



SAPIENZA
UNIVERSITÀ DI ROMA

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE

DOTTORATO DI RICERCA IN
AUTONOMIA PRIVATA, IMPRESA, LAVORO E TUTELA DEI
DIRITTI NELLA PROSPETTIVA EUROPEA ED
INTERNAZIONALE

XXXIV ciclo

Curriculum
Diritto del lavoro

CRISI D'IMPRESA E TRASFERIMENTO
DI AZIENDA TRA DISCIPLINE GENERALI E
SPECIALITÀ DEROGATORIA

Relatore

Chiar.mo Prof. Avv. Stefano Bellomo

Candidata

Dott.ssa Luisa Rocchi

ANNO ACCADEMICO 2020-2021

INDICE

CAPITOLO I

Il difficile dialogo tra diritto del lavoro e diritto eurounitario nel trasferimento di azienda in crisi

1. Crisi d'impresa e diritto del lavoro.....	8
1.1. Le vicende circolatorie dell'impresa in crisi: delimitazione del tema di indagine.....	13
2. Storia giuslavoristica dell'art. 47 della legge n. 428/1990 nel sistema della crisi di impresa.....	14
2.1. (<i>Segue</i>) Dinamiche di adeguamento dell'ordinamento italiano a quello europeo e recenti conforme dalla giurisprudenza italiana.....	21
2.2. Il difficile coordinamento tra le norme lavoristiche sul trasferimento di azienda e la disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi.....	25
3. La collocazione del sottosistema del trasferimento di azienda nel sistema dell'impresa in crisi e dell'insolvenza alla luce del d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14.....	29
3.1. Il triplice modello derogatorio introdotto dal Codice della Crisi e dell'Insolvenza	30
3.2. Finalità liquidatoria e conservativa della procedura: tra continuazione e cessazione dell'attività.....	33
3.3. (<i>Segue</i>) L'esercizio provvisorio dell'impresa: tra vecchia e nuova disciplina.....	39
3.4. Crisi, insolvenza e continuità aziendale: necessità di una premessa terminologica.....	41
4. L'ambito di applicazione della disciplina e l'espresso rinvio all'art. 47 della legge n. 428/1990.....	45

CAPITOLO II
Trasferimento di azienda in crisi e procedure
con finalità conservativa

1. Il nuovo comma 4- <i>bis</i> e il principio della continuità aziendale.....	49
2. Il nuovo ambito soggettivo di applicazione.....	52
2.1. L'eliminazione al riferimento dell'impresa per la quale sia stato accertato lo stato di crisi aziendale.....	56
2.2. Il nuovo art. 84, comma 2, del Codice della Crisi e il concordato preventivo in continuità indiretta.....	59
3. Il presupposto oggettivo: l'accordo collettivo (rinvio).....	58
4. La deroga attenuata all'art. 2112 c.c. e il riferimento alle "sole condizioni di lavoro".....	67
4.1. L'impossibilità di derogare al principio della responsabilità solidale.....	69

CAPITOLO III
Il trasferimento di azienda nel caso in cui la continuazione
dell'attività non sia disposta o sia cessata

1. Il nuovo comma 5 dell'art. 47 tra conferme e novità.....	76
2. L'ambito soggettivo di applicazione e l'espreso riferimento al "caso in cui la continuazione dell'attività non sia stata disposta o sia cessata"	79
2.1. L'esercizio (provvisorio) dell'impresa.....	82
2.2. L'affitto d'azienda e la retrocessione dell'affitto.....	84

2.3. La vendita dell'azienda.....	87
2.4. Il concordato liquidatorio e il nuovo Concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio.....	88
3. Il principio di continuità dei rapporti di lavoro e l'insufficienza dell'accordo collettivo per la sua derogabilità.....	91
3.1. I criteri di scelta del personale eccedentario.....	93
3.2. Il contenuto dell'accordo derogatorio: l'esclusione della deroga alla responsabilità solidale.....	97
4. I soggetti sindacali abilitati (rinvio).....	98
5. L'esodo incentivato e gli accordi individuali in sede protetta.....	99
6. L'esigibilità del TFR nei confronti del cedente e l'operatività del Fondo di garanzia Inps.....	103

CAPITOLO IV

Trasferimento di azienda in crisi e autonomia collettiva

1. Il ruolo rafforzato dell'autonomia collettiva nella nuova disciplina del trasferimento di azienda in crisi.....	107
2. Il nuovo comma 1- <i>bis</i> dell'art. 47 della legge n. 428 del 1990: la comunicazione effettuata da chi intenda proporre offerta di acquisto dell'azienda o proposta di concordato preventivo concorrente con quella dell'imprenditore.....	111
3. I soggetti collettivi abilitati alla stipula degli accordi nel nuovo Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza.....	113

3.1. Il riferimento al sistema della rappresentatività comparata anche nel trasferimento di azienda.....	116
3.2. Ricadute applicative: l'individuazione dei soggetti sindacali abilitati alla stipula degli accordi.....	123
3.3. Riflessi in tema di estensione dell'efficacia soggettiva.....	128
4. Il margine di operatività delle specifiche intese di cui all'art. 8 l. 14 settembre 2011, n. 148.....	131

CAPITOLO V

Trasferimento di azienda e amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi

1. Le alterne vicende dell'amministrazione straordinaria tra diritto del lavoro e diritto fallimentare.....	136
2. L'amministrazione straordinaria e la sua (in)controversa finalità conservativa.....	143
2.1. (<i>Segue</i>) Il riferimento alla finalità liquidatoria.....	147
3. La doppia regolamentazione del trasferimento di azienda nell'amministrazione straordinaria nel Codice della Crisi d'Impresa e dell'insolvenza. Il nuovo comma 5- <i>ter</i> e la deroga totale all'art. 2112 c.c.....	150
4. I perduranti problemi di coordinamento con l'art. 56 comma tre- <i>bis</i>	154
4.1 Il rapporto con l'art. 63 del d. lgs. n. 270 del 1999: la vendita in esercizio....	159
5. La circolazione di aziende in crisi nell'ambito del settore dei servizi pubblici essenziali.....	161

5.1. Il caso Alitalia. Recenti sviluppi.....	165
--	-----

CAPITOLO I

Il difficile dialogo tra diritto del lavoro e diritto eurounitario nel trasferimento di azienda in crisi

SOMMARIO: 1. Crisi d'impresa e diritto del lavoro. – 1.1. Le vicende circolatorie dell'impresa in crisi: delimitazione del tema di indagine - 2. Storia giuslavoristica dell'art. 47 della legge n. 428/1990 nel sistema della crisi di impresa. – 2.1. (*Segue*) Dinamiche di adeguamento dell'ordinamento italiano a quello europeo e recenti conforme dalla giurisprudenza italiana. – 2.2. Il difficile coordinamento tra le norme lavoristiche sul trasferimento di azienda e la disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi. – 3. La collocazione del sottosistema del trasferimento di azienda nel sistema dell'impresa in crisi e dell'insolvenza alla luce del d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14. - 3.1. Il triplice modello derogatorio introdotto dal Codice della Crisi e dell'Insolvenza. - 3.2. Finalità liquidatoria e conservativa della procedura: tra continuazione e cessazione dell'attività. - 3.3. (*Segue*) L'esercizio provvisorio dell'impresa: tra vecchia e nuova disciplina. - 3.4. Crisi, insolvenza e continuità aziendale: necessità di una premessa terminologica. - 4. L'ambito di applicazione della disciplina e l'espresso rinvio all'art. 47 della legge n. 428/1990.

1. Crisi d'impresa e diritto del lavoro

Nel 1979 un autorevole studioso, in merito alla sorte dei rapporti di lavoro nella alla crisi d'impresa, si domandava se l'interesse alla conservazione del posto di lavoro potesse trovare un *“limite nella cessazione dell'attività d'impresa e, in particolare, se quell'interesse prevalga sull'interesse dei creditori allo smembramento dell'organizzazione aziendale dissestata alla soddisfazione dei loro crediti”*¹.

Con particolare riferimento al trasferimento di azienda di cui all'art. 2112 c.c. si interrogava se la portata normativa della disposizione potesse essere estesa *“fino*

¹ M. PERSIANI, *Interesse del lavoratore alla conservazione del posto e dissesto dell'impresa*, in *Giur.comm.* 1979, 262.

*al punto da ricomprendervi la tutela di una aspettativa del lavoratore a continuare il suo rapporto di lavoro con un ipotetico imprenditore subentrante nell'esercizio dell'impresa dissestata" sulla considerazione che "nell'esperienza comune le imprese di una certa importanza cadute in dissesto, non scompaiono, ma cambiano di mano"*².

In effetti, né il Codice Civile e né il R.D. n. 267/1942 si sono preoccupati di disciplinare la sorte dei rapporti di lavoro dell'impresa in crisi o insolvente ad eccezione di due scarse norme che hanno al più sollevato interrogativi, piuttosto che risolverli³.

Si fa riferimento, in primo luogo, all'art. 2119, comma due, c.c. che nella sua versione originaria così recitava: "*non costituisce giusta causa di risoluzione del contratto la liquidazione coatta amministrativa dell'impresa*" e all'art. 72 l.fall. che più in generale si è preoccupato di regolare tutti i rapporti contrattuali in essere, rimanendo invece muto sulla specifica disciplina applicabile ai rapporti di lavoro⁴.

Il sorprendente silenzio del legislatore, in realtà, può essere compreso se ci si cala in quell'epoca. Il rapporto di lavoro poteva cessare senza alcuna regola o motivazione particolare, con un mero cenno del capo: "ciascuna parte" poteva interrompere il rapporto, ai sensi dell'art. 2119 c.c. previo preavviso⁵. La facilità

² M. PERSIANI, *Interesse del lavoratore alla conservazione del posto e dissesto dell'impresa*, cit., 268.

³ Sulla rilevanza della tematica si veda in passato P. G. ALLEVA, *Fallimento e tutele dei lavoratori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, 210.

⁴ Favorevoli per una esclusione dal campo di applicazione della norma P. TULLINI, *Tutela del lavoro nella crisi d'impresa e assetto delle procedure concorsuali: prove di dialogo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, I 222; A. LASSANDRI, *I licenziamenti e le procedure concorsuali*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT – 354/2018, 10-15; M.L. VALLAURI, *Il lavoro nella crisi dell'impresa. Garanzia dei diritti e salvaguardia dell'occupazione nel fallimento e nel concordato preventivo*, Milano, 2013, 64-71; contra A. RIVA, *Fallimento e rapporti di lavoro*, in S. SANZO (a cura di), *Procedure concorsuali e rapporti pendenti*, Milano 2009; M. MARAZZA, *La disciplina (speciale) del rapporto di lavoro nell'impresa insolvente*, in M. MARAZZA-D. GAROFALO, *Insolvenza del datore di lavoro e tutele del lavoratore*, Torino, 2015, 8-12. C. ZOLI-L. RATTI, *La disciplina dei rapporti di lavoro e l'esercizio provvisorio nel fallimento*, in *Mass. giur. lav.*, 2017, 4, 200-202.

⁵ Di recente per una lettura in chiave storica M. NICOLOSI, *Rapporti di lavoro e procedure liquidatorie dell'impresa*, Napoli, 2020, 17-25; A. LASSANDRI, *I licenziamenti e le procedure concorsuali*, in *Var. dir. lav.*, 2018, 1, ma anche in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT – 354/2018, 2-3.

con la quale il rapporto di lavoro poteva interrompersi e le scarse tutele all'epoca vigenti giustificavano, il pari disinteresse manifestato alla figura dei lavoratori, anche dal lato della dottrina fallimentare, tant'è che venivano trattati alla stregua di un qualsiasi altro creditore⁶.

Senonché, tale disciplina è risultata inadeguata per l'indeterminatezza del tempo in cui tali rapporti di lavoro rimanevano quiescenti e si scontrava con le tutele che mano a mano venivano riconosciute⁷. In tale contesto si inserisce la pronuncia della Corte costituzionale che con la sentenza 23 maggio 1965 n. 45 aveva affermato che il lavoratore non potesse essere parificato agli altri creditori, ma che da questo si dovesse distinguere in quanto *"portatore di un interesse, giuridicamente tutelato, a non perdere il posto"*⁸.

Ad ogni modo la prospettiva destinata a prevalere è stata quella commercialistica, che ha inglobato al suo interno la disciplina giuslavoristica costretta a cedere dinanzi a quelle che, nel corso del tempo, si sono rivelate le scarse e inadeguate tutele apprestate dalla normativa fallimentare⁹.

Il legislatore prende consapevolezza della necessità di cambiare impostazione soltanto a partire dagli anni settanta del secolo scorso, iniziando a valorizzare maggiormente la tutela dell'occupazione, con interventi settoriali e relativi al risanamento di grandi complessi aziendali, che sebbene finalizzati alla tutela del ceto creditorio, si pongono stavolta nell'ottica anche del mantenimento

⁶ Cfr. S. SATTA, *Diritto fallimentare*, Padova, 1982.

⁷ V. FERRARI, *I riverberi sul processo della crisi di impresa e dell'insolvenza del datore di lavoro: questioni di rito, di competenza e anomalie del processo*, 2018, www.coisrivista.it il quale fa riferimento per evidenziare le due visuali divergenti tra diritto commerciale e diritto del lavoro ad una "collisione tra due microcosmi".

⁸ M. PERSIANI, *op. cit.*, 261.

⁹ G. GIUGNI, *Diritto del lavoro*, (voce per un'enciclopedia), in *Giorn. dir.lav., rel. ind.*, 1979, 46 il quale sottolinea la visione ancora tutta improntata alla tutela dell'impresa nella sua dimensione commerciale, visuale che comportava, quale conseguenza la soccombenza della visione giuslavoristica.

dei livelli occupazionali¹⁰.

A ben vedere, tuttavia, può affermarsi che un vero cambio di paradigma da parte del legislatore non vi sia stato, tant'è che al di là di tali interventi settoriali non si rivengono normative di più ampio respiro che denotino un concreto interesse all'avvio di un dialogo tra i contrapposti interessi¹¹. Tale dicotomia del sistema è durata sino a tempi recenti e non è un caso che il mutamento di prospettiva si sia sviluppato lentamente nel tempo e in modo pressoché parallelo tra i due angoli visuali¹².

Quando il diritto commerciale ha preso consapevolezza, anche e soprattutto sull'impulso delle vicissitudini sovranazionali, si è al contempo valorizzata la componente lavoristica consentendo quell'apertura all'interno della normativa fallimentare-concorsuale dell'espresso e necessario coordinamento con le tutela dell'occupazione¹³.

La necessità, pertanto, di fornire risposte è ancora oggi sentita come in passato tant'è che il legislatore, anche su sollecitazione dell'ordinamento comunitario, ha inteso introdurre una disciplina di coordinamento che riesca a bilanciare la soddisfazione dei creditori e la salvaguardia dei livelli occupazionali. Si fa riferimento alla normativa contenuta nel Codice della Crisi

¹⁰ Si fa riferimento all'introduzione della normativa in tema di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi ad opera della l. 3 aprile 1979, n. 95 e successive modifiche, per la cui trattazione si rimanda al capitolo V.

¹¹ L'andamento settoriale del legislatore è messo ben in luce da G. FERRARO, *Crisi dell'impresa, procedure concorsuali*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1985, I, 142 ed anche cfr. A. CAIAFA, *Diritto del lavoro e fallimento negli anni novanta*, in *Dir.lav.*, 1993, 1, 588.

¹² Per un recente contributo cfr. S. BELLOMO, *Crisi e strumenti di salvaguardia della continuità aziendale e dell'occupazione nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: uno sguardo d'insieme*, in *Dir. Merc. lav.*, 2021, 2, 285 ss.

¹³ Se non vi è dubbio che nella visione giuslavoristica il diritto del lavoro e il diritto commerciale, almeno in passato, hanno avuto visioni opposte, è stato evidenziato comunque che il primo ha fornito al diritto commerciale "la prospettiva diversa in cui l'imprenditore rileva (...) ancor prima di essere insolvente ed a prescindere dall'esistenza di debiti cui non riesce a fa fronte", così M. NICOLOSI, *Rapporti di lavoro e procedure liquidatorie dell'impresa*, op. cit., 34.

d'Impresa e dell'insolvenza (CCII), introdotta dal d.lgs. 12 gennaio 2019 n. 14¹⁴ in attuazione della legge delega 19 ottobre 2017, n. 155 che ha avuto il pregio di regolare, per la prima volta, la disciplina dei rapporti di lavoro all'interno della normativa dedicata alle procedure concorsuali procedendo ad un loro riordino. I rapporti di lavoro hanno trovato una loro valorizzazione e una specifica tutela¹⁵.

Il Codice infatti ha valorizzato, anche alla luce della Raccomandazione n. 2014/135/UE¹⁶ e, poi, della direttiva 2014/59/UE, successivamente modificata dalla direttiva 2019/1023/UE¹⁷, la continuità aziendale e la prospettiva di risanamento, onde garantire la conservazione dei complessi aziendali e il loro recupero, soprattutto per il tramite di strumenti di allerta della crisi¹⁸.

¹⁴ L'entrata in vigore del CCII è stata posticipata dall'art. 5, comma 1, d.l. 8 aprile 2020, n. 23, convertito dalla legge 5 giugno 2020, n. 40, al 1 settembre 2021 e poi ulteriormente prorogata per la parte che qui rileva al 16 maggio 2022 dal decreto legge 24 agosto 2021, n. 118.

¹⁵ Tra i primi commenti v. G. PROIA, *La disciplina degli effetti della liquidazione giudiziale sui rapporti di lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, I, 4, 2019; P. ALBI, *Il diritto del lavoro e il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Dir. Merc. Lav.*, 2019, I, 1, 75 ss.; I. ALVINO, *Continuità aziendale, trasferimento d'azienda e tutela dell'occupazione nel nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2019, 4, 431; A. PRETEROTI, *Crisi d'impresa, insolvenza e rapporti di lavoro*, in G.SANTORO-PASSARELLI (diretto da), *Diritto e processo del lavoro, Privato e pubblico*, 2020, 1998 ss.; Id., *Degli effetti del fallimento e della nuova liquidazione giudiziale sui rapporti di lavoro*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2019, 65 ss.; ID., *Profili giuslavoristici nel sistema del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: sospensione del rapporto e tutele previdenziali, recesso del curatore e risoluzione di diritto*, in *Dir. Merc. Lav.*, 2019, 3; L. IMBERTI, *Liquidazione giudiziale e rapporti di lavoro subordinato nel codice della crisi d'impresa: una disciplina (molto) speciale per sospensione, subentro del curatore, recesso, risoluzione di diritto*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2019, 4, 457 ss.; G. LUDOVICO, *Il credito contributivo e la tutela previdenziale del lavoratore nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2019, I, 4; A. CAIAFA, *I rapporti di lavoro nel codice della crisi e dell'insolvenza*, Relazione del 20.02.2018 presso la S.S.M., in *Il nuovo diritto delle società*, 2018, 609 ss.

¹⁶ Raccomandazione n. 2014/135/UE del 12 marzo 2014 su un nuovo approccio al fallimento delle imprese e all'insolvenza nella quale l'obiettivo è quello di "incoraggiare gli Stati membri a istituire un quadro giuridico che consenta la ristrutturazione efficace delle imprese sane in difficoltà finanziaria e di dare una seconda opportunità agli imprenditori onesti, promuovendo l'imprenditoria, gli investimenti e l'occupazione e contribuendo a ridurre gli ostacoli al buon funzionamento del mercato interno".

¹⁷ Direttiva 2019/1023/UE che modifica la direttiva 2014/59/UE per quanto riguarda la capacità di assorbimento di perdite e di ricapitalizzazione degli enti creditizi e delle imprese di investimento e la direttiva 98/26/CE.

¹⁸ Di recente si veda il d.l. 24 agosto 2021 n. 118 convertito con modificazione dalla legge n. 21 ottobre 2021 n. 147 ha introdotto, in adeguamento alla direttiva 2019/23/UE, lo strumento della

E' grazie alle indicazioni fornite dal legislatore europeo che si assiste a quel cambio di paradigma tanto auspicato e nel quale la tutela dell'occupazione e il risanamento dell'impresa sono posti al centro degli obiettivi, costringendo così i due opposti interessi in gioco a dover finalmente dialogare in una prospettiva sincronica.

1.1. Le vicende circolatorie dell'impresa in crisi: delimitazione del tema di indagine

Nel vasto panorama delle tematiche che involgono la sorte dei rapporti di lavoro nella crisi d'impresa, le vicende circolatorie hanno costituito uno degli strumenti tipici¹⁹ di soddisfacimento dei creditori e al contempo di risanamento dell'attività aziendale²⁰. Non è un caso che all'interno della nuova normativa introdotta con il Codice della Crisi d'impresa e dell'Insolvenza di cui al d.lgs. 14 del 2019, il legislatore abbia deciso di porre l'attenzione anche su tale istituto, disciplinato, come noto, dall'art. 47 della legge n. 428/1990 ed oggetto specifico di questo studio.

Accanto a tale motivazione se ne accosta anche un'altra che assume, ormai, rilievo principale alla luce delle note vicende che hanno investito il sopracitato art. 47 il quale introduce una graduale erosione alle tutele apprestate all'art. 2112 c.c. inserendosi nella dinamica di adeguamento della disciplina italiana con

composizione negoziata della crisi e finalizzato al risanamento e agli strumenti di allerta della crisi d'impresa.

¹⁹ M. PERSIANI, *Interesse del lavoratore alla conservazione del posto e dissesto dell'impresa*, cit., 268.

²⁰ Le prime forme di tutele furono strettamente legate al riconoscimento della cassa integrazione guadagni grazie alla legge n. 675/1977 che ha ampliato l'ipotesi per farvi ricorso anche ai casi di crisi aziendale di particolare rilevanza sociale ed alla successiva legge n. 301/1979 che prevede un trattamento di integrazione salariale nel caso di licenziamento motivato per il fallimento dell'imprenditore. Cfr. M. MAGNANI, *Crisi d'impresa tra diritto del lavoro e mercato*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 348/2017, 8 e M. NICOLOSI, *Rapporti di lavoro e procedure liquidatorie dell'impresa*, op.cit. 46-51.

quella euro-unitaria i cui rispettivi angoli visuali non sono stati mai del tutto collimanti²¹. Infatti, a fronte di un iniziale silenzio serbato sia dal legislatore nazionale che da quello europeo con la direttiva n. 77/187/CE - durato sino alla direttiva 98/50/CE poi trasfusa nella n. 23/2001/CE - la disciplina è stata oggetto di una regolamentazione settoriale che ha trovato soltanto nel 1990 una disciplina generale di riferimento che non si inserisce all'interno della legge fallimentare, ma in una disposizione a sé stante suscitando le ambiguità di cui si dirà²².

Questa netta separazione tra disciplina del rapporto di lavoro e vicende circolatorie dell'impresa è stata oggetto, con la recente riforma, di un tentativo di raccordo, che ha avuto il pregio, per la prima volta, di aprire un vivace dialogo tra i due settori colmato con il richiamo operato dall'art. 191 all'art. 47 della l. 428/1990. Le vicende che hanno riguardato tale fenomeno verranno analizzate nel corso dell'elaborato, ponendo una particolare attenzione non solo al raccordo con la normativa di fonte eurounitaria, ma anche alla luce del CCII e, pertanto, del necessario coordinamento con la riforma delle procedure concorsuali.

2. Storia giuslavoristica dell'art. 47 della legge n. 428/1990 nel sistema della crisi di impresa

Con l'art. 47 della legge n. 428 del 1990²³ l'Italia non solo ha recepito la direttiva

²¹ Per un primo studio delle vicende circolatorie dell'impresa R. ROMEI, *Crisi d'impresa e garanzie dei crediti di lavoro*, 109; A. VALLEBONA, *Il trasferimento di azienda in crisi: agevolazioni per l'acquirente e tutela dei rapporti di lavoro*, in *Gion. dir. rel. ind.*, 1980, 269.

²² Cfr. G. SANTORO-PASSARELLI, *Il trasferimento d'azienda*, 1986, 597 ss.; S. MAGRINI, *La sostituzione soggettiva nel rapporto di lavoro*, Milano, 1980; M. GRANDI, *Le modificazioni del rapporto di lavoro*, I, Milano, 1972, 252 ss.; A. FONTANA, *La successione dell'imprenditore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1970.

²³ Sull'evoluzione della disciplina G. SANTORO-PASSARELLI, *Il trasferimento d'azienda rivisitato*, in *Mass. giur. lav.*, 1991, 464 ss.; M. DE LUCA, *Trasferimenti d'azienda e diritti dei lavoratori nell'ordinamento comunitario: inadempienze, adeguamento e prospettive nell'ordinamento italiano*, in *Dir. lav.*, 1991, 231 ss.; R. ROMEI, *La nuova legge sul trasferimento d'azienda: prime osservazioni*, in *Dir. lav.*, 1991, 585 ss.; G. SANTORO-PASSARELLI, *Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro*, Torino, 2004; G. ZILIO GRANDI, *Trasferimento d'azienda, outsourcing e successione di appalti, Impiego flessibile e mercato*

n. 77/187 in materia di mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di stabilimenti, ma ha tentato, con il comma 5, di porre fine a numerose questioni sorte sulle vicende circolatorie delle imprese in crisi e insolventi fornendo una prima risposta al legislatore comunitario tramite la formulazione di una norma generale²⁴. Fino a quel momento, infatti, il legislatore nazionale non aveva regolato in modo unitario la materia, consentendo anche ampie deroghe alle tutele apprestate dall'art. 2112 c.c. e ciò a causa del silenzio del legislatore sovranazionale, che non aveva provveduto a prevedere un sistema derogatorio nel caso di imprese in crisi²⁵.

A sopperire a tale lacuna è intervenuta la Corte di Giustizia con la sentenza *Abels*²⁶ riconoscendo in tal modo la possibilità di disapplicare la direttiva nel caso in cui trasferimento fosse avvenuto «nell'ambito di un procedimento fallimentare mirante, sotto il controllo della competente autorità giudiziaria, alla liquidazione dei beni del cedente»²⁷.

Ne conseguiva, pertanto, che la direttiva trovava piena applicazione nel caso in cui il trasferimento riguardasse una procedura concorsuale non liquidatoria e, dunque, volta alla continuazione dell'attività²⁸.

del lavoro, a cura di A. PERULLI, Torino, 2004, 45 ss.; G. SANTORO-PASSARELLI, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento d'impresa e di articolazione funzionalmente autonoma*, Torino, 2014.

²⁴ R. COSIO, *Le vicende dei rapporti di lavoro nelle aziende in crisi: modelli normativi a confronto*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1987, I, pag. 93 e segg. e R. ROMEI, *Crisi di impresa e garanzie dei crediti di lavoro*, Milano, 1990, pag. 109 e segg. Più in generale v. A. VALLEBONA, *Il trasferimento d'azienda in crisi: agevolazioni per l'acquirente e tutela dei posti di lavoro*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1980, 269 ss.

²⁵ Si fa riferimento in particolare al d.l. 30 marzo 1978, n. 80 (conv., con modif., dalla l. 26 maggio 1978, n. 215 nel quale l'art. 1, c. 3, consentiva la disapplicazione dell'art. 2112, comma uno, c.c. qualora in stato di crisi aziendale accertato dal CIPI vi fosse un accordo sindacale; si veda poi d.l. 9 dicembre 1986, n. 835 (conv., con modif., in l. 6 febbraio 1987, n. 19) che fissava norme per le imprese in crisi sottoposte ad amministrazione straordinaria, ma anche l'art. 5 del d.l. 9 dicembre 1981, n. 721 (conv. in l. n. 25/82), relativo all'attuazione del programma riguardante le società del gruppo Sir; l'art. 11 del d.l. 23 dicembre 1976, n. 857 (conv. in l. n. 39/1977), in tema di società assicurative.

²⁶ Corte di Giustizia 7 febbraio 1985, causa C-135/83, in *Foro It.*, 1986, IV, 111, col. 111 e ss.

²⁷ Corte di Giustizia 7 febbraio 1985, cit., p. 23.

²⁸ Corte di Giustizia 7 febbraio 1985, cit., pp. 27-30.

Tale principio, come si vedrà dettagliatamente, costituirà il punto centrale di tutta la disciplina che regola le vicende circolatorie dell'impresa, rappresentando non solo uno strumento di liquidazione del patrimonio, ma anche come uno strumento che ne consente il risanamento²⁹.

Nel frattempo il legislatore interno aveva introdotto l'art. 47 il quale prevedeva, originariamente, nel caso in cui il CIPI abbia accertato lo stato di crisi aziendale a norma dell'articolo 2, quinto comma, lettera c), della legge 12 agosto 1977, n. 675, o imprese nei confronti delle quali vi sia stata dichiarazione di fallimento, omologazione di concordato preventivo consistente nella cessione dei beni, emanazione del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa ovvero di sottoposizione all'amministrazione straordinaria, nel caso in cui la continuazione dell'attività non sia stata disposta o sia cessata e sia intervenuto un accordo circa il mantenimento *anche* parziale dell'occupazione "*ai lavoratori il cui rapporto di lavoro continua con l'acquirente non trova applicazione l'articolo 2112 del codice civile, salvo che dall'accordo risultino condizioni di miglior favore*"³⁰.

La disposizione, pertanto, consentiva in caso di crisi aziendale, la disapplicazione *tout court* delle tutele individuali derivanti dall'art. 2112 c.c. non solo nel caso in cui l'impresa fosse ormai sostanzialmente decotta e destinata alla liquidazione del patrimonio, ma anche nel caso in cui fosse beneficiaria dell'intervento della cassa integrazione guadagni³¹.

La norma, in altre parole, consentiva una deroga totale alle tutele

²⁹ G. GAUDIO, *Trasferimento d'azienda e crisi d'impresa: una eterogenesi dei fini da parte del legislatore italiano*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .it – 347/2017, 11.

³⁰ G. SANTORO-PASSARELLI, *Il trasferimento d'azienda rievocato*, in *Mass. giur. lav.*, 1991, 464 ss.

³¹ M. DE LUCA, *Salvaguardia dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda: funzione del diritto comunitario e della giurisprudenza della Corte di giustizia nella interpretazione ed applicazione della nuova disciplina nazionale (prime considerazioni sull'art. 47 della "legge comunitaria per il 1990")*, in *Foro It.*, 1991, IV, c. 289; M. MAGNANI, *Imprese in crisi nel diritto del lavoro*, in *Riv. it.dir.lav.*, 1991, I, 172 ss.; G. CONTALDI, *Sulla tutela dei lavoratori in diritto comunitario in caso di trasferimento di imprese soggette ad amministrazione straordinaria*, in *Giu.Civ.*, 1992, I, 1126 ss.; U. CARABELLI, *Alcune riflessioni sulla tutela dei lavoratori nei trasferimenti d'azienda: la dimensione individuale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, I, 41 ss.

apprestate dall'art. 2112 c.c. in presenza di un accordo sindacale e qualora sia stato accertato lo stato di crisi o di insolvenza, senza distinzione alcuna tra procedure volte alla liquidazione dei beni dell'impresa ed altre procedure concorsuali³².

La formulazione della norma, proprio per tale equiparazione, è sin dall'inizio risultata non appagante agli occhi della giurisprudenza comunitaria che a più riprese è tornata a sottolineare la non conformità della disciplina italiana³³.

La Corte di Giustizia con la nota sentenza *Spano*³⁴ ha dichiarato, infatti, la non conformità con la normativa europea poiché il procedimento di accertamento dello "stato di crisi aziendale" non presuppone quel controllo necessario e costante da parte della pubblica autorità in linea con quanto previsto dalla direttiva comunitaria³⁵.

Con la predetta sentenza i giudici di Lussemburgo precisano che la direttiva comunitaria 77/187 CEE consentiva la disapplicazione delle garanzie soltanto dinanzi ad una procedura concorsuale destinata ad avere come finalità la liquidazione del patrimonio aziendale e non nella diversa ipotesi di mero stato di crisi, il quale implica necessariamente la prosecuzione dell'attività e il risanamento dell'impresa (p. 26-28 e 29). Tra l'altro, neanche la previsione di un accordo stipulato dalle parti collettive potrebbe giustificare una deroga ai

³² Per una ricostruzione della nozione di insolvenza nel nostro ordinamento F. PACILEO, *Continuità e solvenza nella crisi d'impresa*, Milano, 2017, 163 e ss.

³³ M. DE LUCA, *Salvaguardia dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda: funzione del diritto comunitario e della giurisprudenza della Corte di giustizia nella interpretazione ed applicazione della nuova disciplina nazionale – Prime considerazioni sull'art. 47 della "legge comunitaria per il 1990"*, in *Foro it.*, 1991, IV, 288.

³⁴ cfr. Corte di Giustizia 7 dicembre 1995, causa C-472/93, *Foro it.*, 1996, IV, 205 ss. nt. R. COSIO; in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1996, II, pag. 261 nt. P. LAMBERTUCCI, in *Mass. Giur. Lav.*, 1996, 225 ss.; nt. R. ROMEL, in *Dir. Lav.*, 1996, II, 123 ss. nt. A. CAIAFA.

³⁵ Corte di Giustizia 7 dicembre 1995, causa C-472/93, cit., spec. pp. 29 e 36

principi contenuti nella direttiva di prima generazione (p. 31)³⁶.

Tuttavia, all'esito della predetta interpretazione, il legislatore italiano non ha provveduto a modificare l'art. 47, la cui formulazione è rimasta invariata, iniziando invece quello che è stato definito dalla dottrina un "dialogo tra legislatore e Corti"³⁷ ravvivato dall'emanazione della direttiva 98/50 CE³⁸, poi trasfusa in nella 2001/23.

Se inizialmente il dibattito più intenso ha avuto ad oggetto l'impatto della sentenza *Spano* nell'ordinamento nazionale - alla cui domanda la Suprema Corte³⁹ ha ritenuto che la direttiva comunitaria non potesse trovare applicazione nei rapporti tra privati e che non fosse altresì possibile una interpretazione adeguatrice - successivamente l'attenzione si è spostata sulla nuova regolamentazione introdotta dal legislatore europeo in tema di trasferimento di impresa in crisi, rompendo così il silenzio serbato in passato⁴⁰.

La direttiva 2001/23/CE, invero, detta agli artt. 2, 3 e 4 le tutele garantite ai lavoratori nel caso di trasferimento di azienda *in bonis* e, all'art. 5 introduce invece un apparato derogatorio⁴¹.

³⁶ Anche se relativa al diritto belga riprende le medesime argomentazioni la sentenza della Corte di Giustizia 12.3.1998, C-319/94, *Dassy*.

³⁷ R. COSIO, *Il trasferimento dell'impresa in crisi*, op. cit. 141.

³⁸ Per un commento alla direttiva 98/50/CEE: U. CARABELLI, *Trasferimenti dell'azienda: la nuova Direttiva europea. Una riflessione su alcuni possibili punti di contrasto con la normativa italiana*, 1998, 21, 5 ss.; A. PIZZOFERRATO, *I riflessi della direttiva 98/50/CE nell'ordinamento italiano*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1999, 463 ss.; R. ROMEI, *Cessione di ramo di azienda e appalto*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1999, 216; L. MENGHINI, *L'attenuazione delle tutele individuali dei lavoratori in caso di trasferimento di azienda di impresa in crisi o soggetta a procedure concorsuali dopo la direttiva 50/98 e il d.lgs. 270/99*, in *Riv. giur. lav.*, 2000, 208 ss.; V. VILLANI, *Trasferimento d'azienda. Profili di diritto del lavoro e della previdenza sociale*, Utet, 2000, 130 ss.

³⁹ Cfr. Cass. 21 marzo 2001, n. 4073; Cass. 16 maggio 2002, n. 7120. *Contra* P. LAMBERTUCCI, *La disciplina del trasferimento di azienda in crisi al vaglio della Corte di Giustizia*, in *Riv. it. Dir. Lav.*, 1996, II, 274.

⁴⁰ M.L. SERRANO, *Il trasferimento dell'azienda in crisi tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale: ultimo atto?*, in *Riv. Giu. Lav.*, 2010, n. 3, I, p. 331.

⁴¹ G. SANTORO-PASSARELLI, *Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro*, Torino, 2004; ID., *Trasferimento dell'impresa: un delicato compromesso tra tutela degli interessi individuali dei lavoratori, mercato del lavoro e sviluppo economico*, in *Arg. dir. lav.*, 2005, 3, 711 ss.; G. ZILIO GRANDI, *Trasferimento d'azienda, outsourcing e successione di appalti*, in *Impiego flessibile e mercato del lavoro*, a

In particolare l'art. 5 par. 1 prevede che non si applicano gli articoli 3 e 4 (mantenimento dei diritti dei lavoratori e divieto di licenziamento) ove il trasferimento dell'impresa o di una sua parte avvenga: a) all'interno di una procedura fallimentare o di altra analoga procedura finalizzata alla liquidazione dei beni del cedente; b) a condizione che la procedura si svolga sotto il controllo di un'autorità pubblica, (controllo che dovrà essere, in base all'interpretazione fornita dalla giurisprudenza, penetrante)⁴².

Nel secondo blocco, l'operatività degli artt. 3 e 4 può essere derogata qualora sussistano una serie di condizioni. La prima è che il cedente si trovi sottoposto ad una procedura di insolvenza anche se non finalizzata alla liquidazione dei beni e che tale procedura sia sottoposta al controllo di un'autorità pubblica.

La terza è invece più complessa. Si prevede infatti che l'art. 3 comma 1 - che impone il subentro del cessionario al cedente nei diritti e negli obblighi derivanti da un contratto di lavoro - possa non trovare applicazione ove lo Stato membro abbia predisposto dei meccanismi di tutela "almeno equivalenti" a quelli previsti dalla Direttiva 80/987/CEE⁴³. Alternativamente, la direttiva prevede che cessionario, cedente e rappresentanti sindacali possano convenire "modifiche delle condizioni di lavoro dei lavoratori intese a salvaguardare le opportunità occupazionali garantendo la sopravvivenza dell'impresa" o di parte di essa.

Infine, il par. 3 dell'art. 5 consente la deroga, ma soltanto alle condizioni di lavoro, qualora il cedente sia uno stato di grave crisi economica, sia dichiarata

cura di A. PERULLI, Torino, 2004, 45 ss.; R. DE LUCA TAMAJO, *Diritto del lavoro e decentramento produttivo in una prospettiva comparata: scenari e strumenti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, I, 3 ss.; R. DE LUCA TAMAJO - M. T. SALIMBENI, *Il trasferimento d'azienda*, in *I contratti di lavoro*, tomo I, in *Trattato dei contratti*, a cura di A. VALLEBONA, Utet, 1821 ss..

⁴² Corte di Giustizia sentenza 22 giugno 2017 C-126/16 p. 55.

⁴³ La direttiva 80/987/CEE del Consiglio, del 20 ottobre 1980, concerne il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative alla tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro.

da un'autorità pubblica competente e sia aperta al controllo giudiziario, a condizione che tali disposizioni fossero già vigenti nel diritto nazionale il 17 luglio 1998⁴⁴.

Tale ultima precisazione risulta dirimente se letta con le successive vicende che hanno interessato l'art. 47. Infatti, la difformità delle due previsioni non è rimasta nascosta alla Corte di Giustizia che con la sentenza n. 11 giugno 2009, causa C-561/07⁴⁵ ha dichiarato la disciplina italiana in contrasto con l'art. 5 della direttiva comunitaria proprio perché l'art. 47, comma 5, della l. n. 428/1990 come formulato, consentiva la disapplicazione della regola del trasferimento alla cessionaria dei rapporti di lavoro senza distinguere tra procedure di insolvenza con finalità liquidatoria o meno⁴⁶.

Al centro delle argomentazioni adottate dalla giurisprudenza comunitaria si attesta la modalità e gli obiettivi della procedura di insolvenza, che ove non finalizzata alla liquidazione non consente di derogare al principio di continuità dei rapporti di lavoro⁴⁷.

Quello che può notarsi, in relazione all'evoluzione della disciplina nazionale in relazione al trasferimento di azienda è che a fronte dell'evolversi

⁴⁴ Per i primi commenti P. LAMBERTUCCI, *Trasferimento di azienda e problemi occupazionali*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2010, 2, pag. 403. L. MENGHINI, *L'attenuazione delle tutele individuali dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda di impresa in crisi o soggetta a procedure concorsuali dopo la direttiva 50/98 e il d.lgs. 270/99*, op. cit., pag. 299; R. DE LUCA TAMAJO-M.T. SALIMBENI, *Il trasferimento d'azienda*, a cura di M. BROLLO, *Il mercato del lavoro*, VI, in M. PERSIANI, *Trattato di diritto del lavoro*, diretto da F. CARINCI, Padova, 2012, 1498 ss.

⁴⁵ Corte di Giustizia sentenza 11 giugno 2009, causa C-561/07 *Commissione c. Repubblica Italiana*, in *Lav. Giur.*, 2009 nt. R. COSIO; in *Dir. rel. ind.* 2009, 843 nt. V. NUZZO; in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, 2, 212 nt. C. CESTER; in *Orient. giur. lav.*, 2009, III, 4, nt. A. CORRADO, in *Dir. fall.* 2010, II, 153 nt. A. CAIAFA; in *Arg. dir. lav.*, 2009, 1339 nt. I. INGLESE; in *Dir. merc. lav.*, 1-2, 2009, 347 ss., nt. F. PONTE; critico per v. C. CESTER, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, 1, 232 ss.

⁴⁶ Impostazione questa che accompagnerà anche le sentenze future: Peraltro, questa impostazione è stata più volte ribadita. Da ultimo si veda Corte di Giustizia 16 maggio 2019, *Christa Plessers c. Prefaco nv e Belgische Staat*, causa C-509/17, in *For. it.*, 2019, n. 6, IV, c. 282, con nota di A.M. PERRINO, *La forza della chiarezza e le incrostazioni delle ambiguità in tema di tutela dei lavoratori e trasferimento d'azienda d'imprenditore in crisi o insolvente, tra passato e futuro*.

⁴⁷ A. PRETEROTI, *Il principio di continuità dei rapporti di lavoro nella disciplina del trasferimento d'azienda in crisi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2018, n. 3, I, 447 ss.

della disciplina comunitaria, sia sul piano interpretativo che su quello normativo, quella interna è invece rimasta immutata, guardando impassibile le vicende sovranazionali⁴⁸.

2.1. (Segue) Dinamiche di adeguamento dell'ordinamento italiano a quello europeo e recenti conferme dalla giurisprudenza italiana

Alla luce della condanna inflitta dalla Corte di Giustizia, il legislatore nazionale è stato costretto a tornare sui suoi passi e con l'art. 19 *quater* della legge 20 novembre 2009, n. 166 ha modificato l'articolo 47 prevedendo una duplice disciplina derogatoria⁴⁹.

In primo luogo, introduce il comma 4-*bis*: *"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'articolo 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."*

La disposizione di nuovo conio si caratterizza per prevedere una disciplina inversa rispetto a quella del comma 5: se nel comma 5 opera la disapplicazione dell'art. 2112 c.c., salvo che l'accordo sindacale non preveda condizioni di miglior favore, nel comma 4 *bis*, invece, l'art. 2112 c.c. trova espressa

⁴⁸ Per un commento alla disciplina R. DE LUCA TAMAJO - M. T. SALIMBENI, *Il trasferimento d'azienda*, in *Il mercato del lavoro*, a cura di M. BROLLO, *Tratt CP*, vol. VI, *Il mercato del lavoro*, 2012, 1454 ss.; G. SANTORO-PASSARELLI, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento d'impresa e di articolazione funzionalmente autonoma*, Giappichelli, 2014.

⁴⁹ Il legislatore è intervenuto dapprima con l'art. 19-*quater*, co. 1, lett. a), d.l. n. 135/2009, convertito con modificazioni con l. n. 166 del 2009, poi modificata dall'art. 46, co. 2, d.l. n. 83 del 2012, convertito con modificazioni dalla l. n. 134 del 2012.

applicazione “nei termini e con le limitazioni previste dall’accordo medesimo”. Tale ultimo inciso, unitamente al riferimento al “mantenimento, anche parziale, dell’occupazione” hanno destato sin da subito le maggiori perplessità⁵⁰, in particolare qualora si ritenga possibile derogare anche al principio di continuità dei rapporti di lavoro⁵¹.

Dall’angolo prospettico dell’art. 47 la situazione è dunque apparsa più che controversa essendo intercorse in dottrina⁵² diverse posizioni che hanno sia condannato che assecondato la nuova dicitura. Nel mezzo non sono mancate anche le tesi che hanno sostenuto la necessità di una rimessione alla Corte costituzionale della disposizione⁵³ facendo leva sull’art. 117 Cost. quale parametro interposto. Tale nuova disposizione ha suscitato, infatti, sin da subito opposte reazioni dividendosi la dottrina tra i fautori che ritengono la disposizione conforme al diritto comunitario, facendo leva su interpretazione

⁵⁰ P. TOSI, *Circolazione dell’impresa in crisi e interpretazione comunitariamente orientata dell’art. 47, comma 4-bis*, L. n. 428/1990, in *Lavoro Diritti Europa*, 2018, n. 2, p. 8, il quale ha ritenuto la necessità che la normativa fosse sottoposta al vaglio della Corte costituzionale.

⁵¹ M. MARAZZA, *La circolazione del patrimonio aziendale e gli effetti sui contratti di lavoro*, op. cit., 43 ss.

⁵² V. ANNIBALLI, *Il trasferimento di «ramo d’azienda» nel fallimento e nell’amministrazione straordinaria: compatibilità della disciplina italiana con la normativa europea*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, 359 s.; P. LAMBERTUCCI, *Trasferimento d’azienda e problemi occupazionali*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2010, 407, secondo cui la direttiva europea autorizza solo le modifiche alle «condizioni di lavoro», senza toccare il principio di continuità dei rapporti di lavoro; M.L. SERRANO, *Il trasferimento dell’azienda in crisi tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale: ultimo atto?*, in *Riv. giur. lav.*, 2010, 350 ss.; V. NUZZO, *Sul trasferimento di aziende in crisi: cronaca di una condanna annunciata*, in *Dir. rel. ind.*, 2009, 3, 843; C. CESTER, *Due recenti pronunzie della Corte di giustizia europea in tema di trasferimento d’azienda. Sulla nozione di ramo d’azienda ai fini dell’applicazione della direttiva e sull’inadempimento alla stessa da parte dello Stato italiano nelle ipotesi di deroga per crisi aziendale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, II, 243 s.; M.T. CARINCI, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento d’azienda e di ramo*, Torino, 2013, 223. *Contra*, I. INGLESE, *Il trasferimento dell’azienda in crisi di nuovo al vaglio della Corte di giustizia*, in *Arg. dir.lav.*, 2009, 1353, secondo cui «l’indirizzo della Corte di giustizia, nell’impedire il ricorso alle deroghe che rendono possibile il trasferimento dell’azienda, finisce per determinare una situazione meno favorevole per i lavoratori».

⁵³ Cfr. R. COSIO, *Il trasferimento dell’impresa in crisi*, in R. COSIO-G. VIDIRI (a cura di) *Il trasferimento di impresa in Italia nel quadro del diritto dell’Unione europea*, Giuffrè, 2019, 137; P. TOSI, *Luci e ombre dell’inedito coordinamento tra diritto del lavoro e diritto fallimentare (ora diritto della liquidazione giudiziale)*, in *Arg. dir.lav.*, 2020, 1, par. 5.

conforme alla direttiva⁵⁴, e chi invece ritiene la normativa ancora una volta in contrasto poiché sarebbe consentita una deroga al principio di continuità dei rapporti di lavoro⁵⁵. La disposizione tra l'altro ha suscitato altre incertezze afferenti da un lato alla efficacia degli accordi e ai soggetti abilitati a stipularli, dall'altra, all'ambito soggettivo di applicazione della norma che fa riferimento, al primo comma, alla soglia dei 15 dipendenti⁵⁶.

Tra l'altro, successivamente, l'ambito di applicazione soggettivo della disposizione è stato ulteriormente esteso essendo stato previsto al comma 4-*bis* il riferimento al concordato preventivo e alla ristrutturazione dei debiti⁵⁷ inserendo così, quanto alla prima procedura, una diversità a seconda della finalità che la stessa persegue.

Inoltre, ad avviso di alcuni, nel comma 4-*bis*, il riferimento ancora contenuto all'accertamento dello stato di crisi aziendale risulterebbe in contrasto con la direttiva comunitaria poiché, non sarebbe assimilabile ad «una procedura fallimentare o di una procedura di insolvenza analoga aperta in vista della liquidazione dei beni del cedente stesso»⁵⁸.

Tuttavia, la lettura prevalente è stata quella che ha aderito ad una interpretazione conforme alla direttiva comunitaria e che si ritiene condivisibile⁵⁹, tra l'altro fatta propria dalla Suprema Corte di Cassazione nella nota vicenda del caso Alitalia.

⁵⁴ A. PRETEROTI, *Il principio di continuità*, cit., 460; P. LAMBERTUCCI, *Circolazione d'impresa e rapporti di lavoro*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2018, n. 1, I, 32; *Contra*, per una disapplicazione R. BOLLINI, *Protezione del lavoro nel trasferimento d'azienda: il d.l. 135/2009 e il c.d. «caso Alitalia» alla luce della disciplina comunitaria* (nota a C. giust. causa C-561/07, cit.), in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2010, n. 2, II, 344.

⁵⁵ A.M. PERRINO, *Il trasferimento dell'impresa insolvente*, in R. COSIO-G. VIDIRI (a cura di) *Il trasferimento di impresa in Italia nel quadro del diritto dell'Unione europea*, Milano, 2019, 169.

⁵⁶ Per una disamina alla luce della nuova normativa si rinvia al capitolo 2.

⁵⁷ Cfr. lett. b-bis; b-ter introdotte dall'art. 46-*bis*, comma 2, d.l.n. 83/12, conv. in l. n. 134/12.

⁵⁸ R. BOLLINI, *Protezione del lavoro nel trasferimento d'azienda: il d.l. 135/2009 e il c.d. «caso Alitalia» alla luce della disciplina comunitaria* (nota a C. giust. causa C-561/07, cit.), in *Riv.it.dir.lav.*, 2010, n. 2, II, p. 344.

⁵⁹ A. PRETEROTI, *Il principio di continuità*, cit., 460.

Con le sentenze nn. 10415 e 10414 del 1 giugno 2020 la Suprema Corte⁶⁰ è stata chiamata ad affrontare la tematica inerente l'interpretazione dell'art. 47 alla luce della nuova formulazione intercorsa a seguito della riforma del 2009⁶¹.

Le pronunce in esame, al di là del singolo caso specifico, hanno avuto il pregio di ripercorrere le tappe fondamentali che hanno permesso di accogliere una interpretazione adeguatrice, argomento anche sulla *ratio legis* della disposizione volta a conformarsi alle indicazioni della Corte di Giustizia⁶².

Il dato dirimente, tuttavia, che ad avviso dei giudici consente di confermare la conformità della norma al diritto comunitario sta nella netta distinzione tra le ipotesi di cui al comma 4-*bis* e quella di cui al comma 5. Soltanto nel comma 5, infatti, si sancisce a chiare lettere la non applicazione del disposto di cui all'art. 2112 c.c. e che, in base a quanto contenuto nell'art.5 della direttiva 23/2001, la deroga prevista all'art. 47, comma 4-*bis*, debba essere interpretata in relazione alle "sole condizioni di lavoro"⁶³.

Inoltre, la Corte valorizza anche la normativa introdotta dal CCII che sul punto ha completamente riscritto la disciplina e sulla quale si dedicherà il presente lavoro.

2.2. Il difficile coordinamento tra le norme lavoristiche sul trasferimento di azienda e la disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi

⁶⁰ Cfr. Cass. 1° giugno 2020, n. 10414 e 10415, in *Lavoro Diritti Europa*, 2020, n. 3, con nota di R. COSIO, *Il trasferimento dell'impresa in crisi nell'ordinamento complesso*; Ma anche Cass. 17 agosto 2020, n. 17193, 17194, 17195, 17197, 1798, 17199, 17201 e 17202, in *DeJure* e più di recente.

⁶¹ Per i primi commenti cfr. M. A. IMPICCIATORE, *Il trasferimento dell'azienda in crisi: la Cassazione pone fine a ogni dubbio?*, in *Riv. giur. lav.*, 2020, 4, 589; M. MASERATI, *Il principio di continuità dell'occupazione nel trasferimento di azienda in crisi: il caso Alitalia*, in *Dir. Relaz. Ind.*, fasc.1, 2021, 243. Sulla nota vicenda Alitalia per un commento alla giurisprudenza precedente S. BRUN, *Trasferimento di azienda e licenziamento collettivo: la tutela dell'occupazione e lo spirito "disatteso" delle recenti riforme*, in *Arg. dir. lav.*, 2, 2016, 358 ss.;

⁶² In dottrina in particolare A. PRETEROTI, *Il principio di continuità dei rapporti*, cit., 2019, 456-457.

⁶³ A. PRETEROTI, *Il principio di continuità*, cit., 457.

Accanto alla disciplina generale del trasferimento di azienda, il nostro ordinamento ha introdotto un ulteriore apparato derogatorio relativo alla crisi dei grandi complessi aziendali⁶⁴.

Trattasi della procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese la cui disciplina non ha trovato una sua "sede" ideale essendo stata regolamentata sempre tramite leggi speciali. Quanto poi alle ipotesi di cessione si è passati dapprima ad una regolamentazione strettamente legata al diritto concorsuale, successivamente nell'art. 47 ed, infine, tramite una regolamentazione concorrente tra disciplina speciale e generale che suscita tutt'oggi, notevoli problemi interpretativi che devono scontrarsi finanche con la disciplina euro-unitaria⁶⁵.

Stante le difficoltà di individuare oggi la disciplina primaria in tema di trasferimento di azienda nell'ambito dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi, deve darsi conto del processo evolutivo che ha investito la vicenda in esame. Si fa riferimento in primo luogo alla l. n. 95/1979 (c.d. Prodi) integrata con il d.l. 23 gennaio 1993, n. 17 (convertito con modificazioni dalla l. 25 marzo 1993, n. 80). In particolare, l'art. 3, comma uno consentiva la disapplicazione dell'art. 2112. c.c. per quei lavoratori che fossero stati esclusi dal passaggio all'acquirente all'atto del trasferimento, e che fossero passati alle sue dipendenze in un momento successivo, e non anche quelli che passavano contestualmente alla cessione, purché però il subentrante si fosse obbligato alla continuazione dell'attività per almeno due anni dalla cessione e al mantenimento di precisi livelli occupazionali.

Tuttavia, la disapplicazione delle tutele non passò indenne dalle censure della

⁶⁴ M. D'ANTONA, *Pubblici poteri nel mercato del lavoro, amministrazioni e contrattazione collettiva nella legislazione recente*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 20, 1987, 239.

⁶⁵ L. FICARI, *I lavoratori nella grande impresa insolvente*, Torino, 2003.

Corte di Giustizia con la nota sentenza *D'Urso*⁶⁶. In particolare, nella predetta pronuncia i giudici europei avevano ritenuto che sebbene la procedura di amministrazione straordinaria richiamasse la disciplina della liquidazione coatta amministrativa, l'istituto si caratterizzava per avere una doppia anima⁶⁷ poiché il decreto che ne disponeva l'apertura poteva anche prevedere la continuazione dell'attività⁶⁸.

Inoltre, in presenza di un procedimento concorsuale come quello in commento, non è possibile intervenire sulla continuità giuridica dei rapporti di lavoro, trattandosi di un procedimento che mira al risanamento del complesso aziendale in chiave conservativa⁶⁹.

La precisazione risulterà dirimente nell'analisi della disciplina del trasferimento di azienda nell'ambito della procedura di amministrazione straordinaria perchè la finalità della procedura non si pone in una direzione univoca, destando ancora rilevanti incertezze interpretative⁷⁰.

Sta di fatto che poi il legislatore ha abrogata la legge Prodi ed ha introdotto il d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270 che costituisce la disciplina generale di riferimento

⁶⁶ Corte di giustizia Ue 25 luglio 1991, causa C-362/89, *D'Urso*.

⁶⁷ Corte di giustizia Ue 25 luglio 1991, causa C-362/89, *D'Urso*, p. 32.

⁶⁸ L'avvocato generale invece aveva sostenuto l'esclusione della procedura di amministrazione straordinaria dalla direttiva di prima generazione in base all'assimilazione tra amministrazione e fallimento, poiché anche per l'amministrazione straordinaria doveva sussistere lo stato di insolvenza e doveva svolgersi sotto il controllo del giudice cfr. G.CONTALDI, *Sulla tutela dei lavoratori in diritto comunitario in caso di trasferimento di imprese soggette ad amministrazione straordinaria*, in *Gius. civ.*, 5, 1992, 1132.

⁶⁹ Sulla finalità della procedura si veda l'art. 1 della legge n. 270/1999 che proclama la finalità conservativa del patrimonio aziendale. Tuttavia vale la pena anticipare che la disciplina ivi contenuta contiene al suo interno una vasta gamma di norme che mettono in crisi tale impostazione, partendo dal suo presupposto applicativo, e cioè la dichiarazione di insolvenza.

⁷⁰ È da sottolineare ad ogni modo che la relazione alla legge n. 95/1979 affermava come lo scopo della procedura era quella "di salvare le parti sostanzialmente sane dell'impresa o del gruppo di imprese, trasferendone la proprietà dall'imprenditore vecchio ad uno nuovo, cui però non si trasferiscono i debiti". V. MENGHINI, *I contratti di lavoro*, cit., 490 ss.. G. VILLANI, *Trasferimento di azienda*, cit., 145; A. PIZZOFERRATO, *Il trasferimento d'azienda nelle imprese in crisi*, cit., 159.

poichè non è stata riformata dal Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza⁷¹.

Inoltre, con la normativa in esame sembrava essersi risolta pure la questione relativa all'ambito di operatività della condizione della mancata continuazione dell'attività o della sua cessazione, contenuta nel comma 5 dell'art. 47, ritenendo che la stessa andasse riferita alla sola amministrazione straordinaria, e non a tutte le altre procedure concorsuali⁷².

Tuttavia, è bene sin da subito precisare che la disciplina generale non è sempre risultata efficace, con particolare riferimento a fattispecie particolari di complessi aziendali più grandi per i quali il legislatore è intervenuto con apposite disposizioni⁷³.

La normativa, tra l'altro, ha subito numerose varianti non solo relativamente alla procedura dedicata per le ipotesi in cui l'attività espletata abbia ad oggetto servizi pubblici - c.d. legge Marzano d.l. 23 dicembre 2003, n. 347, convertito con modificazione, dalla l. 18 febbraio 2004, n. 39 - ma anche con numerosi e successivi provvedimenti che si sono andati ad innestare e/o ad affiancare alla disciplina generale⁷⁴.

In particolare con quest'ultima normativa il legislatore ha ancora di più valorizzato la prospettiva di continuità tant'è che fu inserito all'art. 27 del d.lgs. 270/1999 un particolare programma di cessione dei beni per le società eroganti

⁷¹ V. ANIBALLI, *Il trasferimento di "ramo d'azienda" nel fallimento e nell'amministrazione straordinaria: compatibilità della disciplina italiana con la normativa europea*, cit., 371.

⁷² Cfr. V. NUZZO, *Trasferimento di azienda e rapporto di lavoro*, cit., 163 ss.. Nel senso di associare la condizione della mancata continuazione dell'attività o della sua cessazione alla sola amministrazione straordinaria, v. G. VILLANI, *Il trasferimento di azienda*, cit., 144; S. NAPPI, *Negozi traslativi dell'impresa e rapporti di lavoro*, cit., 343 ss.. In giurisprudenza, cfr. Cass. 13 novembre 2009, n. 24093; Cass. 21 marzo 2001, n. 4073.

⁷³ Si fa riferimento così alla c.d. legge Marzano (d.l. 23 dicembre 2003, n. 347, conv., con modif, dalla l. 18 febbraio 2004, n. 39 - c.d. decreto Parmalat), alla c.d. legge Marzano bis (d.l. 29 novembre 2004, n. 281, conv. dalla l. 28 gennaio 2005, n. 6 - c.d. decreto Volare) e, infine, alla c.d. legge Marzano ter (d.l. 28 agosto 2008, n. 134, conv., con modif, in l. 27 ottobre 2008, n. 166 - c.d. decreto Alitalia) e più di recente il d.l. 73 del 25 maggio 2021.

⁷⁴ Cfr. A. CAIAFA, *Procedure concorsuali di gestione della crisi e rapporti di lavoro*, in *Dir. prat. Lav.*, Ipsoa, 2011, 33, 1934.

servizi pubblici essenziali⁷⁵.

Infatti, con la legge Marzano era stata introdotta una specifica disciplina per le imprese che operano nei servizi pubblici essenziali prevedendo non solo un procedimento più snello, ma anche la non necessità del raggiungimento di un accordo con le organizzazioni sindacali nell'ambito delle consultazioni ex art. 47 l. n. 428/1990, tant'è vero che il commissario liquidatore e il cessionario, esaurite infruttuosamente le stesse, possono in ogni caso concordare autonomamente l'oggetto del trasferimento.⁷⁶

In tale modo la prospettiva di risanamento dell'impresa assume, almeno dichiaratamente, valore preminente e la circolazione dell'impresa e dei suoi rami si atteggiano a strumenti finalizzati al risanamento della stessa.

Tant'è che è stato affermato come *“l'amministrazione e lo sfruttamento dell'organizzazione dei beni non possono mai discostarsi dal fine tipico, che si sostanzia, oltre che nella possibilità di una liquidazione più proficua e vantaggiosa del bene, anche nella mera conservazione dello stesso”*⁷⁷.

Sta di fatto che le numerose normative intervenute anche di recente⁷⁸, hanno messo a dura prova l'interprete in ordine al concreto atteggiarsi della procedura dell'amministrazione straordinaria stante, come si vedrà, la doppia anima che muove la procedura.

3. La collocazione del sottosistema del trasferimento di azienda nel sistema dell'impresa in crisi e dell'insolvenza alla luce del d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14.

⁷⁵ Si fa riferimento all'art. 27 lett. b-bis del d.lgs. 270/1999.

⁷⁶ M. MISCIONE, *Dialoghi di Diritto del lavoro*, Milano, 2010, 74 ss.

⁷⁷ Cfr. A. CAIAFA, *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2009, 23, 1362.

⁷⁸ Si pensi alla recente vicenda del trasferimento da Alitalia ad Ita per il quale il legislatore è espressamente intervenuto, cfr. l'art. 11 quater del d. l. n. 73/2021

Se il sistema della crisi d'impresa costituisce già di per sé un settore a parte, dotato di regole sue proprie⁷⁹, all'interno di questo il trasferimento di azienda si pone a sua volta come un sottosistema⁸⁰ nel quale la regolamentazione subisce una significativa deviazione rispetto alla normativa generale, sganciato sia dalla normativa giuslavoristica che da quella fallimentare. Una conferma ne deriva non solo dalla ricostruzione dell'istituto che si è avuto modo di ripercorrere nei paragrafi precedenti, ma anche dalla nuova regolamentazione introdotta dal CCII⁸¹.

In particolare, l'art. 191 in modo sintetico statuisce che *“Al trasferimento di azienda nell'ambito delle procedure di liquidazione giudiziale, concordato preventivo e al trasferimento d'azienda in esecuzione di accordi di ristrutturazione si applica l'articolo 47 della legge 29 dicembre 1990, n. 428, l'articolo 11 del decreto-legge 23 dicembre 2013, n. 145, convertito nella legge 21 febbraio 2014, n. 9 e le altre disposizioni*

⁷⁹ Consapevole di tale specialità è già la giurisprudenza comunitaria che a partire dalla sentenza Corte Giustizia 7 febbraio 1985, *Abels* C.135-83 afferma al p. 15 *“il diritto fallimentare è caratterizzato da procedimenti speciali che hanno ad oggetto il contemperamento dei vari interessi, in particolare di quelli delle diverse categorie di creditori, il che implica in tutti gli stati membri l'esistenza di norme specifiche il cui effetto può essere una deroga, quantomeno parziale, ad altre disposizioni, di carattere generale, fra le quali le disposizioni del diritto previdenziale”*

⁸⁰ S. BELLOMO, *Crisi e strumenti di salvaguardia della continuità aziendale e dell'occupazione nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: uno sguardo d'insieme*, in *Dir. Merc. lav.* 2, 2021, 285; R. ROMEL, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento di azienda. Commentario. Art. 2112 c.c.*, P. Schlesinger, (diretto da) Milano, 1993, 213, ult.ed. 2020, p.; R. COSIO, *Discipline del trasferimento d'azienda*, Milano 1995, più di recente Id., *Il trasferimento dell'impresa in crisi*, in R. COSIO-G. VIDIRI (a cura di) *Il trasferimento d'impresa in Italia nel quadro del diritto dell'Unione europea*, Milano, 2019, 140; M. MAGNANI, *Crisi d'impresa tra diritto del lavoro e mercato*, op. cit., 11; M. MARAZZA, *La circolazione del patrimonio aziendale e gli effetti sui contratti di lavoro*, op. cit., 45.

⁸¹ Per una disamina complessiva A. PRETEROTI, *Il Trasferimento di azienda in crisi*, in G. SANTORO-PASSARELLI (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale, Privato e Pubblico*, 2020, Utet, 1845 ss.; P. LAMBERTUCCI, *La disciplina dei rapporti di lavoro nel trasferimento dell'impresa sottoposta a procedure concorsuali: prime note sul Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza del 2019*, in *Riv. it. Dir.lav.*, 2019, I, 149 ss.; I. ALVINO, *Continuità aziendale, trasferimento d'azienda e tutela dell'occupazione nel nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Riv. it. Dir. lav.*, 4, 2019; L. LOREA, *La disciplina del trasferimento di azienda in crisi alla luce del nuovo “Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza”*, in *Dir. Merc. lav.*, 2019, 2, 507 ss.; M. NOVELLA, *Trasferimento d'azienda. Commento all'art. 47 L. n. 428/1990*, in *Codice Commentato del Lavoro*, a cura di R. DEL PUNTA-F. SCARPELLI, 2020, 1333 ss.

vigenti in materia”.

Si avrà modo più avanti di soffermarsi sul contenuto della disposizione, per il momento basti qui rilevare che la tecnica utilizzata dal legislatore consiste in un mero rimando all’art. 47 della l. 428/1990 che regola le vicende circolatorie dell’impresa.

La scelta del legislatore, di non regolamentare espressamente la materia del trasferimento di azienda all’interno del CCII conferma quanto affermato poc’anzi, consacrando così la sua disciplina "speciale".

Ciò non significa che il legislatore si sia disinteressato dell’istituto, il quale, al contrario è stato profondamente modificato ad opera dell’art. 368 in attuazione della lett. p) dell’art. 2 e dell’art. 7, comma 7 della legge delega n. 155/2017.

Gli obiettivi della riforma nascono non solo dalle esigenze di coordinamento tra le due discipline, ma anche dalla necessità di adeguare e porre fine ai timori di una nuova condanna da parte della Corte di Giustizia anche se ormai scongiurata dalle recenti pronunce della Suprema Corte⁸².

La riforma del 2009, in effetti, aveva destato perplessità soprattutto per quanto concerne la formulazione del comma 4-*bis* che sembrava consentire la possibilità di un passaggio “parziale” dei lavoratori disattendendo quanto invece previsto dalla direttiva comunitaria all’art. 5.

Si può affermare ancora oggi, tuttavia, che l’art. 47, sebbene le alterne vicende e le plurime modifiche di cui è stato oggetto, ha costituito il punto di equilibrio e di raccordo tra la disciplina lavoristica e quella concorsuale con il quale nel corso nel tempo si è preso atto di una necessaria valorizzazione della conservazione del posto di lavoro, anche nelle vicende che investono la crisi d’impresa⁸³. La formulazione della disposizione, come mutata all’esito della

⁸² Corte UE 11.6.2009, Commissione vs. Repubblica italiana, C-561/07.

⁸³ G. SANTORO-PASSARELLI, *Trasferimento dell’impresa: un delicato compromesso tra tutela degli interessi individuali dei lavoratori, mercato del lavoro e sviluppo economico*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2005, 3, 711 ss.

recente riforma, conferma tale valorizzazione e si affianca - non a caso - alla necessità di rilevare lo stato di crisi in cui versa l'impresa in via anticipata e "senza indugio"⁸⁴ cercando di risanarla tramite la "rilevazione tempestiva della crisi" e, al contempo, di renderla maggiormente competitiva e appetibile nel caso di cessione.⁸⁵

3.1. Il triplice modello derogatorio introdotto dal Codice della Crisi e dell'Insolvenza

Il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, la cui entrata in vigore è destinata ormai a non avere tregua⁸⁶, ha adottato un triplice modello derogatorio basato sul riconoscimento di una tutela più debole rispetto a quella riconosciuta nel trasferimento dell'impresa *in bonis* e che si sostanzia in una erosione graduata all'art. 2112 c.c.⁸⁷.

Il primo modello adottato prevede una deregolazione attenuata che consente una

⁸⁴ Cfr. Il nuovo articolo 2086 c.c. è stato infatti oggetto di modifica imponendo al datore di lavoro di attivarsi "senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale". Per un primo commento P. TULLINI, *Assetti organizzativi dell'impresa e poteri datoriali. La riforma dell'art. 2086 c.c.: prima lettura*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, fasc.2, 1 giugno 2020, pag. 135.

⁸⁵ M. NOVELLA, *Diritti dei lavoratori e trasferimento d'azienda nel Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza. Vecchie e nuove questioni*, in *Riv. giur. lav.*, 2019, 638. M. NICOLOSI, *Rapporti di lavoro e procedure liquidatorie*, op. cit., 274.

⁸⁶ L'art. 5, decreto legge 8 aprile 2020, n. 23 ha differito l'entrata in vigore del Codice dal 15 agosto 2020 all'1 settembre 2021 e, successivamente posticipato al 16 maggio 2022 dal decreto legge 24 agosto 2021, n. 118

⁸⁷ Per i commenti cfr. P. LAMBERTUCCI, *La disciplina dei rapporti di lavoro nel trasferimento dell'impresa sottoposta a procedure concorsuali: prime note sul Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza del 2019*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2019, 2, p. 149 ss.; I. ALVINO, *Continuità aziendale, trasferimento d'azienda e tutela dell'occupazione nel nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2019, 4, p. 431 ss.; L. LOREA, *La disciplina del trasferimento d'azienda in crisi alla luce del nuovo "Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza"*, in *Dir. merc. lav.*, 2019, 2, p. 507 ss.; M. NOVELLA, *Trasferimento d'azienda, Commento all'art. 47, L. n. 428/1990*, in *R. Del Punta - F. Scarpelli (a cura di), Codice Commentato del Lavoro*, 2020, p. 1333 ss.; A. PRETEROTI, *Il trasferimento d'azienda nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: prove di assestamento euro-unitario*, in *Mass. giur. lav.*, n. 3, 2020; E. GRAGNOLI, *La nuova disciplina del concordato preventivo*, in *Riv. giur. lav.*, 2019, 4, 628.

modifica alle *sole* "condizioni di lavoro" ad opera dell'accordo sindacale. Tale disapplicazione mitigata delle tutele riconosciute all'art. 2112 c.c. avviene soltanto qualora si è in presenza di una procedura concorsuale volta alla continuazione dell'attività d'impresa. La disposizione richiama soltanto alcune procedure per le quali trova applicazione la disciplina in esame e, in particolare:

- a) nel caso in cui vi sia stata la dichiarazione di apertura della procedura di concordato preventivo in regime di continuità indiretta, ai sensi dell'articolo 84, comma 2, CCII, con trasferimento di azienda successivo all'apertura del concordato stesso;
- b) qualora vi sia stata l'omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti, quando gli accordi non hanno carattere liquidatorio;
- c) per le aziende sottoposte ad amministrazione straordinaria, ai sensi del decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270, in caso di continuazione o di mancata cessazione dell'attività.

Il secondo modello derogatorio si caratterizza, invece, per prevedere la possibilità di derogare alle tutele di cui all'art. 2112 c.c. in presenza di un accordo collettivo, stipulato da particolari soggetti ritenuti più rappresentativi, qualora il trasferimento sia intercorso nell'ambito di imprese nei confronti delle quali vi sia stata apertura della liquidazione giudiziale o di concordato preventivo liquidatorio, ovvero emanazione del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa, nel caso in cui la continuazione dell'attività non sia stata disposta o sia cessata.

Infine, il terzo ed ultimo modello prevede una deroga totale all'art. 2112 c.c. ed è contenuto nel nuovo comma 5 *ter* dell'art. 47, il quale trova applicazione soltanto all'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi, qualora la continuazione dell'attività non sia stata disposta o sia cessata.

Il modello adottato dal legislatore interno, tuttavia, non coincide completamente con quello del legislatore comunitario basato sulla distinzione tra

procedure liquidatorie e conservative ai sensi del quale soltanto per le prime sarebbe possibile procedere ad una deroga all'art. 5 della direttiva 23/2001⁸⁸.

Ciononostante non sembra potersi negare che il nuovo impianto, sebbene ancora troppo farraginoso, non sia aderente al dettato euro-unitario che ha tentato di predisporre un effettivo sistema di bilanciamento tra i contrapposti interessi, quello del ceto creditorio da un lato, e il mantenimento dell'occupazione, dall'altro⁸⁹.

Ad ogni modo, come ogni riforma, per un quesito che si risolve altri se ne pongono⁹⁰. Ed è così che l'elaborato si prefigge di approfondire e chiarire alcune questioni che sono emerse alla luce della promulgazione del Codice della Crisi, tra le quali primeggia la necessità di comprendere cosa debba intendersi per finalità liquidatoria o conservativa della procedura concorsuale, affinché possa essere avallata la tesi della conformità alla direttiva comunitaria.

Del resto, se è indubbio che il legislatore abbia riconosciuto l'applicazione dell'art. 2112 c.c., nella dinamica complessiva del Codice della Crisi⁹¹ risulta ancora rimasta in sospeso la concreta distinzione tra procedure liquidatorie e conservative, nonché il riferimento contenuto nei vari blocchi derogatori della nuova formulazione dell'art. 47, alla "cessazione dell'attività" o alla "mancata continuazione".

⁸⁸ Critica sull'impostazione del Codice della Crisi A.M. PERRINO, *Il trasferimento dell'impresa insolvente*, in R. COSIO-G. VIDIRI (a cura di) *Il trasferimento di impresa in Italia nel quadro del diritto dell'Unione europea*, Milano, 2019, 169; L.A. COSATTINI, *Trasferimento d'azienda nelle procedure concorsuali e deroghe all'art. 2112 c.c.*, in *ilfallimentarista.it*, 2 aprile 2021.

⁸⁹ S. BELLOMO, *Crisi e strumenti di salvaguardia della continuità aziendale e dell'occupazione nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: uno sguardo d'insieme*, in *Dir. Merc. lav.*, 2021, 2, 285 ss.

⁹⁰ R. ROMEI, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento dell'azienda*, in P. SCHLESINGER, *Il Codice civile commentato*, 2020, 268.

⁹¹ Di recente sul punto lo studio di S. BELLOMO, *Crisi e strumenti di salvaguardia della continuità aziendale e dell'occupazione nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: uno sguardo d'insieme*, in *Dir. Merc. lav.*, 2021, 2, 285 ss., che mette ben in auge come tramite la riforma in esame si sia valorizzata la continuità non solo aziendale, ma anche dell'occupazione e ciò è rimarcato da numerosi richiami a tali riferimenti.

3.2. Finalità liquidatoria e conservativa della procedura: tra continuazione e cessazione dell'attività

Si è visto nel paragrafo precedente che il Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza ha adottato un modello derogatorio calibrato sulla falsariga dei plurimi insegnamenti della giurisprudenza comunitaria⁹².

Ad ogni modo un dato appare evidente: la scelta del legislatore nazionale nella ripartizione delle deroghe consentite alla direttiva comunitaria n. 2001/23 non si fonda su una demarcazione "espressa" tra procedure liquidatorie e conservative. Anzi. L'art. 47, nella nuova formulazione, non contiene alcun riferimento a tale distinguo. La scelta operata dal legislatore nazionale è diversa e calibrata su una suddivisione *ex ante* delle procedure effettuando a monte l'indagine sulla finalità. In tal modo l'interprete non dovrebbe interrogarsi sulla "natura" della procedura trovando già una risposta se quella vicenda circulatoria si inserisca in astratto nella tipologia di procedura prevista dal legislatore⁹³. Ed è così che, ad esempio, la liquidazione giudiziale e il concordato liquidatorio hanno trovato la loro *sedes materiae* nel comma 5, ed invece il concordato in continuità nel comma 4 *bis*.

Anche nella giurisprudenza nazionale può notarsi una simile tendenza, riferendosi, in caso di dubbio, alla qualificazione della tipologia della procedura concorsuale secondo lo schema normativo adottato dal legislatore anziché basarsi sulla concreta finalità perseguita dalla stessa⁹⁴.

Ma sebbene il *discrimen* possa apparire agevole sul piano teorico e con riferimento ad alcune procedure concorsuali - tra le quali il fallimento che per

⁹² Cfr. par. 2 e ss.

⁹³ L.A. COSATTINI, *Trasferimento d'azienda nelle procedure concorsuali e deroghe all'art. 2112 c.c.*, in *ilfallimentarista.it*, 2 aprile 2021.

⁹⁴ Ad esempio recentemente tale schema qualificatorio è stato adottato nella sentenza della Suprema Corte del 14.9.2021 n. 24691 in *De Jure*, in tema di fallimento.

“autonomia”⁹⁵ si caratterizza per essere volto alla liquidazione dei beni - in concreto la risposta può non essere così immediata, e ciò deriva dal fatto che alcune procedure possono avere una doppia finalità - si pensi al concordato preventivo⁹⁶ o all'amministrazione straordinaria⁹⁷.

Quanto al primo, appare ancora oggi molto discussa la distinzione tra continuità diretta ed indiretta, soprattutto alla luce dell'introduzione dell'art. 186-bis l.fall, (oggi art. 84 CCII).

Così come appare ampiamente dibattuta la procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi che seppur dichiaratamente volta alla conservazione del patrimonio (art. 1 d.lgs. 270/1999), contiene al suo interno riferimenti contraddittori che incrinano la finalità proclamata dalla legge.

Tale impianto presuppone che si abbia ben chiaro quando una procedura, o meglio la vicenda circulatoria, possa connaturarsi come avente una finalità liquidatoria oppure conservativa, non potendo dare adito ad alcune incertezze poichè in caso contrario si incorrerebbe in un contrasto con la direttiva comunitaria.

La questione si complica se si analizzano nel dettaglio le disposizioni delle procedure concorsuali, atteso che legge fallimentare era comunque caratterizzata da una impronta decisamente finalizzata alla liquidazione del patrimonio aziendale⁹⁸, prospettiva che oggi è notevolmente mutata a fronte delle recenti direttive comunitarie che hanno comportato nel nostro ordinamento la modifica

⁹⁵ Cass. 22.6.2020, n. 12045. Così Cass.14.9.2021 n. 24691 ai sensi della quale “Nell'ipotesi di trasferimento d'azienda, ai fini dell'operatività degli effetti previsti dall'art. 47, comma 5, della legge n. 428 del 1990 (esclusione dei lavoratori eccedentari dal passaggio presso il cessionario), in caso di trasferimento di imprese o parti di imprese il cui cedente sia oggetto di una procedura fallimentare non occorre il requisito della cessazione dell'attività di impresa, di essa costitutivo, da riferire esclusivamente alla procedura di amministrazione straordinaria”.

⁹⁶ Cfr. anche Cass.14.9.2021 n. 24691 in *De Jure*.

⁹⁷ La questione verrà messa ben in luce nel capitolo V.

⁹⁸ G. MINERVINI, *Contro la “funzionalizzazione dell'impresa privata*, in *Riv. dir. civ.* 1958, 1, 618. Di recente M. NICOLOSI, *Rapporti di lavoro e procedure liquidatorie dell'impresa*, Napoli, 2020, 24.

dell'art. 2086 c.c.⁹⁹ e l'emanazione del d.lgs. n. 14 del 2019 (nonchè del recente d.l. 24 agosto del 2021, n. 118 convertito con modificazioni in dalla legge 21 ottobre 2021 n.147 in tema di emersione anticipata della crisi).

Accanto a tali considerazioni, non va sottaciuta la locuzione, forse troppo dimenticata, ma richiamata nell'art. 47 relativa alla "continuazione o di mancata cessazione dell'attività" riferita, ad avviso della recente giurisprudenza, soltanto all'amministrazione straordinaria. La locuzione del resto risulta ambigua identificando due concetti tra loro anche sovrapponibili.

Occorre chiedersi, pertanto, se con tale espressione il legislatore abbia voluto aggiungere un elemento ulteriore e più stringente rispetto all'indagine circa la finalità.

Tra l'altro, a suscitare dubbi, vi è il fatto che il legislatore comunitario collega la finalità "alla procedura", e non alla "continuità dell'attività aziendale", che come noto potrebbe essere ravvisabile anche nell'ambito del fallimento¹⁰⁰.

Per comprendere i termini della questione è utile, pertanto, ripartire dagli orientamenti della giurisprudenza europea¹⁰¹.

⁹⁹ Ai sensi dell'art. 389, del d.lgs. n. 14/2019, la riforma dell'art. 2086 c.c. è entrata in vigore il 15 marzo 2019. E' stato introdotto un secondo comma che statuisce "L'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale" cfr. I. ALVINO, *Continuità aziendale, trasferimento d'azienda e tutela dell'occupazione nel nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2018, 4; P. TULLINI, *Assetti organizzativi dell'impresa e poteri datoriali. La riforma dell'art. 2086 c.c.: prima lettura*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2020, 1, 135; M. CIAN, *Crisi dell'impresa e doveri degli amministratori: i principi riformati e il loro possibile impatto*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, 1163; C. ROMEO-F. CHIETERA, *La riscrittura dell'art. 2086 c.c.: alla ricerca di nuovi strumenti per il superamento della crisi, recupero della continuità aziendale e mutazioni genetiche nel diritto del lavoro*, in (coordinato e diretto da V.A. POSO) *Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi*, 15 marzo 2021.

¹⁰⁰ R. BELLÈ, *Trasferimento d'azienda e rapporti di lavoro nelle imprese insolventi: la prospettiva eurounitaria*, in *Fall.*, 2019, 11, 1305 ss.

¹⁰¹ Ogni qualvolta la Corte di Giustizia si sia pronunciata su una questione inerente l'ambito di applicazione della direttiva il postulato del suo ragionamento è la finalità della procedura concorsuale. Si veda ad esempio Corte di Giustizia *Plessers* in tema di criteri di scelta cap. 3.

Innanzitutto, si ricordi che la prima affermazione di tale principio è contenuta nella sentenza *Abels*¹⁰² durante la vigenza della direttiva 14 febbraio 1977, 77/187/CEE.

In tale sentenza si legge (p. 26) che *“il criterio determinante da seguire è quindi quello dell’obiettivo perseguito dal procedimento in questione”*.

Qualora il procedimento abbia come scopo quello di *“restituire all’impresa un equilibrio che consente di garantire la sua attività futura (...) non può spiegare né giustificare il fatto che, quando l’impresa interessata costituisce oggetto di un trasferimento totale o parziale, i suoi lavoratori vengano privati dei diritti che la direttiva conferisce loro alle condizioni in essa precisate”* (p. 32).

Di converso se ne deduce che qualora il fine della procedura sia quello di liquidare il patrimonio, in tale caso si giustifica una riduzione delle tutele anzidette e, in particolare, anche la possibilità di derogare al principio di continuità dei rapporti di lavoro.

Tale criterio è stato ripreso ed ampliato dalla successiva sentenza *D’Urso*¹⁰³ e successivamente trasfuso nell’art. 5 della dir. 2001/23/CE¹⁰⁴.

Cosicché, è affermazione ormai costante, che per disapplicare le tutele di cui all’art. 2112 c.c. ai sensi dell’art. 5 par. 1 della direttiva *“il cedente deve essere oggetto di una procedura di fallimento o di una procedura di insolvenza analoga. Inoltre, questa procedura deve essere aperta per la liquidazione dei beni del cedente e deve svolgersi sotto il controllo di un’autorità pubblica competente”*.

¹⁰² Corte Giustizia 7 febbraio 1985, *Abels* c.135-83. Ma anche le conclusioni dell’avvocato generale W. Van Gerven, punto 22.

¹⁰³ Corte di Giustizia 25 luglio 1991, causa C-362/89 *D’Urso c. Società Marelli*, p.26, in *Giust. civ.* 1992, I, p. 1121, con nota di G. CONTALDI, *Sulla tutela dei lavoratori nel diritto comunitario in caso di imprese soggette ad amministrazione straordinaria*, nonché in *Not. giur. lav.*, 1991, 4, p. 653, in *Raccolta*, 1991, p. I-4139, ed in *Dir. lav.*, 1991, II, 329, con nota di R. FOGLIA, *Trasferimenti di azienda, procedure concorsuali “conservative” e diritto comunitario*.

¹⁰⁴ Vedi anche Corte di Giustizia 7 dicembre 1995, cit., punti 24-25; Corte di Giustizia 12 marzo 1998, causa C-319/94, in *Mass. Giur. Lav.*, 1998, pag. 621 e segg., punti 22-25 e 31; Corte di Giustizia 12 novembre 1998, causa C-399/96, in *Dir. Lav.*, 1999, II, pag. 106 e segg., punto 28; Corte di Giustizia 22 giugno 2017, cit., punti 47-48.

La distinzione, tuttavia, come è stato osservato, non è sempre di facile valutazione ed anzi sovente emerge la difficoltà di predeterminare *ab initio* quale sia l'obiettivo della procedura.

Cosicché la Corte di Giustizia individua un ulteriore elemento utile¹⁰⁵, e cioè le modalità di svolgimento della procedura attraverso l'analisi di alcuni indici¹⁰⁶ che siano idonei ad accertare se vi sia o meno la continuazione dell'attività di impresa nelle more del trasferimento d'azienda¹⁰⁷.

Tale criterio, tuttavia, non solo non compare nella lettera della disposizione comunitaria, ma viene in realtà considerato secondario ed è stato scarsamente utilizzato nella giurisprudenza successiva.

Ad ogni modo, la non sempre nitida distinzione è stata presa in considerazione dalla medesima Corte di Giustizia, nell'ambito di un procedimento di *prepack*, rilevando che la finalità conservativa è volta alla prosecuzione dell'attività a salvaguardia dell'attività d'impresa, mentre “*Al contrario, una procedura intesa alla liquidazione dei beni mira a massimizzare la soddisfazione collettiva dei creditori. Sebbene non sia escluso che possa esistere una certa sovrapposizione tra i due obiettivi perseguiti da una data procedura, l'obiettivo*

¹⁰⁵ Corte di Giustizia 12 marzo 1998, causa C-319/94, *Dessay*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1998, pag. 621 e segg., punti 28-29; Corte di Giustizia 12 novembre 1998, Europeïces C-399/96, cit., punti 28-35.

¹⁰⁶ Corte di Giustizia 12 marzo 1998, causa C-319/94, *Dessay*, p. 29 e 33. Tra i quali si segnala il fatto che “il debitore abbia o meno poteri di amministrazione e disposizione dei beni, le caratteristiche della persona del liquidatore, il fatto che esista una procedura di accertamento del passivo sotto il controllo del tribunale, la possibilità che un creditore sia titolato, in linea di principio, a procedere individualmente all'esecuzione forzata contro l'imprenditore”, così G. GAUDIO, *Trasferimento d'azienda e crisi d'impresa: una eterogenesi dei fini da parte del legislatore italiano?*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT – 347/2017*, 17. Tale criterio, non menzionato espressamente nel testo dell'art. 5 della dir. 2001/23/CE, costituisce, pertanto, soltanto un parametro interpretativo ancillare a quello della finalità della procedura.

¹⁰⁷ Sulla necessità di una interpretazione funzionale del criterio elaborato cfr. U. CARABELLI, *Alcune riflessioni sulla tutela dei lavoratori nei trasferimenti d'azienda: la dimensione individuale*, in *op. cit.*, pag. 71. G. GAUDIO, *Trasferimento d'azienda e crisi d'impresa: una eterogenesi dei fini da parte del legislatore italiano?*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT – 347/2017*, 18. Tali principi sono stati recepiti anche dalla giurisprudenza nazionale Trib. Roma 4.2.013, n.1515, in *ifallimentarista.it*, 25 giugno 2013.

principale di una procedura mirante al proseguimento dell'attività dell'impresa rimane comunque la salvaguardia dell'impresa interessata.”¹⁰⁸

La precisazione è rilevante perché consente di affermare a) che una medesima procedura può avere una duplice finalità; b) che il criterio della finalità della procedura non può dirsi dirimente; c) che in tali casi occorre soffermarsi sulla continuità o meno aziendale dell'impresa anche se l'operazione posta in essere è volta alla massimizzazione degli interessi del ceto creditorio, come sovente accade nelle procedure liquidatorie.

La Corte così conclude ritenendo che anche una operazione di prepack “*che mira a preparare la cessione dell'impresa nei minimi dettagli per permettere la ripresa rapida (...) dopo la pronuncia di fallimento*” non può dirsi volta alla liquidazione dell'impresa¹⁰⁹ e che occorre procedere ad una valutazione circa la continuazione dell'attività.

Si vedrà nel paragrafo successivo le implicazioni di questa affermazione, per ora basti sottolineare che l'approccio della Corte è di tipo diverso, non astratto ed avulso dalla concreta realtà.

Il principio è stato poi ulteriormente confermato con la sentenza *Plessers*¹¹⁰ con la quale nuovamente si ribadisce che “*Per quanto riguarda, poi, il requisito secondo il quale la procedura deve essere aperta ai fini della liquidazione dei beni del cedente, dalla giurisprudenza della Corte risulta che non soddisfa tale requisito una procedura che miri al proseguimento dell'attività dell'impresa interessata*” (p. 44).

Nella normativa interna tale richiamo non pare, anche all'esito delle nuove disposizioni, pienamente recepito, essendo ancora ancorato ad una visione non sostanzialistica della procedura che, pertanto, sul piano pratico lascia aperte

¹⁰⁸ Corte di Giustizia 22 giugno 2017, *Federatie Nederlandse Vakvereniging e a.,n.* C-126/16, p. 47-48.

¹⁰⁹ Corte di Giustizia Sentenza 22 giugno 2017, *Federatie Nederlandse Vakvereniging e a.,n.* C-126/16, p. 49-50.

¹¹⁰ Corte di Giustizia 16 maggio 2019, *Christa Plessers* contro Prefaco NV e Belgische Staat, n. C-C-509/17 pt. 44.

alcune questioni irrisolte.

3.3. (Segue) L'esercizio provvisorio dell'impresa: tra vecchia e nuova disciplina

L'approccio sostanzialistico sposato dalla Corte di Giustizia non sembra essere pienamente accolto dalla giurisprudenza interna che, recentemente, ha confermato la natura liquidatoria per "autonomia" della procedura fallimentare¹¹¹.

La Suprema Corte, sviluppando un'ampia ricostruzione in ordine al concetto di liquidazione e richiamando gli insegnamenti comunitari è giunta ad affermare che anche qualora nell'ambito di una procedura fallimentare ci sia stata la continuazione dell'attività, la stessa debba pur sempre essere considerata liquidatoria.

L'affermazione consente di soffermarsi sulle ipotesi controverse di esercizio provvisorio dell'impresa e di affitto di azienda ai sensi dell'art. 104 e 104 *bis* l.fall. (ora artt. 211 e 212 CCII), fenomeni circolatori che si sviluppano nell'ambito della procedura fallimentare¹¹².

Attraverso tali istituti si consente all'impresa di continuare la sua attività, sebbene sia intercorsa la sentenza di fallimento. La ragione sottesa è che la cessazione dell'attività potrebbe arrecare un grave pregiudizio ai creditori, sicché si preferisce, temporaneamente, procedere con la continuazione della stessa¹¹³.

La sentenza appena richiamata è *tranchant*. Anche in tal caso si è comunque in presenza di una procedura avente finalità liquidatoria a

¹¹¹ Così Cass. 14.9.2021, n. 24691 in *De Jure*.

¹¹² In tema di concordato preventivo cfr. Cass. 19.11.2018, n.29742 in tema di affitto di azienda nell'ambito del concordato preventivo.

¹¹³ Per una ricostruzione della tematica prima del CCII cfr. M. MARAZZA, *op. cit.* 54-55.

prescindere che vi sia stata la continuazione dell'attività¹¹⁴.

La soluzione a dire la verità non pare criticabile atteso che la finalità ultima della procedura è quella di addivenire alla cessazione dell'attività, poiché la prosecuzione si caratterizza per essere meramente temporanea (*rectius* provvisoria)¹¹⁵.

La soluzione potrebbe essere messa in dubbio alla luce della disciplina del nuovo art. 47, comma 5, del CCII poiché il legislatore, utilizzando una affermazione ambigua specifica che la continuazione dell'attività non deve essere stata disposta o deve essere cessata.

A destabilizzare l'interprete si aggiunga che la nuova formulazione dell'esercizio provvisorio, sebbene sia rimasta immutata nei tratti generali¹¹⁶, prevede una prospettiva ribaltata: il 1° comma dell'art. 211 specifica che *“L'apertura della liquidazione giudiziale non determina la cessazione dell'attività d'impresa quando ricorrono le condizioni di cui ai commi 2 e 3”*.

La dicitura sembra offrire lo spazio per una lettura controversa anche dell'istituto della liquidazione giudiziale aprendo la strada a conclusioni non più così univoche.

Le considerazioni che precedono potrebbero destabilizzare gli approdi

¹¹⁴ “Le procedure fallimentari concernenti le imprese cedenti rientrano pienamente (ed anzi prioritariamente) nel campo di applicazione del comma 5 dell'art. 47 della legge n. 428 del 1990 (e, corrispondentemente, nel paragrafo 1 dell'art. 5 della Direttiva 2001/23/CE) essendo ontologicamente ed esclusivamente preordinate alla liquidazione della ,società dichiarata fallita, rappresentando - eventuali segmenti di prosecuzione dell'attività imprenditoriale, quali l'affitto o la vendita del ramo di azienda - solamente, strumenti orientati ad una funzione liquidatoria, finalizzati a 'conservare il valore di avviamento sul mercato per incrementare il più possibile il compendio aziendale per la distribuzione' ai creditori. Nell'ambito della procedura fallimentare, invero, la eventuale continuazione dell'impresa non è più nella sua piena, esplicazione ed è, comunque, sempre finalizzata alla esclusiva liquidazione dei beni.” Cfr. Cass. 14.9.2021, n. 24691 cit. (p.3.3.).

¹¹⁵ Nell'art. 104 la prosecuzione è solo temporanea essendo necessario procedere alla fissazione di un termine (e così vale anche per l'affitto ex art. 104-bis che deve “essere compatibile con le esigenze della liquidazione dei beni”).

¹¹⁶ S. LEUZZI, *L'esercizio (non più provvisorio) dell'impresa del debitore nel quadro del Codice della Crisi e dell'Insolvenza*, in *Dir.fall.*, 2019, 3-4 che ricostruisce l'istituto.

sinora raggiunti che hanno sempre ritenuto che l'esercizio provvisorio non possa in alcun modo incidere sulla finalità liquidatoria della procedura¹¹⁷.

Peraltro si è già detto come la giurisprudenza comunitaria abbia dato rilievo alla finalità della procedura che risulta indubbiamente preminente nella risoluzione della questione¹¹⁸, ma non occorre tralasciare la precisazione contenuta nella disposizione e i recenti insegnamenti della giurisprudenza comunitaria che anche in relazione ad una operazione *prepack* hanno negato la possibilità di derogare alle tutele apprestate dalla direttiva n. 23/2001¹¹⁹.

3.4. Crisi, insolvenza e continuità aziendale: necessità di una premessa terminologica

Prima di proseguire nell'analisi della disciplina del trasferimento d'azienda alla luce della nuova disciplina introdotta dal Codice della Crisi d'Impresa (CCII) è utile precisare il distinguo tra tre concetti che assumono preminente rilievo nello studio della tematica in esame e cioè la nozione di crisi e di insolvenza rapportati alla continuità aziendale.

In primo luogo è bene sin da subito precisare che il Codice della Crisi, sulla scorta di quanto contenuto nella legge delega, fornisce all'art. 2, comma uno, lett. a) e b) per la prima volta le definizioni di "insolvenza" e di "crisi"¹²⁰.

¹¹⁷ Tra l'altro Cass.14.9.2021 n. 24691 ha ritenuto che la locuzione relativa alla mancata continuazione dell'attività sia riferita esclusivamente all'amministrazione straordinaria poiché sia il fallimento che la liquidazione coatta amministrativa si caratterizzano per essere procedure liquidatorie. Tale interpretazione potrebbe oggi essere messa in dubbio poiché la procedura di amministrazione straordinaria è stata espunta dal comma 5.

¹¹⁸ G. ZAMPINI, *Il trasferimento di azienda nelle procedure concorsuali con finalità conservativa*, in *Mass. Giur. lav.*, 2021,1, 214. P. TULLINI, *Prove di dialogo*, op. cit. in *Riv. it. dir. lav.*, 2014 par. 4.

¹¹⁹ Cfr. Corte di Giustizia 22 giugno 2017, C-126/16, *Federatie Nederlandse Vakvereniging e a./Smallsteps BV*.

¹²⁰ La Relazione illustrativa al decreto delegato precisa che: "sono state definite alcune nozioni fondamentali nella materia in esame, a cominciare da quella di crisi (che non equivale all'insolvenza in atto, ma implica un pericolo di futura insolvenza) e di insolvenza (ribadendo in realtà la nozione già sufficientemente collaudata da molti decenni di esperienza giurisdizionale)".

Per «crisi» deve intendersi *“lo stato di squilibrio economico-finanziario che rende probabile l’insolvenza del debitore, e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate”*¹²¹.

Al contrario, per «insolvenza» si intende *“lo stato del debitore che si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni”*.

Sino a tale momento nessuna disposizione si era preoccupata di dettare un distinguo tra le due, anzi in via generale, si è andata diffondendo l’idea di considerare l’insolvenza una *species* del concetto di crisi¹²². L’insolvenza, in altre parole, postula lo stato di crisi ed anzi sovente ne rappresenta l’epilogo finale.

Del resto basti ricordare che la nozione di crisi era sconosciuta al legislatore ed è stata introdotta per la prima volta soltanto dalla riforma del 2005 in tema di concordato preventivo (art. 160 l.fall) ove al terzo comma veniva precisato, con locuzione ambigua e non passata inosservata, che per stato di crisi si intende anche lo stato d’insolvenza¹²³.

A ben vedere il concetto compariva, senza peraltro fornire una definizione, nella disciplina di cui alla legge n. 59/1979 dell’amministrazione straordinaria delle grandi imprese “in crisi”¹²⁴ e poi nel Testo Unico Bancario del n. 385/1993¹²⁵, successivamente sostituito con la nozione di insolvenza.

Il legislatore del CCII ha invece operato una scelta diversa stabilendo che la crisi

¹²¹ Come modificato dall’art. 1. comma primo, d.lgs. n. 147/2020.

¹²² F. PACILEO, *Continuità e solvenza nella crisi d’impresa*, Milano, 2017, 325; G. TERRANOVA, *Stato di crisi e stato di insolvenza*, Torino, 2007.

¹²³ Comma aggiunto dall’art. 36 d.l. 30 dicembre 2005, n. 273 convertito in l. 23 febbraio 2006, n. 51.

¹²⁴ Anche se secondo taluni la parola “crisi” doveva essere letta come “insolvenza”, cfr. A. JORIO, *Le procedure concorsuali tra tutela del credito e salvaguardia dei complessi produttivi*, cit. 525.

¹²⁵ Cfr. Titolo IV del d.lgs. n. 385/1993 (TUB) nonché il Titolo IV del d.lgs. n. 58/1998 (TUF), ma anche l’art. 1 lett. c) del d.lgs. n. 122/2005 contenente disposizioni per la tutela dell’acquirente degli immobili da costruire. Sulla polisemia del significato “crisi” cfr. F. PACILEO, *op. cit.*, 276.

si sostanzia in una mera probabilità dell'insolvenza¹²⁶.

Deve dirsi, tuttavia, che nella dottrina commerciale si sta assistendo già da diversi anni ad un parziale ripensamento della classica nozione di insolvenza, intesa come incapacità di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni con carattere di stabilità, che a differenza dello stato di crisi si concretizzerebbe nell'impossibilità di ripristinare la continuità aziendale mediante un percorso di ristrutturazione dei debiti.

Si sta ravvisando, infatti, una concezione di insolvenza che è mutata rispetto all'elaborazione classica - ai sensi della quale la vera sostanza dell'insolvenza, che costituisce il presupposto della procedura fallimentare, sarebbe la crisi finanziaria attuale ed irreversibile - non potendo essere desunta soltanto dallo squilibrio patrimoniale e dal dissesto irreversibile¹²⁷.

Tale assioma è stato ritenuto non soddisfacente soprattutto relativamente alle imprese di grandi dimensioni dove le perdite non si traducono in automatico in una interruzione dei pagamenti, tant'è che una simile ipotesi provocherebbe conseguenze dirompenti sul tessuto economico circostante¹²⁸.

Ed allora c'è da chiedersi se la nozione di insolvenza possa essere compatibile qualora vi sia comunque una continuità aziendale¹²⁹, come nel caso dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi. Concetto, quello della continuità, che ha assunto nuova linfa alla luce dell'introduzione di

¹²⁶ Tra l'altro si segnala che nell'ultima direttiva comunitaria n.2019/1023 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le interdizioni, e le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione, e che modifica la direttiva (UE) 2017/1132 (direttiva sulla ristrutturazione e sull'insolvenza), all'art. 2 comma due lett. b) definisce la crisi come "probabile insolvenza".

¹²⁷ G. TERRANOVA, *Insolvenza, stato di crisi, sovraindebitamento*, cit.13.

¹²⁸ G. TERRANOVA, *Insolvenza, stato di crisi, sovraindebitamento*, cit. 13.

¹²⁹ Appare utile ripercorrere quanto contenuto nell'ordinamento tedesco nel quale si precisa che Pertanto, la dottrina commercialistica ritiene che se all'insolvenza "si accompagna" sicuramente la perdita della continuità aziendale, non può come ovvio dirsi il contrario. Così anche F. PACILEO, *Continuità e solvenza nella crisi d'impresa*, Milano, 2017, 238.

un secondo comma all'art. 2086 c.c. che impone all'imprenditore di attivarsi senza indugio per il superamento della crisi e per il recupero della continuità aziendale.

Sul tema si tornerà più avanti (Cap. 5), qui basti sottolineare come i concetti di insolvenza e continuità risultano rilevanti nell'analisi della disciplina del trasferimento di azienda ravvisando comunque la possibilità di superare l'equivalenza, ben rappresentata dall'ordinamento tedesco, ai sensi della quale l'insolvenza non può sussistere se l'impresa è in continuità aziendale e, parimenti, lo stato di insolvenza esclude che essa sia in piena continuità aziendale.

La domanda sorge poiché all'esito delle recenti riforme sembrerebbe che tale equivalenza stia subendo un processo di erosione.

L'affermazione sembrerebbe essere confermata dalle disposizioni del CCII nel quale il riferimento all'insolvenza lo si trova richiamato talvolta unitamente al termine crisi, sia quale presupposto per poter accedere al concordato preventivo¹³⁰, sia negli artt. 56, comma uno, e 57, comma uno, in tema di strumenti di risanamento.

Ad ogni modo ciò che appare rilevante oggi, alla luce della formulazione del nuovo articolo 47 è se vi sia o non vi sia continuità aziendale, poiché anche nell'ambito di quelle procedure che sono liquidatorie, potrebbe ritenersi che non si possa derogare così pacificamente alle tutele di cui all'art. 2112 c.c.

4. L'ambito di applicazione della disciplina e l'espresso rinvio all'art. 47 della legge n. 428/1990

Il legislatore del Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza, a differenza di

¹³⁰ Crf. Art. 84, comma uno, CCII.

quanto avvenuto per la regolamentazione della disciplina dei rapporti di lavoro in generale, ha preferito non inserire un articolo specifico ma è andato a modificare l'art. 47 della legge n. 428/1990¹³¹.

Infatti, l'art. 191 del CCII rinvia espressamente all'art. 47 la regolamentazione della disciplina del trasferimento di azienda nell'ambito delle procedure di liquidazione giudiziale, concordato preventivo e al trasferimento d'azienda in esecuzione di accordi di ristrutturazione così come modificato dall'art. 368 del CCII, facendo salve, tuttavia le «altre disposizioni vigenti in materia».

La tecnica del rinvio espresso utilizzata dal legislatore, per verità, suscita alcune incertezze in ordine al campo di applicazione della disposizione, quantomeno relativamente a due specifiche questioni.

In primo luogo, si noti che rimangono espressamente escluse le procedure dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi e la liquidazione coatta amministrativa¹³², anche se poi le stesse sono espressamente richiamate nella regolamentazione delle diverse ipotesi derogatorie contenute nel nuovo art. 47¹³³.

La scelta non appare casuale e discende dal fatto che l'art. 1, comma due, del CCII fa salve le disposizioni speciali in tema di amministrazione straordinaria e liquidazione coatta¹³⁴.

Tuttavia, tale mancato richiamo non desta preoccupazione poichè non può dubitarsi che anche alle cessioni intercorse nell'ambito delle predette procedure

¹³¹ G. PROIA, *Trasferimento d'azienda e rapporti di lavoro nelle "nuove" procedure concorsuali*, in *Dir. Merc. lav.*, 2020, 2, 305.

¹³² A. PRETEROTI, *Il trasferimento d'azienda nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: prove di assestamento euro-unitario*, in *Mass. giur. lav.*, 2020, 3, 659 ss.

¹³³ L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi e insolventi è rimasta esclusa dalla riforma. Sulle problematiche di coordinamento si rimanda al capitolo V.

¹³⁴ Quanto alla procedura di liquidazione coatta amministrativa deve precisarsi che il nuovo Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza ha introdotto al Titolo VII, agli art. 293 e ss. Infatti accanto alla disciplina che può definirsi generale contenuta negli artt. 196 e ss. della legge fallimentare, non esiste un'unica procedura di liquidazione coatta, ma più procedure. Per un'analisi dell'istituto L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, Torino, 2017, 401 ss.

trovi comunque applicazione la nuova regolamentazione.

Infatti, l'amministrazione straordinaria è espressamente richiamata sia nel nuovo comma 4 *bis* lett. c), ma anche nel nuovo comma 5 *ter* dell'art. 47.

Se ciò non bastasse deve anche essere ricordato che l'art. 63 della legge n. 270/1999, in tema di amministrazione straordinaria è dedicato in particolare a disciplinare la vendita di azienda in esercizio ed espressamente rinvia all'art. 47

¹³⁵.

Quanto alla liquidazione coatta, invece, non solo l'art. 47 così come riformulato contiene un richiamo alla predetta procedura al comma 5, ma il CCII dedica il Titolo II ove all'art. 304 viene precisato che « si applicano le disposizioni del titolo V, capo I, sezioni III e IV» e, dunque anche all'art. 191.

Da tale rinvio, pertanto, si può affermare che il legislatore ha operato quel raccordo tra normativa concorsuale e diritto del lavoro decidendo comunque di regolamentare tale particolare vicenda circolatoria sebbene con la tecnica dei rinvii normativi.

Quanto al secondo tema, invece, rimane ancora incerto l'ambito di applicazione della disciplina. In particolare si è dibattuto sul fatto se l'art. 47 trovi applicazione esclusivamente per le aziende che occupino più di 15 dipendenti, oppure se tale soglia trovi applicazione limitatamente alla fase di confronto con le organizzazioni sindacali, rendendo obbligatoria tale procedura soltanto per esse.

La questione era già sorta in dottrina prima della riforma del Codice della Crisi ed era stata variamente interpretata.

Secondo un primo indirizzo interpretativo¹³⁶ la norma trova applicazione

¹³⁵ Non vi è dubbio che si ponga una difficoltà di coordinamento tra le norme sopra citate, non sfuggita agli interpreti. Per l'analisi della questione si rinvia al capitolo V.

¹³⁶ M. MARAZZA, *La circolazione del patrimonio aziendale e gli effetti sui contratti di lavoro*, in M. MARAZZA - D. GAROFALO, *Insolvenza del datore di lavoro e tutela del lavoratore*, Torino, 2015, 43.

per tutte le aziende a prescindere dalla dimensione occupazionale. Ciò deriva dal fatto che l'art. 47, soltanto al primo comma richiama il requisito dimensionale, in ordine alla fase di consultazione; richiamo invece mancante nella disciplina di cui ai commi 4-*bis* e seguenti che regolano espressamente la disciplina del trasferimento di azienda in crisi.

Le argomentazioni che precedono sono state, tra l'altro, ancora confermate alla luce della disposizione di nuovo conio che non interviene ad effettuare alcun espresso rinvio al requisito dimensionale, ma contiene soltanto ai commi 4 *bis*, 5 e 5 *ter* un generico riferimento alla necessità che sia rispettata la fase di consultazione sindacale¹³⁷.

Tale lettura, tuttavia, non può essere condivisa poiché è proprio tale richiamo che impone la necessità del rispetto del requisito dimensionale, oggi confermato dal fatto che l'art. 191 rinvia a tutto l'art. 47 e non soltanto ad una parte di essa per disciplinare il trasferimento di una impresa in stato di crisi o insolvenza¹³⁸.

In realtà, in rinvio espresso operato all'art. 47 nel suo complesso consente di affermare che la norma trovi applicazione esclusivamente per le aziende che abbiano più di 15 dipendenti.

È evidente che tale ultima interpretazione fa sì che per le aziende sotto soglia la disciplina di cui all'art. 47 non trovi applicazione con la conseguenza che dovrà applicarsi l'art. 2112 c.c. nella sua interezza anche qualora l'azienda versi, pertanto, in stato di crisi¹³⁹.

Resta salva, ad ogni modo, la possibilità di procedere alla stipula di accordi in

¹³⁷ M. MARAZZA, Relazione al Convegno "I rapporti di lavoro nel codice della crisi e dell'insolvenza", Bologna, 8 novembre 2019.

¹³⁸ Così già A. PRETEROTI, *op.ult.cit.* 659 ss.

¹³⁹ Cfr. anche sul tema P. LAMBERTUCCI, *La disciplina dei rapporti di lavoro nel trasferimento dell'impresa sottoposta a procedure concorsuali: prime note sul codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza del 2019*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2019, 2, 149.

sede separata, prassi tra l'altro ampiamente utilizzata dal legislatore anche per le aziende che invece rispettano il requisito dimensionale. Del resto, tale conseguenza non si porrebbe neanche in contrasto con la direttiva comunitaria, prevedendo una disciplina di più ampio favore.

CAPITOLO II

Trasferimento di azienda in crisi e procedure con finalità conservativa

SOMMARIO: 1. Il nuovo comma 4-*bis* e il principio della continuità aziendale. – 2. Il nuovo ambito soggettivo di applicazione. – 2.1. L’eliminazione al riferimento dell’impresa per la quale sia stato accertato lo stato di crisi aziendale. – 2.2. Il nuovo art. 84, comma 2, del Codice della Crisi e il concordato preventivo in continuità indiretta. - 3. Il presupposto oggettivo: l’accordo collettivo (rinvio). – 4. La deroga attenuata all’art. 2112 c.c. e il riferimento alle “sole condizioni di lavoro”. – 4.1. L’impossibilità di derogare al principio della responsabilità solidale.

1. Il nuovo comma 4-*bis* e il principio della continuità aziendale

La riforma operata dal Codice della Crisi ha completamente riscritto il comma 4-*bis* dell’art. 47 della legge 29 dicembre 1990 n. 428, disposizione che aveva suscitato maggiormente le incertezze interpretative sollevando non pochi dubbi in ordine al rispetto della normativa comunitaria, di recente superati tramite l’interpretazione conforme¹⁴⁰. In quell’occasione, infatti, i giudici hanno avallato la conformità della normativa italiana anche valorizzando la nuova formulazione della disposizione come riformulata dal Codice della Crisi d’impresa e dell’insolvenza¹⁴¹.

¹⁴⁰ Corte di Giustizia 11 giugno 2009, Commissione vs. Repubblica italiana, C-561/07. E poi le recenti sentenze Cass. 1° giugno 2020, n. 10414 e 10415, in *Lavoro Diritti Europa*, 2020, n. 3, con nota di R. COSIO, *Il trasferimento dell’impresa in crisi nell’ordinamento complesso*.

¹⁴¹ Cfr. Cass. 1 giugno 2020, n.10415 e, in particolare pt. 4.10 “Il legislatore del Codice della crisi, espunto l’equivoco inciso precedente sul “mantenimento anche parziale dell’occupazione” e ribadito come “fermo il trasferimento al cessionario dei rapporti di lavoro”, ha così più esplicitamente inteso recepire, meglio conformando il futuro dettato normativo, l’unica lettura

Il nuovo comma 4-bis dell'art. 47 recita: *“Nel caso in cui sia stato raggiunto un accordo, nel corso delle consultazioni di cui ai precedenti commi, con finalità di salvaguardia dell'occupazione, l'articolo 2112 del codice civile, fermo il trasferimento al cessionario dei rapporti di lavoro, trova applicazione, per quanto attiene alle condizioni di lavoro, nei termini e con le limitazioni previste dall'accordo medesimo, da concludersi anche attraverso i contratti collettivi di cui all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81, qualora il trasferimento riguardi aziende:*

a) per le quali vi sia stata la dichiarazione di apertura della procedura di concordato preventivo in regime di continuità indiretta, ai sensi dell'articolo 84, comma 2, del codice della crisi e dell'insolvenza, con trasferimento di azienda successivo all'apertura del concordato stesso;

b) per le quali vi sia stata l'omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti, quando gli accordi non hanno carattere liquidatorio;

c) per le quali è 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».

La disposizione di nuovo conio prevede un meccanismo derogatorio soltanto attenuato rispetto alle tutele previste dall'art. 2112 c.c., operando un evidente ribaltamento di prospettiva rispetto alla disposizione che ancora oggi risulta vigente.

In particolare, sgombrando il campo da possibili incertezze, viene espressamente riconosciuto nel caso di cessione di azienda o di un suo ramo che resta *“fermo il trasferimento al cessionario dei rapporti di lavoro”*.

del comma 4-bis che questa Corte ritiene già percorribile in via ermeneutica anche per il passato, quale unica "interpretazione conforme" al diritto dell'Unione”.

Resta garantito, pertanto, il principio di continuità dei rapporti di lavoro il quale non può essere oggetto di alcuna deroga neanche qualora sia stato stipulato un accordo collettivo¹⁴².

La precisazione, che potrebbe apparire ormai pleonastica alla luce dell'evoluzione interpretativa, risulta invece porre fine a tutti i dubbi e le incertezze che erano stati sollevati, consacrando espressamente in una norma di legge il principio di continuità dei rapporti di lavoro nell'ambito di cessioni aziendali intercorse durante la crisi d'impresa, recependo il monito della Corte di Giustizia¹⁴³.

Inoltre, il riconoscimento della continuità dei rapporti di lavoro assume, all'esito della riforma, una portata più ampia, perché come si vedrà, l'art. 368, comma 4, del Codice della Crisi sancisce un generale principio che trova applicazione tanto per le procedure non liquidatorie che per le procedure aventi finalità liquidatoria¹⁴⁴.

¹⁴² Sul tema cfr. P. ALBI, *Il diritto del lavoro e il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Dir.merc.lav.*, 2019, 1, 75; P. LAMBERTUCCI, *La disciplina dei rapporti di lavoro nel trasferimento dell'impresa sottoposta a procedure concorsuali: prime note sul Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza del 2019*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2019, 2, p. 149 ss.; I. ALVINO, *Continuità aziendale, trasferimento d'azienda e tutela dell'occupazione nel nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2019, 4, p. 431 ss.; L. LOREA, *La disciplina del trasferimento d'azienda in crisi alla luce del nuovo "Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza"*, in *Dir. merc. lav.*, 2019, 2, 507 ss.; M. NOVELLA, *Trasferimento d'azienda, Commento all'art. 47, L. n. 428/1990*, in R. DEL PUNTA-F. SCARPELLI (a cura di), *Codice Commentato del Lavoro*, 2020, 1333 ss.; P. TOSI, *Luci e ombre dell'inedito coordinamento tra diritto del lavoro e diritto fallimentare (ora diritto della liquidazione giudiziale)*, in *Arg.dir.lav.*, 2020, 1, 2 ss.; A.PRETEROTI, *Il trasferimento d'azienda nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: prove di assestamento euro-unitario*, in *Mass.giur.lav.*, 2020, 3,661.

¹⁴³ Corte di Giustizia 11 giugno 2009, Commissione vs. Repubblica italiana, C-561/07.

¹⁴⁴ A tale regola fa eccezione, invece, l'amministrazione straordinaria per la quale invece è consentito derogare al principio di continuità dei rapporti di lavoro, cfr. nuovo comma 5 ter dell'art. 47 l. 428/1990.

In altre parole, la nuova riforma ha avuto il pregio di consacrare il principio del mantenimento dei rapporti di lavoro sia nel trasferimento di azienda *in bonis*, che nel caso di crisi o insolvenza dell'impresa¹⁴⁵.

Le modifiche consentite nelle ipotesi di cui al comma 4-*bis* riguarderanno soltanto "le condizioni di lavoro" e potranno essere realizzate tramite un accordo sindacale stipulato da soggetti particolarmente qualificati¹⁴⁶.

Inoltre, la nuova disposizione introduce altri profili di novità.

In primo luogo, viene modificato l'ambito soggettivo di applicazione della normativa e viene meglio precisato anche l'ambito oggettivo, ovvero il contenuto dell'accordo che assume, all'esito della riformulazione della disposizione, una valenza decisamente rafforzata, poiché soltanto ad esso è demandato il delicato compito di individuare le "condizioni di lavoro" che possono essere oggetto di modifica. Infine, il Codice della Crisi introduce una specificazione in merito ai soggetti sindacali abilitati a stipulare tali accordi.

2. Il nuovo ambito soggettivo di applicazione

Fermo restando il principio di continuità dei rapporti di lavoro la norma modifica anche l'ambito soggettivo sul quale potrà incidere.

Sul punto è bene premettere che il legislatore ha deciso di optare per una nuova ripartizione rispetto alla previgente formulazione¹⁴⁷.

¹⁴⁵ Come già si è anticipato nel capitolo precedente, discorso diverso è invece stato effettuato per la procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi, cfr. capitolo 5.

¹⁴⁶ Capitolo 3.

¹⁴⁷ Come noto le aziende beneficiarie dell'amministrazione straordinaria per la quale l'attività non sia disposta o sia cessata ora trovano la loro disciplina nel nuovo comma 5-*ter* dell'art. 47, al quale il Codice della Crisi, diversa dalle altre ipotesi. Sulla trattazione più specificarsi rimanda al capitolo V.

In primo luogo, l'art. 368, comma 4, del CCII riserva il primo blocco (nuovo comma 4-bis, dell'art. 47) - che contiene deroghe soltanto attenuate alle tutele di cui all'art. 2112 c.c. - alle aziende per le quali vi sia stata la dichiarazione di apertura del concordato preventivo in regime di continuità indiretta, con trasferimento di azienda successivo all'apertura del concordato¹⁴⁸ (con l'esclusione, pertanto, del trasferimento di azienda antecedente all'apertura del concordato); all'omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti non aventi carattere liquidatorio, nonché all'amministrazione straordinaria, in caso di continuazione o di mancata cessazione dell'attività¹⁴⁹.

L'elencazione sopra riportata si prefigge lo scopo, sebbene non esplicitato¹⁵⁰, di raggruppare tutte quelle ipotesi in cui l'obiettivo della procedura è volto alla conservazione dell'attività d'impresa. Infatti, in tutte le procedure concorsuali sopra richiamate il legislatore specifica quale sia, direttamente o indirettamente - la finalità delle stesse. Il riferimento, tra l'altro, non può che essere alle procedure concorsuali così come riformulate all'esito della riscrittura ad opera del d.lgs. 14/2019.

Ad ogni modo, non possono nutrirsi dubbi che le procedure elencate siano animate da una effettiva finalità conservativa, in omaggio agli insegnamenti euro-unitari che impongono una rilettura in tal senso¹⁵¹.

¹⁴⁸ Cfr. E. GRAGNOLI, *La nuova disciplina del concordato preventivo*, in *Riv. giur. lav.*, 2019, 4, 622 ss.

¹⁴⁹ In relazione all'accordo di ristrutturazione dei debiti tra l'altro, la dottrina commerciale ha rilevato che "L'accordo va semplicemente depositato ed un intervento del tribunale - salvo il caso di richiesta di provvedimento di divieto dei procedimenti cautelari ed esecutivi [n.d.r. di cui al co. 6 dell'art. 186-bis l. fall., nel qual caso un controllo del tribunale, comunque eventuale, è previsto a norma del co. 7 del medesimo articolo] - è preveduto soltanto in sede di omologa», cfr. L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, 2015, Torino, F. PADOVINI (a cura di), 356-357.

¹⁵⁰ Cfr. Capitolo 1.

¹⁵¹ Mettono ben in luce le prospettive di conservazione del patrimonio tramite la circolazione dell'azienda già in passato L. MENGHINI, *I contratti di lavoro*, in L. GUGLIELMUCCI (a cura di), *I contratti in corso di esecuzione nelle procedure concorsuali*, Padova, 2006, p. 495; A. CAIAFA, *Risanamento dell'impresa e tutela dei lavoratori*, in *Dir. prat. lav., Inserto*, 2010, 3, p. 5.

In effetti, ci si trova dinanzi a fattispecie nelle quali le prospettive di risanamento si ravvisano essere concrete o dovrebbero rilevarsi tali¹⁵².

Dall'elencazione in esame rimangono escluse, dunque, non solo le ipotesi in cui il trasferimento di azienda sia antecedente all'apertura del concordato preventivo, ma anche le ipotesi degli accordi di ristrutturazione con finalità liquidatoria¹⁵³. Tale esclusione risulta legittima in quanto se nel primo caso la procedura concorsuale non è stata ancora avviata, nel secondo caso l'esclusione si pone in linea con l'insegnamento della direttiva europea per la quale il controllo di un'autorità pubblica rappresenta uno dei requisiti che legittimano le deroghe¹⁵⁴.

Tuttavia, quanto accordi di ristrutturazione, ora disciplinati dall'art. 57 e ss. del CCII, si è sempre dubitato della loro natura concorsuale, ritenendoli atti dell'autonomia privata¹⁵⁵ e, tra l'altro, ancora oggi esclusi da un controllo giudiziario *ex ante*.

In ogni caso, la giurisprudenza, anche alla luce della riforma che ha investito l'istituto già nel 2012, li ritiene aderenti al diritto concorsuale¹⁵⁶.

¹⁵² Sono ancora attuali, pertanto, le considerazioni di G. SANTORO-PASSARELLI, *La disciplina del rapporto di lavoro nel trasferimento d'azienda*, cit., 13; A. VALLEBONA, *Il trasferimento dell'azienda in crisi: agevolazioni per l'acquirente e tutela dei posti di lavoro*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 1980, 280; P. LAMBERTUCCI, *Trasferimento di azienda e problemi occupazionali*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 2010, 2, 387. L. MENGHINI, *I contratti di lavoro*, a cura di L. GUGLIELMUCCI, *I contratti in corso di esecuzione nelle procedure concorsuali*, Padova, 2006, 495; A. CAIAFA, *Risanamento dell'impresa e tutela dei lavoratori*, in *Dir. e prat. lav.*, Inserto, 3, 2010, 5.

¹⁵³ Sul tema M. MARAZZA, *La circolazione del patrimonio aziendale e gli effetti sui contratti di lavoro*, in M. MARAZZA-D. GAROFALO (a cura di), *Insolvenza del datore di lavoro e tutela del lavoratore*, Torino, 2015, p. 43 ss.

¹⁵⁴ R. BELLÈ, *Piani attestati di risanamento e accordi di ristrutturazione*, in F. APRILE-R. BELLÈ, *Diritto concorsuale del lavoro*, Milano, 2013, 250; G.P. GOGLIETTINO, *Politiche attive del lavoro e trasferimento di aziende insolventi: de iure condendo*, in *Lavoro e giur.*, 5, 2015, 455; M. MARAZZA, *La circolazione del patrimonio aziendale*, cit., 71.

¹⁵⁵ Sul tema G. ZAMPINI, *Il trasferimento d'azienda nelle procedure concorsuali con finalità conservativa*, in *Mass.giur.lav.*, 2021, 1, 210.

¹⁵⁶ Cfr. per una disamina G. ZAMPINI, *Il trasferimento d'azienda nelle procedure concorsuali con finalità conservativa*, cit. 211. Sulla riconduzione degli accordi di ristrutturazione dei debiti nell'ambito delle procedure concorsuali cfr. Cass. 12 aprile 2018, n. 9087, in *Dir.Fall.*, 2019, 2 con nota di M. DEL LINZ, *La Cassazione fissa un punto fermo sulla vexata quaestio della natura giuridica degli accordi di*

Per quanto qui rileva, tra l'altro, l'espresso richiamo alla finalità della procedura è contenuta, anche nelle ipotesi di accordi di ristrutturazione cd. ad efficacia estesa ex art. 61 CCII per i quali è espressamente previsto, tra i contenuti, che "l'accordo abbia carattere non liquidatorio, prevedendo la prosecuzione dell'attività d'impresa in via diretta o indiretta ai sensi dell'articolo 84" (del CCII) che disciplina l'istituto del concordato preventivo¹⁵⁷.

Quanto all'amministrazione straordinaria, invece, potrebbe rilevarsi che questa sia la sede naturale essendo ricompreso tra i piani volti al risanamento della grande impresa in crisi di cui all'art. 27 del d.lgs. 270/1999 proprio quello della cessione dei beni (lett. a) e b-bis).

Tuttavia, l'effettiva natura conservativa della procedura è stata messa in dubbio dalla previsione di cui all'art. 56, comma 3-bis, che annovera tali strumenti tra quelli aventi finalità liquidatoria¹⁵⁸.

La contrapposizione che ne deriva è evidente e le soluzioni che sono state avanzate sono le più varie, sintomo che, per tale procedura l'indagine circa l'effettiva finalità¹⁵⁹, in assenza di un intervento riformatore che sia volto a delimitare con certezza l'ambito di applicazione, è destinato a non avere fine.

ristrutturazione dei debiti. Nella sentenza, tra l'altro viene richiamato anche l'art. 1 del Regolamento UE 2015/848 sull'insolvenza transfrontaliera, che nelle procedure concorsuali espressamente ricomprende anche gli accordi di ristrutturazione.

¹⁵⁷ G.FAUCEGLIA, *Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza*, Torino, 2019, 51. Con riferimento alla formulazione dell'art. 182-septies l. fall., la giurisprudenza ha ritenuto che la verifica di fattibilità dell'accordo debba essere effettuata con riferimento alla liquidazione fallimentare: così Trib. Milano, 11 febbraio 2016, cit.; Trib. Forlì, 5 maggio 2016, in *www.ilcaso.it*; Trib. Padova, 31 dicembre 2016, in *www.ilcaso.it*. Cfr. N. ABRIANI, *Gli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa*, in *dirittodellacrisi.it*.

¹⁵⁸ Per una ricostruzione dell'istituto dell'amministrazione straordinaria cfr. G. SCOGNAMIGLIO, Relazione al Seminario "La specialità del diritto del lavoro nelle procedure concorsuali prima e dopo il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: la necessità di un approccio interdisciplinare", 25 marzo 2021.

¹⁵⁹ G. MEO, *Il risanamento finanziato dai creditori. Lettura dell'amministrazione straordinaria*, Giuffrè, 2013, 3 e ss. Cfr. A. CAIAFA, *Ristrutturazione di grandi imprese in crisi*, in *Dir. prat. lav.*, 1, 2009, 24 ss..

Sta di fatto che con l'entrata in vigore del Codice della Crisi, anticipando le conclusioni raggiunte in ordine a tale questione, l'*empasse* potrebbe risolversi considerando l'art. 56, comma 3-*bis*, implicitamente abrogato (sul punto più nel dettaglio capitolo V).

E' opportuno comunque precisare che il legislatore nazionale ha inteso raggruppare nel nuovo comma 4-*bis* le operazioni circolatorie che si inseriscono nell'ambito di procedure che in astratto sono volte al perseguimento dell'attività d'impresa. La realtà fattuale potrebbe però essere diversa e non facile da governare con una valutazione preliminare sulla effettiva finalità della procedura.

In ogni caso, stante qualche incertezza di cui si dirà, la disciplina risulta conforme alla direttiva 23/2001/CE che anche in base agli insegnamenti più recenti della Corte di Giustizia consente soltanto deroghe alle sole condizioni di lavoro¹⁶⁰.

2.1. L'eliminazione al riferimento dell'impresa per la quale sia stato accertato lo stato di crisi aziendale

Dalla nuova formulazione della disposizione in esame è stato eliminato ogni riferimento allo "stato di crisi aziendale" che perde, pertanto, totalmente rilevanza giuridica all'interno del nuovo apparato derogatorio in omaggio ai principi comunitari¹⁶¹.

Tale riferimento, contenuto nella disposizione di cui all'art. 47, comma 4-*bis*, lett. a) è espressamente riferito allo "stato di crisi aziendale, ai sensi dell'articolo 2, quinto comma, lettera c), della legge 12 agosto 1977, n. 675" il

¹⁶⁰ Si fa riferimento alla sentenza della Corte di Giustizia, 22 giugno 2017, C-126/16.

¹⁶¹ A.PRETEROTI, *Il trasferimento d'azienda nel Codice della Crisi d'impresa*, cit. 664; P.LAMBERTUCCI, *Trasferimento di azienda e problemi occupazionali*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 2010, 2, 387.

quale come noto aveva destato non poche criticità minando la conformità della normativa italiana con la direttiva comunitaria 23/2001/CE¹⁶².

Tra l'altro si ricordi che prima della riforma intervenuta nel 2009 lo stato di crisi consentiva la disapplicazione integrale dell'art. 2112 c.c. e, a partire dall'art. 19-*quater* del d.l. n. 135/2009, consente la deroga nel senso della modifica delle condizioni di lavoro¹⁶³.

Era stato rilevato, infatti, che il provvedimento di accertamento dello stato di crisi aziendale, con intervento della cassa integrazione, non implicasse in realtà nessun controllo giudiziario, elemento richiesto espressamente dalla direttiva.¹⁶⁴ Per tale motivo, la procedura di accertamento dello stato di crisi aziendale non è volta ad un fine che può essere parificato a quello di insolvenza come richiesto dall'art. 5, par. 2, lett. a)¹⁶⁵.

Inoltre, la Corte di Lussemburgo ha altresì specificato che l'art. 5, par. 3, della Direttiva n. 2001/23 consente, soltanto in caso di grave crisi economica di "convenire (...) modifiche delle condizioni di lavoro"¹⁶⁶, ma non consente che i lavoratori siano privati totalmente delle garanzie previste dalla direttiva.

Al contrario, la formulazione della norma, prima della riforma intervenuta nel 2009, non effettuava in alcun modo tale distinzione, privando in sostanza i lavoratori delle garanzie previste dagli artt. 3 e 4 della Direttiva n. 2001/23.

¹⁶² Cfr. Sentenza Spano, Corte di Giustizia 7 dicembre 1995, causa C-472/93, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1996, II, 261 ss., e Corte di Giustizia 11 giugno 2009, causa C-561/07.

¹⁶³ G. SANTORO-PASSARELLI, *Diritto dei lavori e dell'occupazione*, Torino, 2020, 422.

¹⁶⁴ Corte di Giustizia 11 giugno 2009, cit., punto 47. In dottrina v. C. CESTER, *Due recenti pronunzie della Corte di giustizia europea in tema di trasferimento d'azienda. Sulla nozione di ramo d'azienda ai fini dell'applicazione della direttiva e sull'inadempimento alla stessa da parte dello Stato italiano delle ipotesi di deroga per crisi aziendale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, 1, 232 ss.; P. LAMBERTUCCI, *Il trasferimento di azienda in crisi*, in *Lavoro e giur.*, 2010, 11, 69. contra, tuttavia, M. MARAZZA, *La circolazione del patrimonio aziendale*, cit., 67.

¹⁶⁵ Corte di Giustizia 11 giugno 2009, Commissione c. Repubblica italiana, cit., punto 38 della motivazione e Corte di Giustizia 7 dicembre 1995, Spano.

¹⁶⁶ Corte di Giustizia Ce 11 giugno 2009, cit., punti 44-45.

L'art. 19-*quater*, comma 1, della legge n. 166/2009, sulla scorta di tali argomentazioni, aveva cercato di raddrizzare il tiro anche se tale riferimento viene poi riproposto nuovamente nel comma 4-*bis* in riferimento alla lett. a) e, cioè qualora "sia stato accertato lo stato di crisi aziendale, ai sensi dell'articolo 2, quinto comma, lettera c), della legge 12 agosto 1977, n.675".

Nuovamente si è pertanto discusso in dottrina, sebbene con toni meno marcati, se tale locuzione, di continuazione o mancata cessazione dell'attività per aziende «delle quali sia stato accertato lo stato di crisi aziendale» potesse essere compatibile con la locuzione di cui all'art. 5, par.1, della direttiva¹⁶⁷ se strettamente collegata con la possibilità di derogare al principio di continuità¹⁶⁸.

Le questioni, invece, che da lì ne sono emerse, erano altre, e come noto si basano sul riferimento al "mantenimento anche parziale dell'occupazione".

2.2. Il nuovo art. 84, comma 2, del Codice della Crisi e il concordato preventivo in continuità indiretta.

All'indomani della riforma, l'istituto del concordato preventivo ha destato particolare interesse tra i primi commentatori¹⁶⁹ poiché è stato profondamente

¹⁶⁷ M.L. SERRANO, *Il trasferimento dell'azienda in crisi tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale: ultimo atto?*, in *Riv.giur.lav.*, 2010, 3, I,151; M.T. CARINCI, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento d'azienda e di ramo. Diritto del lavoro e nuove forme di organizzazione dell'impresa*, Giappichelli, 2013, 201.

¹⁶⁸ Per una ricostruzione cfr. G. GAUDIO, *Trasferimento d'azienda e crisi d'impresa: una eterogenesi dei fini da parte del legislatore italiano?*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT – 347/2017 e G. ZAMPINI, *Il trasferimento d'azienda nelle procedure concorsuali con finalità conservativa*, in *Mass.giur.lav.*, 2021, 1, 210.

¹⁶⁹ Successivamente all'approvazione del Codice della Crisi d'impresa il legislatore è intervenuto nuovamente a modificare l'istituto a seguito di alcune incongruenze segnalate dalla dottrina. Lo ha fatto dapprima con il d.lgs. n. 26 ottobre 2020, n. 147 e, più di recente con il d.l. 24 agosto del 2021 n. 118 convertito con modificazioni dalla legge 21 ottobre 2021, n. introducendo il cd. concordato liquidatorio semplificato, di cui si darà conto nel capitolo 3. Di recente per una disamina complessiva sull'istituto E. GRAGNOLI, *Il concordato preventivo, i criteri di identificazione della sua natura liquidatoria e il trasferimento di un ramo di azienda*, in *dirittodellacrisi.it*; id., *La nuova disciplina del concordato preventivo*, in *Riv.giur.lav.*, 2019, 623; e prima delle modifiche id., *Rapporti di lavoro subordinato nel concordato con continuità*, in *Fall.* 2014, 3, 253.

modificato dal nuovo Codice ed ora trova la sua disciplina negli artt. 84 ss. del CCII¹⁷⁰.

La ragione di un simile e vasto intervento è motivata dallo stesso legislatore ove nella Relazione illustrativa specifica che “il favore per l’istituto concordatario si giustifica, invece, principalmente quando esso valga a garantire la continuità aziendale e, per suo tramite, ricorrendone i presupposti, riesca altresì ad assicurare nel tempo una migliore soddisfazione dei creditori. Muovendo da tale empirica constatazione, si è ritenuto di incentivare il ricorso al concordato in continuità: quando cioè, vertendo l’impresa in situazione di crisi o anche di insolvenza, la proposta preveda il superamento di tale situazione mediante la prosecuzione (diretta o indiretta) dell’attività aziendale, sulla base di un adeguato piano che consenta, al tempo stesso, di salvaguardare il valore dell’impresa e, tendenzialmente, i livelli occupazionali, con il soddisfacimento dei creditori.”

Ad ogni modo, dalla lettura del primo comma dell’art. 84 CCII emerge sin da subito la prospettiva ambivalente dell’istituto¹⁷¹: “*Con il concordato preventivo il debitore realizza il soddisfacimento dei creditori mediante la continuità aziendale o la liquidazione del patrimonio*”.

Ancora una volta è il legislatore stesso che fornisce un chiarimento: “La proposta liquidatoria è ammessa solo se essa si avvalga di risorse poste a disposizione da terzi (c.d. nuova finanza) che aumentino in modo significativo le prospettive di soddisfacimento per i creditori.”¹⁷²

¹⁷⁰ Tra i primi commenti A. ZORZI, *Concordato con continuità e concordato liquidatorio: oltre le etichette*, in *Dir. Fall.*, 2020, 1, 58 ss.; L. IMBERTI, *Profili lavoristici del Codice della crisi di impresa e dell’insolvenza*, 2020, 60 ss.

¹⁷¹ Consapevole di tale duplice prospettiva è S. BELLOMO, *Crisi e strumenti di salvaguardia della continuità aziendale e dell’occupazione nel codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza: uno sguardo d’insieme*, in *Dir. Merc. lav.* 2, 2021, 285

¹⁷² Ancora così la Relazione illustrativa al Codice della Crisi.

Pertanto, la prospettiva della continuazione dell'attività si palesa prevalente rispetto a quella liquidatoria, destinata, almeno inizialmente, a soccombere¹⁷³.

Del resto tale mutamento era stato già intrapreso dal legislatore con l'introduzione dell'art. 186 *bis* l.fall., che sebbene sia stata oggetto di plurimi interventi normativi¹⁷⁴, ha costituito il principale strumento di risanamento delle imprese¹⁷⁵.

A ben vedere, il cambio di prospettiva della procedura è iniziato con il d.l. 14 marzo 2005, n. 35 convertito con modificazioni in legge 14 marzo 2005, n. 80: la finalità liquidatoria viene superata da quella "diretta anche al risanamento dell'impresa, idonea a consentire all'imprenditore, in situazione di crisi, o addirittura di insolvenza, di ristabilire l'equilibrio economico e finanziario attraverso particolari operazioni oggetto della proposta e del piano concordatario"¹⁷⁶.

¹⁷³ In realtà, come si vedrà meglio, tale prospettiva alla luce della recente riforma ad opera del d.l. 138/2021, sembra invece destinata parzialmente ad essere rivista. Sul bilanciamento già M. MARAZZA-D. GAROFALO, *Insolvenza del datore di lavoro e tutele del lavoratore*, in M. MARAZZA-D. GAROFALO, Torino, 2015, p. XIII-XV.

¹⁷⁴ Disposizione introdotta dal d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito con modificazioni nella l. 7 agosto 2012, n. 134. Per i primi commenti M. FABIANI, *Fallimento e concordato preventivo*, vol. II, *Concordato preventivo*, in *Commentario Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di G. DE NOVA, *Libro quinto: lavoro art. 2221*, Bologna, 2014, p. 194 ss.; G. TERRANOVA, *Il concordato con continuità aziendale e i costi dell'intermediazione giuridica*, in *Dir. fall.*, 2013, I, p. 4 ss.; L. BOTTAI, *Il concordato preventivo con continuità aziendale: profili applicativi e prime prassi*, in *Fallimento, soluzioni negoziate della crisi e disciplina bancaria*, diretto da S. AMBROSINI, Bologna, 2017, 208 ss.; F.S. FILOCAMO, *Commento sub art. 186-bis*, in *La legge fallimentare*, a cura di M. FERRO, Padova, 2014, p. 2700 ss.; G.B. NARDECCHIA-R. RANALLI, *Commento sub art.186-bis*, in *Codice commentato del fallimento*, diretto da G. LO CASCIO, Milano, 2013, 2305; V. PETTIROSSI, *Il concordato preventivo: della fattispecie con continuità aziendale*, in *Dir. fall.*, 2015, I, 216; Per una più recente ricostruzione in chiave storica dell'istituto cfr. V. PINTO, *Le fattispecie di continuità aziendale nel concordato nel Codice della Crisi*, in *Giur. comm.*, 2020, 2, 372 ss.

¹⁷⁵ L. IMBERTI, *Profili lavoristici del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, op. cit. 61.

¹⁷⁶ L. FARENGA, *I contratti pendenti nel concordato preventivo alla luce del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Dir. fall.*, 2020, I, 295.

L'inversione operata dal legislatore, in favore della continuità, tuttavia, non può risultare sufficiente per affermare che la tutela del mantenimento dell'occupazione sia stata pienamente realizzata.

Infatti, lo strumento del concordato in continuità di cui all'art. 84 del CCII è volto al soddisfacimento dei creditori, piuttosto che orientato ad una consapevole affermazione della necessità di tutelare gli interessi dei lavoratori¹⁷⁷.

Infatti, seppur non può dirsi che l'introduzione di un richiamo così rilevante nella procedura concorsuale non costituisca un apprezzabile tassello per il bilanciamento dei diversi interessi coinvolti (su cui *infra*), alcuni riferimenti contenuti nella stessa disposizione denotano una posizione comunque inferiore rispetto alla prospettiva della tutela del ceto creditorio e ad essa servente¹⁷⁸.

A tal fine depone l'art. 84, comma due, nel quale si precisa che in caso di continuità diretta il piano dovrà essere *"funzionale ad assicurare il ripristino dell'equilibrio economico finanziario nell'interesse prioritario dei creditori, oltre che dell'imprenditore e dei soci"*; anche tale valutazione deve essere tenuta in debito conto nel caso di continuità indiretta poiché al periodo successivo si precisa che *"In caso di continuità' indiretta la disposizione di cui al periodo che precede, in quanto compatibile, si applica anche con riferimento all'attività aziendale proseguita dal soggetto diverso dal debitore"*.

Per vero, si deve prendere atto di una considerazione: in via generale la procedura di concordato preventivo non implica di per sé il sacrificio dei livelli occupazionali. Sebbene, manchi una disciplina generale come introdotta in tema

¹⁷⁷ Su tale aspetto anche Cap. 1.

¹⁷⁸ Sottolinea la duplice funzione che il concordato preventivo può assumere nell'ottica della tutela dei contrapposti interessi S. BELLOMO, *Crisi e strumenti di salvaguardia della continuità aziendale e dell'occupazione nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: uno sguardo d'insieme*, in *Dir. Merc. lav.* 2, 2021, 285, il quale segnala che *"tale ratio, in quanto compatibile, si applica anche con riferimento all'attività aziendale proseguita dal soggetto diverso dal debitore. In altri termini anche nel concordato in continuità non è sovvertita, bensì solo temperata, la primazia dell'esigenza di tutela dei creditori"*.

di liquidazione giudiziale all'art. 189, l'art. 97, comma 13 - riscritto dal d.lgs. 26 ottobre 2020, n. 147 - nel disciplinare i contratti pendenti¹⁷⁹ esclude dal campo di applicazione di rapporti di lavoro subordinato, che pertanto continuano senza subire conseguenze¹⁸⁰.

E ciò vale anche per il concordato con continuità qualora sia stata disposta la cessione dei beni. Sarà nel dettaglio il piano concordatario a dettare le regole.

Ciò posto, occorre procedere ad analizzare nel dettaglio la normativa, risultando particolarmente rilevante per comprendere gli effetti della procedura sulla disciplina del trasferimento di azienda.

Ai sensi dell'art. 84, comma due, il concordato può suddividersi a sua volta in continuità cd. diretta *“in capo all'imprenditore che ha presentato la domanda di concordato”* oppure cd. indiretta qualora *“sia prevista la gestione dell'azienda in esercizio o la ripresa dell'attività da parte di soggetto diverso dal debitore in forza di cessione, usufrutto, affitto, [...] conferimento di azienda”* e sia previsto *“dal contratto o dal titolo il mantenimento o la riassunzione di un numero di lavoratori pari ad almeno la metà della media di quelli in forza nei due esercizi antecedenti il deposito del ricorso, per un anno dall'omologazione”*.

La distinzione è netta. Da un lato la continuità viene realizzata dallo stesso imprenditore. Nell'altro caso, invece, si affida ad un soggetto diverso dal debitore la fase di risanamento. L'istituto non è nuovo perché tale operazione era già possibile *ex art. 186-bis l. fall.* Tuttavia, il legislatore del Codice tende a promuovere ancora tale opzione, così come emerge dalla legge delega della riforma all'art. 2, comma 1, lett. g)¹⁸¹.

¹⁷⁹ Il suo antecedente storico è l'art. 169-bis introdotto dal d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito con modificazioni nella l. 7 agosto 2012, n. 134 che per la prima volta ha regolato la disciplina dei contratti pendenti.

¹⁸⁰ L. FARENGA, *I contratti pendenti nel concordato preventivo alla luce del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Dir. fall.*, 2020, I, 295.

¹⁸¹ Cfr. capitolo 1.

La formulazione della disposizione¹⁸² ha destato subito l'attenzione degli interpreti nella parte in cui per il concordato preventivo in continuità indiretta prevede la riassunzione o il mantenimento dei lavoratori pari almeno alla media di quelli presenti nei due esercizi precedenti¹⁸³.

Occorre però sgombrare il campo da un possibile fraintendimento: la disposizione non risulta in contrasto con l'art. 2112 c.c. e non ne costituisce una deroga¹⁸⁴.

Tale rapporto, infatti, deve essere letto di genere a species: l'art. 2112 c.c. afferma, come noto, il principio di continuità dei rapporti in caso di cessione dell'impresa, ma i due principi sono pienamente conciliabili atteso che la previsione di cui all'art. 84, comma due, si caratterizza per una fattispecie speciale che trova applicazione soltanto nell'ambito delle procedure concorsuali¹⁸⁵.

Una lettura diversa, tra l'altro, renderebbe la disposizione in contrasto con la direttiva comunitaria che consente una deroga soltanto in caso di procedure destinate alla liquidazione del patrimonio in vista del soddisfacimento dei creditori e non in caso di procedure conservative, come è quella di cui al comma due dell'art. 84¹⁸⁶.

¹⁸² Tra l'altro oggetto di un intervento correttivo ad opera del d.lgs. 26 ottobre 2020, n. 147 ha disposto con l'art. 13, comma 1, lettera a) la modifica dell'art. 84, comma 2 e con l'art. 13, comma 1, lettera b) la modifica dell'art. 84, comma 3.

¹⁸³ Tra i primi commenti L. IMBERTI, *Profili lavoristici del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, op. cit. 60-78. A. PRETEROTI, *Il trasferimento d'azienda nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: prove di assestamento euro-unitario*, cit., 671-672; S. BELLOMO *Crisi e strumenti di salvaguardia della continuità aziendale e dell'occupazione nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: uno sguardo d'insieme*, in *Dir. Merc. lav.* 2, 2021, 285 ss.

¹⁸⁴ A. PRETEROTI, *Il trasferimento d'azienda*, cit. 671; S. BELLOMO, *Crisi e strumenti di salvaguardia della continuità aziendale e dell'occupazione nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: uno sguardo d'insieme*, cit. 287.

¹⁸⁵ A. MARESCA, *Relazione al Convegno I rapporti di lavoro nel codice della crisi e dell'insolvenza*, Bologna, 8 novembre 2019.

¹⁸⁶ A. PRETEROTI, *Il trasferimento d'azienda*, cit. 671.

Quante alle modalità di realizzazione, tra l'altro, si segnala che la disposizione è stata oggetto di una modifica ad opera dell'art. 13, comma uno, lett. a) del d.lgs. 26 ottobre 2020, n. 147 che ha ulteriormente specificato gli strumenti attraverso i quali viene perseguita la continuità indiretta: accanto alla cessione, infatti, vi è l'usufrutto, il conferimento dell'azienda in una o più società, nonché l'affitto di azienda e questo anche qualora sia stato stipulato anteriormente al deposito del ricorso, purché funzionale alla presentazione della proposta.

Tale ultima precisazione risulta importante perché soltanto il contratto di affitto di azienda può essere stipulato anteriormente al deposito del ricorso. Gli altri strumenti previsti dovranno, invece, essere posti in essere in esecuzione del piano concordatario.

Accanto a tali elementi, tuttavia, si aggiunge, come anticipato sopra, nell'ottica di tutela della salvaguardia dei livelli occupazionali il mantenimento o la riassunzione di un numero di lavoratori pari ad almeno la metà della media di quelli in forza nei due esercizi antecedenti il deposito del ricorso, per un anno dall'omologazione.

Il richiamo a dati numerici desta perplessità non solo per quanto riguarda il metodo di calcolo dei lavoratori, rimesso ad un non meglio precisato criterio basato su una media aritmetica, ma anche perché non tiene in debito conto di eventuali operazioni di cessione poste in essere in precedenza oppure eventuali procedure di licenziamento collettivo intraprese¹⁸⁷.

¹⁸⁷ M. MARAZZA, *Relazione al Convegno "I rapporti di lavoro nel codice della crisi e dell'insolvenza"*, Bologna, 8 novembre 2019. Dubbioso sulla legittimità costituzionale della disposizione per eccesso di delega F. D'ANGELO, *Il concordato preventivo con continuità aziendale nel nuovo codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, in *Dir. Fall*, 2020, 1, 40;

Sebbene sarebbe stato auspicabile prevedere un parametro determinato, la norma in questione potrebbe essere di fatto di ostacolo all'accesso alla procedura di concordato, disincentivando l'operazione¹⁸⁸.

Inoltre, la norma prescrive che il requisito dimensionale debba permanere per un anno dall'omologazione e che possa essere soddisfatto anche a seguito di "riassunzione".

La locuzione, che nel diritto del lavoro assume un significato ben preciso, potrebbe essere interpretata alla stregua di "nuove assunzioni", evocando in tal modo la possibilità che possa venir meno, almeno temporaneamente, il rapporto ravvisando così prospettive di discontinuità¹⁸⁹.

Tali timori, tuttavia, devono essere superati favorendo una lettura maggiormente garantisca e che deriva dallo stesso dato letterale della norma: il termine "riassunzioni" deve essere inteso come assunzioni di personale che era già alle dipendenze del cedente.

Le precisazioni precedenti risultano fondamentali per comprendere il richiamo operato dall'art. 47, comma 4 *bis*, nella nuova versione introdotta dal CCII. Si è detto infatti che tra le procedure beneficiarie di tale piano rientrano le aziende per le quali vi sia stata la dichiarazione di apertura della procedura di

¹⁸⁸ F. D'ANGELO, *Il concordato preventivo con continuità aziendale nel nuovo codice della crisi di impresa e dell'insolvenza.*, cit. par. 4.3.2.

¹⁸⁹ F. D'ANGELO, *Il concordato preventivo con continuità aziendale nel nuovo codice della crisi di impresa e dell'insolvenza.*, op. cit, par. 4.3.2., il quale precisa che "Non è poi necessario che il livello occupazionale permanga almeno pari alla metà della media degli occupati dei due esercizi anteriori al deposito della domanda durante l'intera procedura; la norma chiede infatti che detto requisito sia mantenuto per un anno dall'omologazione e che possa essere soddisfatto anche a seguito di riassunzione. Ora, al di là del fatto che il termine "riassunzione" dovrebbe comprendere anche le "nuove assunzioni" di soggetti che prima non avevano alcun rapporto di lavoro con l'impresa, mi par chiaro che questo presuppone la possibilità che il requisito venga temporaneamente meno, magari prima o nel corso della procedura, purché sia ripristinato al momento dell'omologazione per l'anno ad essa successivo."

concordato preventivo in regime di continuità indiretta purché il trasferimento di azienda sia successivo all'apertura del concordato stesso¹⁹⁰.

Il riferimento al concetto di assunzioni e, più in generale, il riferimento ai livelli occupazionali non può intendersi come un divieto di licenziamento e né tanto meno come una assunzione di nuovi lavoratori.

In altre parole, la disposizione non solo garantisce il passaggio di tutti i dipendenti in forza al momento dell'apertura del concordato, ma subordina il passaggio al fatto che venga garantito un determinato organico per un certo periodo, escludendo la possibilità di procedere a nuove assunzioni di lavoratori.

I lavoratori passano tutti alle dipendenze del nuovo acquirente poichè "in nessuno dei casi di procedure non liquidatorie è ammesso il mantenimento solo parziale dei posti di lavoro in forza al momento della cessione"¹⁹¹.

Quanto, infine, al profilo sanzionatorio è evidente che la disposizione non prevede alcuna sanzione in caso di violazione.

In caso di violazione dell'obbligo di riassunzione, i profili da analizzare sono sostanzialmente due: quello concorsuale e quello giuslavoristico.

Sotto al primo profilo, la dottrina commercialistica propende per ritenere che il mantenimento futuro dei livelli occupazionali, qualora non venga rispettato non comporti conseguenze specifiche sulla procedura che è stata ormai omologata¹⁹².

¹⁹⁰ Così A. PRETEROTI, *Il trasferimento d'azienda nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: prove di assestamento euro-unitario*, op.cit.; I ALVINO, *Continuità aziendale*, op.cit., par. 6.. S. BELLOMO, op. cit. e F. D'ANGELO, *Il concordato preventivo con continuità aziendale*, op, cit.

¹⁹¹ S. BELLOMO, *op. cit.* par. 4 dettagliatamente sul tema del trasferimento di azienda e sulla nuova formulazione dell'art. 47.

¹⁹² F. D'ANGELO,, *op. ult. cit.* par. 4.3.2; ma anche G.B.NARDECCHIA, *Concordato preventivo e mantenimento dei posti di lavoro*, in Aa.Vv., *Il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. La riforma del fallimento, supplemento a ItaliaOggi del 23 gennaio 2019*, 187, nonché M. ARATO, *Il concordato con continuità nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Fall.*, 2019, 857. Contra, tuttavia, altra dottrina ha ritenuto che il mancato rispetto di tale requisito minimo possa comportare la riqualificazione del concordato in continuità in un concordato liquidatorio, con conseguente sua inammissibilità sopravvenuta o risoluzione in caso di mancato superamento

Quanto al profilo dei lavoratori, si condivide l'idea di chi sottolinea che vi è spazio per un'azione risarcitoria "per la perdita di *chance* subita dal lavoratore, il quale sarà comunque onerato della prova di essere tra coloro i quali, in base ai principi di buona fede e correttezza, avrebbero dovuto essere riassunti"¹⁹³.

Se sussistono criteri certi per individuare il lavoratore da riassumere, il soggetto leso potrebbe altresì agire in giudizio per l'accertamento del diritto alla riassunzione.

Il lavoratore sarà comunque gravato da un onere di prova, dimostrando che avrebbe avuto diritto ad essere riassunto¹⁹⁴.

3. Il presupposto oggettivo: l'accordo collettivo (rinvio)

Accanto al presupposto soggettivo, affinché possa realizzarsi a pieno il modello derogatorio cd. attenuato deve sussistere, ai sensi dell'art. 47, comma 4-bis, "*un accordo, nel corso delle consultazioni di cui ai precedenti commi, con finalità di salvaguardia dell'occupazione*".

La normativa demanda, pertanto, alle parti collettive la deregolamentazione delle tutele, accordo che deve avere come obiettivo la tutela dell'occupazione.

Ciò consente di affermare che sebbene ci si trovi dinnanzi ad una situazione di crisi aziendale, l'obiettivo del trasferimento e, dunque, delle parti stipulanti l'accordo debba essere esclusivamente quello di addivenire ad una idea condivisa che garantisca tale finalità poichè è fatto salvo il principio di continuità dei rapporti di lavoro.

delle soglie di cui all'ultimo comma dell'art. 84, Codice della Crisi (per questa soluzione, cfr. S.AMBROSINI, *Il nuovo concordato preventivo: "finalità", "presupposti" e controllo sulla fattibilità del piano (con qualche considerazione di carattere generale)*, in *www.ilcaso.it, Crisi d'Impresa e Insolvenza*, 25 febbraio 2019, 4.

¹⁹³ Così I. ALVINO, *Continuità aziendale*, op.cit., 451 ss. e A. PRETOROTI, *Il trasferimento d'azienda nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: prove di assestamento euro-unitario*, op. cit. par. 6.

¹⁹⁴ I. ALVINO, *Continuità aziendale, trasferimento d'azienda e tutela dell'occupazione nel nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Riv. it. dir. lav.*, 451 ss.

Inoltre, la finalità dell'accordo viene raggiunta con la precisazione che il contenuto può avere ad oggetto soltanto una modifica alle "condizioni di lavoro", rimanendo escluse e, dunque, superate le difficoltà interpretative emerse in passato¹⁹⁵.

Se non vi è dubbio che l'accordo collettivo, unico deputato a prevedere meccanismi di erosione delle tutele, limitatamente all'ambito che si è appena richiamato, ne sia uscito rafforzato assurgendo ad elemento essenziale della fattispecie¹⁹⁶, non può revocarsi in dubbio che la formulazione di nuovo conio lascia aperte alcune questioni che hanno animato il dibattito all'indomani della pubblicazione del Codice della Crisi, quali i soggetti titolari del potere di stipulare tali accordi nonché l'efficacia soggettiva degli stessi.

Per il momento sia sufficiente precisare che il legislatore espressamente prevede la possibilità di stipulare l'accordo derogatorio "anche" attraverso contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e contratti collettivi aziendali stipulati dalle loro rappresentanze sindacali aziendali ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria espressamente richiamando l'art. 51, d.lgs. n. 81/2015¹⁹⁷.

Su tali aspetti, che involgono tematiche di più ampio respiro, verranno affrontate più nel dettaglio nel capitolo 4.

¹⁹⁵ Tra l'altro l'interpretazione è stata condivisa e fatta propria dalla Suprema Corte che a partire dalle sentenze 1° giugno 2020, n. 10414 e 10415, in *Lavoro Diritti Europa*, 2020, n. 3, con nota di R. COSIO, *Il trasferimento dell'impresa in crisi nell'ordinamento complesso*, ma seguita poi anche da Cass. 17 agosto 2020, n. 17193, e dalle altre cfr. nn. 17194, 17195, 17197, 17199, 17201 e 17202, in *DeJure* hanno condiviso la linea interpretativa della dottrina maggioritaria optando per una interpretazione comunitariamente conforme cfr. A. PRETOROTI, *Il principio di continuità dei rapporti di lavoro nella disciplina del trasferimento d'azienda in crisi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2018, 3, p. 457 ss.

¹⁹⁶ R. ROMEI, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento dell'azienda*, cit., p. 223; P. LAMBERTUCCI, *Le tutele del lavoratore*, cit., p. 76. ID., *Il trasferimento di azienda in crisi*, in *Lav. giur.*, 2010, 11, 67.

¹⁹⁷ I. ALVINO, *I rinvii legislativi al contratto collettivo. Tecniche e interazioni con la dinamica delle relazioni sindacali*, Napoli, 2018; F.V. PONTE, *Contratto collettivo e inderogabilità*, Cedam, 2020.

4. La deroga attenuata all'art. 2112 c.c. e il riferimento alle "sole condizioni di lavoro".

Onde evitare il rischio di incorrere in una nuova condanna da parte della Corte di Lussemburgo, il legislatore del Codice della Crisi ha inteso eliminare ogni dubbio sulla possibilità di derogare al principio di continuità dei rapporti di lavoro, contenendo ora un richiamo espresso "alle sole condizioni di lavoro".

L'aderenza ai principi di origine comunitaria è palese, ponendosi in linea non solo con la dicitura della direttiva comunitaria 23/2001/CE, ma anche con i moniti più volte manifestati dalla Corte di Giustizia, che a più riprese ha ribadito l'impossibilità di derogare, dinanzi a procedure con finalità non liquidatoria, alle sole condizioni di lavoro¹⁹⁸.

Ciò rispecchia quanto espressamente previsto dall'art. 5, par. 2, lett. b), della direttiva n. 23/2001/CE, che consente la disapplicazione solo nella misura in cui la legislazione o le prassi in vigore nel Paese membro lo consentano.

Pertanto, risulta di fondamentale importanza definire il contenuto e, dunque, i confini della deroga poiché è da questa che dipendono le tutele applicabili ai lavoratori trasferiti¹⁹⁹.

Compito dell'interprete, pertanto, è quello di riempire di contenuto la locuzione poiché ora è su tale aspetto che gli accordi potranno incidere. Il tema

¹⁹⁸ Da ultimo Corte di Giustizia 11 giugno 2009, cit., punto 47, in *Lav. Giur.*, 11, 2009, 1125 ss., nt. R. COSIO; *Dir.Fall.*, 2010, 2, 153, nt. A. CAIAFA; *Dir.Merc.Lav.*, 1-2, 2009, 347 ss., nt. F.V.PONTE. Ma anche v. C. CESTER, *Due recenti pronunzie della Corte di giustizia europea in tema di trasferimento d'azienda. Sulla nozione di ramo d'azienda ai fini dell'applicazione della direttiva e sull'inadempimento alla stessa da parte dello Stato italiano delle ipotesi di deroga per crisi aziendale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, 1, 232 ss.; P. LAMBERTUCCI, *Il trasferimento di azienda in crisi*, in *Lav. giur.*, 2010, 11, 69.

¹⁹⁹ Scettica su tale locuzione A.M. PERRINO, *Il trasferimento dell'impresa insolvente, e anche Relazione al Convegno "I rapporti di lavoro nel codice della crisi e dell'insolvenza"*, Bologna, 8 novembre 2019.

tra l'altro interessa non solo la disposizione che entrerà in vigore il 16 maggio 2022, salvo ulteriori rinvii, ma anche la locuzione attualmente vigente²⁰⁰.

Una volta esclusa la possibilità, anche per la fonte collettiva, di intervenire sul principio di continuità dei rapporti di lavoro, occorre indagare quali possano essere le "condizioni di lavoro".

Il termine è ampio e c'è chi non ha nascosto un certo scetticismo rilevandone una difficoltà ai fini dell'individuazione dell'esatto contenuto²⁰¹.

Ad ogni modo c'è da chiedersi se l'accordo possa derogare alle condizioni che trovano la loro fonte nella legge e alle tutele stabilite dall'art. 2112 c.c. ai commi successivi al primo, oppure soltanto a quelle che trovano la loro fonte nel contratto collettivo.

L'art. 5 par. 2 lett. b) della direttiva 23/2001 non aiuta a dirimere il dubbio poichè sancisce che *"il cessionario, il cedente o la persona o le persone che esercitano le funzioni del cedente, da un lato, e i rappresentanti dei lavoratori, dall'altro, possano convenire, nella misura in cui la legislazione o le prassi in vigore lo consentano, modifiche delle condizioni di lavoro dei lavoratori intese a salvaguardare le opportunità occupazionali garantendo la sopravvivenza dell'impresa, dello stabilimento o di parti di imprese o di stabilimenti"*.

Tuttavia, può soccorrere un inciso contenuto nella disposizione citata e cioè il riferimento alla possibilità di prevedere deroghe alle condizioni di lavoro *"nella misura in cui la legislazione o le prassi in vigore lo consentano, modifiche delle condizioni di lavoro"*.

²⁰⁰ Da ultimo si ricorda l'art. 1 comma 1 lett. a) d.l. 24 agosto 2021 n. 118 convertito con modificazioni dalla legge 21 ottobre 2021 n.254.

²⁰¹ A.M. PERRINO, *Il trasferimento dell'impresa insolvente, e anche Relazione al Convegno "I rapporti di lavoro nel codice della crisi e dell'insolvenza"*, Bologna, 8 novembre 2019, ma anche A. MARESCA, *Relazione al Convegno "I rapporti di lavoro nel codice della crisi e dell'insolvenza"*, Bologna, 8 novembre 2019.

Partendo con ordine, si può prendere le mosse dagli orientamenti sinora emersi.

Da un lato è stato affermato che le deroghe consentite sono soltanto quelle alle condizioni di lavoro strettamente intese, e cioè che possono incidere esclusivamente sulle modalità del rapporto di lavoro, sui sistemi o livelli di inquadramento professionale, sull'orario, sulla retribuzione.

Non è consentito, invece, disapplicare le tutele derivanti dall'art. 2112 c.c., e quindi al principio di solidarietà tra cedente e cessionario²⁰² e, più in generale, alle prerogative che trovano la loro fonte nella legge. In tal caso si ammetteva la possibilità di un accordo con il singolo lavoratore interessato *ex artt.* 410-411 c.p.c. per incidere sui diritti individuali assicurati dai commi 1 e 2 dell'art. 2112 c.c.²⁰³.

Tra l'altro alcune pronunce di merito hanno altresì precisato che gli accordi sindacali non potrebbero neanche derogare al divieto di licenziamento che diverrebbe illegittimo perché contrario alla normativa di fonte eurounitaria²⁰⁴.

La precisazione è utile perché se ciò è vero, non significa che non possano essere consentiti licenziamenti intimati per ragioni economiche, che esulano, pertanto, dalla dinamica circolatoria.

²⁰² Alla luce della precedente formulazione invece il dibattito è stato incentrato, come detto, sulla possibilità, essendo presente l'inciso "anche parziale dell'occupazione", che la deroga riguardasse anche il mantenimento della totalità dei rapporti di lavoro M.A. GARZIA, *Tutela del lavoratore escluso nel trasferimento di ramo d'azienda*, un *Lav.Giur.*, 2016, 11, 1007. In giurisprudenza, T. Roma 27 maggio 2015, est. Gandini; T. Roma 6 maggio 2016, est. Garzia. Di recente sul tema, in relazione alla procedura di concordato preventivo App. Roma 16 marzo 2021, n. 648 in *De Jure* ha che richiama Cass. 10415/2020 e le successive Cass. 17193/2020, Cass. 17194/2020, Cass. 17195/2020, Cass. 17198/2020, Cass. 17199/2020, Cass. n. 17201/2020 e Cass. n. 17202/2020.

²⁰³ Per una ricostruzione in dottrina A. PRETEROTI, *Il principio di continuità*, cit. 455; P. LAMBERTUCCI, *Il trasferimento di azienda in crisi*, cit., 71. In giurisprudenza, T. Padova 27 marzo 2014; T. Alessandria 18 dicembre 2015; A. Roma 18 maggio 2016, in *Lav. prev. oggi*, 11-12, 2016, 669 ss., nt. N.DI CANDILO; e 16 febbraio 2017, n. 892, in *Riv. giur.lav.*, 3, 2017, 455 ss.; P. LAMBERTUCCI, *Il trasferimento di azienda in crisi* cit., 71.

²⁰⁴ T. Milano 20 ottobre 2015, cit.; T. Roma 15 gennaio 2016, Est. Armone.

Dall'altro lato, potrebbe invece sostenersi che l'accordo derogatorio possa comunque incidere sulle garanzie dell'art. 2112 c.c., ad esclusione del principio del mantenimento dei diritti dei lavoratori (quindi il principio di solidarietà e il trattamento economico collettivo applicato).

Una simile impostazione, tuttavia, non appare condivisibile anche alla luce della nuova formulazione della norma introdotta dal Codice della Crisi d'impresa.

In primo luogo, le condizioni di lavoro alle quali è consentito derogare non potranno che essere le mansioni, l'inquadramento, la retribuzione, l'orario di lavoro, ipotesi che trovano la loro disciplina di dettaglio nel contratto collettivo²⁰⁵.

Sicché sarà possibile derogare soltanto a quanto previsto dal comma 3 dell'art. 2112 c.c., ricomprendendo anche la deroga all'ultima parte della disposizione quando prevede che la sostituzione operi tra contratti collettivi di diverso livello.

Evidente che nel caso di trasferimento di azienda in crisi la nuova fonte contrattuale del rapporto diverrà l'accordo raggiunto tra le parti che costituirà la fonte del rapporto²⁰⁶, restando esclusa la possibilità di poter derogare a condizioni di lavoro che trovano la loro fonte nella legge.

²⁰⁵ A. PRETEROTI, *Il principio di continuità dei rapporti di lavoro nella disciplina del trasferimento d'azienda in crisi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2018, 3, p. 457 ss. Cfr. anche P. LAMBERTUCCI, *la disciplina dei rapporti di lavoro nel trasferimento dell'impresa sottoposta a procedure concorsuali: prime note sul codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza del 2019*, cit. "Con la disposizione in commento — in continuità con il precedente testo — si abilita l'autonomia collettiva a rimuovere un quadro legale altrimenti inderogabile ed, in particolare, l'art. 2112 c.c., con riferimento alla continuità del rapporto di lavoro e alla conservazione dei conseguenti diritti (co. 1) e delle condizioni di lavoro assicurate dai contratti collettivi applicati dal cedente (co. 3), nonché all'autonoma giustificazione per procedere al licenziamento (individuale o collettivo) (co. 4)." Vd. anche. A. ALLAMPRESE, *Contratto collettivo ex art. 47 legge 428/1990 sul trasferimento di azienda in crisi*, in *Riv.Giur.lav.*, 2014, I, 837 ss.

²⁰⁶ Cfr. anche G. P. GOGLIETTINO, *Politiche attive del lavoro e trasferimento di aziende insolventi: de iure condendo*, in *Lav.Giur.*, 5, 2015, 458. La Corte di giustizia, aveva precisato poi che tra le «modifiche delle condizioni di lavoro» non è inclusa nemmeno la facoltà di limitare il periodo annuale di salvaguardia del trattamento collettivo praticato dal cedente, a meno che non si verifichi una delle

A tale ultimo riguardo, tra l'altro, non parrebbe peregrino ipotizzare che si possa ricorrere alla stipula di accordi *ex art. 8 del d.l. 138/2011 convertito con legge n. 148/2011*.

La stipula di queste particolari intese, pare essere in linea con la direttiva comunitaria attraverso il richiamo contenuto nell'art. 5 par. 2 lett. b) ovvero "*nella misura in cui la legislazione o le prassi in vigore lo consentano*".

Del resto, le uniche ipotesi nelle quali il nostro ordinamento prevede la possibilità da parte del contratto di intervenire in deroga, anche in violazione di norme inderogabili di legge, è lo strumento dei contratti di prossimità.

Tale eventualità di intervento potrà essere esercitata, soltanto qualora ciò avvenga nel rispetto delle disposizioni costituzionali e con quelle euro-unitarie.

Sicché, fermo restando tale principio, l'ambito di intervento della disposizione non potrà che essere circoscritto, a sua volta, alle sole condizioni di lavoro. Ci si dovrà domandare, poi, come lo strumento si concili con le novità introdotte dal Codice della Crisi, in ordine ai soggetti sindacali abilitati alla stipula delle trattative²⁰⁷.

4.1. L'impossibilità di derogare al principio della responsabilità solidale

Un'altra questione che merita alcune riflessioni, non affrontata espressamente nel precedente paragrafo, è quella relativa alla possibilità di derogare al principio di solidarietà tra cedente e cessionario di cui all'art. 2112, comma due, c.c.

situazioni indicate nello stesso art. 3, par. 3, ossia la risoluzione o la scadenza del contratto collettivo applicabile al cedente ovvero l'entrata in vigore o l'applicazione di un altro contratto collettivo da parte del cessionario. Ne discende che la modifica delle condizioni di lavoro autorizzata dall'art. 5, n. 3, della direttiva 2001/23 presuppone che il trasferimento al cessionario dei diritti dei lavoratori abbia già avuto luogo".

²⁰⁷ Il tema delle cd. intese vincolanti, di cui all'art. 8 del d.l. 138 del 2011 convertito in legge n. 148/2011, si intreccia, anche, con la questione inerente anche al tema dell'efficacia di tali accordi e della loro ancora attualità alla luce del richiamo contenuto all'art. 51 del d.lgs. n. 81/2015, per la trattazione vedi Capitolo 4.

La disciplina di cui al nuovo comma 4-*bis*, a differenza di quanto invece espressamente previsto per le procedure aventi finalità liquidatoria di cui al nuovo comma 5-*ter*, non contiene una espressa deroga a tale principio²⁰⁸.

Secondo la regola generale, infatti, i lavoratori conservano tutti i diritti maturati alla data del trasferimento e cedente e cessionario sono obbligati solidalmente verso il lavoratore per i crediti maturati antecedentemente alla data del trasferimento²⁰⁹.

Tale principio è di estremo favore per il lavoratore che vede aggiungere²¹⁰ un ulteriore debitore a quello naturale, rafforzando la possibilità di essere soddisfatto.²¹¹

Quanto alla problematica iniziale la risposta deve essere negativa. Da una interpretazione strettamente letterale della normativa, sia comunitaria che nazionale, si fa espressamente riferimento alle sole condizioni di lavoro tra le quali non può essere ricompreso il principio di solidarietà²¹².

La direttiva comunitaria, infatti, non consente una deroga neanche a tale principio, ma soltanto a tutte quelle modificazioni che attengono al rapporto di lavoro e che sono oggetto di disponibilità delle parti sociali²¹³.

²⁰⁸ Cfr. Capitolo 3.

²⁰⁹ Per una ricostruzione del principio R. ROMEL, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento di azienda*, Sub. art. 2112, 2020, 224

²¹⁰ È nota anche la tesi di chi sostiene trattasi di una sostituzione tra debitori M. MARINELLI, *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, 2002, Torino, 115.

²¹¹ Sul ruolo della responsabilità in generale E. VILLA, *La responsabilità solidale come tecnica di tutela del lavoratore*, Bonomia University Press, 2017.

²¹² A. PRETEROTI, *Il trasferimento*, cit. in *Mass. giur. lav.*, ; M. NOVELLA, *Diritti dei lavoratori e trasferimento d'azienda nel Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza. Vecchie e nuove questioni*, in *Riv. giur. lav.*, 2019, 4, 650.

²¹³ La Corte di Giustizia con la sentenza 11.6.2009, p. 46 chiarisce che: "Contrariamente a quanto sostenuto dalla Repubblica italiana, la modifica delle condizioni di lavoro ai sensi dell'art. 5, n. 3, della direttiva 2001/23 non può rappresentare una deroga specifica alla garanzia prevista dall'art. 3, n. 3, della direttiva stessa, che garantisce il mantenimento delle condizioni di lavoro convenute mediante contratto collettivo per un periodo non inferiore ad un anno dopo il trasferimento. Infatti, poiché le norme della direttiva 2001/23 vanno ritenute imperative nel senso che non è consentito derogarvi in senso sfavorevole ai lavoratori, i diritti e gli obblighi in capo al cedente

Anche nella giurisprudenza di merito è prevalsa l'interpretazione più rigorosa²¹⁴, e tale orientamento, ora, alla luce della nuova disposizione risulta ancora più solida se solo lo si confronta con il nuovo comma 5-*bis*.

Infatti, alla luce di quanto ivi previsto, il legislatore espressamente esclude l'applicabilità del principio di solidarietà, ma lo fa esclusivamente per le ipotesi di cui al comma 5, e cioè all'ambito delle deroghe concesse alle ipotesi di cessioni intervenute nell'ambito delle procedure aventi finalità cd. liquidatoria.

Cosicché, in tal modo, può affermarsi che è stato cristallizzato, sebbene pur indirettamente, anche l'impossibilità per le parti di derogare tramite accordo alla regola della solidarietà.

risultanti da un contratto collettivo in essere alla data del trasferimento si trasmettono ipso iure al cessionario per il solo fatto del trasferimento”.

²¹⁴ Trib. Padova, 27 marzo 2014, *Ilfallimentarista.it*, fasc., 10 luglio 2014.

CAPITOLO III

Il trasferimento di azienda nel caso in cui la continuazione dell'attività non sia disposta o sia cessata

SOMMARIO: 1. Il nuovo comma 5 dell'art. 47 tra conferme e novità. - 2. L'ambito soggettivo di applicazione e l'espresso riferimento al "caso in cui la continuazione dell'attività non sia stata disposta o sia cessata". - 2.1. L'esercizio (provvisorio) dell'impresa. - 2.2. L'affitto d'azienda e la retrocessione dell'affitto. - 2.3. La vendita dell'azienda. - 2.4. Il concordato liquidatorio e il nuovo concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio. - 3. Il principio di continuità dei rapporti di lavoro e l'insufficienza dell'accordo collettivo per la sua derogabilità. - 3.1. I criteri di scelta del personale eccedentario. - 3.2. Il contenuto dell'accordo derogatorio: l'esclusione della deroga alla responsabilità solidale. 4. I soggetti sindacali abilitati (rinvio). - 5. L'esodo incentivato e gli accordi individuali in sede protetta. - 6. L'esigibilità del TFR nei confronti del cedente e l'operatività del Fondo di garanzia Inps.

1. Il nuovo comma 5 dell'art. 47 tra conferme e novità.

Accanto alla riscrittura del comma 4 *bis* dell'art. 47, che aveva suscitato all'esito della riforma del 2009 le maggiori criticità, è stato completamente modificato anche il comma 5 il quale stando alla suddivisione che si è avuto modo di precisare nel capitolo 1, regola la disciplina del trasferimento di azienda nell'ambito delle procedure volte alla liquidazione del patrimonio aziendale²¹⁵.

Il nuovo testo recita: *"Qualora il trasferimento riguardi imprese nei confronti delle quali vi sia stata apertura della liquidazione giudiziale o di concordato preventivo*

²¹⁵ Art. 368 comma 4, lett. c) del d.lgs. n. 14/2019. Sulla disamina della disposizione prima della riforma, 40 Sui precedenti rapporti tra normativa fallimentare e del lavoro cfr. R. PESSI, *Profili giuslavoristici nelle procedure concorsuali*, in *Lav. prev. oggi*, 2010, 4, 356; M. MARAZZA, *La circolazione del patrimonio aziendale e gli effetti sui contratti di lavoro*, in M. MARAZZA-D. GAROFALO, *Insolvenza del datore di lavoro e tutele del lavoratore*, 43 ss. A. PRETEROTI, *Il trasferimento di azienda in crisi*, in G. Santoro-Passarelli (a cura di) *Diritto e processo del lavoro, privato e pubblico*, 2020, 1845 ss.

liquidatorio, ovvero emanazione del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa, nel caso in cui la continuazione dell'attività non sia stata disposta o sia cessata, i rapporti di lavoro continuano con il cessionario. Tuttavia, in tali ipotesi, nel corso delle consultazioni di cui ai precedenti commi, possono comunque stipularsi, con finalità di salvaguardia dell'occupazione, contratti collettivi ai sensi dell'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81, in deroga all'articolo 2112, commi 1, 3 e 4, del codice civile; resta altresì salva la possibilità di accordi individuali, anche in caso di esodo incentivato dal rapporto di lavoro, da sottoscrivere nelle sedi di cui all'articolo 2113, ultimo comma del codice civile."

La disposizione prevede al suo interno un nuovo ambito applicativo poiché è riferita esclusivamente alla procedura della liquidazione giudiziale (e cioè al fallimento) al concordato preventivo avente finalità liquidatoria nonché alla liquidazione coatta amministrativa, *"nel caso in cui la continuazione dell'attività non sia stata disposta o sia cessata"*²¹⁶.

Viene espunto, rispetto alla formulazione del comma 5 attualmente vigente, il riferimento all'amministrazione straordinaria, alla quale ora è dedicato il comma 5 *ter*²¹⁷.

Quanto alla possibilità di derogare alle tutele di cui all'art. 2112 c.c. si segnala che il legislatore ha inteso garantire, anche nel caso di procedure aventi finalità liquidatoria il principio di continuità dei rapporti di lavoro per la cui deroga sarà invece necessario l'accordo²¹⁸.

²¹⁶ La locuzione "nel caso in cui la continuazione dell'attività non sia stata disposta o sia cessata" potrebbe destare alcune incertezze interpretative che si affronteranno nel dettaglio in relazione all'ambito soggettivo di applicazione, v. par. 2.

²¹⁷ Spostamento definito "di facciata", così P. TOSI, *Luci ed ombre dell'inedito coordinamento tra diritto del lavoro e diritto fallimentare (ora diritto della liquidazione giudiziale)*, in *Arg.dir.lav.*, 2020, 111. La scelta di dedicare un apposito comma alla procedura dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi verrà meglio approfondita nel capitolo V. Per ora basti rilevare che tale opzione porta con sé alcune riflessioni che involgono necessariamente la finalità della procedura.

²¹⁸ Si ricordi che nella disciplina ancora attualmente vigente la presenza dell'accordo consente automaticamente la disapplicazione delle tutele di cui all'art. 2112 c.c.

Inoltre, ai sensi del nuovo comma 5-*bis*²¹⁹ è stata disposta l'esclusione automatica del principio di solidarietà tra cedente e cessionario di cui all'art. 2112, comma 2, c.c. nonchè è stato inserito il riconoscimento della immediata esigibilità del TFR nei confronti del cedente dell'azienda.

La disposizione contiene, come brevemente riassunto, elementi di continuità rispetto alla previgente formulazione, ma anche elementi fortemente innovativi cercando di coordinare la sorte dei rapporti di lavoro in tali particolari vicende con quelle strettamente legate all'interesse economico dei creditori a vedersi soddisfatti²²⁰.

Il risultato, salvo alcune incertezze che saranno analizzate nel prosieguo, risulta comunque soddisfacente poiché la normativa può ritenersi conforme alla disciplina euro-unitaria che espressamente consente, ai sensi dell'art. 5, par. 1, direttiva n. 23/2001, la disapplicazione delle garanzie nel caso di procedure aventi finalità liquidatoria²²¹.

²¹⁹ Art. 47, comma 5-*bis* "Nelle ipotesi previste dal comma 5, non si applica l'articolo 2112, comma 2, del codice civile e il trattamento di fine rapporto è immediatamente esigibile nei confronti del cedente dell'azienda. Il Fondo di garanzia, in presenza delle condizioni previste dall'articolo 2 della legge 29 maggio 1982, n. 297, interviene anche a favore dei lavoratori che passano senza soluzione di continuità alle dipendenze dell'acquirente; nei casi predetti, la data del trasferimento tiene luogo di quella della cessazione del rapporto di lavoro, anche ai fini dell'individuazione dei crediti di lavoro diversi dal trattamento di fine rapporto, da corrispondere ai sensi dell'articolo 2, comma 1, del decreto legislativo 27 gennaio 1992, n. 80. I predetti crediti per trattamento di fine rapporto e di cui all'articolo 2, comma 1, del decreto legislativo 27 gennaio 1992, n. 80 sono corrisposti dal Fondo di Garanzia nella loro integrale misura, quale che sia la percentuale di soddisfazione stabilita, nel rispetto dell'articolo 85, comma 7, del codice della crisi e dell'insolvenza, in sede di concordato preventivo".

²²⁰ M. NOVELLA, *Diritti dei lavoratori e trasferimento d'azienda nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Vecchie e nuove questioni*, in *Riv.giur.lav.*, 2019, 4, 638.

²²¹ Per tutte Corti di Giustizia 25 luglio 1991, causa C-362/89 *D'Urso c. Società Marelli*, p.26, in *Giust. civ.* 1992, I, p. 1121, con nota di G. CONTALDI, *Sulla tutela dei lavoratori nel diritto comunitario in caso di imprese soggette ad amministrazione straordinaria*, nonché in *Not. giur. lav.*, 1991, 4, p. 653, in *Raccolta*, 1991, p. I-4139, ed in *Dir. lav.*, 1991, II, p. 329, con nota di R. FOGLIA, *Trasferimenti di azienda, procedure concorsuali "conservative" e diritto comunitario*.

2. L'ambito soggettivo di applicazione e l'espresso riferimento al "caso in cui la continuazione dell'attività non sia stata disposta o sia cessata"

La nuova disposizione trova applicazione esclusivamente in presenza di una procedura di:

- a) liquidazione giudiziale;
- b) concordato preventivo con finalità liquidatoria;
- c) liquidazione coatta amministrativa.

La norma modifica la disposizione ancora attualmente vigente perché precisa che la disciplina si applica nel momento in cui viene disposta l'apertura della liquidazione giudiziale - e non più la dichiarazione di fallimento - e nel caso di apertura del concordato preventivo (sostituendo il riferimento all'omologazione)²²².

Non si rinviene più, invece, il riferimento all'amministrazione straordinaria la quale ora trova la sua disciplina nel nuovo comma 5-ter dell'art. 47²²³.

Un ulteriore segmento della norma, tuttavia, risulta rilevante nell'analisi della tematica e cioè il riferimento all'espressione "*nel caso in cui la continuazione dell'attività non sia stata disposta o sia cessata*"²²⁴.

La prima precisazione che occorre fare è quella di comprendere la portata di tale precisazione perché la stessa potrebbe porre alcune questioni in ordine alla sua interpretazione²²⁵.

²²² A. PRETEROTI, *Il trasferimento di azienda in crisi*, cit., 1845.

²²³ La disciplina verrà trattata nel capitolo V.

²²⁴ Sul dibattito vd. M. NOVELLA, *Diritti dei lavoratori e trasferimento d'azienda nel Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza. Vecchie e nuove questioni*, 2019, 4, 645; M. NICOLOSI, *Rapporti di lavoro e procedure liquidatorie dell'impresa*, 2020, Napoli, 283-284.

²²⁵ Cfr. Capitolo 1.

In passato, la giurisprudenza ha ritenuto tale precisazione esclusivamente riferita all'amministrazione straordinaria²²⁶ sull'assunto che in relazione alle altre procedure non potesse trovare applicazione.

Tale principio è stato recentemente ribadito in una sentenza della Suprema Corte del 14.9.2021 n. 24691²²⁷, ma che ora, all'esito della riforma operata dal Codice della Crisi, sembrerebbe doversi ritenere superato.

A ben vedere, infatti, l'argomento poteva essere condiviso alla luce della formulazione dell'art. 47, commi 4-*bis* e 5, nei quali tale precisazione è contenuta al comma 4-*bis* in riferimento solo alla procedura di amministrazione straordinaria²²⁸; in relazione, al comma 5 viene, invece, collocata subito dopo il riferimento alla procedura di amministrazione straordinaria.

Tali argomentazioni, tuttavia, alla luce della nuova formulazione dell'art. 47 non sembrano più condivisibili tant'è che adesso il riferimento alla mancata continuazione dell'attività o alla sua cessazione, risultano ancora oggi richiamati nel comma 5, che non regola le ipotesi di cessione intercorse nell'ambito dell'amministrazione straordinaria, ma soltanto le ipotesi di liquidazione giudiziale e di liquidazione coatta.

Pertanto, ad oggi la conclusione sposata dalla Suprema Corte sembra non essere più appagante, poiché se è vero che tale richiamo rimane confermato in relazione alla procedura di amministrazione straordinaria, ora invece si presuppone che anche nell'ipotesi di liquidazione giudiziale - oppure quantomeno nella liquidazione coatta amministrativa se si preferisce dare

²²⁶ Cass., 21 marzo 2001, n. 4073, in *Foro it.*, 2001, I, 3235, con nota di R.COSIO.

²²⁷ Sul punto si ricordi che recentemente la Suprema Corte con la sentenza n. 14.9.2021 n. 24691 in *De Jure* ha ritenuto che la locuzione, presente anche nella previgente formulazione, riguardasse soltanto l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi e che, pertanto, non potesse trovare applicazione in relazione al fallimento, alla liquidazione coatta e al concordato preventivo.

²²⁸ Art. 47 comma 4-*bis*: "lett. 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."

rilevanza alla collocazione dell'inciso posto immediatamente dopo ad essa - lo specifico riferimento alla cessazione dell'attività viene indicato espressamente anche nel comma 5²²⁹.

Ad ogni modo, seppur possa condividersi che il riferimento alla "cessazione" sia riferito all'attività²³⁰ la locuzione sembra destare notevoli dubbi interpretativi imponendo di superare l'annoso dilemma relativo all'individuazione della finalità in relazione a particolari vicende che da sempre hanno suscitato incertezze in ordine alla loro corretta qualificazione nell'ambito del trasferimento di azienda in crisi²³¹.

Si pensi all'esercizio provvisorio nell'ambito del fallimento (ora liquidazione giudiziale) oppure all'affitto dell'azienda e alla conseguente retrocessione²³².

Tutte ipotesi che si inseriscono nell'ambito della liquidazione giudiziale, ma per le quali potrebbero nutrirsi dubbi se vi sia o meno continuazione dell'attività²³³. Stesso dicasi per il caso di concordato preventivo cd. liquidatorio²³⁴.

Queste ipotesi, ancora oggi, suscitano la necessità di uno sforzo interpretativo per il giuslavorista difettando una disciplina di coordinamento che consenta con certezza di stabilire la loro collocazione.

Infatti, ragionando nell'ottica del diritto comunitario si ritiene preferibile risolvere la questione dando rilievo alla finalità ultima dell'operazione

²²⁹ Si fa riferimento in particolare alla liquidazione giudiziale nella quale è comunque possibile una continuazione dell'attività pur nell'ambito della procedura in esame.

²³⁰ M. NOVELLA, *Diritti dei lavoratori e trasferimento d'azienda nel Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza. Vecchie e nuove questioni*, in *Riv.giur.lav.*, 2019, 4, 645.

²³¹ Cfr capitolo I. In particolare sul concordato preventivo indiretto par. 2.1.

²³² A. PRETEROTI, *Il principio di continuità*, op. cit., 446

²³³ Dopo la riforma M. NOVELLA, *Diritti dei lavoratori e trasferimento d'azienda nel Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza. Vecchie e nuove questioni*, cit. 645.

²³⁴ Cfr. par. 2.

negoziale²³⁵, ma potrebbe giungersi ad una conclusione diversa qualora si decidesse, al contrario, di attribuire all'inciso in questione un ambito operativo più esteso²³⁶.

2.1. L'esercizio (provvisorio) dell'impresa

Come già anticipato nel paragrafo precedente una delle ipotesi maggiormente controverse in dottrina che hanno suscitato notevole dibattito è quella dell'esercizio cd. provvisorio dell'impresa di cui all'art. 104 l.fall. nell'ambito della procedura fallimentare²³⁷.

La previsione veniva ricondotta "sempre e comunque" nell'ambito di applicazione dell'art. 47, comma 5, della l. n. 428/1990 per due ordini di motivazioni: da un lato per il fatto che il fallimento veniva richiamato soltanto nel comma 5 e non nel comma 4-bis e, dall'altro, poiché la locuzione relativa alla cessazione dell'attività o della mancata continuazione della stessa si intende riferita, come visto poc'anzi, esclusivamente alla procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi²³⁸.

²³⁵ Nelle sentenze della Corte di Giustizia si legge che "il cedente sia oggetto di una procedura fallimentare o di una procedura di insolvenza analoga, che questa procedura sia stata aperta al fine di liquidare i beni del cedente e che si svolga sotto il controllo di un'autorità pubblica competente (v., in tal senso, sentenza del 22 giugno 2017, *Federatie Nederlandse Vakvereniging e a.*, C-126/16, p. 44) e da ultimo sentenza 16.5 2019 Causa C-509/17. *Plessers* p. 40. In particolare poi, quanto al requisito della finalità liquidatoria si precisa che "non soddisfa tale requisito una procedura che miri al proseguimento dell'attività dell'impresa interessata". Inoltre, è affermazione condivisa quella di affermare che "resta inteso che una procedura che miri al proseguimento dell'attività dell'impresa interessata non soddisfa tale condizione" (v., in tal senso, sentenze del 25 luglio 1991, *d'Urso e a.*, C362/89, punti 31 e 32, e sentenza del 7 dicembre 1995, *Spano e a.*, C472/93, punto 25).

²³⁶ Corte di Giustizia 22 giugno 2017, C-126/16, *Federatie Nederlandse Vakvereniging e a./Smallsteps*.

²³⁷ M. MARAZZA, *Insolvenza del datore di lavoro*, op. cit., 2015, 53 ss.; P. LAMBERTUCCI, *Circolazione d'impresa e rapporti di lavoro*, in *Arg. dir.lav.*, 2018, I, 26. A. PRETEROTI, *Il principio di continuità*, 2018, C. ZOLI - L. RATTI, *La disciplina dei rapporti di lavoro e l'esercizio provvisorio nel fallimento*, in *Mass.Giur.Lav.*, 4, 2017, 197. R. BELLÈ, *Il lavoro come variabile del risanamento concordatario*, in *Fall.*, 2017, 10, 1081 ss., Ma anche in giurisprudenza Cass. 13.11.2009, n. 24093, in *Arg. dir. lav.*, 2010, II, 907 ss.

²³⁸ L'espressione è di M. MARAZZA, *Insolvenza del datore di lavoro*, op. cit., 2015, 53.

Detto in altri termini, in accoglimento degli insegnamenti della giurisprudenza comunitaria, la vicenda rientrerebbe pur sempre nell'alveo di una procedura avente finalità liquidatoria²³⁹.

Una ricostruzione così netta, oggi, potrebbe essere messa in crisi alla luce della nuova formulazione della disposizione, trasfusa nell'art. 211 CCII.

Gli elementi che in passato hanno indotto gli interpreti a concludere per la natura liquidatoria della fattispecie hanno subito una modifica: ad esempio non compare più il riferimento all'elemento della provvisorietà, dapprima incluso finanche nella rubrica della disposizione.

Inoltre, al primo comma dell'art. 211 si prescrive che "L'apertura della liquidazione giudiziale non determina la cessazione dell'attività d'impresa ...".

Tale ultima affermazione, tra l'altro, sembrerebbe addirittura mettere in dubbio la finalità ultima della procedura poiché ora non appare così scontato che dal fallimento consegua la cessazione dell'attività e, pertanto, nemmeno la sua continuazione.

Se, dunque, tali elementi potrebbero far vacillare la tesi sino ad ora condivisibilmente sostenuta, deve anche prospettarsi che qualora si ammettesse la finalità non liquidatoria della procedura, in tal caso non potrebbe neanche applicarsi il comma 4-bis poiché all'interno dello stesso non è ricompresa la procedura della liquidazione giudiziale²⁴⁰.

Ad ogni modo, deve sottolinearsi che la prospettiva prevalente sia pur sempre quella volta alla soddisfazione massima del ceto creditorio e, soprattutto, alla liquidazione - seppur futura - dei beni e come è stato affermato dalla stessa

²³⁹ Cfr cap. 1 e . MARAZZA, *Insolvenza del datore di lavoro*, op. cit., 2015, 53. Cass. 13 novembre 2009, n. 24093; sulla questione cfr. G. SANTORO-PASSARELLI, *Ancora sul trasferimento d'azienda*, in *Dir.Lav.*, 1994, I, 163; M. RICCI, *Trasferimento di azienda in crisi e rapporto di lavoro*, in *DDG*, 2004, 2, 238.

²⁴⁰ M. NOVELLA, *Diritti dei lavoratori e trasferimento d'azienda nel Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza. Vecchie e nuove questioni*, in *Riv.giur.lav.*, 2019, 4, 646.

Corte²⁴¹, tale elemento risulta dirimente ai fini dell'indagine circa la finalità ultima della procedura²⁴².

Ad avallare tale conclusione è lo stesso comma 2 dell'art. 211 CCII il quale sancisce che la continuazione dell'attività possa essere disposta *“purchè la prosecuzione non arrechi pregiudizio ai creditori”*.

2.2. L'affitto d'azienda e la retrocessione dell'affitto.

Tra le vicende circolatorie che il legislatore espressamente disciplina vi è quella dell'affitto d'azienda di cui all'art. 104-bis l.fall., ora, art. 212 CCII²⁴³.

La misura è volta ad una prospettiva necessariamente conservativa del patrimonio ed è prevista qualora *“appaia utile al fine della più proficua vendita dell'azienda o di parti della stessa”*, finalità questa che trova espressa conferma anche nella nuova disposizione.

Rimane confermata altresì la previsione ai sensi della quale per la scelta dell'affittuario occorre aver riguardo alla conservazione dei livelli occupazionali. Tale ultima precisazione induce a ritenere che si sarebbe in presenza della possibilità di una cesura dei rapporti previgenti stante l'assenza di uno specifico riferimento al principio di continuità dei rapporti di lavoro.

Ad ogni modo anche in tale caso sembra percorribile e preferibile far ricorso alla strada sopra tracciata e cioè quella che attribuisce la prevalenza della

²⁴¹ Corte di Giustizia 12 marzo 1998, C-319/94, Dethier Équipement, punto 25; e 12 novembre 1998, Europièces, C-399/96, punto 26.

²⁴² Infatti il comma 9 dell'art. 211 prevede che *“Al momento della cessazione dell'esercizio si applicano le disposizioni di cui alla sezione V del capo I del titolo V”* e cioè la parte relativa agli effetti del fallimento sui rapporti pendenti, tra i quali vi sono anche le norme giuslavoristiche di cui all'art. 189.

²⁴³ M. MARAZZA, *Insolvenza del datore di lavoro*, op. cit. 2015, 55.

finalità della procedura che non sembra potersi dire essere volta alla conservazione dell'impresa²⁴⁴.

In effetti anche in tale caso viene specificato che "La durata dell'affitto deve essere compatibile con le esigenze della liquidazione dei beni." (art. 211 comma 4).

In tale ambito è preferibile, pertanto, ritenere che la deroga al principio di continuità sarà consentita soltanto in presenza di un accordo collettivo²⁴⁵.

Inoltre, in passato si è non si è ritenuto possibile derogare al principio di solidarietà tra cedente e cessionario, atteso che la disposizione di cui all'art. 2560²⁴⁶ c.c. non potesse ritenersi riferita anche all'art. 2112, comma due, c.c.²⁴⁷

La questione oggi deve, tuttavia, ritenersi superata alla luce della nuova previsione di cui al comma 5-*bis* dell'art. 47 della l. n. 428/1990 che espressamente consente una deroga a tale principio.

Anche un'altra fattispecie suscita notevole interesse nella prospettiva del giuslavorista e cioè dell'istituto della retrocessione di azienda di cui all'art. 104-*bis* l.fall. ovvero l'ipotesi in cui l'affittuario restituisca l'azienda alla procedura.

²⁴⁴ di diverso avviso, sebbene prima della riforma, R. BELLÈ, *Il lavoro come variabile del risanamento concordatario*, in *Fall.*, 2017, 10, 1081 ss., facendo rientrare la cessione di azienda in esercizio provvisorio nell'ambito di applicazione del co. 4-bis dell'art. 47 pur in assenza di un'esplicita menzione. Sulla finalità liquidatoria della vicenda circolatoria invece.

²⁴⁵ P. LAMBERTUCCI, *La disciplina dei rapporti di lavoro nel trasferimento dell'impresa sottoposta a procedure concorsuali: prime note sul codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza del 2019*, in *Riv. it. dir.lav.* 2019, 1, 149. F. FIMMANÒ, *La circolazione dell'azienda nel fallimento*, in *Riv.not.*, 2007, 235 ss. e 286.

²⁴⁶ Ai sensi dell'art. 2560, "L'alienante non è liberato dai debiti, inerenti all'esercizio dell'azienda ceduta anteriori al trasferimento, se non risulta che i creditori vi hanno consentito."

²⁴⁷ V. ANIBALLI, *Il trasferimento di "ramo d'azienda" nel fallimento e nell'amministrazione straordinaria: compatibilità della disciplina italiana con la normativa europea*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, 345 ss., 364; M. MARAZZA, *La circolazione dell'azienda*, op. cit. 2015, 56; P. TULLINI, *Tutela del lavoro nella crisi d'impresa e assetti delle procedure concorsuali: prove di dialogo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, I, 228.

Ed anche in tale caso viene da chiedersi se ci si trovi dinanzi ad un trasferimento di azienda *ex art. 2112 c.c.* oppure se tale vicenda consenta una specifica deroga alle ipotesi in essa contenute²⁴⁸.

Dalla prospettiva giuslavoristica la risposta sembra scontata²⁴⁹, ma in questo caso la soluzione rispetto alla precedente ipotesi appare necessariamente diversa in virtù del fatto che ci si trova dinanzi ad un ritorno alla procedura e non di un vero e proprio trasferimento²⁵⁰.

Tra l'altro la norma, rimasta invariata rispetto alla disposizione della legge fallimentare, consente soltanto una deroga al principio della responsabilità solidale e non al principio di continuità (art. 212, comma 6).

È esclusa, tuttavia, la responsabilità della procedura per i debiti maturati alla data della retrocessione con ciò comportando una deroga agli artt. 2112 c.c. e 2560 c.c.

La relazione ministeriale illustrativa della riforma della legge fallimentare operata nel 2006 motivava tale deroga alla luce del «bisogno di assicurare che i creditori anteriori, in funzione della cui tutela l'affitto è stato disposto, non vengano ad essere penalizzati dalla condotta dissennata dell'affittuario».

E non vi è motivo di dubitare che tale ragione sussista tutt'oggi²⁵¹.

²⁴⁸ Per taluni si tratterebbe non di una vicenda traslativa, ma di una situazione di mero fatto attesa la scadenza del contratto di affitto, così M. GRANDI, *La sorte dei rapporti di lavoro nell'affitto e nella retrocessione delle aziende sottoposte a procedura concorsuale*, in *Dir. merc. lav.*, 2006, 275-276.

²⁴⁹ Cass. 4 settembre 2003, n. 12909, in *De Jure*.

²⁵⁰ Sulla retrocessione quale ipotesi di trasferimento di azienda v. Cass. 16 aprile 2009, n. 9012, in *Mass.giur.civ.*, 2009, 4, 632. Cfr. in materia A. M. PERRINO, *Le deroghe alle tutele dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda e l'imprenditore in crisi o insolvente*, in *Foro it.*, 2007, n. 7/8, parte I, 2157, secondo cui la procedura di consultazione collettiva è invece necessaria in caso di recesso a qualsiasi titolo dall'affitto.

²⁵¹ Per la disciplina previgente A. PRETEROTI, *Il principio di continuità*, cit., 450.

2.3. La vendita dell'azienda

Quanto alla vendita dell'azienda la normativa ha subito un'importante modifica essendo oggi dedicata la sezione II del Capo IV e non più soltanto una unica disposizione quale era l'art. 105 l.fall.

L'art. 105 prevedeva il richiamo alla procedura di informazione e consultazione di cui all'art. 47, comma 5. Tale richiamo risulta ora invece eliminato (artt. 214 e ss.)²⁵².

Ciò tuttavia non deve destare preoccupazione perché oggi il legislatore ha operato quell'opera di coordinamento tanto auspicata.

In tali ipotesi, infatti, non vi è dubbio che ci si trovi dinanzi ad una finalità liquidatoria trovando applicazione il nuovo comma 5 dell'art. 47 così come riformato dal CCII²⁵³.

Rimane espressamente confermata, invece, la deroga al principio di solidarietà di cui al comma 3 dell'art. 216: "Salva diversa convenzione, è esclusa la responsabilità dell'acquirente per i debiti relativi all'esercizio delle aziende cedute sorti prima del trasferimento."

Tale locuzione alla luce di quanto previsto dalla nuova formulazione dell'art. 47, comma 5-*bis*, non sembra destare preoccupazione poichè oggi sussiste la disapplicazione automatica della regola della solidarietà che non contrasta con il diritto comunitario il quale, come noto, espressamente consente una deroga a tale principio nell'ambito delle procedure aventi finalità liquidatoria.²⁵⁴

²⁵² Per la disciplina previgente R. PESSI, *Profili giuslavoristici nelle procedure concorsuali*, in *Lav. prev. oggi*, 4, 2010, 356 e M. MARAZZA, *Insolvenza del datore di lavoro*, op. cit. 2015, 58.

²⁵³ Potrebbero sorgere dubbi invece nel caso in cui ci sia una cessione "frazionata" dei beni che abbia scopi elusivi alla normativa sul trasferimento d'azienda. P. TULLINI, *Tutela del lavoro nella crisi d'impresa e assetti delle procedure concorsuali: prove di dialogo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, I, 232 e P. LAMBERTUCCI, *La disciplina dei rapporti di lavoro*, op. cit. 2018, 149 ss.

²⁵⁴ Così A. PRETEROTI, *Il principio di continuità*, op. cit., 451. Contra A. ANNIBALLI, *Trasferimento di ramo di azienda* cit., 366, per la quale la deroga è possibile a prescindere dalla finalità liquidatoria ex art. 5, par. 2 lett. a della direttiva 2001/23/CE.

2.1. Il concordato liquidatorio e il nuovo concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio

Nel campo soggettivo di applicazione della disposizione di nuovo conio è inserito il concordato con finalità liquidatoria ora contenuto nel nuovo art. 84 CCII ultimo comma.

Si è già detto di come tale procedura sia stata disincentivata dal legislatore della riforma che ha preso una posizione netta in ordine alla necessità di dare prevalenza al concordato con continuità²⁵⁵.

Ad ogni modo, essendo richiamato nel nuovo comma 5 dell'art. 47 è bene procedere con alcune riflessioni.

L'art. 84, comma 4, recita: *“Nel concordato liquidatorio l'apporto di risorse esterne deve incrementare di almeno il dieci per cento, rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale, il soddisfacimento dei creditori chirografari, che non può essere in ogni caso inferiore al venti per cento dell'ammontare complessivo del credito chirografario.”*

La norma risulta criptica nella sua formulazione e forse è proprio per tale motivo che la stessa non sembra essere destinata ad avere fortuna.

Lo scopo è quello di perseguire soluzioni liquidatorie “remunerative”²⁵⁶ con lo scopo di scongiurare la prassi che attiene alla presentazione di piani

²⁵⁵ Cfr. capitoli 1 e 2. Ma per completezza si veda la Relazione illustrativa nella quale si legge “La proposta liquidatoria è ammessa solo se essa si avvalga di risorse poste a disposizione da terzi (c.d. nuova finanza) che aumentino in modo significativo le prospettive di soddisfacimento per i creditori. Solo a questa condizione, infatti, il concordato, che rappresenta indubbiamente un vantaggio per l'imprenditore –il quale mantiene l'amministrazione dei propri beni ed è esposto a rischi più limitati sotto il profilo della responsabilità penale- diviene conveniente anche per i creditori, i quali otterrebbero altrimenti dal concordato addirittura meno di quanto potrebbero conseguire dalla liquidazione giudiziale, attesi i maggiori costi che la procedura di concordato comporta”. In dottrina, A. ZORZI, *Concordato con continuità e concordato liquidatorio: oltre le etichette*, in *Dir. Fall*, 2020, 1, 58 ss.

²⁵⁶ La formulazione è di M. ARRIGO, *Il dogma della continuazione aziendale in materia di concordato preventivo: from a law of morality to a law of continuity*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2018., 9, 8 ss., il quale precisa che condurrà ad “una non imprevedibile rinuncia da parte di un imprenditore in merito

concordatari che presentino soglie di soddisfazione per i creditori chirografari basse.

Sta di fatto che secondo la relazione illustrativa «le condizioni alle quali è ammissibile una domanda di concordato esclusivamente liquidatorio, la cui sopravvivenza nel sistema – a fronte dell’alternativa, in genere meno costosa, costituita dalla liquidazione giudiziale – risulta giustificata solo nel caso in cui ai creditori vengano messe a disposizione risorse ulteriori rispetto a quelle rappresentate dal patrimonio del debitore».

La precisazione risulta dirimente se collegata con l’ulteriore tematica relativa alla sussistenza di una cd. zona grigia tra i due concordati quello in continuità e quello liquidatorio²⁵⁷.

L’art. 84, tuttavia, rimarca una distinzione anche in questo caso netta. Il procedimento può essere liquidatorio o con continuità: *tertium non datur*.

Inoltre, si può evidenziare un ulteriore aspetto: se nell’art. 84, comma 4, il concordato liquidatorio sembra messo in una posizione diversa rispetto al fallimento - ora liquidazione giudiziale - nel comma 5 dell’art. 47 si assiste ad una loro parificazione quanto alle conseguenze in tema di trasferimento di azienda.

Ciò è dovuto alla visione della ripartizione auspicata dall’ordinamento comunitario ed ora recepita dall’ordinamento nazionale, nel quale ciò che rileva,

all’individuazione di un intervento liquidatorio quale funzionale a risolvere il proprio stato di crisi aziendale.

²⁵⁷ Su tale posizione V. PINTO, *Le fattispecie di continuità aziendale nel concordato nel Codice della Crisi*, in *Giur.comm.* 2, 2019, 372 ss. in il quale precisa “Come si è già evidenziato, il sistema lascia spazio anche a piani concordatari fondati sulla continuazione dell’impresa ma non sussumibili nel concordato in continuità: vuoi perché non caratterizzati dallo scopo di conservare nel futuro l’azienda mediante il ripristino dell’equilibrio economico e finanziario (art. 84, comma 2, secondo periodo, Codice della Crisi); vuoi perché, più semplicemente, l’impresa non è in grado raggiungere dimensioni di ricavi tali da consentire il soddisfacimento prevalente dei creditori con i flussi della continuità (art. 84, comma 3, primo periodo, Codice della Crisi), né il mantenimento di almeno la metà della media della forza lavoro del biennio precedente (dall’art. 84, comma 3, secondo periodo, Codice della Crisi)”. cfr. M.ARATO, *Il concordato con continuità nel Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza*, in *Fall.*, 2019, 857.

ai fini dell'applicabilità delle deroghe è soltanto la finalità liquidatoria o meno della procedura²⁵⁸.

Il tema, tuttavia, non pare concluso qui. Di recente il legislatore ha introdotto con l'art. 18 del d.l. 24 agosto 2021 n. 118 e convertito con modificazioni dalla legge 21 ottobre 2021, n. 147 una ulteriore ipotesi di concordato liquidatorio, è cioè il "concordato semplificato per la gestione del patrimonio". La terminologia prende le mosse dal fatto che tale concordato non prevede l'accordo dei creditori ai fini dell'omologazione²⁵⁹. Tale novità costituisce un cambiamento dirompente nel sistema delle procedure concorsuali²⁶⁰.

Tuttavia, il nuovo modello non si inserisce nel codice della crisi d'impresa: l'art. 18, infatti, costituisce un'ipotesi che è entrata a pieno titolo nell'ordinamento non inserendosi nelle disposizioni del CCII soggette alla proroga.

La procedura, inoltre, può essere avanzata soltanto una volta esperiti i procedimenti di allerta e necessita dell'allegazione di un piano di liquidazione dell'impresa che può anche contenere un'offerta di acquisto dell'azienda o di un suo ramo.

Spicca, nella formulazione della norma, la precisazione che la proposta non deve arrecare "pregiudizio ai creditori rispetto all'alternativa della liquidazione fallimentare e comunque assicur(i) un'utilità a ciascun creditore".

²⁵⁸ Sul punto di recente E. GRAGNOLI, *Il concordato preventivo, i criteri di identificazione della sua natura liquidatoria e il trasferimento di un ramo di azienda*, in *Diritto della Crisi*, 13 luglio 2021, il quale condivide la scelta operata dal legislatore comunitario.

²⁵⁹ I primi commentatori non ritengono lesiva la previsione ai danni dei creditori così, L. PANZANI, *Il D.L. "Pagni" ovvero la lezione (positiva) del covid*, in *Dirittodellacrisi*, 25 agosto 2021; I. DONATI, *Crisi d'impresa e diritto di proprietà. Dalla responsabilità patrimoniale all'assenza di pregiudizio*, in *Riv. Soc.*, 2020, 164; S. CARABETTA, *La tutela della proprietà e del credito nella giurisprudenza della corte edu. problemi di inquadramento giuridico*, in *Iuscivile.it*, 2015, 2, 705 e ss.; da ultimo specificamente sul concordato liquidatorio L.A. BOTTAI, *La rivoluzione del concordato liquidatorio semplificato*, in *Dirittodellacrisi.it*, 9 agosto 2021.

²⁶⁰ L'ipotesi del concordato senza voto è previsto in peculiari settori: in materia bancaria (art. 93 t.u.b.), assicurativa (art. 262 codice assicurazioni), nella liquidazione coatta amministrativa (art. 214 l. fall.), nell'amministrazione straordinaria (art. 78 l. 270/1999) e nel caso del piano del consumatore in tema di sovraindebitamento (art. 12 bis l. 3/2012).

Rimane marginale, anzi, del tutto irrilevante, parimenti a quanto accade nel concordato liquidatorio “ordinario”, il riferimento al mantenimento dei livelli occupazionali.

Inoltre, all’art. 19 viene disciplinata la specifica ipotesi della vendita dell’azienda o di più rami o di singoli beni, affidando la scelta al liquidatore giudiziale.

L’attenzione specifica che il legislatore ha inteso fornire a questa figura, al di là delle esigenze concorsuali, induce a ritenere, in base alla finalità della procedura, che la stessa potrebbe trovare applicazione nel comma 5, sia nella versione attuale che in quella che entrerà in vigore il 16 maggio 2022.

3. Il principio di continuità dei rapporti di lavoro e l’insufficienza dell’accordo collettivo per la sua derogabilità

Ferme restando le novità sopra delineate sulle quali si dirà in questo capitolo, la differenza rispetto all’attuale formulazione della disposizione è netta.

La disposizione di nuovo conio precisa che anche nel caso di trasferimento di impresa soggetta ad una procedura concorsuale con finalità liquidatoria la regola è il mantenimento dei rapporti di lavoro: il nuovo comma 5 dispone che “*i rapporti di lavoro continuano con il cessionario*”²⁶¹.

Peraltro, l’accordo collettivo di per sé non comporta automaticamente alcuna deroga ai principi contenuti nell’art. 2112 c.c. a differenza di quanto accade in base alla versione ancora attualmente vigente la quale prevede la disapplicazione integrale delle tutele, salvo previsioni di maggior favore.

²⁶¹ A.PRETEROTI, *Il trasferimento d’azienda nel Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza: prove di assestamento euro-unitario*, in *Mass. giur.lav.*, 2020, 659 ss. Parla di continuità ex lege P. LAMBERTUCCI, *La disciplina dei rapporti di lavoro*, op. cit. 151.

La prospettiva risulta ribaltata poiché la regola, a partire dal 16 maggio 2022, data di entrata in vigore della disposizione, è la continuità dei rapporti di lavoro.

Sarà necessario un espresso accordo in tal senso affinché possa dirsi che sia venuto meno il principio in esame stante l'espresso richiamo al primo comma dell'art. 2112 c.c. In altre parole, la mera presenza dell'accordo collettivo non sarà più sufficiente a ritenere valida l'operatività della deroga, anzi le parti dovranno espressamente convenire quali siano i soggetti che *passano* alle dipendenze del cessionario e quali invece *non passano*²⁶².

La disciplina di nuovo conio si appresta ad essere ancora più protettiva nei confronti dei lavoratori richiedendo la presenza di un accordo collettivo che specificatamente preveda l'esclusione del passaggio dei lavoratori²⁶³.

Inoltre, stante l'espresso richiamo contenuto nel comma 5, all'accordo è consentito derogare non solo al principio di continuità dei rapporti, ma stante l'espresso richiamo, anche alle tutele di cui ai commi 3 e 4 dell'art. 2112 c.c.

In tal modo l'accordo consente di derogare alle condizioni di lavoro previste dai contratti collettivi applicati dal cedente (comma 3) e alla possibilità di procedere al licenziamento anche per il solo fatto del licenziamento (comma 4).

È evidente che la portata della disapplicazione è molto ampia e non desta alcun problema di compatibilità con la disciplina comunitaria.

Semmai il problema ora sembra diverso ed attiene alla corretta determinazione del suo ambito soggettivo di applicazione, sia con riguardo ai soggetti sindacali abilitati a stipulare tali accordi, ma anche in ordine all'efficacia

²⁶² La precisazione risulta rilevante poiché potrebbe comportare conseguenze nuove in ordine alla determinazione dei criteri di scelta su cui infra par. 3.1.

²⁶³ A.PRETEROTI, *Il trasferimento di azienda nel Codice della Crisi d'impresa*, op. cit. 672.

degli stessi nonché ai criteri di scelta applicati per l'individuazione del personale che passa presso il cessionario.

3.1. I criteri di scelta del personale eccedentario

Non sempre approfondito è il tema dei criteri di scelta del personale eccedentario che in realtà non può che assumere risvolti importanti per quanto concerne il contenuto dell'accordo derogatorio.

La questione è emersa relativamente alla tematica che interessa anche prima della novella dell'art. 47 ad opera del CCII e si ripropone al pari nella nuova formulazione del comma 5, poichè il legislatore non individua dei criteri legali²⁶⁴, ma ammette la deroga al principio di continuità dei rapporti di cui al primo comma dell'art. 2112 c.c.²⁶⁵

La tematica dei criteri di scelta non è di certo nuovo ed è stata variamente studiata non solo in relazione ai licenziamenti collettivi, per la quale, come noto, vi è una espressa individuazione ad opera dell'art. 5 della l. 223/1991 in caso di assenza di una definizione concordata, ma anche più di recente per quanto riguarda i licenziamenti motivati da mere ragioni oggettive per il cui ambito ancora si discute in assenza di un'espressa norma sul punto²⁶⁶.

²⁶⁴ Stessa questione si pone anche in relazione all'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi ove l'art. 63, comma 4, di cui al d.lgs. 270/1999 "relativa alla cessione di imprese in amministrazione straordinaria, nel prevedere che il commissario straordinario, l'acquirente e i rappresentanti dei lavoratori possono stabilire il trasferimento solo parziale dei lavoratori alle dipendenze dell'acquirente e ulteriori modifiche delle condizioni di lavoro consentite dalle norme vigenti in materia, nulla dispone circa il contenuto formale dell'accordo e l'indicazione dei criteri di scelta dei lavoratori" cfr. Cass. 17.5.2016, n.10066, pt. 3 in *De Jure*.

²⁶⁵ I .IMBERTI, *Profili lavoristico del Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza*, op. cit. 126 e dettagliatamente nt. 213.

²⁶⁶ Per una rassegna di giurisprudenza vd. G. ZILIO GRANDI-M.L. PICUNIO, *Licenziamenti "economici" e criteri di scelta*, in *Giur.it.*, 2018, 6, 1526. Per una indagine sui criteri di scelta nel licenziamento collettivo e nelle procedure di mobilità M. MOCELLA, *Messa in mobilità dei lavoratori dopo la CIGS e ambito di applicazione dei criteri di scelta*, in *Lav.giur.*, 8-9,2020, 842; M.T. SALIMBENI, *Dall'informazione alla negoziazione collettiva dei criteri di scelta: la procedura*, in *Dir. relaz. ind.*, 2, 2006, 323; cfr. anche G. NATULLO, *Tutele sostanziali e tutele procedurali nel licenziamento collettivo: tra diritto vivente ed evoluzione normativa*, in *Riv.it.dir.lav.*, 2015, 1, 525; S. BRUN, *Il licenziamento economico tra*

Le fattispecie, ad ogni modo, sottendono le medesime problematiche aventi ad oggetto non solo l'individuazione dei criteri ma anche le conseguenze in ordine ad una loro eventuale violazione.

In primo luogo, si segnala che la giurisprudenza in tema di trasferimento di azienda nega l'applicabilità analogica dei criteri di cui all'art. 5 della l. 223/1991²⁶⁷.

Le sentenze motivano tale inapplicabilità su una "diversa identità di *ratio*" dei due istituti e sulla "assoluta diversità di disciplina". Secondo le pronunce in esame la disciplina del trasferimento di azienda in crisi ha il fine di privilegiare la salvaguardia, anche parziale dei posti di lavoro ed è per tale ragione che è stata svincolata dalla predeterminazione a monte di criteri rigidi, al contrario previsti qualora si proceda ad un licenziamento collettivo²⁶⁸.

La motivazione della Suprema Corte pare condivisibile atteso che, stringere eccessivamente le maglie del trasferimento a rigidi criteri potrebbe avere l'effetto contrario di bloccare la vicenda circulatoria, a discapito della salvaguardia, ancorché parziale, dell'occupazione²⁶⁹.

esigenze dell'impresa e interesse alla stabilità, Padova, 2012, la quale evidenzia la lacuna è tipica nel nostro ordinamento.

²⁶⁷ Cfr. Cass. 6.12.2019, n.31946 in *Foro it.*, con nt. A.M. PERRINO, *Ancora sul trasferimento di azienda* e A. CORRADO, *Inapplicabile l'art. 5, Legge n. 223/1991 al trasferimento di azienda in crisi con passaggio parziale di dipendenti*, in *ilfallimentarista.it*, 19 febbraio 2020 e R. BELLÈ, *Trasferimento di azienda in concordato preventivo ed effetti sui lavoratori*, in *fall.*, 2020, 5, 720; Cass. 11 marzo 2018, n. 1383, in *Riv.it.dir.lav.*, 2018, 2, 576 nt. A. RICCIO, *Trasferimento di azienda in crisi e scelta dei lavoratori nel caso di passaggio parziale di manodopera*, in *For.it.*, 2018,1, 891. In dottrina favorevole all'applicazione dei criteri di cui all'art. 5 della legge 223/1990 D. GOTTARDI, *Legge e sindacato nelle crisi occupazionali*, Padova, 1995, pag. 83 ss.; contra, M. L. VALLAURI, *Il lavoro*, op. cit., pag. 124.

²⁶⁸ Cass. 11 marzo 2018 n. 1383 pt. 5 precisa che "si sposta 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, anche al prezzo del sacrificio di alcuni diritti garantiti dall'art. 2112 c.c., pur sempre in un ambito tutelato di consultazione sindacale."

²⁶⁹ Cass. 13 giugno 2016 n. 12101, in *Dir.rel. ind.* nt. M.FERRARESI.

Ad ogni modo, alcune sentenze²⁷⁰ sembrano spingersi oltre poiché pur nel rispetto del divieto di discriminazione, affermano che tale scelta sfugge al controllo del giudice ed è rimessa alla discrezionalità del cessionario sicché sarebbe sufficiente allegare all'accordo la lista contenente la sola indicazione del personale che passa alle dipendenze della cessionaria²⁷¹.

Tali affermazioni, seppur giustificate dalla *ratio* sopra richiamata, potrebbero essere oggetto di una rilettura in virtù del nuovo sistema delineato dal 5 dell'art. 47 ai sensi del quale viene affermata la continuità dei rapporti di lavoro accanto alla non sufficienza di un accordo collettivo per derogarvi²⁷².

Non parrebbe consentito dall'ordinamento riconoscere una così ampia discrezionalità in capo al cessionario la quale contrasterebbe con i principi immanenti del nostro ordinamento, quale in primo luogo quelli di correttezza e buona fede *ex art. 1175 e 1375 c.c.*.

La precisazione, tra l'altro, trova di recente conferma in una pronuncia della Corte di Giustizia la quale ha condannato la disciplina belga che rimetteva al cessionario la scelta dei lavoratori²⁷³ omettendo, in sostanza, di indicare le ragioni sottese ai licenziamenti del personale ritenuto eccedentario²⁷⁴.

²⁷⁰ Trib. Roma 6 maggio 2016, in *De Jure*. il quale motiva affermando che tali criteri "sono discrezionalmente individuati dal cessionario" il quale non ha «alcun obbligo di motivare le proprie scelte imprenditoriali, dettate dalla necessità di garantire la prosecuzione dell'attività di una azienda in conclamata condizione di crisi».

²⁷¹ Cass. 19.1. 2018, n.1383, in *Riv.it.dir.lav.*,2018,3,581 nt. critica di A. RICCIO.

²⁷² Crf. capitolo 4.

²⁷³ Corte di Giustizia 16 maggio 2019 causa C-509-13 *Plessers*, in *Fall.*, 2019, 1305, con nt. R. BELLÈ. Nel caso di specie la disciplina Belga prevedeva ai sensi dell'articolo 61, paragrafo 4, della WCO: «La scelta dei lavoratori da riassumere spetta al cessionario. Tale scelta deve essere dettata da motivi economici, tecnici e d'organizzazione e non deve configurare una disparità di trattamento vietata, in particolare sulla base dell'attività esercitata in veste di rappresentante del personale nell'impresa o nella parte di impresa trasferita.»

²⁷⁴ Corte di Giustizia 16 maggio 2019 causa C-509-13 *Plessers*, pt. 56. "Sembra quindi che l'applicazione di una legislazione nazionale come quella di cui al procedimento principale possa compromettere seriamente il rispetto dell'obiettivo principale della direttiva 2001/23, come precisato all'articolo 4, paragrafo 1 di quest'ultima e ricordato al punto 52 della presenta sentenza, ossia la protezione dei lavoratori contro i licenziamenti ingiustificati in caso di trasferimento d'impresa."

La peculiarità del caso belga, ad ogni modo conferma la necessaria sussistenza dei principi di non discriminazione, unitamente alla necessità di individuare criteri oggettivi e predeterminati *ex ante*²⁷⁵, così come parimenti avvenuto in tema di licenziamento per motivi meramente oggettivi.

In secondo luogo, la necessità che la scelta sia determinata da ragioni oggettive e che vengano previsti dei criteri di scelta sembra avvalorata dal fatto che nella nuova formulazione della norma la prospettiva del contenuto delle deroghe è completamente ribaltata: infatti la continuazione del rapporto costituisce la regola anche nelle procedure con finalità liquidatoria e per farla venire meno si necessita in maniera imprescindibile dell'accordo collettivo²⁷⁶.

Tra l'altro, l'esistenza del mero accordo non fa venir meno automaticamente la deroga al principio di continuità dei rapporti, sicché a maggior ragione, l'individuazione dei criteri dovrà essere oggetto del contenuto dello stesso²⁷⁷.

Ne consegue che lo stesso non dovrà soltanto indicare i lavoratori che passano alle dipendenze del cessionario, ma dovrà, tra l'altro anche indicare il personale ritenuto eccedentario tramite l'indicazione di criteri oggettivi²⁷⁸, la cui violazione darebbe luogo ad una tutela reale con il diritto dei lavoratori alla continuazione del rapporto di lavoro alle dipendenze del cessionario²⁷⁹ attesa

²⁷⁵ Si segnala ad ogni modo che la giurisprudenza ha ritenuto validi criteri determinati "dall'obiettiva esigenza organizzativa e produttiva manifestata dall'acquirente e al rispetto dei criteri di correttezza e buona fede" Cfr. sentenze nt.12.

²⁷⁶ A. PRETEROTI, *OP. cit.*, 2020 par. 7.

²⁷⁷ Sulla necessità che l'accordo contenga i criteri di scelta, si segnala Cass., S.U., 8 agosto 1991, n. 8640, *De Jure*, ai sensi della quale si precisa che la lacuna «non può essere addebitata alla legge, che prevede l'accordo sindacale, nell'ambito del quale anche tale aspetto può e deve trovare regolamentazione».

²⁷⁸ Sulla considerazione che "il contratto collettivo possa svolgere il proprio ruolo nella concretizzazione delle clausole generali" vd. S. BELLOMO, *Crisi e strumenti di salvaguardia della continuità aziendale e dell'occupazione nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: uno sguardo d'insieme*, in *Dir. Merc. lav.* 2, 2021, 285.

²⁷⁹ Sembra che si dovrebbe condividere un'apertura in tal senso P. LAMBERTUCCI, *Circolazione d'impresa e rapporti di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2018, 1, 54.

l'espressa previsione di cui al comma 5 dell'art. 47 che afferma che "i rapporti di lavoro continuano con il cessionario"²⁸⁰.

3.2. Il contenuto dell'accordo derogatorio: l'esclusione della deroga alla responsabilità solidale

Il nuovo comma 5-*bis* dell'art. 47 l. 428/1990 consente una deroga *ex lege* al principio di solidarietà tra cedente e cessionario. Il legislatore non ha inserito tale previsione nel comma 5, che non menziona affatto tale riferimento nei richiami contenuti all'art. 2112, comma uno, c.c.²⁸¹

E' evidente che il principio in esame ha come scopo quello di agevolare la circolazione delle imprese senza la necessità di procedere ad un accordo derogatorio il cui esito non appare scontato²⁸².

Tale previsione non è estranea nel nostro sistema che come già visto è espressamente prevista per quanto riguarda l'istituto della retrocessione dell'affitto (art. 212 comma 6 CCII). Anche in questo caso la *ratio* si giustifica dalla necessità di tenere indenne la procedura dall'attività svolta dall'affittuario²⁸³.

Parimenti, qualora vi sia la vendita di azienda. L'art. 214, comma 3, CCII giustifica l'esclusione della responsabilità per il cedente per tutti quei debiti esistenti alla data del trasferimento.

²⁸⁰ Tribunale Brescia, 21.6.2012, in *De Jure*, la quale precisa "Nel caso di accordo sindacale ai sensi dell'art. 47 della l. 19 dicembre 1990 n. 428 che, a fronte dello stato di crisi dell'impresa cedente, preveda la prosecuzione di un numero limitato di rapporti di lavoro rispetto a quelli interessati dalla cessione del ramo d'azienda, il cessionario deve procedere alla scelta dei lavoratori da prendere secondo criteri trasparenti e attenendosi ai fondamentali canoni di correttezza e buona fede, in mancanza di che la sua condotta è illegittima e comporta il diritto del lavoratore escluso alla garanzia del mantenimento del suo posto di lavoro presso il cessionario medesimo."

²⁸¹ R. ROMEI, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento di azienda*, Sub art. 2112 c.c., in *Il Codice civile commentato*, 2020, 282-283.

²⁸² P. LAMBERTUCCI, *La disciplina dei rapporti di lavoro*, op. cit. 2018, 149 ss. M. NICOLOSI, *Rapporti di lavoro e procedure liquidatorie dell'impresa*, op. cit. 2020, 287.

²⁸³ Cfr. P. LAMBERTUCCI, *La disciplina dei rapporti di lavoro*, 149 ss.

La previsione si pone in linea con la disciplina comunitaria n. 23/2001 che all'art. 5 par. 1 consente la disapplicazione di tale principio nell'ambito delle procedure aventi finalità liquidatoria²⁸⁴.

Infatti l'art. 3 della direttiva statuisce che "Gli Stati membri possono prevedere che il cedente, anche dopo la data del trasferimento, sia responsabile, accanto al cessionario, degli obblighi risultanti prima della data del trasferimento da un contratto di lavoro o da un rapporto di lavoro esistente alla data del trasferimento."

Ma si badi che la disapplicazione è consentita soltanto nell'ambito delle procedure aventi finalità liquidatoria così come statuito dall'art. 5 par. 1 espressamente dedicato alla "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", con ciò disattendendo la tesi di chi ne ha invece sostenuto l'applicabilità generalizzata a prescindere dalla finalità della procedura²⁸⁵.

4. I soggetti sindacali abilitati (rinvio).

A differenza di quanto previsto nel comma 4-bis, nel caso di procedure aventi finalità liquidatoria il legislatore ha specificato che tali accordi possono essere stipulati soltanto dai soggetti di cui all'art. 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81.

Si è già anticipato al fatto che in tal modo il legislatore abbia voluto dare atto dei nuovi assetti delle relazioni industriali, che si sostanziano in una nuova

²⁸⁴ R. ROMEI, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento di azienda* R. ROMEI, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento di azienda*, op.ult. cit., 283 con espresso riferimento alle procedure liquidatorie.

²⁸⁵ V. ANIBALLI, *Trasferimento di ramo di azienda*, cit., 366, secondo cui la deroga è possibile a prescindere dalla finalità liquidatoria come testimonierebbe l'art. 5, par. 2 lett. a della dir. 2001/23.

e diversa fase rispetto a quella alla quale siamo stati abituati a studiare, fondata in altre parole sul principio di effettività.

Il tentativo di adeguare il meccanismo di stipula degli accordi intervenuti nell'ambito del trasferimento di azienda in crisi alle esigenze attuali, caratterizzate dalla necessità di evitare il ricorso a meccanismi contrattuali sganciati dalla rappresentatività dei soggetti, ma comunque consentiti e pienamente legittimi nell'ambito del nostro ordinamento nel quale vige la libertà e il pluralismo sindacale ex art. 39 Cost., risulta apprezzabile, se non fosse che ancora oggi rimane pressochè oscura la reale portata dell'art. 51 del d.lgs. n. 81/2015, e ancor di più l'accezione alla quale essa rimanda, ovvero la rappresentatività comparata²⁸⁶.

Sta di fatto che nell'ambito di questo particolare contesto aziendale, l'assenza di soggetti privi di tale requisito potrebbe nella pratica ostacolare il ricorso alla stipula degli accordi in deroga.

La questione destinata allo stato a rimanere irrisolta, verrà affrontata più dettagliatamente nel capitolo 4, al quale si rinvia.

5. L'esodo incentivato e gli accordi individuali in sede protetta.

La disposizione di nuovo conio contiene un esplicito richiamo alla possibilità di procedere con la stipula di accordi individuali in sede protetta²⁸⁷.

L'ultimo inciso del comma 5 dell'art. 47 precisa che "resta altresì salva la possibilità di accordi individuali, anche in caso di esodo incentivato dal rapporto

²⁸⁶ In relazione all'evoluzione delle dinamiche delle relazioni industriali e, più, in generale al tema della rappresentanza-rappresentatività, si vedano le diverse opinioni della dottrina più recente cfr. AA.VV., *Libertà e attività sindacale dopo i cinquant'anni dello Statuto dei lavoratori*, Atti delle giornate di studio Aidlass, Pisa-Lucca, 5-6-maggio 2021.

²⁸⁷ In generale sull'art. 2113 c.c. vd. S. CIUCCIOVINO, *Rinunce e transazioni*, in *Trattato di diritto del lavoro e della previdenza sociale. Privato e pubblico*, a cura di G. SANTORO-PASSARELLI, 2020, 1709 ss.

di lavoro, da sottoscrivere nelle sedi di cui all'art. 2113, ultimo comma, del codice civile".

Il legislatore del Codice ha positivizzato una prassi ormai ampiamente diffusa²⁸⁸, derivante da quella che è stata definita come una vera e propria fuga dall'accordo collettivo, e che trova la sua fonte nella forte conflittualità tra le parti sociali e da un generale disfavore verso le vicende circolatorie dell'impresa²⁸⁹.

Da un lato, infatti, si pone l'atteggiamento delle organizzazioni sindacali che non ammettono la possibilità di derogare al principio di continuità e, dall'altra, l'esigenza imprenditoriale è sfociata, nella pratica, ad una mancanza di fiducia nell'applicazione dell'art. 47²⁹⁰.

Tra l'altro, proprio per il carattere altamente diffuso degli accordi individuali in sede di trasferimento di azienda, non è mancato chi ne ha sostenuto la natura pleonastica della disposizione²⁹¹.

²⁸⁸ P. LAMBERTUCCI, *Circolazione d'impresa e rapporti di lavoro*, in *Arg. dir.lav.* 2018,1, 49. Parla di "marginalizzazione della norma" G. ORLANDINI, *Il trasferimento di azienda nelle imprese in stato di crisi tra dibattito teorico prassi sindacale*, in *Dir.lav.rel.ind.*, 2005, 609.

²⁸⁹ La recente vicenda che ha interessato la compagnia di bandiera Alitalia ne costituisce una riprova.

²⁹⁰ Le difficoltà aumentano se si coniugano tali contrapposte esigenze con la non univocità di vedute all'interno delle stesse organizzazioni sindacali contrapponendosi tra chi è disposto ad accettare anche una selezione del personale e chi invece ha manifestato atteggiamenti di chiusura nei confronti di una simile eventualità. Dubbi che potrebbero oggi trovare nuova linfa con le scelte operate dal legislatore in ordine alla selezione dei soggetti titolari del potere negoziale. Cfr. capitolo 4. Per una ricostruzione storica G. ORLANDINI, *Il trasferimento di azienda nelle imprese in stato di crisi tra dibattito teorico prassi sindacale*, in *Dir.lav.rel.ind.*, 2005, 593, vd. anche sulle difficoltà in generale delle parti sociali P. TULLINI, *Tutela del lavoro nella crisi d'impresa e assetto delle procedure concorsuali: prove di dialogo*, *riv. it. dir. lav.* 2014,2, 226-227; C. CESTER, *Due recenti pronunzie della Corte di Giustizia europea in tema di trasferimento d'azienda*, *op. cit.*, pag. 238

²⁹¹ M. NOVELLA, *Diritti dei lavoratori e trasferimento d'azienda nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Vecchie e nuove questioni*, in *Riv. giur.lav.*, 2019,4, 644. G. ZAMPINI, *Il trasferimento d'azienda nelle procedure concorsuali con finalità liquidativa*, in *Lav. giur.*, 2021, 6, 573, il quale critica la scelta di richiamare anche per gli accordi di risoluzione consensuale con incentivo all'esodo senza che abbiano ad oggetto una rinuncia o una transazione l'art. 410 c.p.c. Fa riferimento al "carattere rafforzativo di un precetto già esistente" P. LAMBERTUCCI, *La disciplina dei rapporti di lavoro*, *op. cit.* 2019, 149 ss.

Tuttavia, un simile assunto non pare condivisibile alla luce dell'espresso richiamo all'art. 2113 c.c. soltanto nel comma 5 e non anche nelle ipotesi di cui al comma 4-*bis* e al comma 5-*ter*. Se il legislatore si fosse limitato a consentire la percorribilità di accordi individuali in sede assistita non si comprende come mai il richiamo sia stato operato soltanto per le procedure aventi finalità liquidatoria e non anche per le altre ipotesi, per le quali è innegabile che non vi siano ostacoli. L'osservazione che precede, ha condotto la dottrina a due opposte soluzioni. Secondo una prima ricostruzione²⁹², è stato ritenuto che la norma vada interpretata nel senso che il lavoratore possa disporre del diritto alla continuità del rapporto già parte del suo patrimonio. In tal senso, pertanto, si ritiene che il richiamo all'art. 2113 c.c. abbia una funzione meramente conciliativa e relativa, alla possibilità di disporre dei diritti già acquisiti²⁹³.

Secondo una diversa lettura²⁹⁴, che risulta condivisibile, la collocazione e il dato letterale della previsione, permetterebbe invece di affermare che nelle sedi protette venga svolta non già una funzione conciliativa ma una funzione di assistenza alla derogabilità dell'art. 2112 c.c.

Infatti, il richiamo contenuto nell'art. 2113 c.c. soltanto nel comma 5 dell'art. 47, nonché l'espresso riferimento alla possibilità di prevedere accordi in deroga al principio di continuità dei rapporti, alla regola della solidarietà e al

²⁹² Sulla funzione dispositiva dell'accordo individuale P. LAMBERTUCCI, *La disciplina dei rapporti di lavoro nel trasferimento dell'impresa sottoposta a procedure concorsuali: prime note sul codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza del 2019*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2019, 2, 163-164, e E. GRAGNOLI, *La nuova disciplina del concordato preventivo*, in *Riv. giur. lav.*, 2019, 4, pp. 630-631.

²⁹³ Del resto "La determinazione del contenuto del contratto da parte delle fonti eteronome deriva ovviamente dalla disparità di forza contrattuale tra le parti del contratto di lavoro e serve per tutelare la parte debole" il timore verso G. SANTORO-PASSARELLI, *Autonomia privata individuale e collettiva e norma inderogabile*, in L. CALCATERRA (a cura di), *Tutele del lavoro ed esigenze della produzione. Le riforme del quinquennio 2011-2015. Studi in onore di Raffaele De Luca Tamajo*, ESI, 2018, 1358:

²⁹⁴ A. PRETEROTI, *Il trasferimento d'azienda*, op. cit., 673 il quale valorizza la congiunzione "anche".

divieto di licenziamento, fa sì che la funzione attribuita a tali accordi sia necessariamente più ampia.

Ciò è avallato altresì dalla premessa storica che ha portato alla diffusione degli accordi individuali. Non solo il legislatore ha dimostrato di aver recepito quanto accadeva nella prassi, ma ha anche disposto espressamente che il lavoratore possa addivenire con le parti ad un accordo che abbia ad oggetto diritti non ancora entrati nel suo patrimonio²⁹⁵.

In altre parole, in tal modo il legislatore ha fatto sì che “l’assistenza alle parti diviene quindi strumento per la disposizione delle tutele (o, come si suol dire, dei diritti futuri) secondo il meccanismo dell’autonomia privata assistita”²⁹⁶.

Tale interpretazione non contraddice la normativa comunitaria la quale non richiede l’accordo collettivo nel caso di procedure liquidatorie, in tal caso ponendosi la normativa italiana maggiormente protettiva degli interessi dei lavoratori. Ed è così che a fronte del riconoscimento di una disciplina restrittiva, il legislatore ha comunque consentito alle parti interessate dalla vicenda di ricorrere ad uno strumento maggiormente flessibile che consente di gestire gli

²⁹⁵ Sulla derogabilità assistita E. GHERA, *La certificazione nei contratti di lavoro*, in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema. Dalla Legge 14 febbraio 2003, n. 30 al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276, 2004, 278*. il quale precisa che “è altrettanto evidente come l’assistenza sia qui prevista non già – come in quel modello – per la formazione di negozi dispositivi dei diritti acquisiti (come sono tipicamente le rinunzie e le transazioni) ma per la formazione e la modificazione del regolamento contrattuale nel suo divenire”. Più in generale A. BELLAVISTA, *La derogabilità assistita nel d.lgs. n. 276/2003*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT – 16/ 2004.

²⁹⁶ E. GHERA, *La certificazione nei contratti di lavoro*, in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema. Dalla Legge 14 febbraio 2003, n. 30 al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276, 2004, 274*. Tra l’altro è bene segnalare che si sta inverando una certa propensione per l’ordinamento verso forme di derogabilità assistita: basti pensare, da ultimo, alla riforma di cui all’art. 2103 c.c. In verità già a partire dagli anni ‘90 la dottrina auspicava un cambio di paradigma in favore di una maggiore flessibilizzazione dei rapporti, cfr. M. D’ANTONA, *L’autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro*, in *Dir.lav.rel.ind.*, 1991, 3, 456; ma anche cfr. A. MARESCA, *Autonomia e diritti individuali nel contratto di lavoro (rileggendo «L’autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro»)*, in *Dir.lav.rel.ind.*, 2009, n. 121, 109; più di recente G. SANTORO-PASSARELLI, *La regolazione del mercato del lavoro dopo il Jobs Act – Parte II - Sulle categorie del diritto del lavoro “riformate”*, in *Dir.rel.ind.*, 2016, 1, 23.

interessi delle parti a fronte della presenza dell'accertamento sulla mancanza di coercizione nell'atto di manifestazione di volontà.

6. L'esigibilità del TFR nei confronti del cedente e l'operatività del Fondo di garanzia Inps

Tra le novità più importanti della riforma vi è, infine, l'introduzione di un nuovo comma 5-bis che oltre a prevedere la deroga automatica al principio di solidarietà, introduce una particolare tutela per il lavoratore, consentendogli di richiedere al cedente il trattamento di fine rapporto sino a quel momento maturato.

La disposizione recita: *“Nelle ipotesi previste dal comma 5, non si applica l'articolo 2112, comma 2, del codice civile e il trattamento di fine rapporto è immediatamente esigibile nei confronti del cedente dell'azienda. Il Fondo di garanzia, in presenza delle condizioni previste dall'articolo 2 della legge 29 maggio 1982, n. 297, interviene anche a favore dei lavoratori che passano senza soluzione di continuità alle dipendenze dell'acquirente; nei casi predetti, la data del trasferimento tiene luogo di quella della cessazione del rapporto di lavoro, anche ai fini dell'individuazione dei crediti di lavoro diversi dal trattamento di fine rapporto, da corrispondere ai sensi dell'articolo 2, comma 1, del decreto legislativo 27 gennaio 1992, n. 80. I predetti crediti per trattamento di fine rapporto e di cui all'articolo 2, comma 1, del decreto legislativo 27 gennaio 1992, n. 80 sono corrisposti dal Fondo di Garanzia nella loro integrale misura, quale che sia la percentuale di soddisfazione stabilita, nel rispetto dell'articolo 85, comma 7, del codice della crisi e dell'insolvenza, in sede di concordato preventivo.”*

In primo luogo deve subito essere precisato che la norma trova applicazione esclusivamente, in base a quanto espressamente richiamato al comma 5, soltanto nell'ipotesi di procedure aventi finalità liquidatoria. Resta esclusa la possibilità di richiedere il TFR se la cessione avviene nell'ambito delle procedure di cui al comma 4 bis nonché nel caso di imprese sottoposte ad

amministrazione straordinaria nel caso in cui la continuazione non sia disposta o sia cessata, di cui al comma 5-ter²⁹⁷ (su cui cap. 5).

Fermo quanto sopra, la disposizione si caratterizza per prevedere:

- a) l'inapplicabilità del principio della solidarietà tra cedente e cessionario;
- b) la possibilità di richiedere immediatamente e direttamente al cedente il trattamento di fine rapporto, anche per i lavoratori che sono passati alle dipendenze del cessionario, in deroga all'art. 2112, comma due, c.c. in virtù dell'equiparazione della data di trasferimento con la data di cessazione del rapporto;
- c) la soddisfazione integrale dei crediti relativi al TFR e alle ultime tre mensilità, anche in ipotesi di concordato preventivo.

Il comma introdotto si caratterizza per il contenuto altamente innovativo introducendo una deroga sia alla normativa di cui all'art. 2120 c.c. e alla funzione del Fondo di garanzia²⁹⁸.

Lo scopo della nuova disposizione è quello di favorire la circolazione dell'impresa, meccanismo che aveva trovato anche l'avallo di una parte minoritaria della giurisprudenza la quale aveva già esteso l'intervento del Fondo anche qualora sia intercorso un accordo che abbia ad oggetto il mantenimento parziale dell'occupazione, salvo che non sia previsto l'accollo del TFR in capo al cessionario²⁹⁹.

Deve essere ricordato, infatti, che stando alla disciplina ancora ad oggi vigente il TFR è le ultime tre mensilità di retribuzione possono essere richieste al

²⁹⁷ "Con riferimento a quest'ultima ipotesi, si potrebbe pertanto assistere nuovamente alla prassi tesa a riconoscere l'intervento del Fondo, in via eccezionale, «salvo che l'accordo sindacale preliminare al trasferimento non abbia previsto, quale condizione di miglior favore, l'accollo del TFR da parte dell'acquirente stesso», così A. PRETEROTI, *Il trasferimento di azienda nel Codice della crisi*, op. cit.2020, 680

²⁹⁸ Cfr. P. LAMBERTUCCI, op. cit. 2018, 149 parla di una funzione "compensativa" dell'istituto per aver previsto una deroga al principio di solidarietà.

²⁹⁹ Così Circolare INPS 15 luglio 2008, n. 74 e messaggio INPS 14 giugno 2019, n. 2272.

Fondo di garanzia qualora vi sia stata la risoluzione del rapporto di lavoro, intendendosi per tale qualsiasi ipotesi di cessazione, nonché lo “stato di insolvenza” del datore di lavoro ai sensi dell’art. 2 della legge n. 197/1982 e del d.lgs. 80/1992³⁰⁰.

Tuttavia, nel caso di trasferimento di azienda, il requisito della cessazione del rapporto, stante in via generale il mantenimento dei diritti e il principio di continuità dei rapporti, è difficilmente realizzabile qualora il datore di lavoro sia assoggettato ad una procedura concorsuale³⁰¹.

Così, la prassi³⁰² ha ovviato a tale *empasse* ammettendo comunque allo stato passivo il credito maturato pur non essendo nei fatti esigibile attesa la prosecuzione del rapporto di lavoro³⁰³.

È bene segnalare, però, che la giurisprudenza più recente ha più volte ritenuto non applicabile il principio in esame richiamando da un lato la natura previdenziale dell’intervento del Fondo e, dall’altro, riconoscendo l’impossibilità di realizzare proprio i presupposti della norma, e cioè l’esigibilità e la cessazione del rapporto di lavoro «che è tale al momento in cui avviene la risoluzione del rapporto di lavoro»³⁰⁴.

³⁰⁰ Cfr. sul tema anche A.PATTI, *Il trattamento concorsuale per credito del TFR (ceduto dal lavoratore)*, in *Fall.*, 2020, 5, 624.

³⁰¹ «L’art. 2 della legge n. 297 del 1982 e l’art. 2 del d.lgs. n. 80 del 1992, si riferiscono all’ipotesi in cui sia stato dichiarato insolvente ed ammesso alle procedure concorsuali il datore di lavoro che è tale al momento in cui la domanda di insinuazione al passivo viene proposta ed, inoltre, poiché il t.f.r. diventa esigibile solo al momento della cessazione del rapporto, il fatto che (erroneamente) il credito maturato per t.f.r. fino al momento della cessione d’azienda sia stato ammesso allo stato passivo nella procedura fallimentare del datore di lavoro cedente non può vincolare l’INPS, che è estraneo alla procedura e che perciò deve poter contestare il credito per t.f.r. sostenendo che esso non sia ancora esigibile, neppure in parte, e quindi non opera ancora la garanzia dell’art. 2 legge n. 297 del 1982» (cfr., tra le altre, Cass.19 luglio 2018, n. 19277, e Cass. 28 novembre 2018, n. 30804, Cass. 20 febbraio 2020, 4336).

³⁰² Il riferimento è alla circolare Inps 15.7.2008 n. 74 e al messaggio Inps del 14.6.2019, n. 2272.

³⁰³ Critico tuttavia nella prassi applicativa E. GRAGNOLI, *Il trattamento di fine rapporto, le procedure concorsuali, il trasferimento di azienda e l’intervento del fondo di garanzia*, in *Fall.*, 2019, 171-172.

³⁰⁴ Per tutte Cass. 6 febbraio 2018, n. 2827.

L'orientamento più rigoroso è stato smentito dal nuovo assetto previsto dal comma 5-*bis*, - lasciando comunque il dubbio sulla applicabilità in caso di destinazione del TFR alla previdenza complementare³⁰⁵- trovando invece conferma dal disposto di cui all'articolo 368, comma 4, lett. d), del D.lgs. 10 gennaio 2019, n. 14.

L'operazione è ora consentita poiché «la data del trasferimento tiene luogo di quella della cessazione del rapporto»³⁰⁶.

Attraverso tale *fictio*, il legislatore ha superato l'orientamento ostativo della giurisprudenza in favore di una maggiore tutela per il lavoratore che rimane comunque soddisfatto³⁰⁷ ed a vantaggio del cessionario³⁰⁸, alleggerito dal “peso” altrimenti derivante dall'operazione negoziale.

³⁰⁵ Così G. LUDOVICO, *Il credito contributivo e la tutela previdenziale del lavoratore nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2019, 4, par. 7. derivante dall'esclusivo riferimento operato all'art. 2, comma uno, d. lgs. n. 80/1992.

³⁰⁶ P. CAPURSO, *Trasferimento d'azienda, fallimento del datore di lavoro cedente e intervento del Fondo di garanzia*, in *Riv.dir.sic.soc.*, 2018, 601. G. LUDOVICO, *Il credito contributivo e la tutela previdenziale del lavoratore nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2019, 4, par. 7;

³⁰⁷ G. LUDOVICO, *Il credito contributivo e la tutela previdenziale del lavoratore nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2019, 4, par. 7; P. LAMBERTUCCI, *La disciplina dei rapporti di lavoro*, cit., 164-165.

³⁰⁸ Dubbioso sulla finalità che l'operazione favorisca la circolazione Cfr. E. GRAGNOLI, *Il trattamento di fine rapporto, le procedure concorsuali, il trasferimento di azienda e l'intervento del fondo di garanzia*, in *Fall.*, 2019, 171-172.

CAPITOLO IV

Trasferimento di azienda in crisi e autonomia collettiva

SOMMARIO: 1. Il ruolo rafforzato dell'autonomia collettiva nella nuova disciplina del trasferimento di azienda in crisi. - 2. Il nuovo comma 1-bis dell'art. 47 della legge n. 428 del 1990: la comunicazione effettuata da chi intenda proporre offerta di acquisto dell'azienda o proposta di concordato preventivo concorrente con quella dell'imprenditore. - 3. I soggetti collettivi abilitati alla stipula degli accordi nel nuovo Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza. -3.1. Il riferimento al sistema della rappresentatività comparata anche nel trasferimento di azienda. - 3.2. Ricadute applicative: l'individuazione soggetti sindacali abilitati alla stipula degli accordi i soggetti sindacali abilitati alla stipula degli accordi. - 3.3. Riflessi in tema di estensione dell'efficacia soggettiva. - 4. Il margine di operatività delle specifiche intese di cui all'art. 8 l. 14 settembre 2011. n. 148.

1. Il ruolo rafforzato dell'autonomia collettiva nella nuova disciplina del trasferimento di azienda in crisi

È opinione condivisa quella secondo la quale dalla riforma operata dal Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza, l'autonomia collettiva ne sia uscita con un ruolo rafforzato³⁰⁹.

In effetti si può affermare che il Codice della Crisi, non abbia soltanto confermato il modello gestionale richiamato dall'art. 47 nella versione attualmente vigente, ma ha attribuito all'accordo collettivo un ruolo dirimente nella regolazione della vicenda circolatoria poichè soltanto ad esso è demandato

³⁰⁹A. PRETEROTI, *Il trasferimento d'azienda nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: prove di assestamento euro-unitario*, in *Mass. giur. lav.*, 2020, 3, 661. R. ROMEI, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento dell'azienda*, sub. art. 2112, 2020, 269.

il compito di disapplicare le tutele previste dall'art. 2112 c.c., rappresentando il presupposto necessario³¹⁰.

Spetta, pertanto, al contratto collettivo il compito di bilanciare i contrapposti interessi e alle parti sociali quello di caricarsi della dovuta responsabilità³¹¹.

È così nell'ipotesi di cui all'art. 47, comma 4-bis, dove soltanto con l'accordo è possibile intervenire sulle sole "condizioni di lavoro" ed è parimenti centrale nel comma 5 nel quale oggi, in assenza dello stesso, il principio di continuità dei rapporti di lavoro è destinato a trovare applicazione³¹².

Già da queste prime battute, pertanto, risulta chiara la prospettiva del legislatore che ritiene questa l'unica sede abilitata³¹³ per operare la disapplicazione delle tutele di cui alla direttiva n. 23/2001.

C'è da dire che anche nell'impianto della nuova disposizione non viene riconosciuto un potere di controllo sulle scelte operate dall'imprenditore che restano insindacabili³¹⁴, essendo demandato alla fase *ex ante* durante lo

³¹⁰ Attraverso i cd. accordi in deroga le parti sin da subito hanno provveduto a bilanciare i contrapposti interessi in gioco. La giurisprudenza aveva confermato la validità di tali accordi sull'assunto che i principi di cui all'art. 2112 c.c. potessero essere derogati se finalizzati alla tutela dell'occupazione essendo tesi a soddisfare superiori interessi. Principio questo poi attenuato e fondato sul generale principio di mantenimento dell'unità aziendale, cfr. Cass. 4.7.1991, n. 7397, in *Foro it.*, 1992, I, 418 e Cass. 10 agosto 1987 n. 6861, in *Foro it.*, 1989, I, 3186. La dottrina in realtà è stata divisa su tale orientamento cfr. G. SANTORO PASSARELLI, *Il trasferimento d'azienda*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, 1986, 610.

³¹¹ Sui diversi interessi in gioco e sul difficile bilanciamento D. GALLETTI, *Sulla gerarchia fra interessi tutelati dal diritto concorsuale: soddisfacimento dei creditori ristrutturazioni aziendali e conservazione dell'impresa*, in *giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2020, 254; P. TULLINI, *Assetti organizzativi dell'impresa e poteri datoriali. La riforma dell'art. 2086 c.c.: una prima lettura*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2020, I, 135 ss.

³¹² Cfr. A. CAIAFA, *Il trasferimento dell'impresa nelle procedure concorsuali*, in G. SANTORO-PASSARELLI, *La nuova disciplina del trasferimento d'impresa*, 2001, 139 il quale mette ben in luce la funzione preminente che l'accordo assume nel trasferimento di azienda in crisi.

³¹³ Si ritiene assurgere a elemento costitutivo di una fattispecie complessa R. ROMEI, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento dell'azienda*, cit., p. 223; P. LAMBERTUCCI, *Le tutele del lavoratore*, cit., p. 76. ID., *Il trasferimento di azienda in crisi*, in *Lav. giur.*, 2010, 11, p. 67.

³¹⁴ A.M. PERRINO, *Il trasferimento dell'impresa insolvenza*, in R. COSIO-G. VIDIRI (a cura di), *Il trasferimento d'impresa in Italia nel quadro del diritto dell'unione europea*, Giuffrè, 2019, 174 ritiene che gli interessi presidiati siano addirittura solo quelli del sindacato. Cfr. L. DE ANGELIS, *Informazione*

svolgimento delle consultazioni la sola possibilità per le parti di accertare quali siano le conseguenze sul piano dell'occupazione³¹⁵. Parimenti con la nuova disposizione non si impone l'obbligo di addivenire alla stipula dell'accordo³¹⁶.

Sul piano degli effetti, le questioni devono essere poi rapportate al sistema di relazioni sindacali attuali, che hanno subito come si vedrà nel par. 2 una notevole evoluzione.

Ad ogni modo, volendo anticipare le conclusioni del discorso, un simile impianto produce enormi conseguenze se lo si guarda dall'angolo prospettico degli interessi economici sottesi.

Il sistema ordinamentale tende a tutelare l'interesse alla conservazione del posto "sempre e in ogni caso"³¹⁷, ma tale aspettativa si contrappone all'esigenza di mantenere sul mercato un'impresa efficiente, la quale costituisce l'elemento trainante del nostro sistema, con il rischio di ricreare l'onda degli interventi emergenziali.

E' vero anche che il nuovo sistema elaborato dal Codice della Crisi, se letto alla luce delle modifiche apportate all'art. 2086 c.c. e ai recenti interventi normativi³¹⁸, ha favorito il ricorso ai sistemi anticipati di rilevamento della crisi e

e consultazione sindacale nel trasferimento d'azienda: regime sanzionatorio e tutela processuale, in *Foro it.*, 1999, 289.

³¹⁵ Tra l'altro la fase di informazione e consultazione è valorizzata dalla stessa direttiva comunitaria n. 23/2001 art. 6. Di recente la partecipazione sindacale è stata altresì valorizzata dalla anche dalla Direttiva 02/2014.

³¹⁶ Sul punto già P. LAMBERTUCCI, *Il trasferimento di azienda*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, I, 169; G. SANTORO-PASSARELLI, *Ancora sul trasferimento d'azienda*, in *Dir. lav.*, 1992, I, 154.

³¹⁷ In passato su tali esigenze G. PERSIANI, *Interesse del lavoratore alla conservazione del posto e dissesto dell'impresa*, in *Giur. comm.* 1979, 271, il quale evidenzia che l'art. 2112 c.c. sebbene volto alla conservazione del posto, non sottende una aspettativa "sempre e in ogni caso" alla conservazione del posto.

³¹⁸ In particolare d.l. 24 agosto n. 118 convertito con modificazioni in legge 21 ottobre 2021, n. 147 che detta misure urgenti in materia di crisi d'impresa e di risanamento aziendale.

dell'insolvenza con ciò, auspicando, positivi riflessi anche sul mantenimento dei livelli occupazionali³¹⁹.

La questione, tuttavia, sarà destinata a non avere soluzione, vista la complessità del tema e degli interessi sottesi, ma lo scopo è quello di creare un sistema bilanciato nel quale le parti possano trovare soddisfazione nel componimento delle rispettive posizioni.

Lo strumento che il nostro ordinamento individua nell'ambito del conflitto, è l'accordo collettivo. Sta di fatto che dal nuovo impianto l'accordo assurge ad elemento essenziale per poter procedere alla disapplicazione delle tutele che altrimenti troveranno applicazione anche nelle tanto agognate procedure aventi finalità liquidatoria.

Il rischio, tuttavia, è quello di un ingessamento delle vicende circolatorie poichè l'intervento sindacale in tale ambito non è risultato sempre efficace ad assicurare le migliori prerogative ai lavoratori, tant'è che non può nascondersi come l'accordo costituisca il frutto di mere concessioni³²⁰.

La conseguenza è che sebbene si sia voluto intervenire per evitare la "fuga" dall'art. 47 della l. n. 428/1990³²¹, il richiamo operato al criterio della rappresentatività comparata, stante l'assenza di una esplicita indicazione sui soggetti sindacali abilitati alla stipula di tali accordi, cosicché come una mancata presa di posizione sulla efficacia degli stessi, "con le inevitabili perplessità e

³¹⁹ P. TULLINI, *Aspetti organizzativi dell'impresa e poteri datoriali. La riforma dell'art. 2086 c.c.: prima lettura*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2020, 1, 135; M. CIAN, *Crisi dell'impresa e doveri degli amministratori: i principi riformati e il loro possibile impatto*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, 1163 che parla di "norma in bianco"; C. ROMEO-F. CHIETERA, *La riscrittura dell'art. 2086 c.c. : alla ricerca di nuovi strumenti per il superamento della crisi, recupero della continuità aziendale e mutazioni genetiche nel diritto del lavoro*, in *Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi*, 15 marzo 2021.

³²⁰ Cfr. A. CAIAFA, *Il trasferimento dell'azienda nell'impresa in crisi o insolvente*, in A. CAIAFA (a cura di) *I rapporti di lavoro e la tutela del credito nella crisi d'impresa*, Giappichelli, 2011, 457.

³²¹ G. ORLANDINI, *Il trasferimento di azienda nelle imprese in stato di crisi tra dibattito teorico prassi sindacale*, in *Dir.lav.rel.ind.*, 2005, 609.

titubanze pratiche ed incertezze teoriche connesse all'ipotesi degli accordi "separati" o minoritari"³²², rischieranno di vanificare la portata della riforma.

Ad ogni modo non può non darsi atto di alcuni innesti sul testo dell'art. 47 che tuttavia, non vengono ben coordinati con la normativa di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 47 della l. n. 428/1990, rischiando almeno in tale ambito di sollevare più problemi che soluzioni.

2. Il nuovo comma 1-bis dell'art. 47 della legge n. 428 del 1990: la comunicazione effettuata da chi intenda proporre offerta di acquisto dell'azienda o proposta di concordato preventivo concorrente con quella dell'imprenditore

Per agevolare la circolazione dell'impresa, l'art. 368, comma 4, ha aggiunto il comma 1-*bis* all'art. 47, il quale prevede che la comunicazione può essere effettuata "anche solo da chi intenda proporre offerta di acquisto dell'azienda o proposta di concordato preventivo concorrente con quella dell'imprenditore".

Pertanto la comunicazione, stante l'avverbio "solo" potrà essere effettuata soltanto da tali soggetti e non anche dal cedente e dal cessionario. Inoltre, la comunicazione può essere effettuata nei "casi di trasferimenti di aziende nell'ambito di procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza di cui al presente codice...".

La formulazione, nonostante la svista del legislatore che fa riferimento al Codice della crisi senza ricordarsi che la disposizione è fuori dallo stesso³²³, sembra potersi riferire anche all'ipotesi di cessione del solo ramo, nonostante non venga espressamente richiamato, (a differenza di quanto avviene nel comma 1).

³²² Cfr. S. BELLOMO, *Crisi e strumenti di salvaguardia della continuità aziendale e dell'occupazione: uno sguardo d'insieme*, in *Dir. merc. lav.*, 2021, 2, 285.

³²³ Cfr. L. IMBERTI, *Profili lavorativi del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Giappichelli, 2020, 122; M. NOVELLA, *Diritti dei lavoratori*, op. cit., 654.

La disposizione ad ogni modo ha suscitato alcune incertezze, inerenti la possibilità di ricomprendere nel campo di applicazione della disposizione anche l'affittuario.

Sebbene il dato letterale parrebbe escludere una simile ipotesi, richiamando espressamente soltanto l'offerta di acquisto o quella del concordato³²⁴, alcuni hanno invece sostenuto la possibilità di estendere l'applicazione della disposizione in esame anche all'affittuario³²⁵.

La conclusione potrebbe desumersi non solo dall'ampia formulazione della disposizione che fa riferimento a tutte le procedure di regolazione disciplinate dal CCII, accedendo ad una interpretazione in via analogica³²⁶.

Inoltre, potrebbe chiedersi se il cedente debba o meno partecipare alla procedura. La risposta non può che essere affermativa atteso che il comma 1-*bis* fa esclusivo riferimento all'attivazione della comunicazione, ma non esclude invece la possibilità di attivare l'esame congiunto. Invero, il comma in esame fa salva l'applicazione del comma due che prescrive l'attivazione dell'esame congiunto sia al cedente che al cessionario³²⁷.

Quanto al profilo temporale, atteso il richiamo al comma 1, si ritiene condivisibile il rispetto dei 25 giorni antecedenti il perfezionamento dell'atto o

³²⁴ A. PRETEROTI, *Il trasferimento d'impresa in crisi*, in *mass. giur. lav.*, 2020, 663. M. NOVELLA, *Diritti dei lavoratori*, *op. cit.*, 654.

³²⁵ Parla di "lacuna normativa" P. LAMBERTUCCI, *La disciplina dei rapporti di lavoro nel trasferimento dell'impresa sottoposta a procedure concorsuali: prime note sul codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza del 2019*, *cit.*, 118 ss. I. ALVINO, *Continuità aziendale, trasferimento d'azienda e tutela dell'occupazione nel nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, *cit.*, 449.

³²⁶ R. ROMEI, *I rapporti di lavoro nel trasferimento di azienda*, sub. art. 2112, in *Trattato di diritto civile*, 2020, 272.

³²⁷ I. ALVINO, *Continuità aziendale, trasferimento d'azienda e tutela dell'occupazione nel nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, *cit.*, 449. A. PRETEROTI, *Il trasferimento d'impresa in crisi*, in *mass. giur. lav.*, 2020, 663; M. NOVELLA, *Diritti dei lavoratori*, *op. cit.*, 654. L. IMBERTI, *Profili lavoristici del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Giappichelli, 2020, 122. Ritiene invece che la comunicazione predetta non debba essere trasmessa alle rappresentanze sindacali dei lavoratori. Cfr. G. PROIA, *Trasferimento d'azienda e rapporti di lavoro nelle procedure concorsuali*, in *Dir. mer. lav.*, 2020, 2, 205.

meglio, trattandosi di una mera offerta, almeno prima che sia raggiunta un'intesa vincolante.

Quanto sopra richiamato si ripercuote sull'efficacia degli accordi eventualmente stipulati poichè la disposizione di nuovo conio precisa che *"in tale ipotesi l'efficacia degli accordi di cui ai commi 4-bis e 5 può essere subordinata alla successiva attribuzione dell'azienda ai terzi offerenti o proponenti."*

In sostanza, una volta pervenuta l'offerta e raggiunto l'accordo, questo produrrà i suoi effetti qualora sia perfezionato l'atto nei confronti degli offerenti.

La norma, pertanto, non dà per scontato che il negozio si perfezioni con l'offerente e con il proponente, ma prevede la possibilità per le parti di introdurre una condizione sospensiva legata alla futura attribuzione dell'azienda.

Tuttavia, se la disposizione può essere ragionevole nel momento in cui sia stato stipulato l'accordo con la parte, potrebbe creare alcune incertezze poichè non si esclude che possano essere stipulati anche più accordi in deroga con un evidente e diverso contenuto, e che potrebbero dar luogo ad una sorta di gara al ribasso a discapito dei creditori³²⁸.

3. I soggetti collettivi abilitati alla stipula degli accordi nel nuovo Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza.

Tra le questioni mai sopite in tema di trasferimento di azienda vi è quella della individuazione dei soggetti abilitati a stipulare l'accordo collettivo.

Va detto che le organizzazioni sindacali hanno assunto nel corso degli anni un atteggiamento ostile e poco incline a stipulare accordi in deroga all'art. 2112 c.c., pertanto, il discorso che si andrà a fare postula il necessario superamento di chiusura.

³²⁸ M. SIMEON, *Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: un nuovo dialogo fra diritto fallimentare e diritto del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2019, 4, 419.

In primo luogo, deve sin da subito essere precisato che i soggetti individuati dal Codice della Crisi chiamati a stipulare gli accordi nei tre blocchi derogatori di cui ai commi 4-*bis*, 5 e 5 ter dell'art. 47 l. 428/1990 non coincidono.

Infatti, nel primo blocco derogatorio di cui al comma 4-*bis*, possano essere stipulati "anche" con contratti collettivi di cui all'art. 51 del d.lgs. n. 81/2015; il secondo blocco derogatorio, invece, prevede che legittimati a stipulare tali accordi siano soltanto i soggetti sindacali di cui all'art. 51 del d.lgs. n. 81/2015; nel terzo ed ultimo blocco derogatorio, invece, nulla si dice circa i soggetti abilitati a stipulare tale accordo.

Come emerge dal nuovo dettato normativo, la scelta del legislatore è quantomeno variegata³²⁹ e conduce a dover svolgere considerazioni di più ampio respiro che attengono al sistema delle relazioni industriali.

Il legislatore del Codice ha indubbiamente voluto allineare la disposizione con il nuovo assetto³³⁰ così come ridisegnato dal nuovo Testo Unico sulla Rappresentanza del 2014 e dall'art. 51 del d.lgs. n. 81/2015, ma il quadro si complica ulteriormente se si pone l'accento anche sulla fase di informazione e consultazione sindacale.

Sebbene l'obbligatorietà di tale fase non sia espressamente sancita per le ipotesi di trasferimento d'azienda in crisi, è opinione condivisa che questa sia necessaria, stante altresì il richiamo espresso ai commi dedicati alle vicende circolatorie dell'impresa in crisi³³¹. Anzi a maggior ragione, in tale ambito e alla luce della riforma operata dal CCII tale fase risulta dirimente.

Come noto, infatti, ai sensi dell'art. 47, comma uno, i destinatari della comunicazione sono individuati nelle r.s.a o r.s.u., nei sindacati di categoria che

³²⁹ Parla di vero e proprio "pasticcio" R. ROMEL, *Il rapporto di lavoro, op. cit.*, 273.

³³⁰ M. NICOLOSI, *Rapporti di lavoro e procedure liquidatorie dell'impresa*, 2020, 296 che parla di "chiave di volta" del sistema. Cfr. P. LAMBERTUCCI, *La disciplina dei rapporti di lavoro, cit.*, 157.

³³¹ P. LAMBERTUCCI, *Trasferimento di azienda e problemi occupazionali, cit.*, 409.

hanno stipulato il contratto applicato nelle imprese interessate al trasferimento e in caso di loro assenza dai sindacati comparativamente più rappresentativi sul piano nazionale.

Tuttavia, potrebbe poi ben accadere che la successiva fase di esame congiunto di cui al comma due dell'art. 47 possa essere richiesta soltanto da alcuni dei soggetti che hanno ricevuto la comunicazione³³².

La conseguenza è quella di far sì che i soggetti sindacali che sono abilitati a stipulare gli accordi, potrebbero anche non coincidere con i destinatari della comunicazione ex art. 47 comma uno³³³. Viene, pertanto, da domandarsi da chi debba essere sottoscritto tale accordo posto che la norma tace sul punto.

E la vicenda si complica ulteriormente con la previsione dei soggetti che sono ora abilitati, alla luce della riforma, a stipulare l'accordo dando vita ad un puzzle non semplice da ricostruire.

Stando così le cose, sembrerebbe che la stipula dell'accordo dipenda soltanto dalle dinamiche interne all'azienda e dalla forza dei sindacati di agire in modo unitario ovvero dalla capacità delle rispettive parti di far valere i rispettivi interessi.

Qualche punto fermo però può essere messo. In primo luogo le parti dovranno trasmettere la comunicazione ex art. 47, comma uno, sicuramente ai soggetti che poi saranno tenuti a sottoscrivere l'accordo, quantomeno nell'ipotesi di cui al comma 5 dove i soli soggetti abilitati sono quelli individuati dall'art. 51 d.lgs. n. 81/2015.

Ad ogni modo la vicenda risulta quantomeno contorta anche perchè dalla definizione dei soggetti abilitati a stipulare l'accordo discendono importanti

³³² M.L. VALLAURI, *Lavoratori e trasferimento di ramo d'azienda nell'impresa in crisi*, in M. ALMO-D. IZZI (a cura di), *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, Torino, 2014, p. 352; A. PRETEROTI, *Il trasferimento d'azienda*, cit., 2020, 665.

³³³ A. MARESCA, *Gli obblighi di informazione e consultazione sindacale nel trasferimento d'azienda*, in *Dir. rel. ind.*, 1992, 7 ss.

conseguenze sul piano della efficacia degli stessi, questione a sua volta rimasta tutt'oggi irrisolta.

3.1. Il riferimento al sistema della rappresentatività comparata anche nel trasferimento di azienda

Molte delle questioni rimaste in sospeso nell'ambito delle vicende circolatorie dell'impresa dipendono dal rinvio operato dal legislatore al criterio della rappresentatività comparata, ovvero con l'esigenza di certificare o meglio selezionare i soggetti abilitati alla stipula del contratto collettivo³³⁴.

E' stata superata ormai quell'unità di azione sindacale che aveva caratterizzato le dinamiche degli anni passati, ma che al contempo aveva comportato un sistema nel quale era comunque garantita un'efficacia generale degli accordi collettivi basato su un sistema di autolegittimazione estraneo all'art. 39 Cost. e legato sull'effettività³³⁵.

Il modello sviluppato in via di fatto fu messo a dura prova tanto da dar vita ad un vero sistema di disgregazione³³⁶, che ha provocato una molteplicità di contratti collettivi e il proliferarsi dei cd. accordi separati³³⁷ espressione di un sistema dal quale emergono le problematiche principali di cui stiamo trattando³³⁸.

³³⁴ Il dibattito sul tema può dirsi in realtà mai sopito e si è posto anche in tempi recenti. Sul tema la dottrina è sterminata, di recente per una ricostruzione del sistema intersindacale, P. VARESI, *Relazione Aidlass*, 5-6 maggio 2021, Pisa-Lucca e più in generale cfr. Aa.Vv., *Libertà e attività sindacale dopo i cinquant'anni dello Statuto dei lavoratori*, Atti Aidlass, Giornate di Studio, Pisa-Lucca 5-6 maggio 2021.

³³⁵ M. D'ANTONA, "Chi rappresenta chi". *I debiti della decima legislatura*, in *Lav. e Dir.*, 1992, 531 ss., spec. 541; ID., *Il diritto sindacale in trasformazione*, in M. D'ANTONA (a cura di), *Lecture di diritto sindacale*, cit., XLI.

³³⁶ Cfr. M.V. BALLESTRIERO, *Libertà e attività sindacale a cinquant'anni dallo Statuto dei lavoratori*, in *Lav. dir. eur.*, 2021, 3.

³³⁷ A. MARESCA, *Accordi separati tra libertà contrattuale e democrazia sindacale*, in AA. VV., *Rappresentanza sindacale e contratto collettivo*, a cura di G. SANTORO-PASSARELLI, Napoli, 2010, 49 ss.

³³⁸ P. LAMBERTUCCI, *La rappresentanza sindacale e gli assetti della contrattazione collettiva dopo il testo unico sulla rappresentanza del 2014: spunti di riflessione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, 2, 236.

Parallelamente a tali vicende si è andato sviluppando un nuovo concetto, quello relativo al sindacato comparativamente più rappresentativo³³⁹, nozione questa che è andata a sostituire quella di sindacato “maggiormente” rappresentativo che trova la sua sede nell’art. 19 St.lav. La locuzione aveva suscitato non poche incertezze³⁴⁰ anche in ordine ai criteri che erano stati elaborati dalla giurisprudenza³⁴¹, tant’è che sempre più spesso si finiva per riconoscerla alle associazioni sindacali aventi struttura confederale, ma presenti soltanto in alcune realtà del mondo del lavoro.

Ad ogni modo, risulta parimenti complesso delimitare i confini tra le due locuzioni tant’è non è mancato chi ne ha ravvisato una indubbia sovrapposizione tra i due concetti³⁴².

Tra l’altro anche la stessa nozione di sindacato comparativamente rappresentativo è stata definita da un’autorevole dottrina “escogitazione linguistica intelligente... ma che apre il problema più che risolverlo”³⁴³, o meglio una “stampella”³⁴⁴ per il risollevarsi il sistema intersindacale.

³³⁹ La nozione è comparsa per la prima volta in relazione alla questione della base di calcolo per l’individuazione contributi minimi cfr. l’art. 2, c. 25, legge 28 dicembre 1995, n. 549; G. PERA, *Note sui contratti collettivi “pirata”*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1997, n. 4, I, 381 ss.; P. PASSALACQUA, *Il modello del sindacato comparativamente più rappresentativo nell’evoluzione delle relazioni sindacali*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2014, n. 2, 378; G. FERRARO, *Sul rinnovato “sistema” di relazioni industriali*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2014, n. 3, I, p. 562; S. SCARPONI, *Rappresentatività e rappresentanza sindacale*, Torino, 2005.; A. ZOPPOLI, *Sindacato comparativamente più rappresentativo vs. sistema (e democrazia) sindacale*, in *Legge e contrattazione collettiva nel diritto del lavoro post-statutario*, Atti delle Giornate di studio Aidlass, Napoli, 16-17 giugno 2016, Giuffrè, 2017, 354. P. TOMASSETTI, *La nozione di sindacato comparativamente più rappresentativo nel decreto legislativo n. 81/2015*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2016,2, 368. Più di recente F.V. PONTE, *Contratto collettivo e inderogabilità*, Cedam, 2020, 122.

³⁴⁰ F. CARINCI, *Il lungo cammino per Santiago della rappresentatività sindacale*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2014, 309 ss.

³⁴¹ cfr. v. Cass. 27 ottobre 1990, n. 10392; Cassazione 1 marzo 1986, n. 1320.

³⁴² M. MAGNANI, *Diritto sindacale*, cit., p. 56.

³⁴³ G. GIUGNI, *Congresso AIDLASS, Autonomia collettiva e occupazione*, Atti del XII Congresso nazionale di diritto del lavoro, maggio 1997, Milano, 1998, 241.

³⁴⁴ Cfr. F. LISO, *Relazione introduttiva*, Congresso AIDLASS su Autonomia collettiva e occupazione, Atti del XII Congresso nazionale di diritto del lavoro, maggio 1997, Milano, 1998, 258.

Ad ogni modo la stessa ha voluto rappresentare, differentemente da quella coniata nell'ambito dell'art. 19 dello Statuto e basata su una verifica in termini assoluti, l'esigenza di contrastare i contratti pirata ed è stata pressoché utilizzata dal legislatore per selezionare i contratti collettivi³⁴⁵. Ecco spiegato il riferimento alla necessità di "comparare", a fine di individuare i contratti collettivi che siano espressione di quei sindacati che possono essere più rappresentativi³⁴⁶ trovando la sua ragione «solo di fronte ad un (potenziale o attuale) concorso-conflitto tra contratti collettivi applicabili in un medesimo ambito»³⁴⁷.

La nozione, tuttavia, postula la necessità di selezionare i sindacati più rappresentativi e dunque una comparazione tra i sindacati stessi tramite il ricorso a criteri quantitativi, tant'è che sarà necessario dapprima selezionare il sindacato più rappresentativo il quale potrà poi procedere con la stipulazione del contratto collettivo al quale la legge attribuisce determinati effetti³⁴⁸.

Così ragionando, pertanto, il contratto collettivo c.d. leader diverrà quello sottoscritto dal sindacato - o meglio - dalla coalizione sindacale che, risulta più rappresentativa³⁴⁹.

Ma è evidente che così facendo si finisce per assolvere alla medesima funzione del criterio della maggior rappresentatività andando con questa a sovrapporsi³⁵⁰.

³⁴⁵ P. PASSALACQUA, *Il modello del sindacato comparativamente più rappresentativo nell'evoluzione delle relazioni sindacali*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2014, 379. Così la C. cost. 6 marzo 1974, n. 54.

³⁴⁶ F. LISO, *Autonomia collettiva e occupazione*, in *Dir. rel. ind.*, 1998, 191 ss.

³⁴⁷ M. D'ANTONA, *Il quarto comma dell'art. 39 della Costituzione, oggi*, cit., 674.

³⁴⁸ M. RUSCIANO, *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, 2003, Torino.

³⁴⁹ P. VARESI, *Relazione Aidlass*, 5-6 maggio 2021, Pisa-Lucca.

³⁵⁰ Per una recente proposta in ordine alla distinzione tra criteri soggettivi ed oggettivi per tutti R. DE LUCA TAMAJO, *Le criticità della rappresentatività sindacale misurata; quale perimetro?*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2020, n. 3, I, pp. 377 ss.

A tal fine non è neppure possibile far riferimento ai vecchi criteri che operavano in un contesto completamente diverso³⁵¹ riferendosi tra l'altro ai sindacati confederali, ma che la giurisprudenza non ha mancato di applicare³⁵². Tra l'altro, un altro punto debole della formula è costituito dalla difficoltà di individuare il contesto categoriale nel quale essa va misurata³⁵³ o meglio il "bacino"³⁵⁴ entro il quale operare la misurazione. Ma anche sul punto, come è stato rilevato, sussiste il pericolo di contrastare con il principio di libertà sindacale di cui all'art. 39 Cost.³⁵⁵, poichè soltanto l'autonomia collettiva potrebbe individuarla³⁵⁶.

Timore che sarebbe scongiurato nel caso, invece, di contrattazione aziendale per la quale la categoria risulta predeterminata e non sarebbe non prevista dall'art. 39, ultimo comma, Cost.

Ad ogni modo i confini risultano incerti e scivolosi non essendo esplicitati quali siano i criteri cui debba farsi riferimento per operare la comparazione, in assenza di una indicazione normativa sul punto.

³⁵¹ F. CARINCI, *Alice non abita più qui (a proposito e a sproposito del "nostro" diritto sindacale)*, *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 2013, 665.

³⁵² Trib.Torino, 07 febbraio 2018, n.216, in *Riv. it. dir. lav.*, nt. S. GIORDANO. Anche se nei fatti la giurisprudenza continua pur sempre a farvi riferimento, cfr. Tribunale Trento, 10 settembre 2020, n. 128.

³⁵³ S. CIUCCIOVINO, *Fisiologia e patologia del pluralismo contrattuale tra categoria sindacale e perimetri settoriali*, in *Lav.dir.*, 2020, 2, 191: «appare sempre più vana la pretesa di definire, sia a livello autonomo sia a livello eteronomo, in modo rigido a monte ampi perimetri settoriali della contrattazione collettiva».

³⁵⁴ G. ZILIO GRANDI, *Il panettiere "tutto fare" tra appalto e certificazione: la questione essenziale delle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative*, in *Dir.rel.ind*, 3, 2021, 884 ss., per il quale "si tratta, cioè, di individuare il "bacino" entro il quale compiere le citate attività di misurazione, bacino, per essere ancora più chiari, non assimilabile con la categoria contrattuale, come pure da qualcuno sostenuto. E si tratta di un'operazione che rischia di impattare rovinosamente con i principi costituzionali, a partire da quello di libertà sindacale di cui all'art. 39, primo comma".

³⁵⁵ Per una ricostruzione cfr. a P. PASSALACQUA, *Autonomia collettiva e mercato del lavoro. La contrattazione gestionale e di rinvio*, cit., 134 ss.

³⁵⁶ F. MANCINI, «figlia legittima del contratto collettivo e di esso soltanto: non della legge o di regolamenti ministeriali» (così in P. ICHINO (a cura di), *Intervista a Federico Mancini*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1993, I, pp. 162-163).

Ed è per tale motivo che è stata avanzata da più parti la necessità che si intervenga per prevedere una misurazione della rappresentatività³⁵⁷.

L'esigenza di intervenire su tali temi è del resto emersa tra le stesse organizzazioni sindacali le quali hanno segnalato tale necessità dapprima nell'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e del Protocollo d'intesa del 31 maggio 2013 confluiti ora nel recente Testo unico sulla rappresentanza del 10 gennaio 2014 e, da ultimo, con l'Accordo interconfederale 28 febbraio 2018 che pone l'attenzione anche sulla rappresentanza datoriale³⁵⁸.

Le parti con gli accordi interconfederali hanno inteso inserire un criterio di misurazione della rappresentatività che vale sia per selezionare i soggetti che sono abilitati ad accedere alla contrattazione - solo i sindacati che raggiungono almeno il 5%, come media tra il dato associativo ed il dato elettorale - ma anche per determinare la maggioranza necessaria per la sottoscrizione del contratto collettivo nazionale di lavoro da applicare a tutti i lavoratori del settore

Sta di fatto che con tali accordi le parti sociali sembrano svolgere un passo in avanti perchè tendono a superare il principio in base al quale la legittimità a contrattare dipende dall'effettività, preferendo ancorare tale valutazione ad un dato non labile, ma oggettivo riferito ad un criterio comunque maggioritario.

In particolare nell'AI del 2018 le parti sociali si impegnano ad effettuare una ricognizione dei vari contratti collettivi nazionali di categoria (punto 4, ottavo comma, lett. a) ma anche attraverso una indagine sui soggetti che hanno sottoscritto i contratti collettivi nazionali di categoria applicati (lett. b)³⁵⁹.

³⁵⁷ Sono numerosi i progetti di legge che sono stati avanzati, cfr. A. ALAIMO, *La riforma della rappresentanza aziendale dei lavoratori. Dal sistema duale al doppio canale: itinerari possibili*, CSDLE, It. n. 287/2016; critico verso tale possibile intervento normativo R. PESSI, *Ordinamento statutale e ordinamento intersindacale: promozione o regolazione?*, in *Riv.it.dir.lav.*, 2014, 3 ss.

³⁵⁸ A. MARCIANÒ, *L'associazionismo imprenditoriale nel moderno sistema di relazioni industriali*, Giappichelli, 2016.

³⁵⁹ T. TREU, *Il Patto della fabbrica e il ruolo del Cnel*, in *Guid. Lav.*, 2018, n. 19.

Tuttavia, in assenza di una legge³⁶⁰ la tematica risulta ormai non facile da gestire neanche per la stessa giurisprudenza³⁶¹ che piuttosto sembra assumere un atteggiamento rinunciatario e che invece, meriterebbe, un interesse maggiore e più concreto³⁶².

In tale quadro caratterizzato dalla persistente incertezza si introduce l'art. 51 del d.lgs. n. 81/2015³⁶³. La disposizione prevede che *“Salvo diversa previsione, ai fini del presente decreto, per contratti collettivi si intendono i contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e i contratti collettivi aziendali stipulati dalle loro rappresentanze sindacali aziendali ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria”*.

Su tale norma molto è stato detto³⁶⁴ reputandola l'architrave del sistema dei rinvii al contratto collettivo³⁶⁵ e che oggi consacra la formula della maggior rappresentatività comparata.

Così facendo il legislatore ha attribuito particolare efficacia al contratto collettivo che sia stato stipulato “dai” soggetti comparativamente più rappresentativi.

³⁶⁰ C. ZOLI, Intervento svolto durante le Giornate di studio AIDLASS di Macerata su Rappresentanza e rappresentatività del sindacato, 371.

³⁶¹ Sulla contraddittorietà della giurisprudenza cfr. P. VARESI, Relazione Aidlass, Lucca-Pisa 2021; Trib. Arezzo 12 luglio 2017, n. 256, Trib. Siena 2 febbraio 2018, 17 e Trib. Forlì 19 gennaio 2019, n. 15

³⁶² Tra i settori dove è maggiormente sentito il dibattito è quello retributivo quantomeno per la necessità di prevedere un salario minimo M. MARTONE, *A che prezzo - l'emergenza retributiva tra riforma della contrattazione collettiva e salario minimo legale*, Luiss University Press, 2019, 89 ss. e S. BELLOMO, *Determinazione giudiziale della retribuzione e individuazione del contratto collettivo-parametro tra art. 36 cost. e normativa speciale applicabile ai soci lavoratori di cooperative*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2020, 2, 28.

³⁶³ Accordo interconfederale del 9 marzo 2018 tra CONFINDUSTRIA e CGIL-CISL-UIL, c.d. Patto per la fabbrica.

³⁶⁴ I. ALVINO, *I rinvii legislativi al contratto collettivo*, cit., 233; T. TREU, *Regole e procedure nelle relazioni industriali: retaggi storici e criticità da affrontare*, in WP C.S.D.L.E. Massimo D'antona.IT-396/2019; ID. *I rinvii alla contrattazione collettiva (art. 51, d.lgs. n. 81/2015)* in M. MAGNANI, A-PANDOLFO, P.A. VARESI (a cura di) *I contratti di lavoro*, Giappichelli, Torino, 2016, 250; S. MAINARDI, *Le relazioni collettive del nuovo diritto del lavoro*, Atti Aidlass, 16-17 giugno 2016.

³⁶⁵ I. ALVINO, *I rinvii legislativi al contratto collettivo*, 233.

La disposizione in esame è di certo innovativa e si inserisce nel quadro di quella volontà manifestata che attiene all'esigenza di selezionare i soggetti sindacali abilitati alla stipula del contratto collettivo col fine di attribuirgli particolari effetti.

Sebbene la tecnica del rinvio sia stata utilizzata dal legislatore per arginare il fenomeno del *dumping*, è parimenti vero che nel sistema attualmente vigente non sarebbe impedito comunque agli altri sindacati di acquisire comunque seguito³⁶⁶. Sicché neanche questa risolve i problemi.

Tra l'altro, l'art. 51 non presuppone necessariamente un concorso-conflitto tra contratti collettivi applicabili ad un medesimo settore³⁶⁷. Infatti, anche se ci fosse un solo contratto collettivo di riferimento, questo dovrà essere stato sottoscritto dai sindacati che abbiano un certo grado di rappresentatività, disincentivando così ad applicare contratti collettivi che seppur vantaggiosi non sono stati stipulati da soggetti "qualificati"³⁶⁸. Ma la norma anche così interpretata non chiarisce se la compagine sindacale si possa soltanto limitare a partecipare.

La soluzione che sembra essere più incline è quella di ritenere che l'accordo sia anche effettivamente stipulato da una coalizione espressione di una maggioranza comparativamente più rappresentativa³⁶⁹.

³⁶⁶ G. PROIA, *Il contratto collettivo tra libertà di scelta e standard minimi di trattamento*, cit., p. 965.

³⁶⁷ I. ALVINO, *I rinvii legislativi*, cit., 190 il quale evidenzia il mutamento di contesto che induce ad una rilettura dell'esigenza che inizialmente aveva caratterizzato la necessità di far riferimento ad un diverso concetto rispetto alla maggior rappresentatività. Cfr. P. TOMASSETTI, *La nozione di sindacato comparativamente più rappresentativo nel decreto legislativo n. 81/2015*, in *Dir. rel. ind.*, 2016, 367.

³⁶⁸ P. TOMASSETTI, *La nozione di sindacato comparativamente più rappresentativo nel decreto legislativo n. 81/2015*, 367. Sul tema nello specifico M. CORTI, *Le modifiche in pejus delle condizioni individuali di contratto nelle ristrutturazioni d'impresa in Italia: gli spazi dell'autonomia individuale e di quella collettiva*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, 3, p. 413 ss.

³⁶⁹ I. ALVINO, *I rinvii legislativi*, cit. 192 e P. TOMASSETTI, *La nozione di sindacato comparativamente più rappresentativo*, cit. 384.

3.2. Ricadute applicative: l'individuazione soggetti sindacali abilitati alla stipula degli accordi

Le questioni anzidette consentono di meglio comprendere la scelta effettuata dal legislatore del Codice della Crisi nell'ambito della selezione effettuata per indicare i soggetti sindacali abilitati a stipulare tali accordi.

Preliminarmente, va ricordato che, i titolari dei diritti di informazione sono le rsu e la rsa nelle unità produttive delle imprese interessate al trasferimento, i sindacati di categoria che hanno stipulato il contratto collettivo applicato nelle stesse imprese e, in mancanza delle rappresentanze aziendali, i sindacati di categoria comparativamente più rappresentativi. La successiva fase di stipula, tutta, si aprirà soltanto con quelli "richiedenti" (art. 47 comma due)³⁷⁰.

Il legislatore prevede, pertanto, da un lato un criterio di rappresentatività effettiva - i sindacati esterni debbono aver comunque "stipulato"³⁷¹ il contratto collettivo applicato - e, in subordine, un criterio basato su una rappresentatività invece comparata³⁷².

Il testo in esame rimane invariato³⁷³ anche a seguito dell'emanazione del CCII difetta di coordinamento con le nuove modifiche introdotte.

Ed infatti nel caso degli accordi stipulati *ex art. 47 comma 4-bis* della legge n. 428/1990 si introduce una importante novità poichè l'accordo può essere

³⁷⁰ Cfr. G. PACCHIANA PARRAVICINI, Voce *Trasferimento d'azienda ed esternalizzazioni*, in *Enciclopedia del diritto*, 2017, 985; R. ROMEI, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento d'azienda*, sub. art. 2112 c.c., cit. 136.

³⁷¹ Il riferimento alla luce della nota sentenza della Corte costituzionale n. 231 del 2013 consente la costituzione della Rsa anche alle associazioni sindacali non firmatarie del contratto collettivo, ma che abbiano partecipato alle trattative. Cfr. R. ROMEI, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento d'azienda*, sub. art. 2112 c.c., cit., 136.

³⁷² G. SANTORO PASSARELLI, *Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro*, 2004, p. 42 ss.

³⁷³ Tra l'altro la direttiva 23/201 all'art. 7 par. 6 prevede che ove non vi siano rappresentanti dei lavoratori l'informativa possa essere resa ai singoli lavoratori. M.L. VALLAURI, *Trasferimento d'azienda e garanzie collettive*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 2004, 130 e D. IZZI, *Il trasferimento tra diritto interno e diritto comunitario. La dimensione collettiva della tutela*, in *Riv. giur. lav.* 1999, I. 877.

concluso “anche” attraverso contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e contratti collettivi aziendali stipulati dalle “loro” rappresentanze sindacali aziendali *ex art. 51, d.lgs. n. 81/2015*.

La scelta, almeno per quanto riguarda gli accordi intercorsi nell’ambito delle procedure concorsuali non aventi finalità liquidatoria, è alternativa.

In tal modo, come già anticipato prima, la fase di informazione e consultazione potrà svolgersi anche con soggetti che non abbiano tali requisiti. Maggiori dubbi sussistono, alla luce della nuova formulazione, se l’accordo possa essere sottoscritto anche da soggetti che non siano espressione di un sindacato comparativamente più rappresentativo. In ogni caso il contenuto dell’accordo potrà incidere soltanto sulle “condizioni di lavoro”.³⁷⁴

Nel secondo blocco derogatorio di cui al nuovo comma 5 dell’art. 47 nel quale il principio di continuità è di regola garantito, per poter disapplicare le tutele dell’art. 2112 c.c. occorre un accordo, che deve essere stipulato, non essendo riproposta la congiunzione “anche” contenuta nel comma 4-*bis*, soltanto quelli di cui all’art. 51 del d.lgs. n. 81/2015 e cioè i sindacati comparativamente più rappresentativi sul piano nazionale e dalle loro rappresentanze sindacali aziendali ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria.

In questo caso, è ovvio che l’esame congiunto dovrà svolgersi con tali soggetti se si vuole addivenire alla stipula dell’accordo.

Tuttavia, almeno due questioni emergono in questo caso. La prima è che la disposizione svisciva il contenuto del comma due dell’art 47, che fa leva sul fatto che la fase di consultazione inizi soltanto da parte “dei richiedenti”, poichè

³⁷⁴ I. ALVINO, *Continuità aziendale, trasferimento d’azienda e tutela dell’occupazione nel nuovo codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza*, cit., p. 450; E. GRAGNOLI, *La nuova disciplina del concordato preventivo*, in *Riv. giur. lav.*, 2019, 4, p. 628. A. PRETEROTI, *Il trasferimento di azienda*, cit. 668.

in tal modo i richiedenti non potranno - o meglio dovranno - essere i soggetti "comparativamente" più rappresentativi.

La seconda, che si collega con la prima, è che mentre l'art. 51 è stato scritto, così come l'art. 8 del d.l. 138/2011 (su cui *infra*), facendo riferimento al fatto che i soggetti legittimati a stipulare gli accordi sono le loro rsa e rsu - espressamente indicando "loro" - si intendeva dire che la legittimità a stipulare è demandata soltanto alle rsa e alle rsu, se sono costituite da sindacati comparativamente più rappresentativi³⁷⁵.

E così facendo nel caso in cui non vi siano tali soggetti particolarmente rappresentativi, come nel caso di una rsu composta da sindacati non rappresentativi non potrebbe darsi luogo alla stipula dell'accordo collettivo, possibile soltanto se tali soggetti rispettano le prerogative di cui all'art. 51³⁷⁶.

Ma è evidente che un sistema così calibrato svisciva lo stesso contenuto della disposizione costituendo di fatto un elemento di ulteriore complessità della fattispecie.

Non può negarsi che in tal modo, vi sia stata una ingerenza non di poco conto nelle dinamiche del trasferimento di azienda³⁷⁷. Tra l'altro la fase di consultazione sindacale nell'ambito del trasferimento di azienda risulta già di per sé particolarmente complessa, ulteriormente aggravata dalla non limpido riferimento ai concetti cui richiama l'art. 51.

Di fatti, l'art. 51 del d.lgs. n. 81/2015 sebbene sia stato definito oggi come la "chiave di volta"³⁷⁸ del sistema dei rinvii al contratto collettivo da parte della

³⁷⁵ A. MARESCA, *Relazione al Convegno "I rapporti di lavoro nel codice della crisi e dell'insolvenza"*, Bologna, 8 novembre 2019.

³⁷⁶ A. MARESCA, *Relazione al Convegno "I rapporti di lavoro nel codice della crisi e dell'insolvenza"*, Bologna, 8 novembre 2019.

³⁷⁷ E. GRAGNOLI, *La nuova disciplina del concordato preventivo*, in *Riv. giur. lav.*, 2019, 4, 628.

³⁷⁸ I. ALVINO, *I rinvii legislativi al contratto collettivo*, 233; P. LAMBERTUCCI, *La disciplina dei rapporti di lavoro nel trasferimento dell'impresa sottoposta a procedure concorsuali: prime note sul codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza del 2019*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2019, 2, 149.

legge, è muto rispetto all'individuazione delle regole sulla titolarità negoziale ovvero sugli "indici" di rappresentatività sindacale.

Per quanto riguarda, infine, l'ultimo blocco derogatorio non viene indicato alcun riferimento alla identificazione dei soggetti abilitati alla stipula dell'accordo. Per tale ragione, i soggetti abilitati a stipulare gli accordi in questione sono "solo" quelli richiedenti l'esame congiunto *ex art. 47*, comma 2.

Stante le perplessità sulle quali già si è detto in ordine al sistema elaborato dal Codice, è messa in dubbio l'affermazione ai sensi della quale non è necessario che tutti i soggetti che sono destinatari della comunicazione debbano sottoscrivere il contratto³⁷⁹. Ciò che rileva, è che sia stipulato da soggetti comparativamente più rappresentativi, almeno nell'ipotesi di cui al comma 5³⁸⁰.

La problematica, pare essere inversa, atteso che occorre domandarsi se sia necessario che partecipino alla fase di informazione e consultazione soltanto o almeno i sindacati comparativamente rappresentativi, stante il fatto che anche con loro si potrebbe procedere con la stipula dell'accordo.

Ma è evidente che un sistema così delineato svilisce la portata della disposizione, costituendo di fatto un elemento di ulteriore complessità della fattispecie circolatoria dell'impresa³⁸¹.

Sebbene sia condivisibile la scelta di allineare il sistema al nuovo impianto di relazioni sindacali, si è avuto modo di mettere in luce, seppur brevemente come in realtà lo stesso suscita non pochi margini di incertezza poiché il richiamo

³⁷⁹ Cfr. R. ROMEL, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento dell'azienda*, cit., 223.

³⁸⁰ Riprendendo le considerazioni già emerse nell'ambito degli accordi stipulati nell'ambito dei licenziamenti collettivi, in tal modo si renderebbe oltremodo difficoltoso il raggiungimento dell'accordo manifestando un eccessivo e ingiustificato irrigidimento con la conseguenza che il dissenso manifestato da una sola associazione renderebbe vano se non impossibile la stipula dell'accordo cfr. Cass. n. 15254/2001, in *Lav. prev. oggi*, 2012, 134.

³⁸¹ E. GRAGNOLI, *La nuova disciplina del concordato preventivo*, in *Riv. giur. lav.*, 2019, 4, 628.

all'art. 51, seppur pregevole, non fornisce le risposte di cui si abbisogna nell'ambito della stipula degli accordi derogatori³⁸².

Inoltre, ci si potrebbe chiedere se il rinvio a tale disposizione comporti la possibilità che il contratto sia stipulato anche soltanto "da" una sola associazione sindacale e dalle sue rappresentanze sindacali aziendali, purché comparativamente più rappresentative o, al contrario, da "almeno due" associazioni sindacali. Si ripropongono così gli annosi dilemmi suscitati con le modifiche intercorse in ordine a tale locuzione poiché richiamata nell'art. 51.

Ad ogni modo sembra condividersi la prospettiva che sia sufficiente che soltanto una associazione possa stipulare il contratto³⁸³. Anche perché, al contrario, si riproporrebbero i medesimi quesiti che avevano animato il dibattito sulla necessità che tutti i soggetti che abbiano partecipato poi effettivamente stipulato l'accordo ricreando una sorta di blocco alla definizione dell'accordo³⁸⁴.

E' per tale ragione che alcuni³⁸⁵, per tentare di fornire alcune risposte, hanno richiamato il T.U. della Rappresentanza del 2014 - da ultimo integrato dall'Accordo di modifica del 4 luglio 2017 e poi affiancato dall'Accordo Interconfederale del 9 marzo 2018 - che detta le regole sul piano dell'identificazione dei soggetti collettivi stipulanti, nonché delle modalità di esercizio della titolarità negoziale. L'assunto potrebbe far leva proprio sul fatto

³⁸² L'art. 51 Tiziano Treu, secondo cui «l'art 51 del decreto 81 opera una scelta diversa da quella della legge 148, perché non sancisce, a differenza di questa, la primazia del livello decentrato, bensì afferma la parità di competenza fra i livelli contrattuali nell'esercizio delle deleghe del legislatore». Cfr. T. TREU, *op. cit.*

³⁸³ I. ALVINO, *I rinvii legislativi al contratto collettivo. Tecniche e interazioni con la dinamica delle relazioni sindacali*, cit., p. 199. A. PRETEROTI, *Il trasferimento d'azienda*, cit. 669.

³⁸⁴ Per una ricostruzione più ampia, secondo G. PROIA, *Il contratto collettivo comune dopo Mirafiori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 4, 2011, p. 210. Di recente App. Roma 16 marzo 2021, n.648 che ha ritenuto "Quanto alla doglianza dell'inefficacia dell'accordo sindacale perché sottoscritto dal solo Comitato di redazione, evidenzia che, in realtà, l'accordo in questione è stato siglato anche da altre rappresentanze sindacali che hanno partecipato agli incontri allo stesso preordinati, e che, in ogni caso, l'articolo 47 non prescrive la necessità della sottoscrizione da parte di tutte le organizzazioni sindacali coinvolte."

³⁸⁵ P. LAMBERTUCCI, *Il trasferimento d'azienda*, cit. 198 ss.

che l'Accordo del 2014 esprima al suo interno la volontà stessa degli attori sindacali³⁸⁶ essendo per loro iniziativa addivenute alla necessità di delimitare il loro ambito di applicazione e di selezionare le parti che possano dirsi più rappresentative³⁸⁷. Tuttavia tale accordo, come noto, non risulta ancora attuato.

3.3. Riflessi in tema di efficacia dell'accordo

Le tematiche sinora trattate relative alla misurazione della rappresentatività del sindacato incidono notevolmente sul tema dell'efficacia generale che può essere attribuita al contratto collettivo.

E' evidente che in questo caso occorre chiedersi che ruolo assuma il dissenso del lavoratore.

La domanda sorge spontanea atteso che in un sistema sindacale "di fatto" come era quello che si era andato a creare per lungo tempo e derivante dalla scelta di non attuare l'art. 39 Cost. si pongono i soliti problemi derivanti dalla natura del contratto collettivo cd. di diritto comune³⁸⁸.

La questione si complica poi ulteriormente poiché viene in gioco anche un meccanismo di rinvio legislativo al contratto collettivo.

Ad ogni modo, le soluzioni che sono state fornite sono le più svariate, anche ponendo l'attenzione sulla diversità della tipologia cui il contratto

³⁸⁶ M. PERSIANI, *Le vicende della rappresentanza e della rappresentatività sindacali tra legge e contratto collettivo*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2017, 531 ss. e 547. 550 il Testo unico del 2014 incide sull'assetto complessivo del sistema di relazioni industriali.

³⁸⁷ P. LAMBERTUCCI, *Il trasferimento d'azienda*, cit. e A. PRETEROTI, *Il trasferimento d'azienda*, cit. 667 il quale segnala tra l'altra anche la Convenzione del 19 settembre 2019 stipulata tra INPS, Ispettorato nazionale nel lavoro, Confindustria Cgil, Cisl e Uil. "Difatti, al fine di consentire una misurazione oggettiva della rappresentatività di ciascuna organizzazione sindacale, viene prevista una attività di raccolta elaborazione e comunicazione del dato associativo nonché una attività di raccolta del dato elettorale e della sua successiva ponderazione con il dato associativo."

³⁸⁸ S. LIEBMAN, *La disciplina applicabile ai lavoratori trasferiti*, in *Trasferimento di ramo d'azienda e rapporto di lavoro*, in (diretti da) F. CARINCI, *Quaderni di Diritto del lavoro. Dialoghi fra dottrina e giurisprudenza*, Milano, 2005, 218; Più in generale, R. SCOGNAMIGLIO, *Autonomia sindacale ed efficacia del contratto collettivo di lavoro*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, 140 ss.;

collettivo rinvia se aziendale o nazionale, anche se viene ormai implicitamente riconosciuta l'efficacia generalizzata, salvo ritenere rilevante per il contratto aziendale il dissesto manifestato dal singolo lavoratore³⁸⁹.

In particolare come è stato affermato, la necessità di estendere l'efficacia deriva prioritariamente al fatto che ci si trova dinanzi all'esigenza di mantenere indivisibile l'organizzazione aziendale³⁹⁰, o quantomeno l'interesse collettivo³⁹¹, unitamente all'esigenza di rispettare il principio di parità di trattamento.³⁹²

Quanto al tema del trasferimento d'azienda, in passato, la soluzione è stata rinvenuta attribuendo a tali accordi la natura di atti gestionali, poichè volti alla composizione di conflitti aventi ad oggetto una transazione o comunque un accertamento tra le parti stipulanti, incidendo sulle posizioni dei singoli lavoratori solo indirettamente al pari di quanto avviene per i contratti collettivi in tema di licenziamento collettivo³⁹³.

Pertanto dovrebbe escludersi l'efficacia *erga omnes* di tali accordi poichè in tal modo si contraddirebbe il precetto costituzionale di cui all'art. 39 Cost.³⁹⁴ contraddicendo così la stessa volontà dei lavoratori³⁹⁵.

³⁸⁹ Sul tema F. LISO, *Autonomia collettiva e occupazione*, in *Dir.lav. rel.ind.*, 1998, 191 ss. R. ROMEI, *Limiti di efficacia del contratto collettivo aziendale*, in *Foro it.* Per una ricostruzione in giurisprudenza I. ALVINO, *I rinvii legislativi*, cit. 214, nt. 59 e 60.

³⁹⁰ F. LISO, *Autonomia collettiva* cit.

³⁹¹ L. NOGLER, *Interessi collettivi indivisibili ed efficacia erga omnes del contratto aziendale*, in *Riv. giur. lav.*, 1994, II, 61.

³⁹² P. ICHINO, *Funzione ed efficacia del contratto collettivo nell'attuale sistema delle relazioni sindacali nell'ordinamento statale*, in *Riv. giur. lav.*, 1975, I, 488.

³⁹³ Cosiddetti contratti di gestione: cfr. Cass. 9 settembre 2000 n. 11875 esplica invece efficacia diretta esclusivamente nei confronti degli imprenditori stipulanti, o del singolo imprenditore nel caso di accordo aziendale, incidendo sul singolo prestatore di lavoro soltanto indirettamente (Corte Cost. 3 giugno 1994 n. 268; Corte Cost. 18 ottobre 1996 n. 344).

³⁹⁴ S. NAPPI, *Negozi traslativi dell'impresa e rapporti di lavoro*, cit., 301 ss.

³⁹⁵ P. LAMBERTUCCI, *Trasferimento di azienda e problemi occupazionali*, cit., 411.

Secondo una diversa impostazione, invece, l'accordo avrebbe efficacia *generalizzata*, e produrrebbe così i suoi effetti verso tutti i lavoratori poiché espressamente richiamato dalla legge³⁹⁶.

Come noto tale tesi, che è quella ad oggi maggiormente accreditata, si fonda sul rinvio legale che legge espressamente effettua in favore dell'accordo collettivo, basandosi tale concetto sulla funzione regolamentare delegata che allo stesso è demandata dalla legge, divenendo in tal modo fonte essenzialmente normativa e come tale avente efficacia generale³⁹⁷.

L'opinione largamente condivisa anche oggi si associa a tale ricostruzione fondata da un lato sull'espresso rinvio operato dalla legge e, dall'altro dal meccanismo di valorizzazione sul quale ha inciso in modo ancor più pregnante il legislatore del CCII³⁹⁸. Del resto è il legislatore che lo richiede come presupposto necessario per la disapplicazione delle tutele, atteggiandosi ad elemento costitutivo della fattispecie.

In generale, tuttavia, può dirsi che in passato l'efficacia normativa degli accordi, non ha avuto il consenso della dottrina evidenziando in tal modo un problema di compatibilità con la seconda parte dell'art. 39 Cost³⁹⁹.

Tra l'altro la giurisprudenza non è mai stata incline ad accogliere completamente tale criterio ritenendo che gli accordi in deroga stipulati dalle organizzazioni sindacali non possono vincolare i lavoratori non aderenti, richiamando il noto principio di autonomia contrattuale essendo, viceversa,

³⁹⁶ R. COSIO, *Discipline del trasferimento d'azienda*, cit., 134; A. RICCIO, *Trasferimento di azienda in crisi e rapporti di lavoro*, cit., 238; I. ALVINO, *I rinvii legislativi al contratto collettivo*, cit., 213 ss., e al dibattito ivi ricostruito.

³⁹⁷ Sull'efficacia generale del contratto collettivo M. RUSCIANO, in G. SANTORO PASSARELLI, *Francesco Santoro Passarelli e l'autonomia collettiva. Prima e dopo*, Napoli, 2009, 96 e G. SANTORO-PASSARELLI, *I corsi, i ricorsi e i discorsi sul contratto collettivo di diritto comune*, in *Arg. dir.lav.*, 2009, 4-5, I, 970 e in id. *Realtà e forma di diritto del lavoro*, III, 2018, 193.

³⁹⁸ A. PERULLI, *I rinvii all'autonomia collettiva*, cit., 555.

³⁹⁹ M.V. BALLETRERO, *Riflessioni in tema di inderogabilità dei contratti collettivi*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 1989, 364.

necessaria la “ratifica” da parte dei diretti interessati⁴⁰⁰ o quanto meno un mandato⁴⁰¹.

Ne è stata, pertanto, riconosciuta una efficacia circoscritta ai soli lavoratori iscritti alle organizzazioni sindacali stipulanti, o che avessero successivamente aderito⁴⁰².

Il problema peraltro si intreccia con considerazioni più ampie poiché è stato notato come il contratto collettivo abbia intrapreso un percorso a tappe nel quale è stato messo in luce che nonostante l'inattuazione dell'art. 39 Cost. sia dotato di un'innata vocazione ad avere efficacia soggettiva generalizzata⁴⁰³.

4. Il margine di operatività delle specifiche intese di cui all'art. 8 l. 14 settembre 2011. n. 148

Resta da chiedersi, infine, quale sia il margine di operatività delle specifiche intese di cui all'art. 8 del d.l. n. 138 del 2011 convertito in legge n. 148/2011⁴⁰⁴.

⁴⁰⁰ Cfr. T. Sulmona 5.12.2007, Il fallimento, 2008, n. 7, 822, nt. F. FIMMANÒ, *Concordato preventivo e circolazione del ramo d'azienda*. Secondo P. LAMBERTUCCI, cit., tale teoria non risulta appagante perché richiama, ancora una volta e per una sorta di vischiosità dei concetti, alla ricostruzione privatistica dell'autonomia collettiva, attraverso il sostanziale ricorso alla teoria del mandato, la quale, con riferimento alla dimensione aziendale degli interessi tutelati, da tempo ha manifestato evidenti segni di logoramento”, ma, soprattutto, mostra l'incapacità di valorizzare la dinamica di formazione della volontà collettiva nella contrattazione collettiva aziendale”.

⁴⁰¹ Di recente su tale aspetto A. ALLAMPRESE, *Contratto collettivo ex art. 47, legge n. 428/1990, nel trasferimento di azienda in crisi*, in *Riv. Giur. Lav.*, 4, 2014, 837 ss. Cfr. Cass. 12 maggio 1999, n. 4724, RGL, 2000, II, 227, nt. L. VALENTE, nella misura in cui richiede la ratifica espressa o tacita, quanto meno dei lavoratori non aderenti ai sindacati stipulanti. In materia, M.G. GAROFALO, *Per una teoria giuridica del contratto collettivo. Qualche osservazione di metodo*, *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 2011, 534-535.

⁴⁰² Cfr. Cass. 21 marzo 1994, n. 2660. V. inoltre Cass. 26 maggio 2006, n. 12573, q. Riv., 2007, II, 172 ss., nt. NOTARO, *Trasferimento dell'azienda in crisi e derogabilità dell'art. 2112 in sede collettiva*. Corrente accolta con favore da R. COSIO, *Il trasferimento delle imprese in crisi*, in *La nuova disciplina del trasferimento d'impresa*, a cura di G. SANTORO PASSARELLI - R. FOGLIA, Ipsoa, 2002, 155 ss.

⁴⁰³ G. SANTORO PASSARELLI, *I corsi, ricorsi e i discorsi*, cit., 194. Il quale rimarca come negli ultimi anni si stia assistendo a rinvii da parte della legge sempre più frequenti.

⁴⁰⁴ Tra i primi commenti all'art. 8 cfr. T. TREU, *La contrattazione di prossimità nella manovra di Ferragosto*, 2011, n. 10, 3-4; F. CARINCI, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, *CSDLE*, It, n. 133/2011, 1 ss.; G. SANTORO PASSARELLI, *Accordo interconfederale 28 giugno 2011 e art. 8 d.l. 138/2011 conv. con modifiche L. 148/2011: molte divergenze e poche convergenze*, in *Arg.*

La disposizione non è richiamata nel testo dell'art. 47 e, pertanto, ad avviso della dottrina maggioritaria si ritiene che la stessa non possa trovare applicazione in tale ambito⁴⁰⁵.

Ad ogni modo, non può escludersi in modo aprioristico l'applicazione dei cd. accordi di prossimità⁴⁰⁶.

La norma in esame, di per sé molto controversa, consente come noto la possibilità di addivenire alla stipula di accordi sindacali se stipulati da soggetti che siano particolarmente rappresentativi⁴⁰⁷ ai quali è consentito derogare a norme inderogabili di legge.

Per rispondere al quesito, tuttavia, occorre richiamare quali siano i presupposti previsti dalla norma affinché gli effetti sopra citati possano essere prodotti.

In primo luogo l'art. 8 seleziona le materie alle quali può farsi riferimento: vengono infatti elencate tutta una serie di aspetti che attengono al rapporto di lavoro⁴⁰⁸ riferite all'organizzazione del lavoro e della produzione.

Dir. Lav., 2011, 1224 ss.; G. FERRARO, *Il contratto collettivo dopo l'art. 8 del decreto n. 138/2011*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2011, 1249 ss.; F. CARINCI (a cura di), *Contrattazione in deroga*, Milano, 2012.; R. DEL PUNTA, *Cronache da una transizione confusa (su art. 8, legge n. 148/2011, e dintorni)*, in *Lav. Dir.*, 2012, 31 ss. M. MARAZZA, *La contrattazione di prossimità nell'articolo 8 della manovra 2011: i primi passi della dottrina giuslavoristica*, in *Dir. relaz. ind.*, 1, 2012, 41; D. COMANDÈ, *I contratti collettivi tra inderogabilità e sistema di competenze*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, 1, 2017, 275.

⁴⁰⁵ M. NICOLOSI, *Rapporti di lavoro e procedure liquidatorie dell'impresa*, 2020, 296.

⁴⁰⁶ C. ZOLI-L. RATTI, *La disciplina dei rapporti di lavoro*, cit., 210.

⁴⁰⁷ M. BARBIERI, *Il rapporto tra l'art. 8 e l'accordo interconfederale del 28 giugno 2011*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, 468, il quale sottolinea, con particolare riguardo alla progressiva aziendalizzazione della contrattazione collettiva, i rischi di un «approccio empirico» legato a «variabili maggioranze che vi siano in uno o in altro stabilimento».

⁴⁰⁸ Le materie contenute sono: l'organizzazione del lavoro e della produzione ((con riferimento)): a) agli impianti audiovisivi e alla introduzione di nuove tecnologie; b) alle mansioni del lavoratore, alla classificazione e inquadramento del personale; c) ai contratti a termine, ai contratti a orario ridotto, modulato o flessibile, al regime della solidarietà negli appalti e ai casi di ricorso alla somministrazione di lavoro; d) alla disciplina dell'orario di lavoro; e) alle modalità di assunzione e disciplina del rapporto di lavoro, comprese le collaborazioni coordinate e continuative a progetto e le partite IVA, alla trasformazione e conversione dei contratti di lavoro e alle conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro, fatta eccezione per

Ci si trova di fronte, in realtà, ad una elencazione vasta e dal contenuto generico che involge aspetti cruciali della disciplina del rapporto di lavoro⁴⁰⁹.

Accanto a tale elencazione compaiono poi le precipue finalità che le predette intese devono perseguire, quali la maggiore occupazione, la qualità dei contratti di lavoro, l'adozione di forme di partecipazione dei lavoratori, l'emersione del lavoro irregolare, agli incrementi di competitività e di salario, la gestione delle crisi aziendali e occupazionali, agli investimenti e all'avvio di nuove attività⁴¹⁰.

E' del tutto evidente che sia relativamente al contenuto che quanto alle finalità, la possibilità di stipulare accordi non sembra potersi escludere⁴¹¹. Non solo poichè la crisi d'impresa viene espressamente ricondotta tra le finalità, ma anche sul profilo delle materie che corrispondono ad un eventuale contenuto dell'accordo sulle condizioni di lavoro⁴¹².

E' vero, tuttavia, che i problemi che potrebbero prospettarsi sono sostanzialmente due.

Da un lato la difficoltà nel rispettare gli ulteriori criteri indicati dalla norma quanto ai soggetti abilitati a stipulare tali accordi, che devono essere dotati, di una particolare forza rappresentativa, e dall'altro al richiamo al criterio maggioritario con il quale l'accordo deve essere stato raggiunto.

Il riferimento è come noto alla difficile perimetrazione di tali concetti, ma costituisce la dimostrazione di come il legislatore stia modificando il suo approccio alle nuove dinamiche delle relazioni industriali.

il licenziamento discriminatorio e il licenziamento della lavoratrice in concomitanza del matrimonio.

⁴⁰⁹ A. GARILLI, *L'art. 8 della legge n. 148/2011 nel sistema delle relazioni sindacali*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, n. 139/2012, 5, secondo cui trattasi di formule omnicomprehensive.

⁴¹⁰ Art. 8, comma uno, d.l. n. 138/2011.

⁴¹¹ Si è consapevoli dell'interpretazione fornita dalla Corte costituzionale con sentenza. Cost. n. 106/1962) che ha ribadito la natura eccezionale della norma e dell'interpretazione restrittiva.

⁴¹² Sull'accordo di prossimità in relazione alla crisi d'impresa, P. TOSI, *Gli assetti contrattuali fra tradizione e innovazione*, in Arg. Dir. Lav., 2013.

Su tale punto si innesta la difficile tematica relativa al rapporto tra l'art. 51 e l'art. 8, per il quale è stato sostenuto anche un suo parziale superamento per quanto concerne l'ambito di applicazione soggettivo ed oggettivo⁴¹³ in base ad un criterio cronologico di successioni di leggi nel tempo, che ne avrebbe comportato un'abrogazione tacita⁴¹⁴.

In verità i due ambiti di applicazione risultano essere diversi non potendosi rinvenire una sovrapposizione. Il contratto collettivo decentrato assume una valenza ed una portata più estesa rispetto a quello indicato nell'art. 51 del d.lgs. 81/2015 nè può ravvisarsi una abrogazione per materia poichè interviene in un ambito esterno ma che ha una valenza ben diversa sul piano dell'efficacia. In tal modo, infatti, l'efficacia è sicuramente diretta perchè attribuita dalla legge⁴¹⁵.

L'altra criticità che potrebbe essere sollevata attiene all'ampiezza della deroga consentita a tali accordi onde evitare di oltrepassare i limiti indicati dallo stesso articolo art. 8, comma 2 bis, nel quale si precisa che resta fermo "*il rispetto della Costituzione, nonchè i vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro*" e, dunque della direttiva 2001/23 CEE.

Al fine di superare un possibile vaglio in tal senso sarà necessario che gli accordi in esame siano rispettosi della direttiva comunitaria cosicchè qualora la specifica intesa *ex art. 8*, operi nell'ambito di una procedura *ex art. 47 comma 4 bis* sarà comunque tenuta al rispetto di quanto contenuto nell'art. 5 par. 2 lett. b) che in tale consentirebbe una deroga alle sole condizioni di lavoro. Non sarebbe

⁴¹³ ZAMPINI, secondo il quale l'art. 8, oggi sopravviverebbe "monco", 227-228.

⁴¹⁴ In generale cfr. S. SCARPONI, *Il rapporto tra legge e contrattazione collettiva a livello aziendale o territoriale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, I, 121. Relativamente al tema delle mansioni cfr. M. BROLLO, *Disciplina delle mansioni (art. 3)*, in F. CARINCI (a cura di), *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo ius variandi*, Adapt e-Book, n. 48/2015, 77 e S. MAINARDI, *Le relazioni collettive nel nuovo diritto del lavoro*, 42. *Contra*, I. ALVINO, *I rinvii legislativi al contratto collettivo*, cit. 135.

⁴¹⁵ I. ALVINO, *I rinvii legislativi*, cit. 138.

pertanto possibile un'intesa che si ponga in contrasto con i principi di solidarietà o che preveda una deroga al principio di continuità.

Al contrario, nelle procedure aventi finalità liquidatoria il margine di operatività sarebbe maggiore. Ma in tale contesto si porrebbe la problematica di coordinare quanto ora previsto dal nuovo comma 5 che contiene al suo interno soltanto il richiamo all'art. 51 e sembrerebbe non lasciare aperta la possibilità del margine di operatività dell'art. 8.

Il tema ad ogni modo va comunque ridimensionato, poiché sebbene una apertura anche alla possibilità di stipulare intese derogatorie dotate di particolare forza, risolvendo in tal modo anche il tema dell'efficacia, non deve dimenticarsi che tale norma è vista con sfavore dalle stesse organizzazioni sindacali⁴¹⁶.

⁴¹⁶ L. IMBERTI, *A proposito dell'art. 8 della legge 148/2011: le deroghe si fanno ma non si dicono*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2013, p. 270.

CAPITOLO V

Trasferimento di azienda e amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi

SOMMARIO: 1. Le alterne vicende dell'amministrazione straordinaria tra diritto del lavoro e diritto fallimentare. - 2. L'amministrazione straordinaria e la sua (in)controversa finalità conservativa. - 2.1. (Segue) Il riferimento alla finalità liquidatoria. - 3. La doppia regolamentazione del trasferimento di azienda straordinaria nel Codice della Crisi d'Impresa e dell'insolvenza. Il nuovo comma 5 ter e la deroga totale all'art. 2112 c.c. - 4. I perduranti problemi di coordinamento con l'art. 56 comma tre-bis. - 4.1 Il rapporto con l'art. 63 del d. lgs. n. 270 del 1999: la vendita in esercizio. - 5. La circolazione di aziende in crisi nell'ambito del settore dei servizi pubblici essenziali. - 5.1. Il caso Alitalia. Recenti sviluppi.

1. Le alterne vicende dell'amministrazione straordinaria: tra diritto del lavoro e diritto fallimentare

La gestione della crisi e dell'insolvenza subisce a sua volta una deviazione rispetto ai modelli concorsuali descritti nei capitoli precedenti, qualora ci si trovi dinanzi a grandi imprese, che alla luce degli interessi sottesi giustificano, sin dai tempi passati, l'intervento dell'autorità pubblica⁴¹⁷.

Quello che si è andato a delineare nel corso del tempo è, in sostanza, un doppio binario: da un lato la procedura fallimentare per le imprese di piccole-

⁴¹⁷ In dottrina L. GUGLIELMUCCI, *Origine ed evoluzione delle procedure concorsuali amministrative*, in *Dir. fall.*, 1994, 1, 1506; A. JORIO, *Le procedure concorsuali tra tutela del credito e salvaguardia dei complessi produttivi*, in *Giur. comm.*, 1994, 1, 492; M. BIANCA, *La dichiarazione dello stato di insolvenza dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese*, 2001, Giuffrè, 1-31.

medie dimensioni e, dall'altro, l'intervento dello Stato quanto al salvataggio delle grandi imprese⁴¹⁸.

Il Regio decreto del 1942, infatti, concretizzò un sistema differenziato della gestione della crisi e dedicato all'imprenditore medio-piccolo demandando il controllo all'autorità giudiziaria; al contrario, per la grande impresa, il legislatore aveva optato per l'intervento anche dell'autorità amministrativa operando soltanto un richiamo alla disciplina generale contenuta nella legge fallimentare⁴¹⁹. Invero, a partire dalla crisi degli anni '70 furono emanate tre importanti leggi per la regolamentazione della grande impresa in crisi.

Dapprima la legge del 18 agosto del 1977 n. 675 che introdusse il CIPI (un Comitato di Ministri per il coordinamento della politica industriale) e, per la prima volta il concetto di "crisi aziendale" alla quale seguì la legge n. 787/1978 e, infine, il decreto legge n. 26/1979 poi convertito in legge n. 95/1979 (cd. legge Prodi) che affidò la gestione della crisi delle grandi imprese in mano al Governo⁴²⁰.

⁴¹⁸ La gestione della crisi delle imprese di grandi dimensioni nasce sin dalla fine dell'800 ed è connotata da un forte legame con le banche che partecipavano come azioniste, svolgendo un ruolo centrale per il finanziamento dei complessi aziendali. Nell'Italia post unitaria e, successivamente, nella fase post bellica, i Governi iniziarono a stanziare sia aiuti economici relativamente a settori strategici, quali quello siderurgico e meccanico, fornendo anche sostegno alla riconversione industriale. L'aiuto dello Stato caratterizzò anche le successive fasi di crisi economica, a partire da quella del 1930. Per una ricostruzione cfr. S. MICOSI, *Grandi imprese in crisi, una storia infinita: dagli anni Trenta del secolo scorso alle imprese a partecipazione statale, dalla legge Prodi ai dissesti Ilova e Alitalia*, in *Nuov. dir. soc.*, 2018, 513.

⁴¹⁹ Non è mancato in dottrina chi ha messo in rilievo che nel corso del tempo vi sia stata una inversione di tendenza: il fallimento cede dinanzi all'amministrazione straordinaria e cioè qualora sia possibile la continuazione dell'impresa, cfr. G. MEO, *Il risanamento finanziato dai creditori. Lettura dell'amministrazione straordinaria*, 2013, Milano, 23.; S. PACCHI PESUCCI, *Alcune riflessioni in tema di insolvenza, impresa e complesso aziendale, derivante dalla lettura della legge delega per l'emanazione della nuova legge sull'amministrazione straordinaria*, in *Giur. comm.*, 1999, 1, 299.

⁴²⁰ In realtà prima della legge cd. Prodi bis fu emanato il decreto legge 5 ottobre 1978 n. 602 che però non fu convertito ciò a significare come il dibattito fu molto animato prima di addivenire alla emanazione della d.l. n. 95/1979.

Con tale normativa è stata introdotta l' "Amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi" destinata alla salvaguardia di grandi gruppi industriali con lo scopo di favorirne la continuazione⁴²¹.

La legge, che per la prima volta introdusse una disciplina organica, si caratterizzava per prevedere nel caso di imprese di rilevanti dimensioni l'assoggettamento ad una procedura amministrativa affidata ai commissari nominati dal Ministero dell'Industria⁴²².

Tuttavia, ben presto tale procedura risultò inadeguata poiché oltre ad essere incompatibile con le regole comunitarie in tema di aiuti di Stato, comportando una distorsione della concorrenza, non tutelava adeguatamente i creditori essendo animata da un fine assistenzialistico⁴²³ che favoriva la permanenza sul mercato di aziende prive nei fatti di una prospettiva di risanamento⁴²⁴.

Quanto al tema del trasferimento d'azienda la vicenda non è meno complicata. Non solo perché la disciplina inizialmente non ha trovato una compiuta regolamentazione nella direttiva comunitaria di prima generazione, ma soprattutto perché non è stato mai definito il rapporto tra l'art. 47 della legge n. 428/1990 e le disposizioni che hanno regolato la cessione nell'ambito delle numerose normative che nel corso del tempo sono state introdotte.

⁴²¹ Contra vd. G. DE FERRA, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1998, 400 ss., il quale riteneva che atteso il richiamo alla disciplina della liquidazione coatta amministrativa la procedura comunque fosse volta alla liquidazione del patrimonio.

⁴²² G. MINERVINI, *Alcune riflessioni in tema di composizione dell'impresa industriale*, in AA.VV., *Problemi attuali dell'impresa in crisi*, Padova, 1983, 14 ss.

⁴²³ V. ANIBALLI, *Il trasferimento di "ramo d'azienda" nel fallimento e nell'amministrazione straordinaria: compatibilità della disciplina italiana con la normativa europea*, in *Riv.it.dir.lav.*, 2012, 2, 371.

⁴²⁴ Corte di giustizia 1 dicembre 1998, causa C-200/97, Ecotrade; Corte di Giustizia 17 giugno 1999, causa C-295/97, Rinaldo Piaggio; decisione commissione europea del 20 marzo 1996, n. 96/434/CE; decisione 16 maggio 2000, n. 00/1403/CE.

Partendo con ordine, il richiamo è in primo luogo alla sentenza *D'Urso*⁴²⁵ con la quale fu messo in luce come stante il vuoto del legislatore comunitario in tema di trasferimenti di azienda in crisi, l'art. 1 della direttiva 77/187/CE trovasse applicazione anche nel caso di amministrazione straordinaria delle grandi imprese qualora dalla procedura in esame derivi la continuazione dell'attività.

Si è già parlato nel capitolo I della rilevanza che ha assunto tale requisito negli orientamenti della Corte di Giustizia. Ma vale la pena sottolinearlo poiché in relazione alla procedura di amministrazione straordinaria si sono concretizzate le principali criticità della normativa nazionale.

Del resto la legge Prodi si caratterizzava per favorire la continuazione dell'impresa favorendone, al contrario di quanto sostenuto dal governo italiano che, valorizzando il richiamo alla procedura di liquidazione coatta amministrativa e alle conclusioni dell'avvocato generale⁴²⁶, riteneva la procedura estranea dall'ambito di applicazione della direttiva⁴²⁷.

Ad ogni modo la sentenza ha affermato un principio rilevante poiché poneva l'accento sulla possibilità di derogare alla direttiva comunitaria 77/187/CEE in base all'obiettivo che la procedura mirava a perseguire⁴²⁸.

Accanto a tale affermazione, che costituirà il parametro di riferimento di tutta la disciplina del trasferimento di azienda, emerge un ulteriore e rilevante principio e cioè la sussistenza di una doppia anima della procedura in esame

⁴²⁵ Corte di Giustizia 25 luglio 1991, C-362/89 *Giuseppe d'Urso e altri c/Ercole Marelli in amministrazione straordinaria*, in *Orient. Giur. Lav.*, 1992, I, 178.

⁴²⁶ Nello specifico, si rimanda ai punti 22-24 delle Conclusioni dell'avvocato generale W. Van Gerven, presentate il 30 maggio 1991, cfr. Corte di Giustizia 25 luglio 1991, causa C-362/89, in *Orient. Giur. Lav.*, 1992, I, 178.

⁴²⁷ Nella relazione alla legge n. 95/1979 è stato precisato che l'obiettivo era "quello di salvare le parti sostanzialmente sane dell'impresa o del gruppo di imprese, trasferendo la proprietà dall'imprenditore vecchio ad uno nuovo, cui però non si trasferiscono i debiti". Tuttavia, come si vedrà la finalità della procedura è piuttosto controversa.

⁴²⁸ In realtà si ricordi come tale principio era già stato dapprima affermato con la sentenza Corte di giustizia 7 febbraio 1985, causa C-135/83, *Abels*, analizzata già nel capitolo 1.

atteso che al di là della mera finalità proclamata, l'amministrazione straordinaria poteva addivenire anche ad una conclusione opposta a quella per la quale era inizialmente avviata, dando adito ad un dibattito che a tutt'oggi non può dirsi ancora sopito⁴²⁹.

Ad ogni buon conto, il testo della legge Prodi venne più volte modificato nel corso del tempo con lo scopo sostanzialmente di ampliare la platea delle aziende beneficiarie e con l'obiettivo di garantire ad ogni costo la continuazione dell'impresa.

Ne seguì una seconda procedura di infrazione da parte della Commissione europea⁴³⁰ che culminò con la comunicazione dell'avvenuta abrogazione della legge Prodi e con la sostituzione di una nuova normativa, la cd. legge Prodi *bis* di cui al d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270 tutt'ora vigente⁴³¹.

Il nuovo testo normativo ha lasciato inalterato l'impianto della legge previgente, prevedendo in modo più marcato la prospettiva della salvaguardia dell'organismo produttivo ai fini della prosecuzione d'impresa, comportando un fenomeno di commistione tra tutela del creditore e continuità dell'impresa⁴³².

La procedura prevede una doppia fase: la prima caratterizzata dall'accertamento dello stato di insolvenza - e già tale requisito sembra collidere con la prospettiva di recupero dell'attività - e la seconda derivante dalla prognosi

⁴²⁹ Cfr. si rinvia al paragrafo 2 per la disamina della doppia finalità che sottende alla procedura in esame.

⁴³⁰ Corte di Giustizia 1 dicembre 1998, C-200/97, in *Fall.*, 1999, 831.

⁴³¹ Cfr. G. FERRARO, *Il requisito occupazionale nell'amministrazione straordinaria*, in *Giur. Comm.*, 2001, 2, 474 ss.

⁴³² Mette ben in luce la prospettiva a favore della continuazione dell'impresa a discapito dei creditori. G. MEO, *Risanamento finanziario dei creditori*, op. cit., 43-44, anche se poi conclude per una soluzione opposta. Di recente, G. SCOGNAMIGLIO, *Relazione al Seminario "La specialità del diritto del lavoro nelle procedure concorsuali prima e dopo il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: la necessità di un approccio interdisciplinare"*, 25 marzo 2021.

relativa alle prospettive di risanamento che poteva comportare o l'apertura della procedura oppure il suo fallimento⁴³³.

La disciplina si caratterizza ancora una volta per un richiamo alla finalità conservativa, declinata all'art. 1 della legge.

Sta di fatto che comunque la legge fu emanata anche con lo scopo di allinearla con le previsioni della direttiva comunitaria di seconda generazione la n. 98/50, e con la previsione del comma 5 dell'art. 47⁴³⁴.

La normativa è stata poi ulteriormente affiancata dal d.l. n. 247/2003 che introduce una nuova procedura, che può essere definita speciale, resasi necessaria dal periodo di crisi che aveva colpito imprese di "grandissime" dimensioni⁴³⁵, prevedendo un accesso diretto alla procedura senza un preventivo vaglio dell'autorità giudiziaria⁴³⁶.

Sono state, altresì, inserite apposite disposizioni anche nella disciplina generale e, in particolare, tramite l'inserimento della possibilità di procedere alla cessione di singoli beni tra le ipotesi di cui all'art. 27 del d.lgs. 270/1999⁴³⁷.

Il quadro ricostruttivo sopra delineato evidenzia come la disciplina dell'amministrazione straordinaria abbia una struttura articolata nella quale convivono «due tipi di procedura, assoggettati in parte ad una differente disciplina: quella regolata esclusivamente dal d. lgs. n. 270 del 1999 e quella regolata – non in via esclusiva, stante l'applicabilità per quanto non diversamente

⁴³³ Così anche cfr. Corte di Giustizia 25 luglio 1991, causa C-362/89 p. 28.

⁴³⁴ V. Nuzzo, *Trasferimento di azienda e rapporto di lavoro*, 2002, Padova, 163 ss.; V. VILLANI, *Trasferimento d'azienda. Profili di diritto del lavoro e della previdenza sociale*, Torino, 2000, 144; S. NAPPI, *Negozi traslativi dell'impresa e rapporti di lavoro*, Napoli, 1999, 343 ss.. In giurisprudenza, cfr. Cass. 13 novembre 2009, n. 24093; Cass. 21 marzo 2001, n. 4073.

⁴³⁵ D.l. 23 dicembre 2003 n. 347 convertito in legge 18 febbraio 2004 n. 39 sul caso Parmalat e successivamente alla c.d. legge Marzano bis (d.l. 29 novembre 2004, n. 281, conv. dalla l. 28 gennaio 2005, n. 6 – c.d. decreto Volare e, infine, alla c.d. legge Marzano ter (d.l. 28 agosto 2008, n. 134, conv., con modif, in l. 27 ottobre 2008, n. 166 – c.d. decreto Alitalia).

⁴³⁶ Sul punto paragrafo 5.

⁴³⁷ Art. 1 comma 1 e 1 bis del d.l. 134/2008. Sulla disciplina introdotta per le imprese erogatrici di servizi pubblici essenziali vd. p. 162.

disposto, delle norme del d.lgs. n. 270/1999 in quanto compatibili – da una accozzaglia di norme innestate sul d.l. n. 347/2003; procedura la cui disciplina è poi in parte differenziata per le imprese operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali»⁴³⁸.

Su tale quadro normativo composito si innesta la disciplina del Codice della Crisi d'Impresa e dell'insolvenza il quale, tuttavia, si disinteressa di regolamentare la procedura dell'amministrazione straordinaria⁴³⁹.

Infatti, l'art. 1, comma due, fa salve le disposizioni dell'amministrazione straordinaria che pertanto resta regolata in via generale dal d.lgs. 270/1999. Tale mancanza in realtà non è stata ben vista dai primi commentatori che ne hanno rilevato, condivisibilmente, l'impellente necessità di addivenire ad una disciplina organica della materia al di là di meri richiami alla stessa⁴⁴⁰.

Anche nella formulazione del nuovo articolo 47 viene dedicata una particolare attenzione alle vicende circolatorie nell'ambito della procedura in esame per le quali è dedicata la trattazione del presente capitolo, ma che impongono tuttavia alcune riflessioni più generali in ordine al suo concreto atteggiarsi e, conseguentemente, sul necessario coordinamento con l'infelice formulazione di alcune disposizioni tutt'ora presenti nell'articolato normativo.

⁴³⁸ L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare, op. cit.*, 421.

⁴³⁹ Sul punto capitolo 1.

⁴⁴⁰ Tra i primi commenti P. LAMBERTUCCI, *La disciplina dei rapporti di lavoro nel trasferimento dell'impresa sottoposta a procedure concorsuali: prime note sul codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2019, 2, 149 il quale afferma "Tale opzione legislativa avrebbe potuto raggiungere l'importante obiettivo di rivisitare una legislazione, la quale, per i profili giuslavoristici del trasferimento, risulta quantomeno complessa, disorganica e che, diretta a regolare anche, in via "emergenziale", i dissesti di imprese di rilevanti dimensioni operanti nei servizi pubblici essenziali, avrebbe avuto bisogno di un processo di razionalizzazione, per ricondurla ad un quadro normativo unitario". Sul tema anche A. PRETEROTI, *Il trasferimento d'azienda in crisi*, in G. SANTORO-PASSARELLI (a cura di), *Diritto e Processo del lavoro. Privato e pubblico*, 2020, 1856 e 1876 ss.; id., *Il trasferimento d'azienda nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: prove di assestamento euro-unitario*, in *Mass. giur.lav.*, 2020, 3, 659 ss.; R. ROMEI, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento dell'azienda. Art. 2112*, Milano, 2020, 285-286.

2. L'amministrazione straordinaria e la sua (in)controversa finalità conservativa

Partendo dalla prima questione sollevata, l'analisi del trasferimento d'azienda nell'ambito dell'amministrazione straordinaria postula la necessità di svolgere alcune riflessioni in ordine alla finalità di tale procedura concorsuale. La questione, del resto, assume una notevole importanza alla luce degli insegnamenti della giurisprudenza comunitaria sopra ricordati.

La risposta al quesito in realtà non è agevole: basti pensare che la procedura concorsuale in esame viene definita "mostro strano"⁴⁴¹ dagli stessi studiosi di diritto commerciale.

Non può nascondersi, infatti, come la procedura si connoti per una finalità ambigua sebbene l'enunciazione di principio contenuta di cui all'art. 1 del d.lgs. n. 270/1999 ai sensi della quale la procedura si caratterizza per la "*finalità conservativa del patrimonio produttivo, mediante prosecuzione, riattivazione o riconversione delle attività imprenditoriali*" conduca ad una diversa ed implicita soluzione.

La proclamata finalità che emerge dal dettato in esame, tuttavia, cozza con i numerosi riferimenti alla liquidazione del patrimonio e allo stesso presupposto di accesso alla procedura, ovvero lo stato di insolvenza⁴⁴². Tali incongruenze,

⁴⁴¹ G. MEO, *Il risanamento finanziato dai creditori. Lettura dell'amministrazione straordinaria*, Giuffrè, 2013, 3 e ss., il quale dedica un'ampia trattazione alla natura e alla finalità della procedura nella quale emerge una doppia anima, conservativa e liquidatoria.

⁴⁴² G. ALESSI, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi. Commento sistematico al d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270*, Milano, 2000, 26; A. JORIO, *Luci e ombre della nuova Prodi*, in *Giur. comm.*, 1999, I, 5 ss.

come si vedrà, si accentuano nelle molteplici manifestazioni in cui la procedura si è evoluta e, in particolare, nel settore dei servizi pubblici essenziali⁴⁴³.

Certo è che non può nascondersi quanto espressamente affermato nell'art. 1 e agli strumenti identificati che consentono la realizzazione della proclamata finalità ovvero la prosecuzione, la riattivazione e la riconversione che connotano una procedura volta alla continuità⁴⁴⁴.

Stando al dato semantico, l'amministrazione straordinaria si caratterizza per essere, pertanto, completamente estranea all'ipotesi di liquidazione del patrimonio aziendale essendo volta a mantenere in vita la grande impresa insolvente.

L'assunto sembrerebbe ulteriormente confermato da una serie di disposizioni. In particolare, l'art. 27 al primo comma precisa che sono ammesse alla procedura *"le imprese che presentino concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali"*.

Anche tale disposizione rafforza la finalità conservativa dell'attività, tant'è che in dottrina⁴⁴⁵ è stato sottolineato come il recupero dell'equilibrio economico debba essere inteso non in funzione della soddisfazione dei creditori, ma della continuità dell'impresa e, conseguentemente, dei livelli occupazionali.

In altre parole, ciò che il commissario giudiziale deve valutare non è se sia possibile pagare i debiti vantati dai creditori, ma se sussistono prospettive di continuazione dell'attività⁴⁴⁶.

⁴⁴³ Si fa riferimento in particolare alla particolare procedura dedica al settore dei servizi pubblici essenziali di cui al d.l. 23.12.2003 n. 347 convertito con modificazioni in l. 18.2.2004, n. 29 e alle sue declinazioni, si pensi ai decreti relativi alla procedura che ha coinvolto la compagnia di bandiera Alitalia.

⁴⁴⁴ G. MEO, *Il risanamento finanziato dai creditori*, op. cit. 6.

⁴⁴⁵ G. MEO, *Il risanamento finanziato*, op. cit., 44 il quale tra l'altro segnala come l'impropria assimilazione del criterio del recupero dell'equilibrio economico con quello derivante dal presupposto della procedura, e cioè lo stato di insolvenza. Contra, tuttavia M. BIANCA, *La disciplina dell'amministrazione straordinaria*, op. cit. 25

⁴⁴⁶ L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, op. cit. 419,

L'affermazione è di rilevante importanza perchè consente di comprendere come la tutela del ceto creditorio sia messa in secondo piano, o meglio subisca una deviazione rispetto al modello classico della *par condicio creditorum*⁴⁴⁷.

Anche dalla lettura dei successivi commi prevale la prospettiva sopra delineata: *"Tale risultato deve potersi realizzare, in via alternativa:*

a) tramite la cessione dei complessi aziendali, sulla base di un programma di prosecuzione dell'esercizio dell'impresa di durata non superiore ad un anno ("programma di cessione dei complessi aziendali");

b) tramite la ristrutturazione economica e finanziaria dell'impresa, sulla base di un programma di risanamento di durata non superiore a due anni ("programma di ristrutturazione");

b-bis) per le società operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali anche tramite la cessione di complessi di beni e contratti sulla base di un programma di prosecuzione dell'esercizio dell'impresa di durata non superiore ad un anno ("programma di cessione dei complessi di beni e contratti")⁴⁴⁸.

L'equilibrio economico dell'impresa può essere raggiunto, pertanto, tramite tre strumenti tra loro alternativi: la cessione dei complessi aziendali, la ristrutturazione nonché la cessione di beni e contratti nel caso di società operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali⁴⁴⁹.

È inoltre opinione condivisa nella dottrina commerciale l'impropria assimilazione all'equilibrio economico⁴⁵⁰, contenuta nel primo comma dell'art. 27,

⁴⁴⁷ G. MEO, *Il risanamento finanziato*, op. cit.. 4-5.

⁴⁴⁸ La lettera b) bis) è stata introdotta dall'art. 14, comma 5, d.l. n. 185/2008 convertito in legge n. 2/2019.

⁴⁴⁹Di interesse particolare per lo studio del tema è il riferimento contenuto alla lett. a) e alla lett. b-bis) alla cessione "in blocco", o tramite singoli beni e contratti. Tra l'altro le ipotesi di cessione sono in realtà molto controverse poiché potrebbero denotare una non chiara finalità conservativa, ma anzi una opposta finalità liquidatoria. Tra l'altro si ritiene che il riferimento ad una durata prestabilita, anche nel caso di cessione postuli comunque una necessaria ristrutturazione.

⁴⁵⁰ Sulla non univoca interpretazione della locuzione cfr., L.ROVELLI, *Luci ed ombre della nuova legge sull'amministrazione straordinaria*, in *Fall.*, 2000, 45.

con l'istituto della cessione: lo scopo, si precisa, è quello che l'impresa resti in una situazione di equilibrio affinché si trovi un compratore, e non quello di mettere in atto misure per superare l'insolvenza⁴⁵¹.

Quanto agli effetti poi, deve richiamarsi anche l'art. 50 il quale prevede che *"il commissario straordinario può sciogliersi dai contratti, anche ad esecuzione continuata o periodica, ancora ineseguiti o non interamente eseguiti da entrambe le parti alla data di apertura dell'amministrazione straordinaria"* ma che tale disposizione non trova applicazione ai contratti di lavoro subordinato, *"in rapporto ai quali restano ferme le disposizioni vigenti"*.

In altre parole, si esclude dal potere riconosciuto al commissario straordinario di sciogliersi dai contratti di lavoro con ciò nuovamente confermando la finalità conservativa dell'impresa e, di conseguenza dei rapporti di lavoro⁴⁵².

Anche l'art. 63, consente di corroborare la finalità conservativa prevedendo l'ipotesi della vendita dell'azienda in esercizio⁴⁵³.

Tale disposizione, tuttavia, è ancora oggi controversa non tanto per la sua natura dichiaratamente finalizzata alla continuazione dell'impresa, ma quanto alle successive precisazioni ivi contenute relativamente alla possibilità di stipulare accordi in deroga⁴⁵⁴.

⁴⁵¹ G. MEO, *Il risanamento finanziato*, op. cit., 44; A. MAFFEI ALBERTI, *Nuova disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, in *Commentario breve*, 2013, Padova, 1080.

⁴⁵² P. G. ALLEVA, *La sorte del rapporto di lavoro nelle procedure concorsuali*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciale*, 2001, I, 690 nonché M. MARAZZA-V. ANIBALLI, *Contratto e rapporto di lavoro nell'impresa dichiarata insolvente*, M. MARAZZA (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione*, tomo II, in M. PERSIANI-F. CARINCI (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, Volume IV, Cedam, Padova, 2012, 2245; L. GUGLIELMUCCI, *Diritto commerciale*, op. cit., 434; A. LASSANDRI, *I licenziamenti e le procedure concorsuali*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT – 354/2018, 24.

⁴⁵³ G. P. ALLEVA, *La sorte del rapporto di lavoro nelle procedure concorsuali*, op. cit., 685.

⁴⁵⁴ Cfr. paragrafo 4.1.

Una lettura siffatta potrebbe, infine, trovare ulteriore conferma dal disposto dell'art. 73 il quale precisa che nell'ambito del programma di cessione del complesso aziendale, a far data dal decreto di cessazione "l'amministrazione straordinaria è considerata, ad ogni effetto, come procedura concorsuale liquidatoria" (art. 73, comma 3).

La disposizione in esame, tuttavia, corre il rischio di tradursi in un "formalismo muto" poiché si basa su una valutazione meramente astratta che si pone in contrasto con gli insegnamenti della giurisprudenza comunitaria, la quale più volte ha segnalato la necessità di procedere ad una valutazione fondata sul concreto atteggiarsi dell'operazione economica.

2.1. (Segue) Il riferimento alla finalità liquidatoria

Accanto a tale quadro, che sembra confermare appieno la finalità della procedura, eminentemente conservativa, devono comunque notarsi altri elementi che minano la proclamazione di principio contenuta nell'art. 1 della legge n. 270/1999.

Primo tra tutti è il presupposto per poter accedere all'amministrazione straordinaria: la dichiarazione dello stato di insolvenza⁴⁵⁵.

La nozione di insolvenza, come si è avuto modo di approfondire alla luce della definizione fornita dal Codice della Crisi d'impresa all'art. 2 comma 1 lett.

b) deve intendersi come "*lo stato del debitore che si manifesta con inadempimenti*

⁴⁵⁵ G. CAPO, *Lo stato d'insolvenza*, in *I presupposti, la dichiarazione di fallimento, le soluzioni concordatarie*, in V. BUONOCORE, A. BASSI (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare*, Padova, 2010, 172 nel quale si evidenzia che la dichiarazione di insolvenza determina "l'estromissione dal mercato"; in relazione all'amministrazione straordinaria e alla procedura di liquidazione coatta amministrativa S. ROSSI, *Le crisi d'impresa*, in Aa.Vv., *Diritto Fallimentare*, Milano, 2008, 23; per le diverse sfaccettature che la nozione assume G. TERRANOVA, *Insolvenza, Stato di crisi, sovraindebitamento*, Giappichelli, 2013, 1-25.

od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni”.

È agevole allora domandarsi come sia possibile che tale presupposto possa condurre ad una conclusione diversa rispetto a quella che non sia per essa stessa naturale⁴⁵⁶.

In altre parole c'è da chiedersi come possano convivere lo stato di insolvenza e la prospettiva di risanamento dell'azienda all'interno della stessa procedura che dichiaratamente assume una finalità volta al recupero dell'equilibrio economico.

Tralasciando nel dettaglio l'annosa questione che ha tormentato la dottrina concorsuale in ordine al tema se lo stato di insolvenza qui richiamato coincida con quello contenuto nell'art. 5 della l.fall.⁴⁵⁷, è utile solo rilevare come alcuni studi sottolineano che nell'amministrazione straordinaria lo stato di insolvenza non assume una diversa veste rispetto a quella utilizzata dalla legge fallimentare, trattandosi soltanto di un “modo diverso di trattare l'insolvenza” da parte del legislatore⁴⁵⁸.

In altre parole, se la dichiarazione dell'insolvenza nelle altre procedure conduce alla dissoluzione del patrimonio, nell'amministrazione straordinaria tale fine non è scontato atteso che all'esito del periodo di osservazione si valuterà se l'impresa possa essere ammessa ad uno dei piani di cui all'art. 27. Infatti, soltanto all'esito del periodo di osservazione (cd. prima fase) potrà valutarsi se

⁴⁵⁶ Per uno studio di tale presupposto nell'ambito dell'amministrazione straordinaria, M. BIANCA, *La dichiarazione dello stato di insolvenza*, op. cit. 77. L'A. tra l'altro ricorda come nella legge non vi sia il riferimento alla salvaguardia dei livelli occupazionali, invece presente nella legge delega all'art. 2 lett. m). Così anche G. OPPO, *Diritti e interessi nella nuova disciplina dell'insolvenza delle grandi imprese*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 2, 521.

⁴⁵⁷ Si rimanda a M. BIANCA, *La dichiarazione dello stato di insolvenza*, op. cit. 77 ss.

⁴⁵⁸ G. MEO, *Il risanamento finanziato*, op. cit., 20 il quale precisa che “L'insolvenza c'era ed era necessariamente irreversibile. È il modo di trattare quell'insolvenza - attraverso il congelamento dei debiti e la prosecuzione della gestione liberata da essi - a far venir meno il presupposto che, nelle procedure ordinarie, imporrebbe la dissoluzione dell'azienda”.

possano sussistere o meno prospettive di recupero e qualora ciò non sia possibile, l'impresa sarà destinata al fallimento⁴⁵⁹.

Per tale motivo, all'interno della disciplina si rinvencono disposizioni che contengono un marcato richiamo alla finalità liquidatoria.

Si faccia l'esempio al contenuto dei programmi per il quale l'art. 56 contiene riferimenti alla possibilità che alcune attività imprenditoriali possano essere "dismesse" nonché alla possibilità che sussistano beni "non funzionali all'esercizio dell'impresa", dettando poi le modalità della cessione e la previsione in ordine alla soddisfazione dei creditori (art. 56 comma uno e comma due).

La disposizione più controversa, tuttavia, della cui concreta applicazione ancora oggi si discute è quella contenuta nel comma 3 *bis* dell'art. 56 che esclude l'applicazione dell'art. 2112 c.c. nel caso di cessioni effettuate *ex* articolo 27, comma 2, lettere a) e b-*bis*), "in vista della liquidazione dei beni del cedente".

Il riferimento alla "liquidazione" dei beni contraddice l'impianto stesso della legge. L'interpretazione che di questa locuzione può fornirsi è molteplice.

Può ritenersi che attraverso tale disposizione il legislatore abbia espressamente previsto la possibilità che i due programmi possano assumere una doppia veste, a seconda della finalità per i quali sono stati intrapresi.

Oppure, secondo una diversa prospettiva, si può ritenere che il legislatore abbia semplicemente qualificato le operazioni di cui alla lettera a) e alla lettera b-*bis*)⁴⁶⁰ quali programmi meramente liquidatori. In tal caso ne emergerebbe una duplice modulazione della procedura volta alla liquidazione del patrimonio (lett. a e b-*bis*) e quella volta al suo risanamento (lett. b).

⁴⁵⁹ Tra l'altro dai numerosi studi si segnala che in realtà la maggior parte delle aziende ammesse alla procedura non riescono a portare a termine la finalità della legge. Cfr. AA.VV. *Le amministrazioni straordinarie fra salvaguardia della continuità, tutela dei livelli occupazionali ed efficacia delle azioni di risanamento*, in G. ROCCA-D.CORRADO (a cura di), *Quaderni*, n.4, 2018.

⁴⁶⁰ Ad ogni modo, per comprendere la portata della norma occorre ricordare che la stessa è stata introdotta con l'art. 14, comma 5, del d.l. 185 del 2008 poi convertito con legge n. 2/2009.

Certo è, che in qualsiasi modo la si voglia intendere, la disciplina dell'amministrazione straordinaria è per sua natura controversa, essendo connaturata da forte ambiguità, poichè sebbene la stessa si proclami come una procedura volta al recupero dell'impresa, in realtà pare connaturata da una finalità ambivalente.

Tuttavia, le considerazioni che precedono da sole considerate non risultano appaganti agli occhi del giuslavorista che è chiamato a fare i conti con la direttiva n. 23/2001/CE e con gli insegnamenti della giurisprudenza comunitaria⁴⁶¹.

Non è un caso che le sentenze di condanna della Corte di Giustizia sono pervenute proprio in relazione a tale procedura che sin dall'inizio, pur avendo avuto una chiara vocazione conservativa dell'impresa, si è connaturata da elementi distonici, emersi sin dalla sentenza *D'Urso*⁴⁶².

3. La doppia regolamentazione del trasferimento di azienda nell'amministrazione straordinaria nel Codice della Crisi. Il nuovo comma 5-ter e la deroga totale all'art. 2112 c.c.

L'iniziale premessa consente di meglio comprendere la regolamentazione dell'amministrazione straordinaria e la scelta operata dal legislatore di suddividere la disciplina delle vicende circolatorie intervenute in tale ambito nell'alveo del comma 4-bis dell'art. 47 della l. n. 428/1990 oppure nel diverso e nuovo comma 5-ter⁴⁶³.

⁴⁶¹ Corte di Giustizia 25 luglio 1991, causa C-362/89, *D'Urso* e Corte di giustizia 7 febbraio 1985, causa C-135/83, *Abels*.

⁴⁶² Corte di Giustizia 25 luglio 1991, causa C-362/89 cit.

⁴⁶³P. LAMBERTUCCI, *La disciplina dei rapporti di lavoro nel trasferimento dell'impresa sottoposta a procedure concorsuali*, op. cit., 149; A. PRETEROTI, *Il trasferimento d'azienda in crisi*, op. cit., 1876 ss.; id., *Il trasferimento d'azienda nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: prove di assestamento euro-unitario*, op. cit. 3, 659 ss.; R. ROMEI, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento dell'azienda*. op. cit. 285-286.

Il Codice della crisi, infatti, regola le ipotesi di cessione effettuate nell'ambito della procedura dell'amministrazione straordinaria distinguendo a seconda che sia prevista la continuazione o meno dell'attività.

Si è già visto che nel primo caso la disciplina applicabile sarà quella del comma 4-*bis* ove è consentita soltanto la deroga alle *"sole condizioni di lavoro"*, diversamente troverà applicazione il nuovo comma 5-*ter* dell'art. 47⁴⁶⁴, introdotto dal CCII il quale recita: *"Qualora il trasferimento riguardi imprese nei confronti delle quali vi sia stata sottoposizione all'amministrazione straordinaria, nel caso in cui la continuazione dell'attività non sia stata disposta o sia cessata e nel corso della consultazione di cui ai precedenti commi sia stato raggiunto un accordo circa il mantenimento anche parziale dell'occupazione, ai lavoratori il cui rapporto di lavoro continua con l'acquirente non trova applicazione l'articolo 2112 del codice civile, salvo che dall'accordo risultino condizioni di miglior favore. Il predetto accordo può altresì prevedere che il trasferimento non riguardi il personale eccedentario e che quest'ultimo continui a rimanere, in tutto o in parte, alle dipendenze dell'alienante"*.

La disposizione in commento è particolarmente innovativa, in primo luogo per la scelta operata dal legislatore di dedicare un apposito comma a tale procedura che costituisce il terzo blocco derogatorio, e nel quale la disapplicazione dell'art. 2112 c.c. è totale in presenza di un accordo *"circa il mantenimento anche parziale dell'occupazione"*.

La distinzione poggia sulla previsione di una continuazione o di una mancata cessazione dell'attività che consentirebbe, a seconda dell'alveo nella quale si riconduce il programma alla regola della continuità del rapporto oppure

⁴⁶⁴ In particolare con l'art. 368, comma 4, lett. d).

alla sua disapplicazione, salvo condizioni di miglior favore previste dall'accordo⁴⁶⁵.

La formulazione della disposizione evoca la struttura dell'ancora vigente, art. 47, comma 5, consentendo, pertanto, la possibilità di derogare ai principi di cui all'art. 2112 c.c. in presenza di un accordo collettivo (principio di continuità, la solidarietà tra cedente e cessionario per i crediti dei lavoratori esistenti all'atto del trasferimento, l'obbligo di applicare il contratto collettivo vigente alla data del trasferimento, la possibilità di licenziare in ragione del trasferimento).

Pertanto, salva la possibilità di esercitare il diritto di precedenza *ex art. 47*, comma 6, sovviene nuovamente la problematica che attiene alla necessità di individuare i criteri di scelta con i quali selezionare il personale⁴⁶⁶.

La disposizione, tuttavia, lascia aperti molti nodi irrisolti, derivanti soprattutto dalla mancata introduzione dell'amministrazione straordinaria nell'alveo della riforma complessiva operata dal Codice della Crisi ai sensi dell'art. 1, comma due, lett. a)⁴⁶⁷ che invece avrebbe meritato, stante anche la rilevanza degli interessi coinvolti, una regolamentazione armoniosa stante le criticità già insite nella stessa legge n. 270/1999.

⁴⁶⁵ La disposizione non richiama i soggetti abilitati a stipulare gli accordi, a differenza di quanto invece previsto nel comma 4-bis e nel comma 5 precisando che deve essere raggiunto nell'ambito delle consultazioni sindacali. Cfr. capitolo 4.

⁴⁶⁶ Sul punto si è già ampiamente fatto cenno alla tematica dei criteri di scelta nel capitolo 3. Qui basti sottolineare la necessità di rispettare non solo criteri oggettivi ma che siano anche conformi a buona fede, P. MAGNO, *La nuova disciplina del trasferimento d'azienda*, in *Dir. lav.*, 1991, I, p. 149; A. PRETEROTI, *Il trasferimento d'azienda*, *op. cit.*, 2020, 676; P. LAMBERTUCCI, *La disciplina dei rapporti di lavoro*, *op. cit.*, 2018, 149 ss. Anche Trib. Brescia 21 giugno 2012, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2012, IV, p. 1021 ss., con nota di F. RAVELLI, *Cessione del ramo d'azienda nelle imprese in crisi e applicazione dei principi di razionalità e buona fede*; Cass. 19 gennaio 2018, in *Foro it.*, 2018, 3, I, c. 891, nt. critica di A.M. PERRINO.

⁴⁶⁷ L'art. 1, comma due, recita: "Sono fatte salve le disposizioni delle leggi speciali in materia di:

a) amministrazione straordinaria delle grandi imprese. Se la crisi o l'insolvenza di dette imprese non sono disciplinate in via esclusiva, restano applicabili anche le procedure ordinarie regolate dal presente codice;

b) liquidazione coatta amministrativa ai sensi dell'articolo 293."

La scelta di tralasciare la regolamentazione di tale procedura è, dunque, risultata infelice tant'è che si pongono non facili problemi di coordinamento con le disposizioni di cui all'art. 63 e 56, comma 3 *-bis*, che ancora, almeno sul piano formale, risultano tutt'ora in vigore.

Ad ogni modo la prima questione da dirimere attiene alla identificazione delle fattispecie che possono essere ricondotte nel primo (comma 4-*bis*) o nel terzo (comma 5-*ter*) blocco derogatorio.

Ciò postula di risolvere a monte il quesito volto ad identificare quando possa essere prevista nell'ambito dell'amministrazione straordinaria la mancata cessazione o la non continuazione dell'attività.

Se si accede alla tesi che considera la procedura dell'amministrazione straordinaria come conservativa la disposizione di cui al comma 5-*ter* risulterebbe nei fatti irrealizzabile, tant'è che una volta individuate le prospettive di un recupero dell'equilibrio economico la continuazione dell'attività sarebbe *in re ipsa*⁴⁶⁸.

Al contrario, accedendo alla tesi che riconosce alla procedura in esame una doppia anima, la soluzione potrebbe risultare opposta, dovendo distinguere a seconda della finalità del piano adottato, con la conseguenza di poter riconoscere, attesa la natura delle ipotesi di cessione identificate alle lett. a) e b-*bis*) dell'art. 27⁴⁶⁹, anche al comma 5-*ter* un suo ambito di applicazione.

Il ragionamento si fonda, pertanto, non solo sulla diversa natura attribuita dal legislatore ai diversi piani ma anche, come si vedrà, sul contenuto degli stessi.

⁴⁶⁸ Così per la precedente formulazione ritenendo che a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 270 del 1999, la continuazione dell'esercizio di impresa sia *ex se* cfr. L. MENGHINI, *L'attenuazione delle tutele individuali dei lavoratori*, op. cit., pag. 236 e G.P. GOGLIETTINO, *Politiche*, op. cit., pag. 454.

⁴⁶⁹ M. MARAZZA - V. ANIBALLI, *Contratto e rapporto di lavoro nell'impresa dichiarata insolvente*, in Marazza (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova, 2012, IV, 2, 2241; P. LAMBERTUCCI, *Circolazione d'impresa e rapporti di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2018, 1, 42; M. NOVELLA, *Diritti dei lavoratori e trasferimento d'azienda nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Vecchie e nuove questioni.*, in *Riv. giur. lav.* 2019, 4, 651. *Contra* L. MENGHINI, cit., 236.

Ciò implica considerazioni di più ampio respiro che necessitano di un evidente dialogo con gli insegnamenti derivanti dal diritto euro-unitario in relazione in particolar modo alla compatibilità dell'art. 56, comma 3-bis con la direttiva 23/2001.

4. I perduranti problemi di coordinamento con l'art. 56 comma tre bis

L'art. 56, comma 3-bis, recita *“Le operazioni di cui ai commi 1 e 2 effettuate in attuazione dell'articolo 27, comma 2, lettere a) e b-bis), in vista della liquidazione dei beni del cedente, non costituiscono comunque trasferimento di azienda, di ramo o di parti dell'azienda agli effetti previsti dall'articolo 2112 del codice civile.”*

Si è già accennato al fatto che tale articolo sembra distinguere in base alla finalità liquidatoria o meno del piano adottato dal commissario, ma contiene al suo interno un'affermazione di rilevante portata perché precisa che le operazioni di cessione di azienda o di beni e contratti effettuate in vista della liquidazione dei beni non costituiscono trasferimento di azienda ai sensi dell'art. 2112 c.c.

In tale ipotesi, pertanto, stando al dato letterale, si è fuori dal campo di applicazione del 2112 c.c. e dunque non trovano applicazione i principi in essa contenuti.

Per comprendere la portata della disposizione, di per sé controversa poiché nega qualcosa che in realtà è⁴⁷⁰, occorre ricordare che è stata introdotta con l'art. 14, comma 5, della legge 28 gennaio 2009 n. 9 di conversione del d.l. n. 185/2008 all'esito delle note vicende che hanno investito la compagnia di bandiera.

⁴⁷⁰ R. BELLÈ, *Trasferimento d'azienda e rapporti di lavoro nelle imprese insolventi: la prospettiva eurounitaria*, in *Fall.*, 2019, 11, 1305.

Si badi che, e questo assume assoluta rilevanza, la norma fu introdotta prima delle modifiche apportate all'art. 47 della l. 428/1990 che avevano comportato l'aggiunta del comma 4-bis, sicché trovava applicazione ancora la versione previgente, ma che poi fu poco dopo riformata.

Sulla portata della disposizione, in relazione all'art. 47, erano emersi almeno tre orientamenti.

Secondo un primo indirizzo interpretativo, la disposizione doveva ritenersi speciale⁴⁷¹ rispetto a quella all'epoca contenuta nel comma 5 dell'art. 47 risultando altresì compatibile con la direttiva comunitaria che non richiede, qualora si verta in procedure aventi finalità liquidatoria, la disapplicazione delle tutele⁴⁷².

All'opposto, invece, si trova chi ritiene la disposizione non conforme con la disciplina comunitaria⁴⁷³ e comunque la questione sarebbe ormai superata dal nuovo art. 47 inserito ad opera della riforma del 2009 in base ad un principio di cronologia di risoluzione delle antinomie.

Si è sviluppato, inoltre, un indirizzo intermedio che si basa sulla doppia anima della procedura di amministrazione straordinaria⁴⁷⁴. Sicché i programmi di amministrazione straordinaria di cessione dei complessi aziendali in funzione

⁴⁷¹ M. MARAZZA, *La circolazione del patrimonio aziendale*, in M. MARAZZA -G. GAROFALO, *Insolvenza del datore di lavoro e tutele del lavoratore*, 2015, 75 e G. ZAMPINI, *Il trasferimento d'azienda nelle procedure concorsuali con finalità liquidativa*, in *lav. giur.*, 2021, 6.

⁴⁷² M. MARAZZA, *La circolazione*, *op. cit.*, 2015, 75 il quale precisa che l'operazione rientrava a pieno titolo nell'ambito di operatività dell'art. 5 par. 1 essendo in una procedura di insolvenza volta alla liquidazione dei beni e che si svolge sotto il controllo di un'autorità pubblica.

⁴⁷³ Sui dubbi di conformità al diritto europeo v. F. SANTONI, *Interesse dell'impresa e tutela dei lavoratori: riflessioni sulla vicenda Alitalia*, in *Dir.Lav.Merc.*, 1-2, 2009, 19; L. VENDITTI, *Riduzione di personale e dimensioni dell'impresa: il caso Alitalia*, in F. SANTONI (a cura di), *Vicende dell'impresa*, cit., p. 185; F.V. PONTE, *La disciplina italiana sul trasferimento dell'azienda in crisi non supera il vaglio della Corte di Giustizia*, in *Dir. merc. lav.*, 2009, 1-2, p. 358 ss.); G.P. GOGLIETTINO, *Politiche attive del lavoro e trasferimento di aziende insolventi: de iure condendo*, in *Lav.Giu.*, 5, 2015, 455; A. PRETEROTI, *Il principio di continuità dei rapporti di lavoro nella disciplina del trasferimento d'azienda in crisi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2018, 3, 460 ss.

⁴⁷⁴ P. LAMBERTUCCI, *op. cit.*, 2018; 41.43; cfr. V. ANIBALLI, *Trasferimento*, *op. cit.*, 375 per la quale, ad ogni modo l'art. 63, d.lgs. n. 270 del 1999 sarebbe destinato a prevalere.

liquidatoria (*ex art. 27, secondo comma, lett. a) e b-bis*), d.lgs. n. 270 del 1999) devono essere ricondotti nell'alveo dell'art. 47, comma 5 e, i programmi di amministrazione straordinaria che intendono attuare una ristrutturazione economica e finanziaria dell'impresa, sulla base di un programma di risanamento (*ex art. 27, secondo comma, lett. b, d.lgs. n. 270 del 1999*), invece nel comma 4-*bis*. Ad ogni modo, tale interpretazione ritiene che la normativa risulti comunque in contrasto con la disciplina comunitaria poiché "apoditticamente ed in maniera indifferenziata" non ritiene tali vicende come trasferimento di azienda⁴⁷⁵.

Tale ultima osservazione risulta di notevole rilevanza poiché potrebbe ritenersi che nell'ambito di una vicenda pur sempre connaturata dalla liquidazione del patrimonio, vi siano singoli *asset* che se connotati dagli elementi tipici che qualificano il bene oggetto di cessione come entità economica organizzata sarebbero esclusi dall'ambito applicativo della disposizione⁴⁷⁶.

Ragionare diversamente, infatti, significherebbe contrastare con la direttiva comunitaria che espressamente prevede all'art. 1 lett. b) l'applicazione delle tutele qualora sussista "un'entità economica che conserva la propria identità, intesa come insieme di mezzi organizzati al fine di svolgere un'attività economica, sia essa essenziale o accessoria".

⁴⁷⁵ P. LAMBERTUCCI, *op. cit.*, 2018, 43 ed in particolare nota 71.

⁴⁷⁶ Tra i criteri si ricordi tra cui, il personale, la sua organizzazione, il trasferimento della clientela, il grado di somiglianza delle attività esercitate prima e dopo il trasferimento cfr. Corte di Giustizia, 9 settembre 2015, C-160/14, *Joao Filipe Ferreira da Silva e Brito*. Sulla nozione cfr. Corte di Giustizia, 11 marzo 1997, C- 13/95, *Siizen*, punto 13; Corte di Giustizia, 20 novembre 2003, C-340/2001, *Abler*, punto 30; Corte di Giustizia, 15 dicembre 2005, C- 232/04 e C233/04, *Guney-Gorres e Demir*, punto 32) e sia sufficientemente strutturata ed autonoma (cfr. Corte di Giustizia, 10 dicembre 1998, *Hernandez Vidal e a.*, C-127/96, C-229/96, C74/97, punti 26 e 27; Corte di Giustizia, 13 settembre 2007, *Jouini*, C458/05, punto 31; Corte di Giustizia, 6 settembre 2011, C-108/10, *Scattolon*, punto 60; Corte di Giustizia, 20 luglio 2017, C-416/16, *Piscarreta Ricardo*, punto 43; Corte di Giustizia, 13 giugno 2019, C664/2017, *Ellinika Nafpigeia AE*, punto 60.

Inoltre, ciò risulterebbe aderente alle considerazioni svolte nel capitolo 1 in ordine alla rilevanza della continuazione dell'attività che assurge a ulteriore elemento al fine di qualificare una operazione come liquidatoria o conservativa.

In terzo luogo, l'operazione potrebbe risultare illegittima poiché sarebbe effettuata in frode alla legge, costituendo l'operazione negoziale uno strumento utile all'aggiramento della normativa in tema di mantenimento dei diritti dei lavoratori.

Ad ogni modo, tornando sulla tematica oggetto di trattazione, si rinviene a quanto consta, una sola pronuncia⁴⁷⁷ che ritiene necessario procedere tramite una distinzione delle finalità del singolo programma di cui all'art. 27. L'art. 2112 c.c., in tal modo, non troverebbe applicazione dinanzi alle finalità consacrate come liquidatorie ai sensi dell'art. 56, comma 3-*bis*.

Le tre soluzioni avanzate, si ripropongono parimenti oggi alla luce della disciplina di nuovo conio attesa la permanenza nel testo dell'art. 56, comma 3-*bis*.

Per superare tale *empasse*, la questione dovrebbe essere meglio spiegata alla luce della vicenda che condusse all'introduzione di tale disposizione, volta come noto alla salvaguardia della compagnia di bandiera.

E' stato giustamente rilevato che la norma sottendesse l'esigenza non tanto di snaturare i programmi di cessione che, in caso contrario, avrebbero natura soltanto liquidatoria, ma quello di sanare i contrasti insorti nell'ambito della specifica vicenda⁴⁷⁸. Sarebbe, infatti, evidente che qualora si ritenesse la

⁴⁷⁷ Trib. Civitavecchia 8.11.2018, n. 492 in *De Jure*: "La stessa norma opera una distinzione tra procedure che seguono un programma di dismissione ovvero di conservazione e ristrutturazione. L'art. 56 comma 3 bis del D.Lgs. n. 270 del 1999, nel limitare l'ambito della propria applicazione alle procedure di amministrazione straordinaria ai sensi dell'art. 27 comma 2 lettera a) e lettera b) bis, si riferisce unicamente alle prime, rimanendo fuori dalla portata applicativa della norma le procedure mirate alla ristrutturazione aziendale (con finalità quindi conservativa)."

⁴⁷⁸ A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario alla legge fallimentare*, 2013, sub. art. 56, 1803; G. LO CASCIO, *Ulteriori aggiustamenti normativi all'amministrazione straordinaria ed al concordato preventivo*, in *Fall.*, 2009, 259.

normativa non animata da una effettiva finalità liquidatoria, la disposizione si porrebbe in evidente contrasto con la direttiva comunitaria che consente una disapplicazione totale soltanto nel caso di procedure aventi invece tale finalità ex art. 5 par. 1.

Per questo motivo, la questione deve ritenersi ormai superata alla luce dell'introduzione del nuovo comma 4-*bis* dell'art. 47 dapprima con la riforma del 2009 e da ultimo con le disposizioni di cui al CCII che costituiranno, a partire dal 16 maggio 2022, la disciplina di riferimento⁴⁷⁹.

Sicchè, l'art. 56, comma 3-*bis*, potrebbe ritenersi conforme soltanto se l'operazione risultasse animata da una effettiva finalità liquidatoria⁴⁸⁰, poiché in caso contrario, come visto, si porrebbe in evidente contrasto con la direttiva.

Tuttavia, attesa la natura non più scontata delle vicende di cui alla lett. a) e alla lett. b-*bis*) di cui all'art. 27⁴⁸¹, deve chiedersi quando possa realizzarsi l'ipotesi di "*cessazione dell'attività o di mancata continuazione*" richiamata nell'art. 47 comma 5-*ter* della legge n. 428/1990 che altrimenti rimarrebbe lettera morta⁴⁸².

Il richiamo potrebbe evocare il contenuto del programma ai sensi del quale il commissario potrà valutare l'ipotesi anche ai sensi dell'56, comma 1, lett. a), del d.lgs. n. 270/1999 ed individuare le attività non destinate alla continuazione o che comunque potrebbero risultare cessate ovvero che non essendo più utili, potrebbero essere volte alla dismissione.

⁴⁷⁹ Di recente A. PRETEROTI, *Il trasferimento d'azienda*, in *Mass. giur. lav.*, 2020, 675; R. BELLÈ, *Trasferimento d'azienda e rapporti di lavoro nelle imprese insolventi: la prospettiva eurounitaria*, in *Fall.*, 2019, 11, 1305.

⁴⁸⁰ F. V. PONTE, *La disciplina italiana sul trasferimento dell'azienda in crisi non supera il vaglio della Corte di Giustizia*, in *Dir. merc. lav.*, 2009, 1-2, 354. A. PRETEROTI, *Il principio di continuità dei rapporti di lavoro nella disciplina del trasferimento d'azienda in crisi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2018, 3, 463.

⁴⁸¹ E' stato ritenuto, infatti, che il comma 3 bis dell'art. 56 costituisce una interpretazione autentica cfr. G. LO CASCIO, in *Fall.*, 2009, 259.

⁴⁸² Relativamente alla ipotesi di cui alla lettera b-bis dell'art 27, la questione si complica ulteriormente poichè è riferita soltanto alla cessione che attiene al settore dei servizi pubblici essenziali per la quale vige una regolamentazione a parte, su cui infra

Sforzandosi così di colmare il puzzle di incertezze, e per dare un senso al dettato normativo, occorre richiamare anche l'ipotesi di cui all'art. 63 che invece regola la vendita dell'azienda in esercizio (su cui *infra* par. 4.1.).

In tal modo sembrerebbe che nell'ambito del programma stabilito, il commissario sia tenuto ad individuare *ex art.* 56 le attività destinate alla prosecuzione e quelle da dismettere o comunque non più in esercizio⁴⁸³. Cioè qualora ci si trovi dinanzi ad una cessione di un'azienda o di un suo ramo volto a tale epilogo potrà trovare applicazione l'art. 47 comma 5-*ter*⁴⁸⁴, poichè l'art. 56 comma 3-*bis*, che come si è detto per le ipotesi aventi finalità liquidatoria potrebbe non destare dubbi di conformità, sarebbe comunque destinato a soccombere non tanto per la disapplicazione delle tutele, ma per il fatto di escludere aprioristicamente la natura di cessione, contrastando con l'art. 1 par. 1 lett. b) della direttiva.

Più controverso è il caso invece di cui alla lett. b-*bis* che imporrebbe a questo punto un'analisi strettamente collegata con le vicende che hanno ad oggetto le imprese erogatrici di servizi pubblici essenziali.

4.1. Il rapporto con l'art. 63 del d. lgs. n. 270 del 1999: la vendita in esercizio

Prima di approfondire le intrecciate vicende relative alla speciale procedura introdotta per le imprese erogatrici di servizi pubblici, occorre effettuare un

⁴⁸³A.CAIAFA, *Il trasferimento dell'azienda nell'impresa in crisi o insolvente*, in A. CAIAFA F. CAIAFA-F. CIANI, *I rapporti di lavoro e la tutela del credito nella crisi d'impresa*, Torino, 2011, 452; cfr. V. VILLANI, *Trasferimento d'azienda*, cit., 154; Rossi, *Il programma nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi*, cit., 362

⁴⁸⁴ Si ritiene che possano essere oggetto di cessione anche rami volti alla dismissione v. P.PAJARDI, A.PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, 1091.

tentativo di riallineamento anche con quanto precisato dall'art. 63, commi 4 e 5, del d.lgs. 270/1999 in relazione alla vendita di aziende in esercizio⁴⁸⁵.

Tale articolo, nel dettaglio, prevede che *“Nell’ambito delle consultazioni relative al trasferimento d’azienda previste dall’articolo 47 della legge 29 dicembre 1990, n. 428, il commissario straordinario, l’acquirente e i rappresentanti dei lavoratori possono convenire il trasferimento solo parziale dei lavoratori alle dipendenze dell’acquirente e ulteriori modifiche delle condizioni di lavoro consentite dalle norme vigenti in materia.*

5. Salva diversa convenzione, è esclusa la responsabilità dell’acquirente per i debiti relativi all’esercizio delle aziende cedute, anteriori al trasferimento”.

I problemi di coordinamento con la normativa in tema di trasferimento di azienda derivano dal fatto che l'art. 63 non fa alcuna distinzione in base alla finalità o meno della procedura della quale sembra disinteressarsi⁴⁸⁶.

L'idea che, tuttavia, appare maggiormente condivisibile è quella che ritiene la disciplina di cui all'art. 63, comma 4, tacitamente abrogata dall'art. 47 come riformato dal CCII, per le medesime ragioni rappresentate nel paragrafo precedente. In tale quadro, infatti, l'art. 47 rappresenta la disciplina cardine, in tema di vicende circolatorie dell'impresa.

Ad ogni modo, anche prima dell'entrata in vigore del Codice della crisi deve ritenersi che la disposizione di riferimento sia l'art. 47 poichè è comunque entrata in vigore successivamente alla sua elaborazione. Una interpretazione diversa si scontrerebbe con ogni evidenza con il dettato della direttiva

⁴⁸⁵ P. LAMBERTUCCI, *La disciplina dei rapporti di lavoro nel trasferimento dell'impresa sottoposta a procedure concorsuali: prime note sul Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza del 2019*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2019, 2, p. 149 ss., A. PRETEROTI, *Il trasferimento d'azienda nel Codice della crisi*, in *Mass. giur.lav.*, 2020, 3, 677. L. MENGHINI, *L'attuazione delle tutele individuali*, *op. cit.*, 236.

⁴⁸⁶ Così M. MARAZZA, *La circolazione del patrimonio aziendale*, *op. cit.*, 76, il quale perviene a tale soluzione sulla scorta di quanto contenuto nell'art. 56 comma 3 bis applicabile alle altre due ipotesi.

comunitaria che consente soltanto in caso di procedure aventi finalità liquidatoria la disapplicazione delle tutele⁴⁸⁷.

Anche per quanto riguarda la previsione di cui al comma 5 dell'art. 63 che esclude la responsabilità solidale può prospettarsi la stessa previsione. Invero, non pare più applicabile alla luce dei principi elaborati dalla Corte di Giustizia e recepiti nell'art. 47 comma 4-*bis*.

Infatti, anche in tal caso vi sarebbe una evidente disapplicazione non concessa della direttiva e, in particolare, si porrebbe in violazione dell'art. 5, par. 2, lett. b), che richiederebbe almeno l'accordo collettivo e la finalità liquidatoria⁴⁸⁸.

A maggior ragione tale soluzione sembra ancor più praticabile quando entrerà in vigore il Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza che ha riscritto la disciplina del trasferimento di azienda in crisi nell'ambito dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi in tal modo affidano al legislatore più recente la questione in esame.

5. La circolazione di aziende nell'ambito del settore dei servizi pubblici essenziali

La disciplina generale dell'amministrazione straordinaria di cui al d.lgs. n. 270/1999 subisce una deviazione qualora l'impresa operi nel settore dei servizi pubblici essenziali ovvero che gestiscono almeno uno stabilimento industriale di interesse strategico nazionale⁴⁸⁹ a destinati, per la rilevanza degli interessi in

⁴⁸⁷ A. PRETEROTI, *Il principio di continuità dei rapporti di lavoro nella disciplina del trasferimento d'azienda in crisi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2018, 3, p. 461.

⁴⁸⁸ Contra V. ANIBALLI, *Il trasferimento di "ramo d'azienda" nel fallimento e nell'amministrazione straordinaria: compatibilità della disciplina italiana con la normativa europea*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, 2, 376-377.

⁴⁸⁹ Così l'art. 2 che richiama l'art. 1 del d.l. 3.12. 2012, n. 207, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 dicembre 2012, n. 231.

gioco, a numerosi interventi normativi anche ad *hoc*, per la salvaguardia della stessa⁴⁹⁰.

In primo luogo si fa riferimento al d.l. 23 dicembre 2003, n. 347 convertito con modificazioni dalla legge 18 febbraio 2004, n. 39 e intitolato “Misure urgenti per la ristrutturazione industriale di grandi imprese in stato di insolvenza” il quale introduce un modello diverso rispetto alla normativa principale dedicato alle imprese che intendono avvalersi, ai sensi dell’art. 1, ai piani di cessione e di ristrutturazione di cui all’art. 27 lett. a) e b)⁴⁹¹.

In particolare l’art. 5, il quale ha subito plurimi interventi modificativi e integrativi da ultimo ad opera del d.l. 28 agosto 2008, n. 134, risulta di notevole interesse perché prevede una particolare disciplina nel caso di operazioni di cessione⁴⁹².

Invero, nell’ambito di questo contesto “*il Ministero delle attività produttive, dopo la dichiarazione dello stato di insolvenza, può autorizzare operazioni di cessione e di utilizzo di beni, di aziende o di rami di aziende dell’impresa richieste dal commissario straordinario qualora siano finalizzate alla ristrutturazione o alla salvaguardia del valore economico e produttivo totale o parziale dell’impresa o del gruppo*” (art. 5, d.l. n. 347/2003).

Inoltre, si prevede al comma 2-ter dell’art. 5 che “*nell’ambito delle consultazioni di cui all’articolo 63, comma 4, del decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270, ovvero esaurite le stesse infruttuosamente, il Commissario e il cessionario possono concordare il trasferimento solo parziale di complessi aziendali o attività produttive in precedenza unitarie e definire i contenuti di uno o più rami d’azienda, anche non preesistenti, con individuazione di quei lavoratori che passano alle dipendenze del*

⁴⁹⁰ G.P. GOGLIETTINO, *Imprese in crisi o insolventi e tutela dei lavoratori. Trasferimento d’azienda tra diritto interno ed europeo*, Milano, 2014, 77 ss.; M. MARAZZA, *La circolazione cit.*, 79 ss.,

⁴⁹¹ Cfr. A. CAIAFA, *Ristrutturazione di grandi imprese in crisi*, in *Dir. prat. lav.*, 1, 2009, 24 ss.. In realtà si ricordi che inizialmente era consentito soltanto il piano di risanamento di cui alla lett. b).

⁴⁹² Per una analisi anche cfr. V. ANIBALLI, *il trasferimento di “ramo d’azienda”*, *op. cit.*, 377.

cessionario. I passaggi anche solo parziali di lavoratori alle dipendenze del cessionario possono essere effettuati anche previa collocazione in cassa integrazione guadagni straordinaria o cessazione del rapporto di lavoro in essere e assunzione da parte del cessionario”.

La citata disposizione, in altre parole, consente la deroga all’art. 2112 c.c. prevedendo che: a) all’interno o fuori delle procedure di consultazione sindacale, possono essere individuati i lavoratori che transitano alle dipendenze del cessionario; b) che tale cessione può essere effettuata anche individuando ad opera del cedente e del cessionario la parte che sia oggetto di cessione; c) sia interrotto il rapporto di lavoro del personale che passa al cessionario previo anche esperimento della cassa integrazione. Tra l’altro, proprio in relazione al settore dei servizi pubblici essenziali, il legislatore ha introdotto le operazioni di cessione di cui all’art. 27, comma 2, lett. b-bis)⁴⁹³, operazione che ha destato tra i primi commentatori qualche perplessità⁴⁹⁴.

Ad ogni modo, la disposizione risulta controversa e contrasta con ogni evidenza con la direttiva comunitaria⁴⁹⁵ la quale si ricordi trova applicazione, ai sensi dell’art. 1 lett. c) a tutte le “alle imprese pubbliche o private che esercitano un’attività economica, che perseguono o meno uno scopo di lucro”⁴⁹⁶.

In altre parole, la direttiva non consente di operare alcuna distinzione a seconda dell’ambito in cui tale cessione avviene, applicandosi a tutte le vicende

⁴⁹³ V. art. 1, comma 1 bis, d.l. n. 134/2008, che ha introdotto la lett. b bis) all’art. 27, c. 2, d.lgs. n. 270/1999.

⁴⁹⁴ In particolare è stato sottolineato come essa sia una “superfetazione” rispetto al programma di cui alla lettera a) dell’art. 27 che fa espresso riferimento alla cessione del complesso aziendale. LO CASCIO, *Gruppo Alitalia: conversione del decreto legge sull’insolvenza*, in *Foro amm.*, 2008, 12, 1366.

⁴⁹⁵ A. PRETEROTI, *Il trasferimento d’azienda*, op. cit. 2020, 678. Contra, V. ANNIBALLI, *Il trasferimento di «ramo d’azienda» nel fallimento e nell’amministrazione straordinaria: compatibilità della disciplina italiana con la normativa europea*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, 2, 345 ss.

⁴⁹⁶ Restano escluse, invece, le ipotesi di riorganizzazione amministrativa di enti amministrativi pubblici o il trasferimento di funzioni amministrative tra enti amministrativi pubblici, non costituisce trasferimento ai sensi della presente direttiva.

circolatorie, sia che siano svolte nel settore dei servizi pubblici essenziali e sia che le stesse intervengano fuori da tali settori.

Inoltre, la disposizione in esame cozza, altresì con la direttiva comunitaria⁴⁹⁷, poichè in primo luogo affida alle parti l'individuazione del complesso di beni che può essere oggetto di cessione ⁴⁹⁸.

Tuttavia, al pari di quanto visto per la disciplina "ordinaria" di cui al d.lgs. 270/1999 la procedura potrebbe essere animata pur sempre da una doppia finalità, a seconda della modalità con il quale il programma sarà esplicito.

Tale specifica normativa dovrà ora scontrarsi con quanto previsto dal nuovo art. 47 il quale potrebbe condurre ad un suo superamento, quantomeno qualora al programma di cessione venga riconosciuto l'obiettivo di continuare nell'esercizio dell'impresa⁴⁹⁹.

La questione, tra l'altro, si complica ulteriormente se solo si considera la controversa ipotesi di cui alla lett. b-bis che fa riferimento alla cessione di singoli beni e contratti, disposizione questa che ha suscitato molti malumori⁵⁰⁰, poichè la stessa consentirebbe di esulare dall'ambito di applicazione della direttiva se interpretata in modo restrittivo⁵⁰¹.

⁴⁹⁷ F. SANTONI, *La tutela dei lavoratori nella crisi dell'Alitalia*, in *Vicende dell'impresa e tutela dei lavoratori nella crisi dell'Alitalia*, Napoli, 2011, 25; S. NAPPI, *Il sistema delle tutele dei lavoratori nella vicenda traslativa dell'azienda Alitalia*, op. cit., 69

⁴⁹⁸ A. CAIAFA, *Ristrutturazione di grandi imprese in crisi*, in *Dir.part. lav.*, 2009, 32; L. VENDITTI, *Riduzione di personale e dimensioni dell'impresa: il caso Alitalia*, in *Dir.lav.merc.*, 1-2, 2009, 184-185. Cfr. anche M. CORTI, *Le modifiche in pejus delle condizioni individuali di contratto nelle ristrutturazioni d'impresa in Italia: gli spazi dell'autonomia individuale e di quella collettiva*, in *Riv.it. dir.lav.*, 2009, 3, 413 ss.

⁴⁹⁹ A. PRETEROTI, *Il trasferimento d'azienda*, op. cit. 2020, 678.

⁵⁰⁰ G. MEO, *Il risanamento finanziato*, op. cit. 147.

⁵⁰¹ Sulla nozione di azienda e di un suo ramo la letteratura è sterminata. In giurisprudenza Corte di Giustizia, 11 marzo 1997, C-13/95. Suez Corte di Giustizia 24 gennaio 2002, C-51/2000, Temco; Corte di Giustizia, 11 luglio 2018, C-60/2017, Esabe Vigilancia. A. LEPORE., *Il trasferimento d'azienda, Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, a cura di G. Santoro-Passarelli, Torino, 2017;

5.1. Il caso Alitalia. Recenti sviluppi

A conferma della settorialità della disciplina che regola l'amministrazione straordinaria dei grandi complessi che erogano servizi pubblici si pone la recente analisi della regolamentazione che ha coinvolto Alitalia ed il suo passaggio all'azienda di origine ministeriale ITA.

Si è già fatto cenno nei paragrafi precedenti alle note vicende passate che hanno interessato la compagnia di bandiera. In questa sede si vuole solo effettuare qualche riflessione in ordine agli ultimi sviluppi fattuali, ma soprattutto normativi, per dare contezza e, al tempo stesso conferma, dell'ambiguità della procedura in esame e, soprattutto di quelle che hanno coinvolto imprese di rilevante interesse nazionale.

Basti qui ricordare come Alitalia, sia stata ammessa alla procedura di amministrazione straordinaria di cui alla versione speciale *ex d.lgs. 347/2003* adottando il piano previsto dall'articolo 27, comma 2, lettera a), successivamente integrato ad opera del d.l. n. 137 del 2019 tramite una prospettiva di efficientamento attuando al contempo un piano di cessione che assicuri, "la discontinuità, anche economica, della gestione da parte del soggetto cessionario"⁵⁰²

Successivamente, è stata data avvio alla procedura di acquisizione delle attività aziendali per le quali erano pervenute una serie di manifestazioni di interesse in base agli specifici lotti oggetto di cessione⁵⁰³.

⁵⁰² Così art. 1 comma 4 del d.l. 137 del 2019 convertito con modificazioni dalla legge n. 2/2020.

⁵⁰³ E' stato previsto sia la possibilità di procedere tramite lotto unico ovvero tramite lotti separati (lotto *aviation*, comprensivo dei beni e rapporti giuridici destinati alle attività di trasporto aereo delle società in amministrazione straordinaria, come risultanti dagli interventi di riorganizzazione ed efficientamento) e/o alle attività di handling (lotto handling, che include i beni e rapporti giuridici destinati allo svolgimento dei servizi in aeroporto per l'assistenza a terra a terzi) e/o alle attività di manutenzione (lotto manutenzione), in www.camera.it

Tuttavia, in conseguenza della pandemia da Covid-19 il Governo ha deciso di procedere alla nazionalizzazione della compagnia, prevedendo con l'art. 79 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 l'istituzione una nuova società previa sottoposizione alla Commissione europea di un piano industriale ⁵⁰⁴.

Conclusasi positivamente tale fase, la data della cessione è stata individuata nel 15 ottobre 2021 e, successivamente è stato emanato l'art. 11 *quater* del d. l. n. 73/2021 convertito con modificazioni dalla l. 23 luglio 2021, n. 106, e da ultimo recentemente modificato con il d.l. 10 settembre 2021, n. 121.

La decretazione di urgenza non contiene al suo interno né un richiamo all'art. 2112 c.c. né all'art. 47 della normativa di cui alla legge n. 428/1990, versione attualmente vigente nè, tanto meno all'art. 5 comma 2-*ter* del d.l. 347 del 2003, dal quale sembrerebbe pertanto discostarsi. L'unico riferimento ai rapporti di lavoro è quello contenuto al comma 7 dell'art. 11-*quater* del d. l. 73/2021, che autorizza i commissari allo scioglimento di contratti che non siano oggetto di trasferimento rimanendo ferma la disciplina in tema di rapporti di lavoro.

Al di là di tale precisazione, la disposizione risulta alquanto complicata, ma ad una prima analisi può essere posta l'attenzione su alcuni elementi che potrebbero sollevare alcune criticità.

In primo luogo, il riferimento alla discontinuità tra cedente e cessionario non appare in linea con la direttiva comunitaria, atteso il principio di gerarchia delle fonti. Infatti, il legislatore italiano con una norma di rango inferiore e, dunque, destinata a cedere dinanzi alle disposizioni euro-unitarie, pretenderebbe in astratto di disapplicare le tutele della direttiva⁵⁰⁵.

⁵⁰⁴ Cfr. anche l'art. 202 del decreto legge 19 maggio 2020, n. 34 e poi modificato ulteriormente l'articolo 87 del decreto-legge 14 agosto 2020, n. 104 che attribuisce una particolare efficacia alla contrattazione collettiva di cui al cap. 4.

⁵⁰⁵ Tra l'altro l'inciso contenuto dapprima nel comma 4 conteneva un rinvio all'art. 27 del d.lgs. n. 270/1999 dedicato alle aziende che presentino concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali è stato successivamente eliminato.

A ciò si aggiunga che il legislatore, riproponendo la formula già nota nel d.lgs. 270/1999, specifica che soltanto dopo il trasferimento la procedura di amministrazione straordinaria prosegue con finalità liquidatoria (art. 11-*quater* comma 8). Sul punto valgono le considerazioni effettuate in precedenza, poiché non appare sufficiente escludere a priori la finalità conservativa per disattendere quanto contenuto nella direttiva 23/2011/CE.

Infine, la normativa di urgenza potrebbe porre problemi di ragionevolezza nella parte in cui soltanto con riferimento al ramo cd. *aviation*, ai sensi del comma 4 dell'art. 11-*quater*, si prevede la cessione diretta del compendio aziendale, senza nulla esplicitare con riguardo agli altri lotti per i quali, occorrerà dapprima indagare sulla sussistenza dei requisiti in ordine alla qualificazione di entità economica organizzata ai sensi della direttiva comunitaria e poi valutare l'effettiva finalità dell'operazione negoziale.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *Libertà e attività sindacale dopo i cinquant'anni dello Statuto dei lavoratori*, Atti delle giornate di studio Aidlass, Pisa-Lucca, 5-6-maggio 2021;

AA.VV. *Le amministrazioni straordinarie fra salvaguardia della continuità, tutela dei livelli occupazionali ed efficacia delle azioni di risanamento*, in G. ROCCAD.CORRADO (a cura di), Quaderni, n.4, 2018;

ABRIANI N., *Gli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa*, in *dirittodellacrisi.it.*;

ALAIMO A., *La riforma della rappresentanza aziendale dei lavoratori. Dal sistema duale al doppio canale: itinerari possibili*, CSDLE, It. n. 287/2016;

ALBI P., *Il diritto del lavoro e il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Dir. Merc. Lav.*, 2019, I, 1, 75 ss.;

ALESSI G., *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi. Commento sistematico al d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270*, Milano, 2000;

ALLAMPRESE A., *Contratto collettivo ex art. 47, legge n. 428/1990, nel trasferimento di azienda in crisi*, in *Riv. giur. lav.*, 4, 2014, 837 ss.;

ALLEVA P.G., *La sorte del rapporto di lavoro nelle procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2001, I, 674 ss.;

ALLEVA P. G., *Fallimento e tutele dei lavoratori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, 210

ALVINO I., *Continuità aziendale, trasferimento d'azienda e tutela dell'occupazione nel nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Riv. it. dir. lav.*, 4, 2019;

ALVINO I., *I rinvii legislativi al contratto collettivo. Tecniche e interazioni con la dinamica delle relazioni sindacali*, Napoli, 2018;

AMBROSINI S., *Il nuovo concordato preventivo: "finalità", "presupposti" e controllo sulla fattibilità del piano (con qualche considerazione di carattere generale)*, in *Crisi d'Impresa e Insolvenza*, 25 febbraio 2019, 4.

ANIBALLI V., *Trasferimento di ramo di azienda e procedure concorsuali*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, 1, 366;

ANIBALLI V., *Trasferimento di ramo di azienda nel fallimento e nell'amministrazione straordinaria: compatibilità della normativa italiana con la disciplina europea*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, 2, 359 ss.;

ARATO M., *Il concordato con continuità nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Fall.*, 2019, 857;

ARRIGO M., *Il dogma della continuazione aziendale in materia di concordato preventivo: from a law of morality to a law of continuity*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2018, 9, 8 ss.;

BALLESTRIERO M.V., *Libertà e attività sindacale a cinquant'anni dallo Statuto dei lavoratori*, in *Lavoro dir. eur.*, 2021, 3;

BALLETRERO M.V., *Riflessioni in tema di inderogabilità dei contratti collettivi*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 1989, 364;

M. BARBIERI, *Il rapporto tra l'art. 8 e l'accordo interconfederale del 28 giugno 2011*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, 468;

BAVARO V., *Azienda, contratto e sindacato*, Bari, 2012, spec. 222-223;

BELLAVISTA A., *La derogabilità assistita nel d.lgs. n. 276/2003*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 16/ 2004;

R. BELLÈ, *Trasferimento di azienda in concordato preventivo ed effetti sui lavoratori*, in *Fall.*, 2020, 5, 720;

BELLÈ R., *Trasferimento d'azienda e rapporti di lavoro nelle imprese insolventi: la prospettiva eurounitaria*, in *Fall.*, 2019, 11, 1305

BELLÈ R., *Il concordato preventivo*, in F. APRILE-R. BELLÈ, *Diritto concorsuale del lavoro*, Milano, 2013, 281; R. BELLÈ, *Piani attestati di risanamento e accordi di ristrutturazione*, in F. APRILE-R. BELLÈ, *Diritto concorsuale del lavoro*, Milano, 2013, 250;

BELLOMO S., *Crisi e strumenti di salvaguardia della continuità aziendale e dell'occupazione nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: uno sguardo d'insieme*, in *Dir. Merc. lav.*, 2021, 2, 285 ss.

S. BELLOMO, *Determinazione giudiziale della retribuzione e individuazione del contratto collettivo-parametro tra art. 36 cost. e normativa speciale applicabile ai soci lavoratori di cooperative*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2020, 2, 28.

BELLUMAT S., *"Internalizzazione" di un'azienda in crisi nella pubblica amministrazione tra interessi collettivi e interessi individuali*, in *Arg. dir. lav.*, 2010, 4-5, 907 ss.;

BIANCA M., *La dichiarazione dello stato di insolvenza dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese*, 2001, Giuffrè;

BOLLINI R., *Protezione del lavoro nel trasferimento d'azienda: il d.l. 135/2009 e il c.d. «caso Alitalia» alla luce della disciplina comunitaria (nota a C. giust. causa C-561/07, cit.)*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2010, n. 2, II, 344;

BOTTAI L., *Il concordato preventivo con continuità aziendale: profili applicativi e prime prassi*, in *Fallimento, soluzioni negoziate della crisi e disciplina bancaria*, diretto da S. AMBROSINI, Bologna, 2017, 208 ss.;

BRESCIANI I., *La sorte dei rapporti di lavoro subordinato dopo il fallimento del datore di lavoro*, in *Lavoro e giur.*, 2016, 3, 229 ss.;

BRIZZI S., *Il trasferimento d'azienda in crisi tra diritto interno e diritto comunitario*, in *Giur. it.*, 2010, 2, 353;

BOTTAI L.A., *La rivoluzione del concordato liquidatorio semplificato*, in *Dirittodellacrisi.it*, 9 agosto 2021;

BRUN S., *Trasferimento d'azienda e licenziamento collettivo: la tutela dell'occupazione e lo spirito "disatteso" delle recenti riforme*, in *Arg. dir. lav.*, 2, 2016, 358 ss.;

BRUN S., *Il licenziamento economico tra esigenze dell'impresa e interesse alla stabilità*, Padova, 2012;

CAIAFA A., *I rapporti di lavoro nel codice della crisi e dell'insolvenza, Relazione del 20.02.2018 presso la S.S.M.*, in *Il nuovo diritto delle società*, 2018, 609 ss.;

CAIAFA A., *Misure di prevenzione, procedure concorsuali e rapporti di lavoro*, in *Dir. fall.*, 2012, 1, 99;

CAIAFA A., *Il trasferimento dell'azienda nell'impresa in crisi o insolvente*, in A. CAIAFA A. CAIAFA-F. CIANI, *I rapporti di lavoro e la tutela del credito nella crisi d'impresa*, Torino, 2011;

CAIAFA A., *Procedure concorsuali di gestione della crisi e rapporti di lavoro*, in *Dir. prat. Lav.*, Ipsoa, 2011, 33, 1934;

CAIAFA A., *Crisi di impresa, trasferimento dell'azienda, diritti dei lavoratori e normativa comunitaria*, in *Dir. fall.*, 2010, 2, 153 ss.;

CAIAFA A., *Risanamento dell'impresa e tutela dei lavoratori*, in *Dir. e prat. lav.*, Insetto, 3, 2010, 5;

CAIAFA A., *Ristrutturazione di grandi imprese in crisi*, in *Dir. prat. lav.*, 1, 2009, 24 ss.;

CAIAFA A., *Diritto del lavoro e fallimento negli anni novanta*, in *Dir. lav.*, 1993, 1, 588

CAPO G., *Lo stato d'insolvenza, in I presupposti, la dichiarazione di fallimento, le soluzioni concordatarie*, in V. BUONOCORE, A. BASSI (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare*, Padova, 2010;

CAPURSO P., *Trasferimento d'azienda, fallimento del datore di lavoro cedente e intervento del Fondo di garanzia*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2018, 601;

CARABETTA S., *La tutela della proprietà e del credito nella giurisprudenza della corte edu. problemi di inquadramento giuridico*, in *Iuscivile.it*, 2015, 2, 705 e ss.;

CARABELLI U., *Trasferimenti dell'azienda: la nuova Direttiva europea. Una riflessione su alcuni possibili punti di contrasto con la normativa italiana*, *Lavoro e Informazione*, 1998, 21, 5 ss.;

CARABELLI U., *Alcune riflessioni sulla tutela dei lavoratori nei trasferimenti d'azienda: la dimensione individuale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, I, 41 ss.;

CARINCI F., *Il lungo cammino per Santiago della rappresentatività sindacale*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2014, 309 ss.;

CARINCI F., *Alice non abita più qui (a proposito e a sproposito del "nostro" diritto sindacale)*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 2013, 665;

CARINCI F., *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, *CSDLE, It, n. 133/2011*, 1 ss.;

CARINCI M.T., *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento d'azienda e di ramo*, Torino, 2013

CESTER C., *Due recenti pronunzie della Corte di giustizia europea in tema di trasferimento d'azienda. Sulla nozione di ramo d'azienda ai fini dell'applicazione della direttiva e sull'inadempimento alla stessa da parte dello Stato italiano delle ipotesi di deroga per crisi aziendale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, 1, 232 ss.;

CIAN M., *Crisi dell'impresa e doveri degli amministratori: i principi riformati e il loro possibile impatto*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, 1163;

CIUCCIOVINO S., *Rinunce e transazioni*, in *Trattato di diritto del lavoro e della previdenza sociale. Privato e pubblico*, a cura di G. SANTORO-PASSARELLI, 2020, 1709 ss.;

CIUCCIOVINO S., *Fisiologia e patologia del pluralismo contrattuale tra categoria sindacale e perimetri settoriali*, in *Lav.dir.*, 2020, 2, 189;

COMANDÈ D., *I contratti collettivi tra inderogabilità e sistema di competenze*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, 1, 2017, 275;

CONTALDI G., *Sulla tutela dei lavoratori in diritto comunitario in caso di trasferimento di imprese soggette ad amministrazione straordinaria*, in *Giust. civ.*, 1992, I, 1126 ss.;

CORRADO A., *Inapplicabile l'art. 5, Legge n. 223/1991 al trasferimento di azienda in crisi con passaggio parziale di dipendenti*, in *ifallimentarista.it*, 19 febbraio 2020;

CORRADO A. - CORRADO D., *I rapporti di lavoro nel fallimento*, Milano, 2007;

CORTI M., *Le modifiche in pejus delle condizioni individuali di contratto nelle ristrutturazioni d'impresa in Italia: gli spazi dell'autonomia individuale e di quella collettiva*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, 3, 413 ss.;

COSATTINI L.A., *Trasferimento d'azienda nelle procedure concorsuali e deroghe all'art. 2112 c.c.*, in *ifallimentarista.it*, 2 aprile 2021;

COSIO R., *Il trasferimento dell'impresa in crisi nell'ordinamento complesso*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2020, n. 3;

COSIO R., *Il trasferimento dell'impresa in crisi*, in R. COSIO-G. VIDIRI (a cura di) *Il trasferimento di impresa in Italia nel quadro del diritto dell'Unione europea*, Milano, 2019;

COSIO R., *La Corte di giustizia censura la normativa nazionale in materia di trasferimento d'impresa*, in *Lavoro e giur.*, 11, 2009, 1128;

D'ANGELO F., *Il concordato preventivo con continuità aziendale nel nuovo codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, in *Dir. Fall.*, 2020, 1, 40;

D'ANTONA M., *Contrattazione collettiva e autonomia individuale nei rapporti di lavoro atipici*, ora in *Opere*, I, 2000, 75 ss. e 107 ss.;

D'ANTONA M., *"Chi rappresenta chi". I debiti della decima legislatura*, in *Lav. e Dir.*, 1992, 531 ss.;

D'ANTONA M., *Il diritto sindacale in trasformazione*, in M. D'ANTONA (a cura di), *Lecture di diritto sindacale, Le basi teoriche del diritto sindacale*, Napoli, 1992;

D'ANTONA M., *Pubblici poteri nel mercato del lavoro, amministrazioni e contrattazione collettiva nella legislazione recente*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 20, 1987, 239.

D'ANTONA M., *L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro*, in *Dir.lav.rel.ind.*, 1991, 3, 456;

DE ANGELIS L., *Informazione e consultazione sindacale nel trasferimento d'azienda: regime sanzionatorio e tutela processuale*, in *Foro it.*, 1999, 289;

DE FERRA G., *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1998;

DE LUCA M., *Salvaguardia dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda: funzione del diritto comunitario e della giurisprudenza della Corte di giustizia nella interpretazione ed applicazione della nuova disciplina nazionale (prime considerazioni sull'art. 47 della "legge comunitaria per il 1990")*, in *Foro it.*, 1991, IV, 289;

DE LUCA M., *Trasferimenti d'azienda e diritti dei lavoratori nell'ordinamento comunitario: inadempienze, adeguamento e prospettive nell'ordinamento italiano*, in *Dir. lavoro*, 1991, 231 ss.;

DE LUCA TAMAJO R., *Le criticità della rappresentatività sindacale misurata; quale perimetro?*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2020, n. 3, I, pp. 377 ss.;

DE LUCA TAMAJO R. - SALIMBENI M.T., *Il trasferimento d'azienda*, a cura di M. Brollo, *Il mercato del lavoro*, VI, in M. PERSIANI, *Trattato di diritto del lavoro*, diretto da F. Carinci, Padova, 2012, 1498 ss.;

DE LUCA TAMAJO R. - SALIMBENI M.T., *Il trasferimento d'azienda*, a cura di A. Vallebona, *I contratti di lavoro*, Tomo 2, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno-E. Gabrielli, 2009, 1821 ss.;

DE LUCA TAMAJO R., *Crisi e riorganizzazioni aziendali: interesse collettivo e interessi individuali nella giurisprudenza*, in *Lavoro e dir.*, 2008, 228 ss.;

DE LUCA TAMAJO R., *Diritto del lavoro e decentramento produttivo in una prospettiva comparata: scenari e strumenti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, I, 3 ss.;

DEL PUNTA R., *Cronache da una transizione confusa (su art. 8, legge n. 148/2011, e dintorni)*, in *Lav. Dir.*, 2012, 31 ss.;

DI CANDILO P., *Nota a Corte d'Appello di Roma, sezione lavoro, sentenza 18 maggio 2016*, in *Lavoro e prev. oggi*, 11-12, 2016, 669 ss.;

DONATI I., *Crisi d'impresa e diritto di proprietà. Dalla responsabilità patrimoniale all'assenza di pregiudizio*, in *Riv. Soc.*, 2020, 164;

FARENGA L., *I contratti pendenti nel concordato preventivo alla luce del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Dir. fall.*, 2020, I, 295.

FAUCEGLIA G., *Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza*, Torino, 2019;

FERRARI V., *I riverberi sul processo della crisi di impresa e dell'insolvenza del datore di lavoro: questioni di rito, di competenza e anomalie del processo*, 2018

FERRARO G., *Il requisito occupazionale nell'amministrazione straordinaria*, in *Giur. Comm.*, 2001, 2, 474 ss.;

FERRARO G., *Crisi dell'impresa, procedure concorsuali*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1985, I, 142;

FEZZA F., *Il programma di liquidazione*, *Trattato di diritto fallimentare*, diretto da Bonocore V.-Bassi A., III, *La custodia e l'amministrazione, l'accertamento del passivo, la liquidazione e la ripartizione dell'attivo, la chiusura del fallimento*, Padova, 2010, 243 ss.;

FICARI L., *I lavoratori nella grande impresa insolvente*, Torino, 2003;

FILOCAMO F.S., *Commento sub art. 186-bis*, in *La legge fallimentare*, a cura di M. FERRO, Padova, 2014, p. 2700 ss.;

FIMMANÒ F., *La liquidazione dell'attivo fallimentare nel correttivo alla riforma*, in *Dir. fall.*, I, 2007, 845;

FOGLIA R., *Trasferimenti di azienda, procedure concorsuali "conservative" e diritto comunitario*, in *Dir. lav.*, 1991, II, p. 329;

FONTANA A., *La successione dell'imprenditore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1970;

GALLETTI D., *Sulla gerarchia fra interessi tutelati dal diritto concorsuale: soddisfacimento dei creditori ristrutturazioni aziendali e conservazione dell'impresa*, in *giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2020, 254;

GARILLI A., *L'art. 8 della legge n. 148/2011 nel sistema delle relazioni sindacali*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, n. 139/2012;

- GAROFALO M.G., *Per una teoria giuridica del contratto collettivo. Qualche osservazione di metodo*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 2011, 534-535;
- GARZIA M.A., *Tutela del lavoratore escluso nel trasferimento di ramo d'azienda*, in *Lavoro e giur.*, 2016, 11, 1004 ss.;
- GAUDIO G., *Trasferimento d'azienda e crisi d'impresa: una eterogenesi dei fini da parte del legislatore italiano?*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" – 347/2017*, 32;
- E. GHERA, *La certificazione nei contratti di lavoro*, in R. DE LUCA TAMAJO, M.RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema. Dalla Legge 14 febbraio 2003, n. 30 al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, 2004, 278;
- GIUGNI G., *Diritto del lavoro*, (voce per un'enciclopedia), in *Giorn. dir.lav., rel. ind.*, 1979, 46
- GOGLIETTINO G.P., *Politiche attive del lavoro e trasferimento di aziende insolventi: de iure condendo*, in *Lavoro e giur.*, 5, 2015, 455;
- GOGLIETTINO G.P., *Imprese in crisi o insolventi e tutela dei lavoratori. Trasferimento d'azienda tra diritto interno ed europeo*, Milano, 2014;
- GOTTARDI D., *Legge e sindacato nelle crisi occupazionali*, Padova, 1995;
- GRAGNOLI E., *Il concordato preventivo, i criteri di identificazione della sua natura liquidatoria e il trasferimento di un ramo di azienda*, in *dirittodellacrisi.it*;
- GRAGNOLI E., *La nuova disciplina del concordato preventivo*, in *Riv. giur. lav.*, 2019, 4, 628;
- GRAGNOLI E., *Il trattamento di fine rapporto, le procedure concorsuali, il trasferimento di azienda e l'intervento del fondo di garanzia*, in *Fall.*, 2019, 171-172.

GRAGNOLI, E. *I rapporti di lavoro subordinato nel concordato con continuità, Il fallimento*, 2014, n. 3, 253 ss.;

GRANDI M., *Le modificazioni del rapporto di lavoro*, I, Milano, 1972, 252 ss.

GRANDI B., *La sorte dei rapporti di lavoro nell'affitto e nella retrocessione delle aziende sottoposte a procedura concorsuale*, in *Dir. merc. lav.*, 2006, I, 265 ss.;

GUGLIELMUCCI L., *Diritto fallimentare*, 2015, Torino, F. PADOVINI (a cura di);

GUGLIELMUCCI L., *Origine ed evoluzione delle procedure concorsuali amministrative*, in *Dir. fall.*, 1994, 1, 1506

IMBERTI L., *Liquidazione giudiziale e rapporti di lavoro subordinato nel codice della crisi d'impresa: una disciplina (molto) speciale per sospensione, subentro del curatore, recesso, risoluzione di diritto*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2019, 4, 457 ss.

IMBERTI L., *A proposito dell'art. 8 della legge 148/2011: le deroghe si fanno ma non si dicono*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 2013, 270;

IMPICCIATORE M. A., *Il trasferimento dell'azienda in crisi: la Cassazione pone fine a ogni dubbio?*, in *Riv. giur. lav.*, 2020, 4, 589;

INGLESE I., *Il trasferimento dell'azienda in crisi di nuovo al vaglio della Corte di giustizia*, in *Arg. dir. lav.*, 2009, 1353;

IZZI D., *Il trasferimento tra diritto interno e diritto comunitario. La dimensione collettiva della tutela*, in *Riv. giur. lav.*, 1999, I, 877.

JORIO A., *Le procedure concorsuali tra tutela del credito e salvaguardia dei complessi produttivi*, in *Giur. comm.*, 1994, 1, 492;

LASSANDRI A., *I licenziamenti e le procedure concorsuali*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'A. Antona" .IT – 354/2018;

LAMBERTUCCI P., *La disciplina dei rapporti di lavoro nel trasferimento dell'impresa sottoposta a procedure concorsuali: prime note sul Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza del 2019*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2019, I, 2, 149 ss.;

LAMBERTUCCI P., *La rappresentanza sindacale e gli assetti della contrattazione collettiva dopo il testo unico sulla rappresentanza del 2014: spunti di riflessione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, 2, 236;

LAMBERTUCCI P., *Trasferimento di azienda e problemi occupazionali*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 2010, 2, 387;

LAMBERTUCCI P., *Il trasferimento di azienda in crisi*, in *Lavoro e giur.*, 2010, 11, 67 ss.;

LAMBERTUCCI P., *Il trasferimento di azienda in crisi fra diritto interno e diritto comunitario*, *Riv. it. dir. lav.*, 2002, II, 114 ss.;

LAMBERTUCCI P., *La disciplina del trasferimento dell'azienda in crisi al vaglio della Corte di giustizia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, II, 261;

LASSANDRI A., *I licenziamenti e le procedure concorsuali*, in *Var. dir. lav.*, 2018, 1, ma anche in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT – 354/2018*;

LECCESE V., *Giudici italiani e Corte di giustizia sul trasferimento d'azienda: un dialogo a più velocità?*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 1999, 78 ss.;

LEPORE A., *Il trasferimento d'azienda, Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, a cura di G. Santoro Passarelli, Torino, 2017;

LEUZZI S., *L'esercizio (non più provvisorio) dell'impresa del debitore nel quadro del Codice della Crisi e dell'Insolvenza*, in *Dir.fall.*, 2019, 3-4;

LIEBMAN S., *Trasferimento d'azienda, continuità del rapporto di lavoro e trattamento applicabile ai lavoratori*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 1991, 21 ss.;

LISO F., *Libertà sindacale, rappresentanza e conflitto*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, 581;

LISO F., *Autonomia collettiva e occupazione*, in *Dir. rel. ind.*, 1998, 191 ss;

LO CASCIO G., *Ulteriori aggiustamenti normativi all'amministrazione straordinaria ed al concordato preventivo*, in *Fall.*, 2009, 259;

LO FARO A., *Le direttive in materia di crisi e ristrutturazioni di impresa, Il lavoro subordinato*, a cura di S. Sciarra-B. Caruso, Torino, 2009, 452 ss.;

LOREA L., *La disciplina del trasferimento d'azienda in crisi alla luce del nuovo "Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza"*, in *Dir. Merc. Lav.*, 2019, 2, 507 ss.;

LUDOVICO G., *Il credito contributivo e la tutela previdenziale del lavoratore nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2019, 4;

MAFFEI ALBERTI A., *Nuova disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, in *Commentario breve*, 2013, Padova;

MAGNANI M., *Crisi d'impresa tra diritto del lavoro e mercato*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"* – 348/2017, 20 e 21;

MAGNANI M., *Imprese in crisi nel diritto del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1991, I, 172 ss.;

MAGNO P., *La nuova disciplina del trasferimento d'azienda*, *DL*, 1991, I, 149;

MAGRINI S., *La sostituzione soggettiva nel rapporto di lavoro*, Milano, 1980;

S. MAINARDI, *Le relazioni collettive del nuovo diritto del lavoro*, *Atti Aidlass*, 16-17 giugno 2016;

MAINARDI S., *Trasferimento di azienda in amministrazione straordinaria e deroghe all'art. 2112 c.c.*, in *Lavoro e giur.*, 11, 1995, 1037;

MARAZZA M., *La disciplina (speciale) del rapporto di lavoro nell'impresa insolvente*, in M. MARAZZA-D. GAROFALO, *Insolvenza del datore di lavoro e tutele del lavoratore*, Torino, 2015, 2 ss.;

MARAZZA M., *La circolazione del patrimonio aziendale e gli effetti sui contratti di lavoro*, in M. MARAZZA-D. GAROFALO, *Insolvenza del datore di lavoro e tutele del lavoratore*, Torino, 2015, 51 ss.;

MARAZZA M. - ANIBALLI V., *Contratto e rapporto di lavoro nell'impresa dichiarata insolvente*, in M. PERSIANI, *Trattato di diritto del lavoro*, diretto da F. Carinci, 2012, Padova, 2235 ss.;

MARESCA A., *Le novità del legislatore nazionale in materia di trasferimento d'azienda*, in *Arg. dir. lav.*, 2, 2001, 602 ss.;

MARESCA A., *Accordi separati tra libertà contrattuale e democrazia sindacale*, in AA. VV., *Rappresentanza sindacale e contratto collettivo*, a cura di G. SANTORO-PASSARELLI, Napoli, 2010, 49 ss.;

MARESCA A., *Autonomia e diritti individuali nel contratto di lavoro (rileggendo «L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro»)*, in *Dir.lav.rel.ind.*, 2009, n. 121, 109;

MARESCA A., *Gli obblighi di informazione e consultazione sindacale nel trasferimento d'azienda*, in *Dir. rel. ind.*, 1992, 7 ss.;

MARESCA A., *Diritti individuali del lavoratore e poteri del sindacato*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 28, 1985, 685 ss.;

MARCIANÒ A., *L'associazionismo imprenditoriale nel moderno sistema di relazioni industriali*, Torino, 2016;

MARINELLI M., *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, 2002, Torino;

MARTONE M., *A che prezzo - l'emergenza retributiva tra riforma della contrattazione collettiva e salario minimo legale*, Luiss University Press, 2019, 89 ss.;

MASERATI M., *Il principio di continuità dell'occupazione nel trasferimento di azienda in crisi: il caso Alitalia*, in *Dir. Relaz. Ind.*, 1, 2021, 243;

MENGHINI L., *I contratti di lavoro*, a cura di L. Guglielmucci, *I contratti in corso di esecuzione nelle procedure concorsuali*, Padova, 2006, 495;

MENGHINI L., *L'attenuazione delle tutele individuali dei lavoratori in caso di trasferimento di azienda di impresa in crisi o soggetta a procedure concorsuali dopo la direttiva 50/98 e il D.Lgs. 270/99*, in *Riv. giur. lavoro*, 2000, 208 ss.;

MEO G., *Il risanamento finanziato dai creditori. Lettura dell'amministrazione straordinaria*, Milano, 2013,

MICOSSI S., *Grandi imprese in crisi, una storia infinita: dagli anni Trenta del secolo scorso alle imprese a partecipazione statale, dalla legge Prodi ai dissesti Ilva e Alitalia*, in *Nuov. dir. soc.*, 2018, 513.

MINERVINI G., *Alcune riflessioni in tema di composizione dell'impresa industriale*, in *AA.VV., Problemi attuali dell'impresa in crisi*, Padova, 1983;

MINERVINI G., *Contro la "funzionalizzazione dell'impresa privata"*, in *Riv. dir. civ.* 1958, 1, 618

MISCIONE M., *Dialoghi di Diritto del lavoro*, Milano, 2010, 74 ss.;

MOCELLA M., *Messa in mobilità dei lavoratori dopo la CIGS e ambito di applicazione dei criteri di scelta*, in *Lav.giur.*, 8-9,2020, 842;

NARDECCHIA G.B.- RANALLI R., *Commento sub art.186-bis*, in *Codice commentato del fallimento*, diretto da G. LO CASCIO, Milano, 2013, 2305;

NAPPI S., *Negozi traslativi dell'impresa e rapporti di lavoro*, Napoli, 1999, 314 ss.;

NATULLO G., *Tutele sostanziali e tutele procedurali nel licenziamento collettivo: tra diritto vivente ed evoluzione normativa*, in *Riv.it.dir.lav.*, 2015, 1, 525;

NICOLOSI M., *Rapporti di lavoro e procedure liquidatorie dell'impresa*, Napoli, 2020

NOTARO F., *Trasferimento dell'azienda in crisi e derogabilità dell'art. 2112 in sede collettiva*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, II, 172 ss.;

NOVELLA M., *Trasferimento d'azienda, Commento all'art. 47, L. n. 428/1990*, in *Codice Commentato del Lavoro*, a cura di R. Del Punta-F. Scarpelli, 2020, 1333 ss.;

NOVELLA M., *Diritti dei lavoratori e trasferimento d'azienda nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Vecchie e nuove questioni.*, in *Riv. giur. lav.* 2019, 4, 651.

NUZZO V., *Sul trasferimento di aziende in crisi: cronache di una condanna annunciata*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, 2009, 843 ss.;

NUZZO V., *Trasferimento di azienda e rapporto di lavoro*, 2002, Cedam

ORLANDINI G., *Il trasferimento di azienda nelle imprese in stato di crisi tra dibattito teorico e prassi sindacale*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 108, 2005, 613;

OPPO G., *Diritti e interessi nella nuova disciplina dell'insolvenza delle grandi imprese*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 2, 521;

PANZANI L., *Il D.L. "Pagni" ovvero la lezione (positiva) del covid*, in *Dirittodellacrisi*, 25 agosto 2021;

PACCHI PESUCCI S., *Alcune riflessioni in tema di insolvenza, impresa e complesso aziendale, derivante dalla lettura della legge delega per l'emanazione della nuova legge sull'amministrazione straordinaria*, in *Giur. comm.*, 1999, 1, 299;

PACCHIANA PARRAVICINI G., *Voce Trasferimento d'azienda ed esternalizzazioni*, in *Enciclopedia del diritto*, 2017, 985;

- PACILEO F., *Continuità e solvenza nella crisi d'impresa*, Milano, 2017;
- PAJARDI P., PALUCHOWSKI A., *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008;
- PATTI A., *Il trattamento concorsuale per credito del TFR (ceduto dal lavoratore)*, in *Fall.*, 2020, 5, 624;
- PASSALACQUA P., *Autonomia collettiva e mercato del lavoro. La contrattazione gestionale e di rinvio*, 2005, Napoli;
- PASSALACQUA P., *Il modello del sindacato comparativamente più rappresentativo nell'evoluzione delle relazioni sindacali*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2014, n. 2, 378;
- PASSALACQUA P., *La Corte di Cassazione chiude il cerchio sul caso Spano in materia di trasferimento dell'azienda in crisi*, in *Dir. lavoro*, 2001, II, 370;
- PERA G., *Note sui contratti collettivi "pirata"*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1997, n. 4, I, pp. 381 ss.;
- PERA G., *Sulla disponibilità sindacale dei diritti individuali*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1986, 927 ss.;
- PERRINO A.M., *Il trasferimento dell'impresa insolvente*, in R. COSIO-G. VIDIRI (a cura di) *Il trasferimento di impresa in Italia nel quadro del diritto dell'Unione europea*, Milano, 2019, 169;
- PERRINO A.M., *La forza della chiarezza e le incrostazioni delle ambiguità in tema di tutela dei lavoratori e trasferimento d'azienda d'imprenditore in crisi o insolvente, tra passato e futuro*, in *For.it.*, 2019, n. 6, IV, 282;
- PERRINO A.M., *Contratto di lavoro in corso e fallimento: strumenti antichi e questione nuove*, in *Foro it.*, 2012, 9, I, 2364;

PERRINO A.M., *Le deroghe delle tutele dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda di imprenditore in crisi o insolvente tra i reiterati inadempimenti del legislatore nazionale*, in *Foro it.*, 2010, 270 ss.;

PERRINO A.M., *Le deroghe alle tutele dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda d'imprenditore in crisi o insolvente*, in *Foro it.*, 2007, 7/8, parte I, 2157;

PERSIANI M., *Interesse del lavoratore alla conservazione del posto e dissesto dell'impresa*, in *Giur.comm.*, 1979, 262;

PERULLI A., *I rinvii all'autonomia collettiva: mercato del lavoro e trasferimento d'azienda*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 1992, 554 ss.;

R. PESSI, *Ordinamento statale e ordinamento intersindacale: promozione o regolazione?*, in *Riv.it.dir.lav.*, 2014, 3 ss.;

PESSI R., *Profili giuslavoristici nelle procedure concorsuali*, in *Lavoro e prev. oggi*, 2010, 4, 356;

PETTIROSSI V., *Il concordato preventivo: della fattispecie con continuità aziendale*, in *Dir. fall.*, 2015, I, 216;

PINTO V., *Le fattispecie di continuità aziendale nel concordato nel Codice della Crisi*, in *Giur. comm.*, 2020, 2, 372 ss.;

PIZZOFERRATO A., *Il trasferimento d'azienda nelle imprese in crisi*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 2004, 159 ss.;

PIZZOFERRATO A., *I riflessi della direttiva 98/50/CE sull'ordinamento italiano*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 1999, 463 ss.;

PONTE F.V., *Contratto collettivo e inderogabilità*, Cedam, 2020;

PONTE F.V., *La disciplina italiana sul trasferimento dell'azienda in crisi non supera il vaglio della Corte di giustizia*, in *Dir. Lav. Merc.*, 1-2, 2009, 358 ss.;

PRETEROTI A., *Il principio di continuità dei rapporti di lavoro nella disciplina del trasferimento d'azienda in crisi*, in Riv. it. dir. lav., 2018, 437 ss.;

PRETEROTI A., *Il trasferimento d'azienda in crisi*, in G. SANTORO-PASSARELLI (a cura di), *Diritto e Processo del lavoro. Privato e pubblico*, 2020, 1856 e 1876 ss

PRETEROTI A., *Il trasferimento d'azienda nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: prove di assestamento euro-unitario*, in Mass. giur.lav., 2020, 3, 659 ss.

PROIA G., *Trasferimento d'azienda e rapporti di lavoro nelle "nuove" procedure concorsuali*, in Dir. Merc. lav., 2020, 2, 305;

RAVELLI F., *Cessione del ramo d'azienda nelle imprese in crisi e applicazione dei principi di razionalità e buona fede*, in Riv. critica dir. lav., 2012, IV, 1021 ss.;

RICCI M., *Trasferimento di azienda in crisi e rapporto di lavoro*, in Dialoghi fra dottrina e giurisprudenza, 2004, n. 2, 238;

RICCIO A., *Trasferimento di azienda in crisi e scelta dei lavoratori nel caso di passaggio parziale di manodopera*, in For.it., 2018,1, 891;

RIVA A., *Fallimento e rapporti di lavoro*, in S. SANZO (a cura di), *Procedure concorsuali e rapporti pendenti*, Milano, 2009;

ROCCELLA M. - TREU T., *Diritto del lavoro e della comunità europea*, Padova, 2007, 358;

ROMEI R., *Il rapporto di lavoro nel trasferimento d'azienda*, Art. 2112, Milano, 2020;

ROMEI R., *Cessione di ramo di azienda e appalto*, in Giornale dir. lav. e relazioni ind., 1999, 216;

ROMEI R., *Brevi osservazioni sulla recente sentenza della corte di giustizia in materia di trasferimento di azienda in crisi*, in Mass. giur. lav., 1996, 225;

ROMEI R., *La nuova legge sul trasferimento d'azienda: prime osservazioni*, in *Lavoro e dir.*, 1991, 585 ss.;

ROMEI R., *Crisi di impresa e garanzie dei crediti di lavoro*, Milano, 1990;

ROMEO C. - CHIETERA F., *La riscrittura dell'art. 2086 c.c.: alla ricerca di nuovi strumenti per il superamento della crisi, recupero della continuità aziendale e mutazioni genetiche nel diritto del lavoro*, in (coordinato e diretto da V.A. POSO) *Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi*, 15 marzo 2021;

ROSSI S., *Le crisi d'impresa*, in AA.VV., *Diritto Fallimentare*, Milano, 2008;

ROVELLI L., *Luci ed ombre della nuova legge sull'amministrazione straordinaria*, in *Fall.*, 2000, 45;

RUSCIANO M., *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, 2003, Torino;

SALIMBENI M.T., *Dall'informazione alla negoziazione collettiva dei criteri di scelta: la procedura*, in *Dir. relaz. ind.*, 2, 2006, 323 SS.;

SANTONI F., *La tutela dei lavoratori nella crisi dell'Alitalia*, in *Vicende dell'impresa e tutela dei lavoratori nella crisi dell'Alitalia*, Napoli, 2011;

SANTONI F., *Interesse dell'impresa e tutela dei lavoratori: riflessioni sulla vicenda Alitalia*, in *Dir. Lav. Merc.*, 1-2, 2009, 19;

SANTORO-PASSARELLI G., *Sulle categorie del diritto del lavoro "riformate"*, in *Dir. lav. e relaz. ind.*, 2016, 1, 7 ss.;

SANTORO-PASSARELLI G., *Diritto dei lavori e dell'occupazione*, Torino, 2020, 422;

SANTORO-PASSARELLI G., *Il rapporto di lavoro nel trasferimento d'impresa e di articolazione funzionalmente autonoma*, Torino, 2014;

SANTORO PASSARELLI G., *Accordo interconfederale 28 giugno 2011 e art. 8 d.l. 138/2011 conv. con modifiche L. 148/2011: molte divergenze e poche convergenze*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2011, 1224 ss.;

SANTORO-PASSARELLI G., *Trasferimento d'impresa: un delicato compromesso tra tutela individuale, mercato del lavoro e sviluppo economico*, in *Arg. dir. lav.*, 2005, 711 ss.;

SANTORO-PASSARELLI G., *La disciplina del rapporto di lavoro nel trasferimento d'azienda: evoluzione e prospettive*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, n. 28, 2004, 13;

SANTORO-PASSARELLI G., *Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro*, Torino, 2004;

SANTORO-PASSARELLI G., *Il difficile adeguamento del diritto interno al diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, I, 322;

SANTORO-PASSARELLI G., *L'applicabilità e l'efficacia diretta nell'ordinamento italiano delle norme comunitarie in materia di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 1995, 41 ss.;

SANTORO-PASSARELLI G., *Ancora sul trasferimento d'azienda*, in *Dir. lavoro*, 1994, I, 163;

SANTORO-PASSARELLI G., *Il trasferimento d'azienda rivisitato*, in *Mass. giur. lav.*, 1991, 464 ss. .

SCARPONI S., *Rappresentatività e rappresentanza sindacale*, Torino, 2005.;

SCARPONI S., *Il dialogo tra giudice comunitario e giudice nazionale alla luce della direttiva sul trasferimento d'azienda*, in *Scritti in onore di G.F. Mancini*, Milano 1988, I, 553 ss.;

SCOGNAMIGLIO R., *Autonomia sindacale ed efficacia del contratto collettivo di lavoro*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, 140 ss.;

- SERRANO M.L., *Il trasferimento dell'azienda in crisi tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale: ultimo atto?*, in *Riv. giur. lavoro*, 2010, 1, 325 ss.;
- SIMEON M., *Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: un nuovo dialogo fra diritto fallimentare e diritto del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2019, 4, 419;
- TERRANOVA G., *Stato di crisi e stato di insolvenza*, Torino, 2007;
- TOMASSETTI P., *La nozione di sindacato comparativamente più rappresentativo nel decreto legislativo n. 81/2015*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2016,2, 368;
- TOSI P., *Luci e ombre dell'inedito coordinamento tra diritto del lavoro e diritto fallimentare (ora diritto della liquidazione giudiziale)*, in *Arg. dir.lav.*, 2020, 1,
- TOSI P., *Circolazione dell'impresa in crisi e interpretazione comunitariamente orientata dell'art. 47, comma 4-bis, L. n. 428/1990*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2018, n. 2
- TOSI P., *Disponibilità individuale e collettiva dei diritti soggettivi nascenti da norme inderogabili*, in *Arg. dir. lav.*, 1999, 622 ss.;
- TOSI P., *Brevi osservazioni in merito alla derogabilità dell'art. 2112 c.c.*, in *Giur. it.*, 1982, I, 1, 1559;
- TREU T., *Regole e procedure nelle relazioni industriali: retaggi storici e criticità da affrontare*, in *WP C.S.D.L.E. Massimo D'antona.IT-396/2019*;
- TREU T., *I rinvii alla contrattazione collettiva (art. 51, d.lgs. n. 81/2015)*, in M. MAGNANI, A-PANDOLFO, P.A. VARESI (a cura di) *I contratti di lavoro*, Giappichelli, Torino, 2016, 250;
- TULLINI P., *Assetti organizzativi dell'impresa e poteri datoriali. La riforma dell'art. 2096 c.c.: una prima lettura*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2020,I, 135 ss.
- TULLINI P., *Tutela del lavoro nella crisi d'impresa e assetto delle procedure concorsuali: prove di dialogo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, I, 200 ss.;

- VALLAURI M. L., *Lavoratori e trasferimento di ramo nell'impresa in crisi*, a cura di Aimò A.- Izzi D., *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, Torino, 2014, 352 ss.;
- VALLAURI M. L., *Il lavoro nella crisi dell'impresa. Garanzia dei diritti e salvaguardia dell'occupazione nel fallimento e nel concordato preventivo*, Milano, 2013, 64 ss.;
- VALLEBONA A., *Il trasferimento dell'azienda in crisi: agevolazioni per l'acquirente e tutela dei posti di lavoro*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 1980, 280;
- VANNUCCI A., *Disapplicazione e diritto comunitario. La flessibilità come unica via per garantire coerenza all'ordinamento in una prospettiva sempre più integrata, in federalismi.it*, n. 17/2011;
- VENDITTI L., *Riduzione di personale e dimensioni dell'impresa: il caso Alitalia*, in *Dir. Lav. Merc.*, 1-2, 2009, 184-185;
- VILLA E., *La responsabilità solidale come tecnica di tutela del lavoratore*, Bonomia University Press, 2017.
- VILLANI V., *Trasferimento d'azienda. Profili di diritto del lavoro e della previdenza sociale*, Torino, 2000, 130 ss.;
- ZAMPINI G., *Il trasferimento d'azienda nelle procedure concorsuali con finalità liquidativa*, in *lav. giur.*, 2021, 6;
- ZILIO GRANDI G., *Il panettiere "tutto fare" tra appalto e certificazione: la questione essenziale delle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative*, in *Dir.rel.ind.*, 3, 2021, 884 ss.;
- ZILIO GRANDI G.- PICUNIO M.L., *Licenziamenti "economici" e criteri di scelta*, in *Giur.it.*, 2018, 6, 1526;
- ZILIO GRANDI G., *Trasferimento d'azienda, outsourcing e successione di appalti, Impiego flessibile e mercato del lavoro*, a cura di A. Perulli, Torino, 2004, 45 ss.;

ZOLI C. - RATTI L., *La disciplina dei rapporti di lavoro e l'esercizio provvisorio nel fallimento*, in *Mass. giur. lav.*, 2017, 4, 197 ss.;

ZOPPOLI A., *Sindacato comparativamente più rappresentativo vs. sistema (e democrazia) sindacale*, in *Legge e contrattazione collettiva nel diritto del lavoro post-statutario*, Atti delle Giornate di studio Aidlass, Napoli, 16-17 giugno 2016, Giuffrè, 2017, 354;

ZORZI A., *Concordato con continuità e concordato liquidatorio: oltre le etichette*, in *Dir. Fall.*, 2020, 1, 58 ss.;