

**POLITICHE ATTIVE
DEL LAVORO E
TRASFERIMENTO DI
AZIENDE
INSOLVENTI: *DE
IURE CONDENDO***

Documento del 19 Dicembre 2014

F
N
C

ABSTRACT

Il diritto del lavoro, nonché quello fallimentare riconoscono all'operazione circolatoria endoconcorsuale, sia temporanea che definitiva, una funzione strategica rispetto al perseguimento di obiettivi di rilevanza sociale connessi alla conservazione delle componenti positive dell'impresa tra cui, in modo particolare, dei livelli occupazionali, seppure non in misura totalitaria.

Correttamente, dunque, il legislatore ha ritenuto necessario fissare, con l'art. 47, commi 4 bis e 5, della l. n. 428/1990, una disciplina lavoristica che permettesse di superare quelle rigidità normative legittime in presenza di un'impresa in bonis, ma non certamente di una realtà decotta, il cui core business risulta ancora spendibile e dunque, in quanto tale, meritevole di attenzione in ragione della tutela di un interesse pubblicistico da anteporre a quello privatistico dei lavoratori uti singuli.

Ecco che quindi, quello che rileva, è la posizione dei lavoratori intesi quale collettività/categoria, motivo per cui il sacrificio delle loro tutele individuali apprestate dal codice civile con l'art. 2112 c.c. assolve a una funzione essenziale, che è quella di favorire la commerciabilità, rectius il trasferimento dell'azienda e, quindi, la continuazione della sua attività, il tutto attraverso un intervento regolatorio convenzionale che permetta di contenere gli elevati costi del lavoro legati alla conservazione in toto dei livelli occupazionali.

In particolare, con il comma 4 bis recentemente integrato, viene riconosciuta anche alle imprese in amministrazione straordinaria e a quelle che ricorrono al concordato preventivo, nella versione non meramente liquidatoria, o all'accordo di ristrutturazione dei debiti, la percorribilità della flessibilizzazione delle garanzie codicistiche riconosciute ai dipendenti, con la precisazione, tuttavia, che tale previsione normativa indubbiamente presenta evidenti profili di illegittimità, rispetto alla regola sovranazionale, in ragione dell'ampiezza delle deroghe consentite alle parti del trasferimento, esponendo così il nostro Paese a un'ulteriore possibilità di condanna da parte della Corte di giustizia Ue.

Ritornando, invece, alla strategicità della normativa in deroga rispetto alla salvaguardia dell'occupazione, oltre alla percorribilità per il cessionario di benefici normativi ed economici, può svolgere una funzione significativa anche il riconoscimento di agevolazioni contributive, così da ottimizzare ulteriormente gli oneri del lavoro.

In questa direzione rilevano le politiche attive del lavoro, quale strumento ulteriore per il perseguimento di quegli obiettivi sociali che sottendono alla circolazione endoconcorsuale, per cui si ritiene necessario intervenire normativamente all'interno del percorso Jobs act, che appunto tra le sue finalità annovera pure il rafforzamento delle stesse politiche attive, tanto più che il legislatore domestico in passato ha condiviso tale impostazione in occasione del salvataggio della nostra compagnia aerea di bandiera.

Del resto, ciò non solo comporterebbe un'ottimizzazione della spesa pubblica per gli ammortizzatori sociali, ma risponderebbe anche all'invito rivolto al nostro Paese, dagli organi europei, a investire più risorse in politiche attive e meno in politiche passive, troppo spesso fini a se stesse.

ABSTRACT

ACTIVE EMPLOYMENT POLICIES AND TRANSFER OF INSOLVENT BUSINESS: DE IURE CONDENDO

Employment law, as well as the bankruptcy law, ascribe to the transfer of a business within insolvency proceedings, either temporary or permanent, a strategic function in the pursuit of the social objectives connected with the preservation of the positive components of business activity, including employment levels.

Therefore, by the Article 47, paragraph 4-bis and 5, of the Law n. 428/1990, the lawgiver deemed necessary to establish an employment regulation allowing to overcome the regulatory rigidities in the case of a firm in bonis (but certainly not a ruined firm), whose core business is still alive and hence worthy of attention, since the protection of the public interest has to be safeguarded prior to the private interest of workers uti singuli.

As a result, what is important is the situation of the workers as a community/category: the sacrifice of their individual safeguards (provided by the Article 2112 of the Italian Civil Code) supports the marketability, or rather the transfer of the business and, therefore, the continuation of its activity, all through a conventional regulatory instrument that allows to hold down the high workforce costs related to the maintenance of full employment levels.

In particular, the new paragraph 4-bis granted to companies under extraordinary administration proceedings and those that resort to the composition agreement – not merely aiming at liquidation – or debt restructuring agreement, the possibility to adopt a flexible approach in managing the protections granted to employees by the Italian Civil Code. Nevertheless, this legislative provision certainly has clear unlawful aspects in a supranational regulation perspective, because of the huge extent of exceptions allowed to the parties involved in the transfer, thus exposing our country to a potential condemnation by the Court of Justice of the European Union.

However, with regard to the strategic nature of the rule derogating the protection of employment, in addition to the possibility for the transferee to access regulatory and financial benefits, the recognition of contribution relief can also play a significant role, so as to further optimize the workforce costs.

In this scenario, active employment policies are essential as a means to achieve the social objectives underlying the transfer of a business within insolvency proceedings. Consequently, it is important to participate to the regulatory path of the Jobs Act, which includes among its objectives the strengthening of the active employment policies and the Italian lawgiver has already supported this approach in the past, specifically with the bailout of Italian national airline.

This approach would not only imply the optimization of public spending on social safety nets, but also respond to the call made to our country by European institutions to invest more resources in active employment policies and less in passive ones, as these last risk becoming too often ends in themselves.

Sommario: 1. Premessa. – 2. La disciplina derogatoria interna e profili di compatibilità a livello europeo. – 2.1. Procedure di insolvenza liquidatorie. – 2.2. Procedure di insolvenza conservative e prefallimentari. – 3. Osservazioni finali.

1. Premessa

Oggetto del presente studio sarà quello di rappresentare e motivare, a seguito di un *excursus* normativo della disciplina in deroga alla normativa lavoristica generale connessa alla circolazione di aziende insolventi, una proposta emendativa in termini di politica attiva del lavoro, la cui *ratio* risiede nella necessità di rafforzare ulteriormente quel quadro normativo domestico deputato a favorire la commerciabilità dell'azienda e quindi, per *relationem*, la salvaguardia, almeno parziale, dei livelli occupazionali.

In particolare, quando il trasferimento riguarda aziende decotte, il legislatore interno, in piena sintonia con il collega europeo, ha messo a disposizione degli organi concorsuali un percorso normativo che permette agli stessi, in presenza di precise condizioni, di poter derogare alla disciplina lavoristica *ex art.*

2112 c.c. e, dunque, alla continuità giuridica dei rapporti di lavoro, alla solidarietà tra cedente e cessionario per i crediti dei lavoratori esistenti all'atto del trasferimento, nonché all'obbligo di applicazione, almeno fino alla loro scadenza, della contrattazione collettiva del cedente, qualora il cessionario non applichi alcun contratto collettivo.

Tutto questo rappresenta, indubbiamente, un'opzione legislativa tale da comportare un sacrificio sul piano delle garanzie individuali apprestate dal legislatore a favore dei lavoratori subordinati coinvolti in un processo traslativo endoconcorsuale, a fronte, però, di un beneficio collettivo connesso alla tutela, almeno parziale, dei posti di lavoro, cosicché i lavoratori rilevano non *uti singuli*, ma come componenti di una collettività.

Prima, però, di entrare nel merito della disciplina lavoristica interna, anche attraverso un'analisi comparata con le disposizioni europee in materia contenute nell'art. 5 della norma n. 2001/23, quale direttiva di seconda generazione, che di fatto autorizza gli Stati membri a poter derogare, in toto o parzialmente, agli artt. 3 e 4 inerenti alle tutele individuali *de quibus*, è necessario fare una duplice precisazione.

In primis, pure gli operatori delle procedure concorsuali, onde poter ricorrere legittimamente alla disciplina derogatoria fissata dall'art. 47, commi 4 bis e 5, della l. n. 428/1990, all'atto del trasferimento devono sempre verificare che oggetto dell'operazione circolatoria sia comunque un'azienda, o parte di essa, così come definita dall'art. 2112 c.c., al comma 5, ossia quale complesso di beni e rapporti giuridici organizzati al fine dell'esercizio dell'impresa¹, ovvero quale complesso funzionale di beni idoneo a consentire l'inizio o la prosecuzione dell'attività imprenditoriale², rilevando, quindi, non solo l'aspetto squisitamente statico (azienda), ma anche quello dinamico (esercizio dell'impresa).

In secundis, stabilito che nel nostro ordinamento non vige un meccanismo di derogabilità meramente convenzionale alle tutele *ex art.* 2112 c.c., passaggio obbligato è il raggiungimento di un accordo collettivo trilaterale, tra cedente, cessionario e organizzazioni sindacali dei lavoratori, idoneo a costituire norma derogatoria alla fattispecie, per cui qualora lo stesso non risultasse perfezionato, troverà applicazione la disciplina generale³; fermo restando che il presupposto costitutivo per legittimare la *competenza gestionale* del sindacato è rappresentato dal controllo pubblico autoritativo, amministrativo o giudiziario, che certifichi lo stato di crisi o di insolvenza e, dunque, la prevalenza delle ragioni pubblicistiche di recupero dell'azienda⁴.

¹ Cfr. Cass. 6 maggio 2009, n. 10400; Corte di giustizia Ue 24 gennaio 2002, causa C-51-00, *Temco*.

² Cfr. Cass. 4 agosto 2014, n. 17590

³ Cfr. Cass. 4 novembre 2014, n. 23473; Cass. 22 settembre 2011, n. 19282. Sulla necessità di un accordo individuale o collettivo, cfr., anche, Cass. 5 marzo 2008, n. 5929; Cass. 6 novembre 2003, n. 16673.

⁴ In realtà, esistono in giurisprudenza orientamenti che riconoscono natura transattiva agli accordi collettivi stipulati al di fuori dell'area dell'art. 47, c. 5, l. n. 428/1990 e che recano una deroga convenzionale alla continuità del lavoro, seppure secondo precise condizioni (cfr. Cass. 26 maggio 2006, n. 12573, in *RIDL*, 2007, II, 172 ss., con nota di Notaro). L'Autore della nota, però, è di parere contrario.

Va, peraltro, osservato che l'autorizzazione europea alle deroghe non è assolutamente arbitraria, ossia libera da qualunque indicazione, e illimitata, ma al contrario circoscritta a specifiche fattispecie soggettive e condizioni, anche se talune non ben chiare per l'interprete⁵, mostrando così l'Unione europea l'intenzione di voler governare direttamente peculiari situazioni di sofferenza dei sistemi produttivi⁶, pur tenendo in giusta considerazione i percorsi interpretativi elaborati in epoca precedente dalla Corte di Lussemburgo⁷.

Infatti, con l'art. 5 della direttiva, sono state tracciate le linee guida che gli Stati membri devono seguire al fine di legittimare la disapplicazione o l'ammorbidente delle garanzie comunitarie poste a favore dei lavoratori dipendenti coinvolti in un processo circolatorio del complesso aziendale, consentendo così un intervento modificatore sul piano delle tutele *individuali*, ma non certamente di quelle *collettive*, relative alle procedure di informazione e consultazione sindacale⁸.

2. La disciplina derogatoria interna e profili di compatibilità col diritto europeo

La normativa lavoristica in deroga *de qua*, che possiamo certamente considerare antesignana rispetto a quella europea, ha subito recentemente un intervento emendativo a seguito della sentenza della Corte di giustizia europea 11 giugno 2009, causa C-561/07, in ragione della quale il nostro Paese è stato condannato per aver violato gli obblighi ad essa incombenti in forza della direttiva n. 2001/23 in materia di tutela dei diritti dei lavoratori subordinati in caso di trasferimento d'azienda.

Nello specifico, la questione è sorta in ragione del fatto che la Repubblica italiana, a norma dell'art. 47, c. 5, l. n. 428/1990 consentiva, in presenza di uno stato di "crisi aziendale" *ex art. 2, c. 5, lett. c)*, l. n. 675/1977, la deroga *tout court* alle tutele individuali, legittimando in tal modo - impropriamente - il ricorso al trattamento normativo di favore anche alle imprese *in bonis*, pur non essendo la procedura di accertamento dello stato di crisi aziendale tesa ad un fine analogo a quello perseguito nell'ambito di una procedura di insolvenza, né che essa si trovi sotto il controllo di un'autorità pubblica competente, caratteristica peculiare di un procedimento concorsuale⁹.

In realtà, come ho avuto già modo di rappresentare e giustificare in un precedente studio, le ragioni dell'intervento emendativo interno non possono assolutamente ascrivere alla scorretta equiparazione dello stato di crisi a quello di insolvenza, bensì, in ragione di un disegno più complesso e articolato,

⁵ V. 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 *RGL*, 2000, 216.

⁶ V. Villani, *Trasferimento d'azienda, Profili di diritto del lavoro e della previdenza sociale*, Utet, 2000, 133.

⁷ V. settimo considerando della dir. n. 2001/23/Ce. Per un approfondimento dell'evoluzione giurisprudenziale comunitaria, v. Gogliettino, *Imprese in crisi o insolventi e tutela dei lavoratori*, Giuffrè, 2014, 29 ss..

⁸ In particolare, sul piano collettivo, la dir. n. 2001/23 rafforza, o meglio valorizza l'aspetto inerente alla rappresentanza dei lavoratori coinvolti nel trasferimento d'azienda (v. art. 5, par. 2, lett. b); art. 5, par. 4; art. 6, par. 1, 3 c.).

⁹ Cfr. Corte di giustizia Ue 11 giugno 2009, causa C-561/07, *Commissione vs. Repubblica italiana*, punto 39. In dottrina, v. Brizzi, *Il trasferimento d'azienda in crisi tra diritto interno e diritto comunitario*, in *Giur. It.*, 2010, 2.

all'opportunità per il nostro legislatore di creare un sistema organico e integrato di norme interne che, seppure appartenenti a ordinamenti differenti (lavoristico e fallimentare), operino in stretta connessione tra di loro, avendo come obiettivo comune il risanamento dell'impresa e il superamento della crisi aziendale, in uno con la salvaguardia dei livelli occupazionali¹⁰.

Fatto sta che oggi, la normativa lavoristica interna emendata, pur ribadendo rispetto al rapporto Stato membro/sentenza Ue che le decisioni della Corte di giustizia hanno efficacia dichiarativa del diritto comunitario¹¹, fissa due distinti percorsi derogatori, uno di *disapplicazione*, un altro di *flessibilizzazione* delle garanzie individuali codicistiche, rispettivamente contenuti nel c. 5 e nel c. 4 bis, dell'art. 47 della l. n. 428/1990.

2.1.1. Procedure di insolvenza liquidatorie

L'art. 47, c. 5, depurato della situazione di crisi aziendale, attualmente stabilisce che: *"Qualora il trasferimento riguardi 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 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"*.

Dal testo della disposizione si può scorgere facilmente la caratteristica peculiare che consiste nella circostanza per cui, in presenza di procedure di insolvenza con dichiarata finalità liquidatoria, il perfezionamento di un accordo collettivo finalizzato al mantenimento, anche parziale, dei posti di lavoro legittima la *disapplicazione* (letteralmente *non trova applicazione*) delle garanzie individuali fissate dall'art. 2112 c.c.; il che significa, sul piano pratico, che sarà possibile evitare la prosecuzione dei rapporti di lavoro presso il cessionario, l'applicazione del principio della responsabilità solidale tra cedente e cessionario rispetto agli obblighi derivanti dal rapporto di lavoro e preesistenti al trasferimento, l'obbligo per il cessionario di rispettare le condizioni di lavoro risultanti dai contratti collettivi applicati dal cedente fino alla loro scadenza e, aggiungo, che il trasferimento non possa costituire *ex se* motivo di licenziamento dei lavoratori.

¹⁰ V. Gogliettino, *Imprese in crisi o insolventi e tutela dei lavoratori*, cit., 53 ss..

¹¹ Ciò comporta che le sentenze della Corte di giustizia Ue hanno efficacia dichiarativa del diritto comunitario, e quindi, in quanto finalizzate a precisarne il significato, non determinano tuttavia un'abrogazione della disposizione nazionale, ma ne producono un effetto di disapplicazione non automatico (Cfr. Corte Cost. 23 aprile 1985, n. 113).

La ragione di quest'ultima opzione derogatoria, non sempre evidenziata nella prassi, trova la sua logica nella circostanza che il legislatore domestico con il meccanismo della disapplicazione richiama, *sic et simpliciter*, l'intero contenuto dell'art. 2112 c.c. coinvolgendo, quindi, anche il comma 4, che appunto stabilisce che “*il trasferimento d'azienda non costituisce di per sé motivo di licenziamento*”.

A fortiori rileva il fatto che la direttiva Ue n. 2001/23, nel declinare la prima opzione derogatoria, *ex art.* 5, par. 1, chiarisce che oggetto di deroga può, non deve necessariamente, interessare anche l'art. 4, che riguarda appunto la questione dell'illegittimità del licenziamento motivato dal trasferimento d'impresa. Inoltre, merita di essere attenzionata la situazione per cui i diritti individuali dei lavoratori non trovano applicazione per la mera circostanza che la procedura sia aperta in vista della liquidazione dei beni del cedente, non richiedendo l'ulteriore requisito della non continuazione dell'attività o della sua cessazione¹², e ciò in ragione del fatto che, appunto, l'unica conseguenza possibile è la disgregazione del patrimonio aziendale. Tanto più che, anche rispetto a un modello concorsuale liquidatorio, la continuazione dell'attività produttiva può essere strumentale a esso e può rappresentare una valida opportunità per la migliore, ancorché non immediata, soddisfazione dei creditori¹³.

Circostanza che, come vedremo meglio in seguito, interessa anche la procedura dell'amministrazione straordinaria, sia nella versione normotipica che speciale¹⁴, rispetto alla quale, essendo la continuazione dell'attività immanente alla procedura, diversamente dalla vecchia disciplina *ex l. n. 95/1979* (c.d. legge *Prodi*), la regolamentazione lavoristica dell'operazione circolatoria è dettata dal comma 4 bis, e non dal comma 5, dell'art. 47 della l. n. 428/1990.

Per quanto concerne, poi, la questione della compatibilità della norma interna con quella europea, su un piano squisitamente riferito all'ambito soggettivo delle deroghe, la disposizione nazionale è conforme al *diktat* europeo, tant'è che la stessa regola sovranazionale, all'art. 5, par. 1, richiama espressamente e inequivocabilmente le procedure di insolvenza finalizzate alla liquidazione del patrimonio del debitore, *rectius* cedente, il che ricorre sia rispetto al fallimento, procedimento liquidatorio per antonomasia, che alla liquidazione coatta amministrativa¹⁵ e al concordato preventivo con cessione dei beni¹⁶, quali istituti che conservano la struttura di procedimenti esecutivi¹⁷.

¹² V. Nuzzo, *Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro*, Cedam, 2002, 164.

¹³ V. Caiafa, *La nuova direttiva sull'insolvenza del datore di lavoro*, in Cosio (a cura di), *Bollettino Europeo Lavoro*, in *DPL*, supplemento, 47, 2010, 4.

¹⁴ Il riferimento è al d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270, e alle sue varianti speciali cc.dd. *Marzano* (per un approfondimento, v. Gogliettino, *Imprese in crisi o insolventi e tutela dei lavoratori*, cit., 63 ss.).

¹⁵ Va precisato che il fallimento è affidato all'autorità giudiziaria, mentre la liquidazione coatta amministrativa all'autorità amministrativa.

¹⁶ V. art. 182 l.f.. Si tratta della forma residuale concordataria, alla stregua della *cessio bonorum* (cfr. Cass. 11 agosto 2000, n. 10738), in ragione della quale non sarà possibile prevedere altro che la liquidazione atomistica dei singoli beni, senza alcuna valorizzazione sistemica di tutti o di parte degli stessi beni (v. AA.VV., *Il nuovo concordato preventivo a seguito della riforma*, in *I quaderni della scuola di Alta formazione*, ODCEC Milano, 2012, n. 43, 9 ss., 17). Sulla circostanza che la particolare modalità concordataria non è più assimilabile all'istituto della *cessio bonorum*, v. Bozza, *La fase esecutiva del concordato preventivo con cessione dei beni*, in *Fa*, 7, 2012, 768.

Anche per quanto riguarda la questione legata all'ampiezza delle deroghe, la disposizione interna non presenta profili di criticità, considerato che la direttiva, sempre all'art. 5, par. 1, autorizza la disapplicazione di tutte le garanzie individuali ivi fissate, conformemente a quanto deciso dai nostri Ermellini¹⁸.

Sul piano delle tutele collettive, non solo c'è piena armonia tra la nostra norma in deroga e quella europea, richiamando la procedura di informazione e consultazione sindacale¹⁹, ma *a fortiori* stabilisce l'obbligo del raggiungimento di un accordo sindacale, il che – quale ulteriore forma di garanzia per i lavoratori – è visto sempre con favore da qualunque ordinamento, compreso quello comunitario²⁰.

2.1.2. Procedure di insolvenza conservative e prefallimentari

L'art. 47, c. 4 bis, della l. n. 428/1990 così recita: “*Nel caso in cui sia stato raggiunto un accordo circa il mantenimento, anche parziale, dell'occupazione, l'articolo 2112 del codice civile trova applicazione nei termini e con le limitazioni previste dall'accordo medesimo qualora il trasferimento riguardi aziende:*

a) delle quali sia stato accertato lo stato di crisi aziendale, ai sensi dell'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;

b-bis) per le quali vi sia stata la dichiarazione di apertura della procedura di concordato preventivo;

b-ter) per le quali vi sia stata l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti”.

Preme, innanzitutto, evidenziare la differenza, non solo letterale, tra il concetto di *disapplicazione* e quello di *flessibilizzazione*, fattispecie quest'ultima che interessa le procedure di insolvenza con finalità conservativa.

Si parla di *disapplicazione* quando il punto di partenza dell'operazione circolatoria, in ragione dell'accordo sindacale, è la *non applicazione* delle tutele *ex art. 2112 c.c.*, salva poi la possibilità per le parti deputate a governare l'operazione traslativa di prevedere “condizioni di miglior favore”; diversamente si definisce *flessibilizzazione* la procedura in ragione della quale le tutele codicistiche trovano applicazione, salvo poi limarle secondo i termini fissati nell'accordo sindacale *in peius*.

In realtà, come si può ben comprendere, si tratta di un virtuosismo del nostro legislatore che, pur allineandosi letteralmente alle disposizioni contenute nella disposizione comunitaria, consente di

¹⁷ V. Guglielmucci, *Diritto fallimentare*, Giappichelli, 2008, 13.

¹⁸ Cfr. Cass. 12 maggio 1999, n. 4724.

¹⁹ V. art. 47, commi da 1 a 4, l. n. 428/1990.

²⁰ V. art. 8 dir. 2001/23.

intervenire sul sistema delle garanzie individuali *in toto*, non rispondendo in tal modo ai limiti posti sia dal legislatore sovranazionale che dai giudici europei con la sentenza di condanna del 2009.

Si tratta, in effetti, di una differenza di metodo, ma non certamente di risultato, esponendo così il nostro Paese a una possibile, ulteriore condanna da parte dei giudici europei.

Tanto premesso, vediamo nello specifico cosa stabilisce la norma domestica derogatoria.

Innanzitutto, sotto un profilo soggettivo delle deroghe, è possibile azionare il meccanismo della *flessibilizzazione*, in presenza di una situazione di *crisi aziendale* così come definita dalla l. n. 675/1977, dell'amministrazione straordinaria, del concordato preventivo e dell'accordo di ristrutturazione dei debiti.

Tralasciando lo stato di crisi, in quanto non strumentale allo scopo del presente studio, soffermiamoci sulle ultime tre procedure concorsuali.

Rispetto all'amministrazione straordinaria, che si pone il precipuo obiettivo del risanamento e della conservazione aziendale, attraverso la continuazione dell'attività, così da garantire il diritto al lavoro *ex art. 4, c. 1, Cost.*, va segnalata la circostanza per cui la disciplina derogatoria, dopo essere transitata temporaneamente dall'ordinamento lavoristico a quello fallimentare, a decorrere dal 24 agosto del 1999, data di entrata in vigore della legge n. 270, rilevando così l'art. 63, commi 4 e 5, è stata fissata nuovamente dal diritto del lavoro ai sensi e per gli effetti dell'art. 19 quater della l. n. 166/2009.

In questo modo, in ragione di una logica di sistema e cogliendo l'opportunità riformatrice a seguito della sentenza della Corte di giustizia Ue n. 561/07, sono state risolte tutta una serie di criticità connesse a questioni di stampo ermeneutico della norma fallimentare, ulteriormente aggravate dall'avvento dell'art. 56, c. 3 bis, l. n. 270/1999²¹.

Di conseguenza, ricorrendo al criterio cronologico per la soluzione dell'antinomia normativa venutasi a creare tra le diverse regole, possiamo oggi ritenere che la regolamentazione del trasferimento d'azienda soggiace alle disposizioni lavoristiche contenute nell'art. 47, c. 4 bis, l. n. 428/1990²², anche per quel che concerne le varie versioni del c.d. decreto *Marzano*.

Tra l'altro, merita di essere evidenziato il carattere pleonastico dell'elemento della continuazione dell'attività dato che, come ho già rappresentato innanzi, con l'entrata in vigore della *Prodi bis*, lo stesso è divenuto immanente alla procedura, cosicché la ricorrenza delle regole *ex art. 47, c. 5*, trovano

²¹ Così il contenuto della norma, inserita nel corpo della *Prodi bis* dall'art. 14, c. 5, d.l. 29 novembre 2008, n. 185 (conv. dalla l. n. 2/2009), : “*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*”.

²² Per comprendere meglio il percorso logico seguito dall'autore per corroborare la tesi, v. Gogliettino, *Imprese in crisi o insolventi e tutela dei lavoratori*, cit., 68 ss..

efficacia, in ossequio a una norma transitoria, unicamente per quei procedimenti ancora in corso ai sensi della vecchia legge *Prodi*²³.

Per quanto riguarda il momento temporale della procedura rispetto al quale l'opzione derogatoria può essere attivata, si fa riferimento alla sua fase di apertura (c.d. *fase amministrativa*), stabilita con apposito decreto motivato da parte del Tribunale.

Relativamente, poi, all'estensione della *flessibilizzazione* delle tutele individuali anche al concordato preventivo - valorizzandone così il ruolo, in linea col legislatore fallimentare, rispetto alla funzione recuperatoria *in bonis* dell'impresa -, pure nella modalità in *continuità aziendale*²⁴, e dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, quali istituti concorsuali di risanamento dell'impresa attraverso la composizione negoziale della crisi²⁵, il loro inserimento nel testo del comma 4 bis è avvenuto in un momento successivo *ex art. 46 bis, c. 2, del d.l. 22 giugno 2012, n. 83 (conv., con modif., dalla l. 7 agosto 2012, n. 134)*, il quale, nel fissare misure in materia di accordi di lavoro, ha apportato modifiche pure alla legge 28 giugno 2012, n. 92 (c.d. *legge Fornero*).

Va, però, correttamente evidenziato che, ai fini della legittima operatività della disciplina in deroga, è necessaria la ricorrenza, così da caratterizzare il requisito europeo del controllo giudiziario, dell'atto di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti²⁶, ovvero, rispetto al concordato preventivo, della dichiarazione di apertura della procedura.

Da ciò emerge l'unica differenza lavoristica tra i due procedimenti, che consiste nel fatto che mentre nel caso del concordato, ai fini della possibile applicazione delle deroghe alle tutele individuali, in caso di trasferimento d'azienda, o rami di essa, l'accordo sindacale *erga omnes* può realizzarsi anche prima dell'omologa, ma comunque dopo l'apertura del procedimento²⁷, nel caso degli accordi di ristrutturazione la *flessibilizzazione* delle garanzie può aversi, sempre attraverso un accordo trilaterale, ma solo dopo la loro omologazione da parte del Tribunale²⁸, proprio perché, rispetto a quest'ultima

²³ V. art. 106 d.lgs. n. 270/1999.

²⁴ V. art. 186 bis l.f.. Si tratta di una formula concordataria, introdotta recentemente dal d.l. n. 83/2012 (c.d. *decreto crescita*), finalizzata al superamento della crisi aziendale, al pari dell'amministrazione straordinaria, in ragione della quale la continuità aziendale ha ragione soprattutto per il salvataggio dei posti di lavoro e per evitare che l'interruzione dell'attività dell'impresa si riversi anche sui creditori (v. AA.VV., *Il nuovo concordato preventivo a seguito della riforma*, cit., 14).

²⁵ In particolare, per quanto riguarda l'accordo di ristrutturazione dei debiti, si tratta di un istituto pre-fallimentare finalizzato alla soluzione di crisi temporanee (v. Manganelli, *Gestione delle crisi di impresa in Italia e negli Stati Uniti: due sistemi fallimentari a confronto*, in *Fa*, 2, 2011, nota 1, 130 ss.).

²⁶ Per un approfondimento dell'istituto, v. Restuccia, *Natura giuridica e struttura degli accordi di ristrutturazione dei debiti ai sensi del novellato art. 182 bis l. fall.*, in *Riv. Not.*, Giuffrè, 2012, 6, 1257 ss..

²⁷ Correttamente, in dottrina, si ritiene che l'attivazione delle deroghe parziali non sono estendibili al concordato "con riserva", *ex art. 161 c. 6, l.f.*, in quanto tale fattispecie fallimentare non prevede un provvedimento di ammissione, che è solo eventuale e a seguito del deposito della proposta concordataria (v. Bellè, *Il concordato preventivo*, in Aprile, Bellè, *Diritto concorsuale del lavoro*, Ipsoa, 2013, 281).

²⁸ V. Bellè, *Piani attestati di risanamento e accordi di ristrutturazione*, in Aprile, Bellè, *Diritto concorsuale del lavoro*, cit., 250.

procedura, è con il provvedimento di omologa che viene soddisfatto il requisito del controllo giudiziario.

Riguardo, però, alla procedura di concordato preventivo diventa necessario fare delle brevi osservazioni, onde poter comprendere, rispetto ad essa, quando ricorre la fattispecie derogatoria di cui all'art. 47, c. 5, l. n. 428/1990, ovvero quella della *flessibilizzazione ex art. 47, c. 4 bis*.

Bisogna, innanzitutto, evidenziare che l'inclusione dell'istituto concorsuale non solo tra le ipotesi soggettive di disapplicazione totale delle garanzie individuali *ex art. 2112 c.c.*, ma anche tra quelle caratterizzanti la loro possibile attenuazione, non rappresenta un errore normativo in virtù di una loro sovrapposizione, ma trova la sua ragione d'essere nella *ratio* innovativa perseguita dal legislatore con la riforma del concordato preventivo, che è appunto quella di definire positivamente, in chiave preventiva e sempreché sostenibile, situazioni di criticità aziendale, salvando così l'impresa dal dissesto ed evitando, *per relationem*, il suo fallimento; finalità che, recentemente, è stata ulteriormente rafforzata con il *decreto sviluppo* n. 83/2012, attraverso l'esplicita regolamentazione del *concordato in continuità aziendale*²⁹.

In effetti, il legislatore ha colto l'opportunità di consentire, in un'ottica di recupero dei valori aziendali, l'ammorbidimento delle garanzie individuali apprestate a favore dei lavoratori subordinati nell'ambito di un trasferimento d'azienda già a decorrere dalla fase di apertura della procedura concordataria, in ragione del fatto che, con il decreto di ammissione risultano comunque soddisfatti, come vedremo compiutamente *infra*, i requisiti comunitari indispensabili a legittimare le deroghe parziali, ossia che si tratti di una procedura di insolvenza e che la stessa sia assoggettata a un controllo giudiziario³⁰.

In definitiva, possiamo quindi ritenere applicabile la fattispecie della disapplicazione *tout court* delle tutele individuali tutte le volte in cui la circolazione aziendale interessi un concordato che, a seguito della sua omologazione da parte del Tribunale, si risolva nella cessione *totale* dei beni, con chiara finalità liquidatoria; viceversa, si applicherà la fattispecie della *flessibilizzazione* non solo nell'ipotesi in cui il trasferimento d'azienda si realizza successivamente all'apertura della procedura concordataria, ma prima del decreto di omologazione³¹, non essendo chiaro e prevedibile, fin dalla sua fase genetica,

²⁹ V. art. 186 bis l.f.

³⁰ È corretto, comunque, precisare che, a differenza del fallimento, si tratta di un controllo giudiziario alquanto limitato, esercitato dal Tribunale, dal giudice delegato e dal commissario giudiziale, in quanto, l'imprenditore ovvero gli organi sociali preposti conservano, ai sensi dell'art. 167, c. 1, l.f., il potere di amministrare i beni aziendali e di gestire l'attività economica svolta, eccezione fatta per gli atti di straordinaria amministrazione che devono essere autorizzati dal giudice delegato, comportando così una situazione di spossessamento attenuato rispetto al fallito (v. Fauda, *Le ragioni e le prospettive del ricorso al concordato preventivo*, in AA.VV. (a cura di), *Il fallimento e altre procedure concorsuali*, Ipsoa, 2013, 507. Sugli organi della procedura, v. Palmerio, *Gli organi della procedura*, in AA.VV. (a cura di), *Il fallimento e altre procedure concorsuali*, Ipsoa, 2013, 610 ss.).

³¹ Il trasferimento d'azienda, nel corso della fase di apertura e prima dell'omologa del concordato, potrà realizzarsi solo attraverso l'affitto d'azienda, o parti di essa, ben potendo il ricorso alla particolare tipologia contrattuale essere propedeutico all'esecuzione di un concordato preventivo di risanamento indiretto, (v. Bonfatti, *I concordati preventivi di risanamento*, in *Il Caso.it*, 2011, n. 228, 22). Sulla percorribilità, nella fase che precede l'omologa del concordato,

l'epilogo³², ossia se l'istituto porterà al risanamento dell'impresa ovvero al mero soddisfacimento dei creditori, ma anche quando, successivamente all'omologa, la finalità attestata del concordato, per effetto di apposita approvazione da parte della maggioranza dei creditori, è quella di salvare l'azienda, anche attraverso la continuazione *diretta* dell'attività da parte dello stesso imprenditore (c.d. *concordato di ristrutturazione*), ovvero attraverso la sua continuazione *indiretta* (c.d. *concordato con cessione*), in ragione della cessione/conferimento a terzi dell'azienda³³.

In definitiva, il discrimine tra le due diverse opzioni derogatorie nazionali può essere individuato nell'obiettivo perseguito dalla procedura, sia esso liquidatorio o di risanamento³⁴.

Per cui, ciò che rileva è la fase del procedimento concorsuale, ossia se ci si trova in quella di *apertura*, oppure di *omologa*, dato che solo con quest'ultimo provvedimento giudiziario la proposta concordataria, così come approvata dai creditori, viene validata dal Tribunale, manifestando in tal modo la precisa e chiara finalità concordataria e dando inizio alla fase esecutiva.

Venendo, ora, alla compatibilità delle previsioni interne al diritto europeo, rispetto alle fattispecie soggettive richiamate, possiamo ritenere l'art. 47, c. 4 bis conforme alla direttiva di seconda generazione e, precisamente, alle indicazioni contenute nell'art. 5, par. 2, lett. a) e b).

Nello specifico, la conferma ci viene dall'esatta interpretazione dell'espressione "*indipendentemente dal fatto che la procedura sia stata aperta in vista della liquidazione dei beni del cedente stesso*", in virtù della quale viene attestata l'inconferenza, a differenza della prima fattispecie derogatoria, della finalità liquidatoria della procedura.

Trovare un senso logico all'inciso non è impresa facile, tant'è vero che in dottrina, sul punto, si sono sviluppate le più disparate e particolari interpretazioni³⁵, a dimostrazione della oggettiva difficoltà di collocare pragmaticamente l'affermazione, nonché della sua possibile lettura sotto diversi punti di vista,

solo dell'affitto e non anche di attività liquidatorie dei beni del debitore assimilabili alla vendita forzata, cfr. Trib. Bergamo 1 dicembre 2011. Inoltre, essendo l'affitto d'azienda un atto di straordinaria amministrazione, lo stesso necessita, per l'imprenditore in crisi, di apposita autorizzazione da parte del giudice delegato (cfr. Cass. 11 agosto 2004, n. 15484; Trib. Sulmona 5 dicembre 2007; v. Gaeta, *Effetti del concordato preventivo*, in AA.VV., *Fallimento e altre procedure concorsuali*, Fauceglia, Panzani (diretto da), Utet, 2009, 1649 ss.). Sulla circostanza che gli atti di straordinaria amministrazione sono quelli nuovi, ossia sorti nel corso della procedura, cfr. Trib. Prato 14 giugno 2012.

³² V., anche, Fabbri, *Trasferimento di azienda in crisi: disciplina nazionale e comunitaria*, in *DPL*, 2013, 2, 86.

³³ È corretto parlare di continuità aziendale, e non di continuità imprenditoriale, in ragione del fatto che per la realizzazione del concordato preventivo in continuità non rileva che esso si inquadri in un piano di ristrutturazione o, invece, di cessione finale del complesso produttivo o di suo conferimento (v. Pacchi, *Flash sul concordato preventivo in continuità*, in *Quotidiano Ipsosa*, 26 agosto 2013). Sulla distinzione tra continuità diretta e indiretta, v. AA.VV., *Il nuovo concordato preventivo a seguito della riforma*, cit., 17.

³⁴ Sulla possibile doppia finalità del concordato, cfr. Trib. Monza 7 aprile 2009.

³⁵ Per un'analisi dettagliata, v. Menghini, *I contratti di lavoro*, in Guglielmucci (a cura di), *I contratti in corso di esecuzione nelle procedure concorsuali*, Cedam, 2006, 613-619.

alcuni condivisibili, altri un po' meno, soprattutto quando si è voluto individuare la chiave di volta nell'elemento della continuazione dell'attività³⁶.

In questo direzione, non è possibile pensare che, considerando ininfluenza l'obiettivo liquidatorio della procedura, allora diventa strategico e dirimente, ai fini della ricorrenza della prima o della seconda fattispecie derogatoria, la semplice autorizzazione dell'attività.

Questo comporterebbe che la prima ipotesi in deroga ricorrerebbe quando, pur trattandosi di procedure di insolvenza, non sia stata decisa la continuazione dell'attività; viceversa, la seconda opzione derogatoria si applicherebbe non solo in presenza di una procedura di insolvenza non liquidatoria, ma anche nel caso in cui, pur essendo il procedimento liquidatorio, sia stata autorizzata la prosecuzione dell'attività³⁷.

In verità, una simile lettura dell'inciso europeo non è sostenibile, e questo innanzitutto perché se il legislatore europeo avesse voluto in tal senso, mutuando un vecchio principio della propria giurisprudenza³⁸, non avrebbe esitato a specificare, nel testo della direttiva, l'elemento della prosecuzione dell'attività; inoltre, è ben nota la circostanza secondo cui la stessa continuazione dell'attività ben può essere strumentale all'esito non solo di una procedura non liquidativa, ma anche finalizzata meramente al soddisfacimento del ceto creditorio, risultando così ininfluenza rispetto all'obiettivo del procedimento³⁹.

Ecco che allora, per trovare una soluzione alla questione, non si può prescindere dalla *voluntas legis* connessa all'introduzione, da parte del legislatore comunitario, delle specifiche fattispecie in deroga.

In quest'ottica, pertanto, è propedeutico e utile richiamare il contenuto del settimo *considerando* contenuto nella direttiva n. 98/50⁴⁰, con il quale viene posto in risalto la necessità di garantire la sopravvivenza di imprese insolventi, *sic et simpliciter*, principio poi ribadito, a dimostrazione della sua rilevanza, nel testo del paragrafo 2, lett. b), dell'art. 4 bis, e ulteriormente integrato con la necessità di salvaguardare anche i livelli occupazionali.

Per cui, per il perseguimento di tali obiettivi e in ragione degli stessi, il legislatore ha comunque ritenuto opportuno operare una distinzione, esclusivamente ai fini dell'entità delle deroghe, tra procedure

³⁶ Secondo l'Autore, "applicare al fallimento e alle altre analoghe procedure liquidative il discrimine fra continuazione o meno dell'attività è (...) frutto di un equivoco se mutuato dall'elaborazione giurisprudenziale della Corte di giustizia" (v. Villani, *Trasferimento d'azienda*, cit., 142).

³⁷ V. Carabelli, Veneziani, *Il trasferimento di azienda in Italia*, in AA.VV., *La trasmissione de impresas en Europa*, Cacucci, 1999, 146-149.

³⁸ Cfr. Corte di giustizia Ue 25 luglio 1991, causa C-362/89, *D'Urso*; Corte di giustizia Ue 7 febbraio 1985, causa C-135/83, *Abels*.

³⁹ V. Anibaldi, *Il trasferimento di "ramo d'azienda" nel fallimento e nell'amministrazione straordinaria: compatibilità della disciplina italiana con la normativa europea*, in *RIDL*, 2012, 370; Nonno, *Commento sub art. 105*, in Ferro (a cura di), *La legge fallimentare*, Cedam, 2011, 1234; A. Corrado, D. Corrado, *I rapporti di lavoro nel fallimento*, Giappichelli, 2007, 237; Villani, *Trasferimento di azienda*, cit., 142, 145.

⁴⁰ Si precisa che il richiamo alla direttiva del 1998 non è un errore, in ragione del fatto che il suo contenuto è stato pedissequamente trasfuso nella n. 23 del 2001.

meramente liquidatorie e procedure con finalità di risanamento e di conservazione⁴¹, coerentemente rappresentate, rispettivamente, dalle due specifiche fattispecie derogatorie *ex art. 5, par. 1*, ed *ex art. 5, par. 2*, manifestando in questo modo la volontà di non voler escludere da una potenziale derogabilità quei procedimenti che, seppure di insolvenza, non determinano la liquidazione dei beni del cedente.

In più, oltre al metodo teleologico, l'assunto, posto tra parentesi, deve essere interpretato anche per mezzo del ricorso a un criterio sistematico, attraverso cioè una lettura combinata dei primi due paragrafi dell'art. 5, per cui sembra possibile sostenersi che l'elemento da considerare ai fini della ricorrenza della prima o della seconda ipotesi in deroga sia rappresentato, semplicemente e rispettivamente, dal carattere liquidatorio o meno della procedura, ritenendo quindi pleonastico il richiamo all'inconferenza della finalità liquidatoria, presente nell'ipotesi derogatoria *ex art 5, par. 2*⁴².

In definitiva, premesso che è condivisibile l'impostazione dottrinale secondo la quale l'inciso relativo all'indipendenza della procedura rispetto al fine liquidatorio non può essere letto nel senso che si viene a creare una sovrapposizione tra le prime due ipotesi in deroga, e, quindi, preso atto di un'infelice quanto contorta tecnica legislativa, quello che rileva, ai fini della distinzione tra le due autonome fattispecie derogatorie, non è tanto la natura, in astratto, liquidatoria o meno della procedura, quanto piuttosto il loro reale epilogo, liquidativo o di risanamento.

Per cui, riconoscendo centralità al risultato effettivo dell'istituto concorsuale, quale criterio discriminante cooptato dall'indirizzo giurisprudenziale europeo, se il trasferimento dell'azienda avviene in un contesto squisitamente liquidatorio, allora troverà applicazione la fattispecie delle deroghe totali; viceversa, troveranno applicazione le deroghe parziali se il fenomeno circolatorio interesserà imprese assoggettate sia a una procedura priva *ab initio* del carattere liquidatorio, tale da rendere chiaro, fin dalla sua fase genetica, la conservazione e il risanamento del complesso aziendale, sia a un procedimento rispetto al quale, a prescindere dalla finalità originaria, non è, a priori, astrattamente individuabile l'esito, liquidativo (o meno), così da comprendere, nella specifica ipotesi derogatoria, anche quelle procedure pre-fallimentari⁴³.

Sulla base di tali ragionamenti, sotto il profilo dell'ambito soggettivo delle deroghe, la normativa nazionale è coerente ai principi comunitari contenuti nella direttiva n. 2001/23, richiamando, tra l'altro, procedimenti concorsuali che si caratterizzano ciascuno per essere assoggettati al controllo di un'autorità pubblica competente.

⁴¹ Del resto ciò è conforme anche alla circostanza che per il legislatore comunitario, ai fini della definizione dello stato di insolvenza, bisogna includere "anche le procedure d'insolvenza diverse dalla liquidazione" (v. direttiva 2008/94/CE, quarto *considerando*).

⁴² V. Menghini, *I contratti di lavoro*, cit., 614.

⁴³ V. Bellè, *Il concordato preventivo*, cit., 267 ss.; Pizzoferrato, *Il trasferimento d'azienda nelle imprese in crisi*, in *QL, Il trasferimento d'azienda*, 2004, 155; 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*, cit., 223; Nappi, *Negozi traslativi dell'impresa e rapporti di lavoro*, Esi, 1999, 332.

Per quanto riguarda, invece, la questione connessa all'ampiezza delle deroghe, emerge la circostanza che il legislatore domestico, in virtù di un accordo sindacale trilaterale e al pari della fattispecie derogatoria connessa alle procedure liquidatorie, acconsente alla deroga *tout court* delle garanzie individuali fissate dall'art. 2112 c.c..

In verità, la disposizione presenta profili di disallineamento rispetto alla corrispondente fattispecie europea, esponendo il nostro Paese a possibili attacchi da parte della Commissione europea, e ciò in ragione del fatto che la stessa norma sovranazionale, *ex art. 5, par. 2, lett. a) e b)*, permette di derogare esclusivamente e rispettivamente, in presenza di specifiche forme di garanzia per i lavoratori, concorrenti o alternative⁴⁴, al principio solidaristico e all'obbligo della conservazione delle condizioni di lavoro dei lavoratori, il tutto in ragione della salvaguardia dei livelli occupazionali attraverso la sopravvivenza dell'impresa.

È lampante, quindi, l'esclusione dall'intervento derogatorio della continuità giuridica del rapporto di lavoro, nonostante vi siano in dottrina autori che diversamente, in ragione di una logica inclusiva, attribuiscono all'espressione comunitaria "modifiche delle condizioni di lavoro", contenuta nella lett. b), un significato estensivo, legittimando così anche il passaggio parziale dei lavoratori occupati presso il cedente, il tutto giustificato dalla obbligatorietà dell'accordo sindacale, il cui fine è quello di evitare abusi e utilizzi fraudolenti di cessioni agevolate⁴⁵.

In realtà, mi sento di condividere la tesi di coloro i quali leggono l'inciso in maniera restrittiva⁴⁶, è ciò soprattutto in ragione del fatto che il legislatore comunitario, nel trattare la questione della tutela delle *condizioni di lavoro*, fa un esplicito richiamo ai contratti collettivi⁴⁷ che, con i trattamenti economici e normativi ivi previsti, integrano il contenuto del contratto individuale di lavoro, ma non individuano certamente la controparte del rapporto di lavoro, con ciò circoscrivendo la portata della previsione⁴⁸.

⁴⁴ Nello specifico, si fa riferimento, rispetto al nostro Paese, al Fondo di garanzia per la liquidazione del Tfr e dei crediti di lavoro relativi agli ultimi tre anni (v. art. 2 della l. 29 maggio 1982, n. 297; artt. 1, 2 e 4 del d.lgs. 27 gennaio 1992, n. 80, emanato in attuazione della direttiva n. 80/987/Cee in materia di tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro; d.lgs. 19 agosto 2005, n. 186, emanato in attuazione della direttiva n. 2002/74/Ce concernente la tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro) e alla stipula di un accordo collettivo trilaterale. In dottrina, v. Pizzoferrato, *Il trasferimento d'azienda nelle imprese in crisi*, cit., 154.

⁴⁵ V. Menghini, *I contratti di lavoro*, cit., 618; Pizzoferrato, *Il trasferimento d'azienda nelle imprese in crisi*, cit., 159 ss.; De Luca Tamajo, Salimbeni, *Il trasferimento d'azienda*, in Vallebona (a cura di), *I contratti di lavoro*, Tomo 2, in Rescigno (diretto da), *Trattato dei contratti*, Gabrielli, 2009, 1861.

⁴⁶ V. Lambertucci, *Trasferimento di azienda e problemi occupazionali*, in *DRI*, 2010, 407; Carabelli, Veneziani, *Il trasferimento di azienda in Italia*, cit., 148; Nappi, *Negozi traslativi dell'impresa e rapporti di lavoro*, cit., 352; Pelissero, *Il trasferimento di azienda fra diritto comunitario e diritto interno. L'individuazione della fattispecie*, in *RGL*, I, 1999, 828; La Terza, *Diritti dei lavoratori e trasferimento d'azienda*, in Amoroso, Di Cerbo, Maresca (a cura di), *Il diritto del lavoro*, Giuffrè, 2007, 875; Valentini, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, in Aprile, Bellè, *Diritto concorsuale del lavoro*, cit., 109; Caiafa, *Misure di prevenzione, procedure concorsuali e rapporti di lavoro*, in *DFSC*, 2012, 1, 99.

⁴⁷ V. art. 3, par. 3, dir. n. 2001/23.

⁴⁸ Così, anche, Undiemi, *La riforma fallimentare e la tutela dei lavoratori nel trasferimento di azienda in crisi: si accentua il contrasto tra diritto interno e diritto comunitario*, in *Giureta*, Università degli Studi di Palermo, 2010, VIII, 108.

Per cui, in questo senso, non mi sembra possibile, per le parti interessate dal trasferimento, e alla luce della giurisprudenza comunitaria, intervenire *in peius*, seppure attraverso accordi collettivi, su garanzie individuali sottratte alla disponibilità delle parti sociali quale appunto, nel caso di specie, la continuità del rapporto di lavoro, permettendo così di escludere dal passaggio al cessionario quei lavoratori considerati eccedentari⁴⁹, alla stregua di quanto espressamente stabilito dall'opzione *ex art. 5, par. 1.*

3. Osservazioni finali

In conclusione, a prescindere dalle ultime note relative alla non certa compatibilità della norma interna con quella europea, resta il fatto che, per cui entrambi i livelli ordinamentali, in presenza di imprese assoggettate a procedure di insolvenza, *sic et simpliciter*, in caso di operazioni circolatorie endoconcorsuali è possibile attivare meccanismi che consentono di derogare alle tutele individuali apprestate a favore dei lavoratori subordinati.

Tutto ciò porta a sostenere la tesi in ragione della quale, in un siffatto contesto regolatorio, onde rafforzare il fine comune pubblicistico di salvaguardia delle componenti positive dell'azienda, può tornare utile, congiuntamente ai benefici normativi ed economici previsti, intervenire in materia di politiche attive del lavoro attraverso la previsione di specifici benefici contributivi, risolvendo così le criticità legate ai principi stringenti fissati in materia dalla c.d. legge *Fornero* e dalla giurisprudenza⁵⁰, che altro scopo non avrebbero se non quello di agevolare il più possibile il mantenimento dei livelli occupazionali.

Ciò sposa appieno la finalità delle stesse politiche attive che è quella di favorire non solo l'inserimento, ma anche il reinserimento del lavoratore nel mercato del lavoro, con l'obiettivo di incidere positivamente sui tassi di attività e di occupazione.

Del resto, la diretta conseguenza di una simile previsione normativa, coerente con un precedente intervento del nostro legislatore per il salvataggio della nostra compagnia aerea di bandiera⁵¹, consisterebbe non solo in un'ottimizzazione della spesa pubblica per gli ammortizzatori sociali, ma risponderebbe anche all'invito rivolto al nostro Paese, dagli organi europei, a investire più risorse in politiche attive e meno in politiche passive, troppo spesso fini a se stesse.

Gian Piero Gogliettino - 19 dicembre 2014

⁴⁹ V. Corte di giustizia Ue 7 dicembre 1995, causa C-472/93, *Spano*, punto 31.

⁵⁰ Per un approfondimento, v. Gogliettino, *I trasferimenti d'azienda nelle procedure concorsuali: benefici contributivi*, in *Il mercato del lavoro in Friuli Venezia Giulia-rapporto 2010*, FrancoAngeli, 2010, 537 ss.; id, *Riforma Fornero: considerazioni sui principali istituti*, in *DPL*, Inserto, 17, 2013, 9 ss..

⁵¹ V. art. 5, c. 2 quater, d.l. n. 347/2003.