsabilità dell'acquirente per i debiti dell'azienda ceduta anteriori al trasferimento, non opera alcuna distinzione, sicchè deve desumersi che il legislatore abbia inteso escludere la responsabilità, non soltanto, per

⁷⁴ CAIAFA A., *Jobs Act e Procedure Concorsuali*, Roma, 2018, 685; ID., *La legge fallimentare riformata e corretta*, Padova, 2008.

i debiti anteriori relativi ai lavoratori dichiarati in esubero al termine delle procedure di consultazione in sede sindacale, ma, anche, per i lavoratori che passano alla dipendenze del cessionario.

Il discorso si complica, notevolmente, allorquando si sposti, poi, l'accento dal terreno *individuale* a quello *collettivo* e si debbano, quindi, prendere in considerazione le ipotesi in presenza delle quali è possibile derogare al principio della *continuità del rapporto*, fissato dall'art.2112 cod.civ., avendo il legislatore, attraverso siffatta previsione, inteso eliminare ogni possibile prevaricazione da parte del contraente più forte sul più debole ma, al tempo stesso, riconoscere un potere alle organizzazioni sindacali di intervenire e mediare, sì da sovrapporre allo schema relativamente semplice del *rapporto fra norma imperativa e libertà contrattuale dei singoli* l'altro, assai più articolato, che stabilisce una ulteriore variabile, rappresentata dalla duplice *relazione fra legge ed accordo collettivo e fra quest'ultimo ed i diritti individuali*⁷⁵.

VI. Il disegno di legge delega al Governo n. 2831.

A seguito dello stralcio deliberato dalla Camera dei Deputati, dal disegno di legge n. 3671, nella seduta del 10 maggio 2017, è stato approvato il disegno di legge, in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza.

L'art. 2 fissa i principi e criteri direttivi per l'assoggettamento a tale procedura di quelle imprese, ovvero gruppo di imprese, che, in ragione della dimensione, assumono un rilievo economico-sociale di carattere generale per il *rilevante profilo dimensionale*, con un numero di dipendenti pari ad almeno 250 unità, per la singola impresa, ed almeno 800, nell'ipotesi di ammissione alla procedura di più imprese appartenenti al medesimo gruppo ed alla condizione che sussistano "...concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali e di salvaguardia della continuità produttiva e dell'occupazione diretta ed indiretta".

⁷⁵ Seguendo tale criterio l'opponibilità degli accordi in deroga all'art. 2112 cod. civ. discenderebbe dalla legge e, specificamente, dalle previsioni normative di cui alla legge n. 428/90 al d.lgs. 270/99 e dal d.l. 347/03.

L'intero procedimento è previsto debba svolgersi, su domanda dei soggetti cui è riconosciuta la legittimazione (*debitore, creditori, Ministero dello Sviluppo Economico, Pubblico Ministero*) dinanzi al tribunale sede della sezione specializzata in materia di impresa “...all'esito di una istruttoria improntata alla massima celerità, omessa ogni formalità non essenziale al rispetto dei principi del contraddittorio e del diritto di difesa” (comma primo lettera c), riconoscendo al tribunale, entro **dieci** giorni dal deposito della domanda, di dichiarare lo stato di insolvenza e disporre l'apertura della procedura, con la nomina del giudice delegato e di uno o più commissari straordinari, da individuare nell'albo previsto (lettera f) tra coloro che ne abbiano fatto domanda e siano stati ritenuti sussistenti i “*requisiti di indipendenza, professionalità, onorabilità, trasparenza ed assenza di conflitti di interesse*”, o che abbiano svolto funzioni gestorie o direttive nell'ambito di imprese di notevole dimensione, ovvero nell'ambito di procedure concorsuali, di natura conservativa, sì d'aver maturato specifiche esperienze e professionalità nel campo della ristrutturazione.

E' stato altresì previsto che il tribunale, entro **quarantacinque** giorni dall'apertura della procedura, acquisito il parere favorevole del Ministero dello Sviluppo Economico, sulla base del piano predisposto dal commissario straordinario, può disporre l'ammissione alla stessa alla condizione che risulti “...la sussistenza di concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali”, con la previsione di una ulteriore proroga di **trenta** giorni, per la verifica di tali presupposti, la cui valutazione è rimessa ad un professionista, iscritto nell'albo dei commissari straordinari, perché, all'esito di una indagine, che dovrebbe seguire a quella già svolta dal commissario straordinario, possa attestare i requisiti per l'adozione del decreto di ammissione ovvero, in alternativa, per l'apertura della procedura di liquidazione giudiziale.

E' altresì presa in considerazione la definizione del contenuto del **programma di ristrutturazione**, mediante richiamo degli artt. 4 e 4 *bis* della legge 18 febbraio 2004, n. 39, nonché la durata, in alternativa, delle condizioni in presenza delle quali può pervenirsi alla **cessione dei complessi aziendali** “assicurandone la flessibilità in funzione delle caratteristiche dell'impresa e dei mercati di riferimento”, senza, dunque, richiamo alcuno della disciplina comunitaria lasciando, quindi, ritenere che le vicende traslative saranno regolate, in alternativa, dall'art. 47, comma quattro *bis*, ovvero dal comma quinto della legge n. 428 del

1990 a seconda che l'azienda sia *in esercizio*, ovvero l'attività risulti *cessata* o *non continuata*.

Ebbene, sarebbe stato auspicabile che tra i principi direttivi fosse stata richiamata l'omologa previsione di cui all'art.2 lettera p), della legge n. 155 del 2017⁷⁶, di delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza che ha espressamente previsto la armonizzazione di esse “*con le forme di tutela dell'occupazione del reddito dei lavoratori*”, mediante richiamo della Carta Sociale Europea, ratificata ai sensi della legge 9 febbraio 1999 n. 30, nonché della direttiva 2001/23/Cee per “*...come interpretata dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea*”, sì da assicurare nelle vicende circolatorie dell'azienda, ovvero di singoli rami, la prosecuzione del rapporto di lavoro, senza soluzione di continuità, con l'acquirente, e la conservazione, da parte dei lavoratori, di tutti i diritti economici e normativi stabiliti dai contratti collettivi, anche aziendali, vigenti alla data del trasferimento, tutte le volte che l'attività venga proseguita, anche dopo l'ammissione dell'imprenditore alla procedura, ovvero nell'ipotesi di continuità indiretta senza, peraltro, ritenere possibile, anche nel caso in cui la continuazione dell'attività sia cessata, ovvero non continuata – e dunque a maggior

⁷⁶ Per i primi commenti alla legge delega si veda LO CASCIO, *La nuova legge delega sulle procedure concorsuali tra diritto ed economia*, in *Il fallimento*, 2017, 1253, ove, svolta una breve analisi, evidenzia la difficoltà di attuazione in relazione ad alcuni principi normativi non considerati e che, di contro, avrebbero dovuto avere una collocazione per il risanamento delle imprese in crisi; ROSSI, *La legge delega per la riforma delle discipline della crisi di impresa: una prima lettura*, in *Le società*, 2017, 1375, che, nel commentare la prossima riforma, sottolinea la mancanza di organicità, pur se si prospetta di considerevole impatto su un ordinamento scosso, nell'ultimo decennio, da plurimi interventi di cui è stato difficile comprendere la ragione; DE MATTEIS, *I principi generali della legge delega di riforma delle procedure concorsuali*, in *Dir.fall.*, 2017, I, 1291, che, nel sottolineare l'intento del legislatore di programmare un intervento sistematico ed organico, in materia di crisi di impresa, evidenzia come alcune delle soluzioni adottate sono condivisibili, in particolare per quel che attiene all'introduzione delle misura di *allerta*, alla definizione dello *stato di crisi*, al favore indiscusso per il *concordato con continuità aziendale* ed alla stessa disciplina del *sovraindebitamento* e dei gruppi di impresa, mentre manifesta perplessità in ordine alla previsione del *miglior soddisfacimento dei creditori*, quale condizione di ammissibilità del concordato con continuità aziendale; Id., *L'emersione anticipata della crisi di impresa. Modelli attuali e prospettive di sviluppo*, Milano, 2017, per una associazione tra valore etico ed attività di impresa; D'ATTORRE, *Prime riflessioni sulla delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza*, in *Riv.soc.*, 2017, 519; RANALLI, *Le procedure di allerta e di composizione assistita della crisi: insidie ed opportunità*, in www.ilfallimentarista.it; CAIAFA A., *I rapporti di lavoro nel codice della crisi e della insolvenza*, Relazione alla Scuola Superiore della Magistratura Struttura di Formazione Decentrata della Corte di Cassazione, 19-21 febbraio 2018, in corso di stampa, su *Il Nuovo diritto delle società*.

ragione nell'ipotesi contraria –, escludere la continuità giuridica dei rapporti di lavoro, riservando tutt'al più alle parti, nel corso delle consultazioni sindacali, attraverso i contratti collettivi, di cui all'art. 51 del d.lgs. n. 81 del 2015, di derogare ai commi uno, tre e quattro dell'art. 2112 cod. civ.⁷⁷.

Sarà interessante, pertanto, vedere in qual modo nell'esercizio della delega il Governo saprà far tesoro delle pronunce plurime della Corte di giustizia che ci hanno nel tempo riguardato sottolineando sempre la inadeguatezza dell'ordinamento interno e la non rispondenza dello stesso a quello comunitario.

⁷⁷ CAIAFA A., *Jobs Act e procedure concorsuali*, Roma, 2018, 615, con riferimento, in particolare, alle regole fissate dal Codice della crisi e dell'insolvenza, nella bozza di decreto delegato, con riferimento alla procedura di concordato preventivo in regime di continuità indiretta ovvero liquidatorio.