

DECLARATORIA SULLA TESI DI DOTTORATO
Da inserire come prima pagina della tesi

La sottoscritta

COGNOME | **ANIBALLI** |

NOME | **VALENTINA** |

Matr. | **1194992** |

Titolo della tesi:

**PROFILI GIUSLAVORISTICI DELLA RIORGANIZZAZIONE
DI IMPRESE IN CRISI**

Dottorato di ricerca in | **DIRITTO DELL'IMPRESA** |

Ciclo | **XXII** |

Tutor del dottorando | **Prof. MAURIZIO DEL CONTE** |

Anno di discussione | **2010** |

DICHIARA

sotto la sua responsabilità di essere a conoscenza:

- 1) che, ai sensi del D.P.R. 28.12.2000, N. 445, le dichiarazioni mendaci, la falsità negli atti e l'uso di atti falsi sono puniti ai sensi del codice penale e delle Leggi speciali in materia, e che nel caso ricorressero dette ipotesi, decade fin dall'inizio e senza necessità di nessuna formalità dai benefici previsti dalla presente declaratoria e da quella sull'embargo;
- 2) che l'Università ha l'obbligo, ai sensi dell'art. 6, comma 11, del Decreto Ministeriale 30 aprile 1999 prot. n. 224/1999, di curare il deposito di copia della tesi finale presso le Biblioteche Nazionali Centrali di Roma e Firenze, dove sarà consentita la consultabilità, fatto salvo l'eventuale embargo legato alla necessità di tutelare i diritti di enti esterni terzi e di sfruttamento industriale/commerciale dei contenuti della tesi;
- 3) che il Servizio Biblioteca Bocconi archiverà la tesi nel proprio Archivio istituzionale ad Accesso Aperto e che consentirà unicamente la consultabilità on-line del testo completo (fatto salvo l'eventuale embargo);

- 4) che per l'archiviazione presso la Biblioteca Bocconi, l'Università richiede che la tesi sia consegnata dal dottorando alla Società NORMADEC (operante in nome e per conto dell'Università) tramite procedura on-line con contenuto non modificabile e che la Società Normadec indicherà in ogni piè di pagina le seguenti informazioni:
- tesi di dottorato (titolo *tesi*)
PROFILI GIUSLAVORISTICI DELLA RIORGANIZZAZIONE DI IMPRESE IN CRISI;
 - di (*cognome e nome del dottorando*) **ANIBALLI VALENTINA;**
 - discussa presso l'Università commerciale Luigi Bocconi – Milano nell'anno **2010** (*anno di discussione*);
 - La tesi è tutelata dalla normativa sul diritto d'autore (legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche). Sono comunque fatti salvi i diritti dell'Università Commerciale Luigi Bocconi di riproduzione per scopi di ricerca e didattici, con citazione della fonte;
 - **solo nel caso sia stata sottoscritta apposita altra dichiarazione con richiesta di embargo:** La tesi è soggetta ad embargo della durata di **36 mesi** (indicare durata embargo);
- 5) che la copia della tesi depositata presso la NORMADEC tramite procedura on-line è del tutto identica a quelle consegnate/inviata ai Commissari e a qualsiasi altra copia depositata negli Uffici dell'Ateneo in forma cartacea o digitale e che di conseguenza va esclusa qualsiasi responsabilità dell'Ateneo stesso per quanto riguarda eventuali errori, imprecisioni o omissioni nei contenuti della tesi;
- 6) che il contenuto e l'organizzazione della tesi è opera originale realizzata dal sottoscritto e non compromette in alcun modo i diritti di terzi (legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche), ivi compresi quelli relativi alla sicurezza dei dati personali; che pertanto l'Università è in ogni caso esente da responsabilità di qualsivoglia natura, civile, amministrativa o penale e sarà dal sottoscritto tenuta indenne da qualsiasi richiesta o rivendicazione da parte di terzi;
- 7) **scegliere l'ipotesi 7a o 7b indicate di seguito:**
- 7a) che la tesi di dottorato non è il risultato di attività rientranti nella normativa sulla proprietà industriale, non è stata prodotta nell'ambito di progetti finanziati da soggetti pubblici o privati con vincoli alla divulgazione dei risultati; non è oggetto di eventuali registrazioni di tipo brevettale o di tutela, e quindi non è soggetta a embargo;

Oppure

- che la tesi di Dottorato rientra in una delle ipotesi di embargo previste nell'apposita dichiarazione "**RICHIESTA DI EMBARGO DELLA TESI DI DOTTORATO**" sottoscritta a parte.

Data, **31/01/2010**

F.to (indicare nome e cognome) **VALENTINA ANIBALLI**

Ai miei cari

PROFILI GIUSLAVORISTICI DELLA RIORGANIZZAZIONE DI IMPRESE IN CRISI

CAPITOLO I

LIBERTÀ E CRISI DI IMPRESA NELLA PROSPETTIVA GIUSLAVORISTICA

1.1. Premessa.....	1
1.2. La tensione tra “razionalità capitalistica” e “valori soggettivi del fattore lavoro” nei processi di riorganizzazione aziendale.....	4
1.3. Tentativo di definizione del contenuto della libertà di impresa.....	6
1.3.1. L’art. 41 Cost.....	8
1.4. L’incidenza delle “ragioni tecniche, organizzative e produttive” nella gestione dei rapporti di lavoro: la “nuova” dimensione spazio-temporale del paradigma.....	12
1.5. Funzionalità del contratto di lavoro alla “salvaguardia della competitività” dell’impresa.....	16
1.6. La nozione di “crisi di impresa” e la sua propedeuticità rispetto ai processi di riorganizzazione.....	20
1.6.1. Il contributo del diritto fallimentare alla definizione dei concetti di “crisi” e di “insolvenza”.....	23
1.6.2. Insolvenza e rapporti di lavoro: tra dimensione nazionale (<i>segue</i>).....	27
1.6.3. (<i>segue</i>) e dimensione transnazionale.....	29
1.7. Il ruolo della contrattazione collettiva.....	32
1.8. La “procedimentalizzazione” dei poteri datoriali.....	36
1.8.1. La nuova stagione europea dei diritti di informazione e consultazione.....	38

CAPITOLO II

RIORGANIZZAZIONI AZIENDALI E MODIFICAZIONI DEL CONTRATTO DI LAVORO

2.1. Premessa.....	44
--------------------	----

SEZIONE I

CIRCOLAZIONE DELL’IMPRESA IN CRISI E NOVAZIONE DEL CONTRATTO DI LAVORO

2.2. Vicende circolatorie dell’impresa e gestione dei rapporti di lavoro: il campo di applicazione dell’art. 2112 Cod. Civ.	45
2.2.1. Il trasferimento di ramo di azienda: autonomia funzionale (<i>segue</i>).....	50
2.2.1.1. (<i>segue</i>) e “valorizzazione” dell’autonomia delle parti.....	52
2.2.2. Il rischio di operazioni di esternalizzazione “poco virtuose”.....	55
2.2.3. Trasferimento di ramo di azienda e contratto di appalto.....	56

2.2.4. L'individuazione dei trattamenti collettivi applicabili ai lavoratori soggetti a trasferimento d'azienda.....	59
2.2.5. La disciplina dell'obbligo di informazione quale limite alla libertà imprenditoriale: il <i>discrimen</i> dimensionale.....	62
2.3. La tutela dei livelli occupazionali nel trasferimento d'azienda e ramo d'azienda in crisi.....	64
2.3.1. La rilevanza della "crisi" nella procedura di amministrazione straordinaria.....	69
2.3.2. Alcune riflessioni sulla natura del "nuovo" accordo derogatorio.....	74
2.3.3. L'esercizio endoconcorsuale dell'impresa.....	76
2.3.3.1. (<i>segue</i>) L'affitto.....	78
2.3.3.2. (<i>segue</i>) La retrocessione.....	81
2.3.3.3. (<i>segue</i>) La vendita.....	85

SEZIONE II MODIFICHE DELL'OGGETTO DEL CONTRATTO DI LAVORO

2.4. I confini dello <i>ius variandi</i> di fronte ad esigenze aziendali: la tutela della professionalità.....	88
2.4.1. Le deroghe ammesse dalla legge.....	90
2.4.2. Le deroghe di fonte collettiva: le clausole collettive di fungibilità delle mansioni.....	92
2.5. I contratti di solidarietà difensivi: obiettivi, contenuto e campo di applicazione.....	95
2.5.1. Eventuale dissenso del lavoratore e possibile modifica della riduzione oraria e retributiva convenuta.....	100
2.5.2. Contratti di solidarietà e Cassa integrazione guadagni straordinaria: valutazioni di "convenienza".....	102
2.5.3. Contratti di solidarietà difensivi e disciplina europea sugli aiuti di Stato.....	106

CAPITOLO III

RIORGANIZZAZIONI AZIENDALI E SOSPENSIONE DEI RAPPORTI DI LAVORO

3.1. Premessa.....	109
3.2. La sospensione del rapporto di lavoro tra esigenze transitorie e sostegno ad attività imprenditoriali in crisi.....	110
3.3. Il ruolo delle parti sociali e della contrattazione collettiva nella concessione del trattamento.....	115
3.3.1. La scelta dei lavoratori da sospendere. Il criterio della rotazione.....	116
3.4. L'integrazione salariale nelle procedure concorsuali: tra funzione (meramente) assistenziale e sostegno temporaneo a imprese e lavoratori.....	121
3.4.1. La discrezionalità dell'organo della procedura nella richiesta di ammissione al beneficio e l'automatismo della concessione.....	124
3.4.2. Lo stato di "quiescenza" del rapporto di lavoro a seguito della dichiarazione di fallimento: l'art. 72 L.F.....	130
3.4.2.1. Analogie e differenze rispetto alla disciplina dell'amministrazione straordinaria.....	133
3.4.3. La prosecuzione dei rapporti di lavoro nell'ipotesi di esercizio provvisorio: l'art. 104, comma ottavo, L.F.....	134
3.4.4. L'accesso alla Cassa integrazione straordinaria nel nuovo concordato preventivo.....	136

3.5. Strumenti convenzionali alternativi alla Cassa integrazione.	141
3.5.1. I Fondi di Solidarietà alla luce dei recenti interventi legislativi.	144

CAPITOLO IV

ESIGENZE PRODUTTIVE ED ESTINZIONE DEL RAPPORTO DI LAVORO

4.1. La gestione delle eccedenze di carattere definitivo: uno sguardo d'insieme alla normativa vigente.	150
4.1.1. Il campo di applicazione “soggettivo”.	153
4.1.2. Il campo di applicazione “oggettivo”.	155
4.2. La rilevanza dell' <i>an</i> nell'esercizio del potere di recesso.	156
4.2.1. La gestione degli esuberanti nell'ipotesi di procedure concorsuali in atto. La cessazione dell'attività.	159
4.3. Licenziamenti collettivi e licenziamenti (plurimi) per giustificato motivo oggettivo a confronto: la comune matrice economico-produttiva e la rilevanza del profilo causale.	163
4.3.1. L'“utilità” di distinguere tra esigenze di riduzione del personale e di riorganizzazione aziendale.	165
4.3.2. Il discrimine del requisito dimensionale. L'ipotesi della “conversione”.	166
4.3.3. Contenuti e limiti del controllo giudiziale sulle esigenze tecnico-produttive ed organizzative.	168
4.3.3.1. L'obbligo di <i>repêchage</i> e la sua dimensione spaziale.	169
4.3.3.2. Contenuti e limiti del potere di controllo del giudice nel licenziamento collettivo.	173
4.3.3.3. La rilevanza del comportamento del datore di lavoro successivo alla riduzione di personale.	177
4.4. La procedimentalizzazione del potere di recesso del datore di lavoro.	179
4.4.1. Il ruolo delle comunicazioni nella gestione delle eccedenze di carattere definitivo.	182
4.4.2. La selezione dei lavoratori da espellere: la valorizzazione della contrattazione collettiva.	184
4.4.3. La comunicazione dei criteri di scelta.	188
4.4.3.1. La possibile inadeguatezza del criterio di scelta.	192
4.4.4. Il criterio della pensionabilità: alcuni profili problematici. Il rischio latente di discriminazione.	194
4.4.5. Le esigenze aziendali quale criterio convenzionale unico.	198
4.5. Misure alternative all'estinzione del rapporto di lavoro: il reiterato ricorso alla Cassa integrazione guadagni straordinaria.	200
4.5.1. (<i>segue</i>) L'anticipazione del pensionamento.	201
4.5.2. (<i>segue</i>) Le dimissioni incentivate.	205
4.5.3. (<i>segue</i>) Il distacco collettivo.	206
4.5.4. (<i>segue</i>) Incentivi alle imprese ai fini della ricollocazione dei lavoratori.	207
4.6. Diritti e doveri dei lavoratori in mobilità.	211
4.7. La tutela dei crediti nell'ipotesi di insolvenza del datore di lavoro: il Fondo di Garanzia.	214

CONCLUSIONI

1. Il paradigma delle “ <i>esigenze tecniche, organizzative e produttive</i> ” nelle crisi di impresa al vaglio della contrattazione collettiva.	218
2. Diritto del lavoro e crisi di impresa: quale futuro?.....	221
 BIBLIOGRAFIA	 224

CAPITOLO I

LIBERTÀ E CRISI DI IMPRESA NELLA PROSPETTIVA GIUSLAVORISTICA

Sommario: 1.1. Premessa. - 1.2. La tensione tra “razionalità capitalistica” e “valori soggettivi del fattore lavoro” nei processi di riorganizzazione aziendale. - 1.3. Tentativo di definizione del contenuto della libertà di impresa. - 1.3.1. L’art. 41 Cost. - 1.4. L’incidenza delle “ragioni tecniche, organizzative e produttive” nella gestione dei rapporti di lavoro: la “nuova” dimensione spazio-temporale del paradigma. - 1.5. Funzionalità del contratto di lavoro alla “salvaguardia della competitività” dell’impresa. - 1.6. La nozione di “crisi di impresa” e la sua propedeuticità rispetto ai processi di riorganizzazione aziendale. - 1.6.1. Il contributo del diritto fallimentare alla definizione dei concetti di “crisi” e di “insolvenza”. - 1.6.2. Insolvenza e rapporto di lavoro: tra dimensione nazionale (*segue*) - 1.6.3. (*segue*) e dimensione transnazionale. - 1.7. Il ruolo della contrattazione collettiva - 1.8. La “procedimentalizzazione” dei poteri datoriali. - 1.8.1. La nuova stagione europea dei diritti di informazione e consultazione.

1.1. Premessa.

Nonostante U. Beck abbia definito la “globalizzazione” «la parola (d’ordine e polemica) più usata – abusata – e più raramente definita, probabilmente la meno compresa, la più nebulosa, la più ricca di implicazioni politiche» ⁽¹⁾, essa resta il termine che meglio descrive il contesto nel quale opera l’impresa, attore principale del sistema economico, nel far fronte alla crescente concorrenza nei mercati interni ed esteri e nella costante ricerca di nuove strade che le consentano di difendere la propria competitività.

Nella fusione tra dimensione globale e dimensione locale, i processi di riorganizzazione e/o ristrutturazione, espressione della dinamicità dell’impresa, divengono parte inerente al processo di sviluppo economico.

I due termini - riorganizzazione e ristrutturazione - in realtà, vengono non di rado utilizzati come sinonimi, dal momento che dal punto di vista tassonomico non vi è una distinzione netta.

In prima battuta, se con il termine “organizzazione” si vuole esprimere un’entità sociale guidata da obiettivi, progettata come sistema di attività deliberatamente strutturato e coordinato che interagisce con l’ambiente esterno ⁽²⁾, la parola “struttura” rimanda alla parte stabile di quell’entità ⁽³⁾.

Stando a queste prime osservazioni, il termine “riorganizzazione” ha un’accezione più vaga, ed è impiegato, tra l’altro, quando cambiano la strategia (intesa come definizione degli obiettivi di

⁽¹⁾ U. BECK, *Che cos’è la globalizzazione: rischi e prospettive della società planetaria*, trad. da E. Cafagna e C. Sandrelli, 2009, Roma, cit., pag. 37.

⁽²⁾ R. L. DAFT, *Organizzazione aziendale*, Milano, 2007, spec. pag. 11.

⁽³⁾ La struttura, in genere rappresentata con un organigramma, è considerata una delle variabili dell’organizzazione aziendale. Sul punto, A. PAVAN, *L’amministrazione economica delle aziende*, Milano, 2008, spec. pagg. 73-74.

fondo dell'impresa) e le principali linee di azione da porre in essere per realizzarla ⁽⁴⁾. Il termine "ristrutturazione" esprime meglio una reazione ad un evento traumatico, ad esempio un periodo di crisi (per lo più finanziaria) che investe la componente stabile dell'organizzazione. Una ristrutturazione, pertanto, utilizzando un linguaggio mutuato dall'economia aziendale, incide direttamente sull'organigramma, presuppone un "rimpasto", un cambio di regole ⁽⁵⁾.

A ben vedere, i mutamenti nella struttura gestionale dell'impresa risultano difficilmente scindibili dalle trasformazioni che investono l'organizzazione delle forze che vi operano; un filo rosso lega pertanto la discontinuità nell'evoluzione dell'organizzazione della produzione ai cambiamenti della struttura dell'impresa ⁽⁶⁾. L'impresa afflitta da una crisi di natura essenzialmente economica, che comporta l'erosione dei margini reddituali operativi e consistenti perdite d'esercizio, esige in ogni caso una ristrutturazione della sua fisionomia organizzativa e/o del suo finanziamento, così come un'impresa la cui eventuale patologia risalga, invece, a ragioni più "squisitamente" patrimoniali o di liquidità ⁽⁷⁾. Inoltre, il fatto che i confini tra unità organizzative e tra organizzazioni divengono sempre più labili e flessibili per l'accentuarsi del bisogno delle aziende di rispondere più velocemente ai cambiamenti dell'ambiente esterno, evidenzia oltremodo la contiguità esistente tra le due definizioni, nonché i limiti insiti in qualsiasi tentativo definitivo e riconducibili al carattere convenzionale del linguaggio.

Se verso la fine degli anni Cinquanta del secolo scorso, i mutamenti nella struttura dell'impresa e nei rapporti sociali che in essa si sviluppavano, erano imputati essenzialmente ad un fattore di natura tecnologica, oggi questa affermazione ha perso in termini di efficacia e capacità descrittiva della realtà. A fronte dell'accelerazione del ritmo dei cambiamenti strutturali intervenuti nell'economia mondiale, è cambiata la forma attraverso la quale tali cambiamenti si manifestano; qualsiasi processo di ristrutturazione, infatti, attinge al contesto macroeconomico nel quale esso si inserisce ed è espressione concreta delle strategie aziendali nel mercato.

Il carattere polimorfico di tali processi, ispirati a logiche diverse e caratterizzati da sempre maggiori livelli di sofisticatezza, vede oggi la predominanza di trasformazioni interne all'impresa (trasformazione della produzione, chiusura di un'unità produttiva, delocalizzazione o esternaliz-

⁽⁴⁾ A. PAVAN, *L'amministrazione economica delle aziende*, op. cit., spec. pag. 195.

⁽⁵⁾ In ambito concorsuale il termine viene utilizzato dal legislatore per definire le modalità di applicazione degli istituti concordatari previsti dagli artt. 124 e 160 L.F. e degli accordi di ristrutturazione di cui all'art. 182 *bis* L.F. Per approfondimenti sul tema si rinvia a R. ROSSI, *Crisi, insolvenza e ristrutturazione dell'impresa nella nuova legge fallimentare*, in *Riv. Dir. Impr.*, 2007, n. 1, pag. 133 e segg., il quale, invece, con il termine "risanamento" richiama i criteri di valutazione dei piani attestati di cui all'art. 67, comma terzo, lett. d). L'Autore rileva, inoltre, che sia l'art. 160, sia l'art. 124 L.F., parlano non più di pagamento, bensì di "ristrutturazione dei debiti" e di "soddisfazione dei crediti", delineando, da un lato, un nesso consequenziale di strumentalità, per cui il conseguimento del secondo obiettivo sembra supporre la realizzazione del primo (o quanto meno la sua contestualità); dall'altro, la prospettiva di poter rispondere alle ragioni dei creditori anche attraverso ipotesi soddisfattive diverse dal classico adempimento in denaro.

⁽⁶⁾ P. A. TONINELLI, *Storia d'impresa*, Bologna, 2006, spec. pag. 148.

⁽⁷⁾ R. ROSSI, *Crisi, insolvenza e ristrutturazione dell'impresa nella nuova legge fallimentare*, op. cit., spec. pag. 160.

zazione). Inoltre, sempre più frequentemente, nei processi di esternalizzazione si sommano fasi di espulsione a fasi di *insourcing*, la parte del ciclo produttivo affidata ad un'impresa terza mediante cessione di un intero segmento aziendale, costituito da impianti, macchinari, *know how* e personale addetto, viene riacquisita tramite contratti di appalto o altri contratti di natura commerciale.

Non di rado, peraltro, una ristrutturazione avviene attraverso la modifica della natura dell'impresa sfociando in operazioni quali fusioni, concentrazioni, cessioni. Ed è qui che interviene il diritto della concorrenza dell'Unione Europea, attraverso il controllo delle concentrazioni e dell'abuso di posizioni dominanti ⁽⁸⁾.

Per effetto della metamorfosi dei processi produttivi iniziata verso la fine del XX secolo e giocata non sulla novità degli strumenti di produzione, bensì sul piano organizzativo, «il luogo perde, ... , progressivamente importanza, mentre l'impresa, grazie alla rivoluzione informatica, fruisce di nuove forme di delocalizzazione, di centralizzazione e di controllo» ⁽⁹⁾. Se si guarda alla sua struttura organizzativa, dunque, la tendenza dell'impresa è quella di mutare la propria fisionomia, di farsi sempre più “immateriale” e “leggera”, ovvero «rete di contratti commerciali e di lavoro retti dall'interdipendenza» ⁽¹⁰⁾.

In virtù del meccanismo di “disintegrazione verticale” dell'impresa tradizionale, il processo produttivo non è più concentrato in un'unica struttura, bensì articolato all'interno di un rete di imprese, ciascuna delle quali svolge una fase del ciclo, con lo scopo di realizzare un prodotto finito da destinare al mercato.

In questa sede, l'attenzione si concentrerà sulle ripercussioni che sul piano dell'assetto organizzativo e, dunque, sul profilo occupazionale, sono destinate ad avere misure adottate in nome di esigenze “*tecniche, produttive ed organizzative*”. Dal momento che il potere direttivo del datore di lavoro costituisce una delle possibili declinazioni del più generale potere di gestione dell'impresa, tali esigenze orientano e, allo stesso tempo, giustificano scelte imprenditoriali preludio di una modificazione, di una sospensione o, nell'ipotesi estrema, dell'estinzione del rapporto di lavoro. Il legame tra tali esigenze ed il concreto esercizio dei poteri datoriali (e dunque dei suoi limiti) costituirà il *leitmotiv* di questo lavoro.

⁽⁸⁾ Tra gli altri, R. RODRÍGUEZ CONTRERAS, *Reestructuración y adaptación permanente al cambio de las empresas: algunas experiencias de medidas sociales ante las Reestructuraciones en la Unión Europea*, in *Temas Laborales*, 2009, n. 99, pag. 55 e segg.

⁽⁹⁾ M. MAGNANI, *Il diritto del lavoro e le sue categorie*, Padova, 2006, cit., pagg. 4 e 5.

⁽¹⁰⁾ L'espressione è di M. MAGNANI, *Il diritto del lavoro e le sue categorie*, op. cit., cit., pagg. 30 e 31. A modelli organizzativi nei quali un soggetto imprenditoriale esercita una funzione economica “preminente” sugli altri, inoltre, si affiancano forme di integrazione economica tra imprese, basate su strutture meno gerarchiche e più cooperative, quali i distretti industriali, caratterizzati da servizi ed infrastrutture comuni e, talvolta, dalla condivisione del *know how*. Per una ricostruzione, si rinvia a V. SPEZIALE, *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, Relazione alle Giornate di studio AIDLASS “*In ricordo di Massimo D'Antona, dieci anni dopo. La figura del datore di lavoro – Articolazione e trasformazioni?*”, Catania, 21-23 maggio 2009, spec. pag. 29, dattiloscritto, in <http://www.aidlass.org>, nonché, con alcune variazioni, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”, 2009, n. 94, in <http://lex.unict.it>

Inoltre, nella misura in cui le profonde trasformazioni dei processi produttivi incidono sulle modalità di rendere la prestazione funzionale alle esigenze di organizzazione del lavoro, verrà preso in considerazione, a seconda delle diverse circostanze, il ruolo della contrattazione che può atteggiarsi a (mero) strumento di contenimento, e dunque di filtro, dei poteri datoriali o, al contrario, a mezzo di gestione congiunta della crisi o addirittura veicolo attraverso il quale introdurre strumenti e percorsi alternativi, magari di carattere preventivo.

Dal quadro delineato in queste prime considerazioni introduttive, si evince come il tema della riorganizzazione di impresa possa costituire terreno elettivo per una riflessione sul concreto potere del datore di lavoro in relazione alle esigenze della propria compagine produttiva; a ben vedere, nonostante il tentativo di liberare il diritto del lavoro dai pesanti vincoli che penalizzano ed ostacolano i cosiddetti “processi virtuosi dello sviluppo economico”, il datore di lavoro si trova non di rado a doversi appellare a strumenti inadatti a fronteggiare tanto le esigenze dell’impresa, quanto quelle di tutela dei lavoratori di aziende che versano in una situazione di crisi.

Sarà utile, pertanto, definire il contenuto della libertà di impresa nei processi di riorganizzazione, soprattutto se si pensa alla delicata questione della gestione dei rapporti di lavoro quando sono in corso procedure concorsuali. Il potere del datore di lavoro in questi casi viene di fatto assorbito da quello degli organi concorsuali e risulta “alterato” perché il suo concreto esercizio implica inevitabilmente la valutazione di interessi diversi rispetto a quelli che rilevano, di norma, nell’amministrazione del rapporto di lavoro.

1.2. La tensione tra “razionalità capitalistica” e “valori soggettivi del fattore lavoro” nei processi di riorganizzazione aziendale.

In virtù del legame esistente tra le caratteristiche del governo dell’impresa, il modello di gestione della stessa e le relazioni di lavoro che in essa si sviluppano, non è possibile prendere in considerazione la gestione del fattore lavoro separatamente, rispetto alle sfide dell’internazionalizzazione, alla pressione dei mercati finanziari, alle caratteristiche della concentrazione della proprietà ed al funzionamento degli organi di amministrazione.

Del resto, proprio la globalizzazione e l’internazionalizzazione dei mercati e dell’economia hanno indotto gli interpreti a mostrare maggiore attenzione nei confronti delle esigenze dell’impresa, contribuendo tanto al superamento di una idea di impresa come di un qualcosa di estraneo al lavoro, quanto al superamento della concezione che vede le regole del diritto commerciale contrapposte a quelle di un diritto del lavoro, un diritto che «si è occupato della fabbrica

con prevalenza per la grande fabbrica, intesa come contenitore del lavoro, non dell'impresa come agente economico e sociale complesso e diversificato»⁽¹¹⁾.

Come si avrà modo di chiarire nei paragrafi che seguono, sotto il profilo delle scelte organizzative e di gestione del personale, il contenuto della libertà di iniziativa economica privata, che nel nostro ordinamento trova espresso riconoscimenti nell'art. 41 Cost., si traduce nella libertà di adottare tutti i provvedimenti di amministrazione o gestione del personale conseguenti a scelte organizzative dell'impresa.

Alla libertà di iniziativa economica, tuttavia, fa da contraltare il profilo dell'implicazione della persona umana nel rapporto di lavoro. In realtà, i diritti della persona operano sempre come limiti all'esercizio del potere di gestione dell'imprenditore. Tale implicazione, da un punto di vista oggettivo riguarda la persona o le energie umane come oggetto dell'obbligazione; dal punto di vista soggettivo, essa concerne quella tendenza alla "soggettivizzazione" del lavoro, delineata dall'art. 2094 Cod. Civ., ribadita dalla Costituzione e richiamata nel dibattito dottrinale⁽¹²⁾.

Del resto, il paradigma fondante del diritto del lavoro è la necessità dell'intervento eteronomo e inderogabile della legge o del contratto collettivo al fine di correggere lo squilibrio di potere contrattuale tra il detentore dei mezzi di produzione e chi trae i mezzi per vivere unicamente dal proprio lavoro.

In questo senso, la sfera dei diritti fondamentali opera come "limite negativo", ed in quanto tale contribuisce a delimitare l'ambito proprio del contratto e dei poteri datoriali. Tali diritti, pertanto, si inseriscono nella dinamica contrattuale, ne integrano il contenuto, incidono sul contratto ed al tempo stesso ne sono influenzati⁽¹³⁾.

Nella tensione tra "*razionalità capitalistica*" e "*valori soggettivi del fattore lavoro*", ad ogni modo, la prevalenza assegnata a questi ultimi valori non può comportare una costante e totale sott'ordinazione dei primi, in quanto anch'essi espressi da principi costituzionali. Per un verso, la definizione del contenuto delle libertà economiche impone la necessità di non perdere di vista la funzione sociale delle stesse; per altro verso, i limiti alla libera iniziativa economica non possono giungere al punto di compromettere le condizioni necessarie al fruttuoso esercizio della libertà privata, pur sempre orientata da *interessi particolari*⁽¹⁴⁾.

Peraltro, nonostante la maggiore sensibilità dimostrata dal legislatore in sede di revisione della legge fallimentare, "*verso la conservazione delle componenti positive dell'impresa (beni produttivi e livelli*

(11) T. TREU, *Il diritto del lavoro: realtà e possibilità*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2000, cit., pag. 469.

(12) L. RIVA-SANSEVERINO, *Disciplina delle attività professionali. Impresa in generale, Commento all'art. 2094 Cod. Civ.*, in A. SCIALOJA e G. BRANCA (a cura di), *Commentario del Codice Civile*, Bologna-Roma, 1963, spec. pag. 238.

(13) M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *Poder de dirección y derecho contractual*, in *Relaciones Laborales*, 2005, n. 19-20, spec. pag. 29.

(14) Cfr. C. MORTATI, *Il diritto al lavoro secondo la costituzione della repubblica*, in *Problemi di Diritto Pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana*, tomo III, Milano, 1972.

occupazionali)”, come si evince dalle indicazioni contenute nella relazione illustrativa dello schema di disegno legislativo successivamente tradottosi nel D. Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, da più lati viene sottolineato che la ricerca della soluzione non dovrà necessariamente sostanzarsi nella salvaguardia del complesso produttivo solamente perché la crisi ha riflessi negativi sui livelli di occupazione. La conservazione dell’impresa dovrà essere privilegiata quando vi siano le condizioni per una ripresa dell’attività economica. In ogni caso, non si può prescindere dalla consapevolezza che il risanamento presuppone, perché possa essere attuato, una attenta analisi della crisi e, più in particolare, delle ragioni che l’hanno determinata ⁽¹⁵⁾.

1.3. Tentativo di definizione del contenuto della libertà di impresa.

Si è detto che la libertà di impresa è un diritto a geometria variabile, non assoggettabile a semplificazioni per la molteplicità delle variabili coinvolte ⁽¹⁶⁾; non a caso, per il suo carattere “pluridirezionale” o “trasversale” richiede un proficuo dialogo tra i diversi rami del diritto ⁽¹⁷⁾. Tale complessità si appalesa proprio in situazioni che costituiscono il preludio di trasformazioni destinate ad incidere sul piano organizzativo o strutturale dell’impresa.

A prima vista, la libertà di impresa non è una libertà che possa dirsi effettiva semplicemente mediante l’astensione dei pubblici poteri, in quanto, al contrario, richiede che essi intervengano ad eliminare gli ostacoli che ne impediscono il libero dispiegarsi. Ad ogni modo, il riconoscimento della libertà di impresa nell’ambito dell’economia di mercato porta ad ammettere un ampio margine di discrezionalità nell’esercizio del potere imprenditoriale, dal momento che, sia gli obiettivi della stessa, sia i mezzi per raggiungerli, sono determinati dall’imprenditore. Volendo mutuare un’espressione di matrice weberiana, il potere che all’interno dell’impresa – quale organizzazione formale giuridicamente regolata – esercita il suo titolare è un’“autorità legittima”.

In linea generale, la libertà di impresa si estrinseca nella libertà di accesso al mercato, attraverso la creazione o l’acquisizione di un’impresa o parte di essa, nonché nella scelta di organizzarla, dal punto di vista giuridico, secondo le valutazioni del titolare. Ma libertà di impresa significa anche concreto svolgimento della stessa in funzione della propria attività economica, nonché libertà dell’imprenditore di interrompere l’esercizio della propria attività, indipendentemente dal

⁽¹⁵⁾ A. CAIAFA, *Le vicende economiche dell’impresa in crisi: Diritto del lavoro comunitario e tutela del lavoratore*, in *Dir. Fall.*, 2005, spec. pag. 558.

⁽¹⁶⁾ L’espressione è utilizzata da I. GARCÍA VITORIA, *La libertad de empresa: ¿un terrible derecho?*, Madrid, 2008.

⁽¹⁷⁾ F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, *Decentralización productiva y libertad de empresa*, in *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, a cura di F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Madrid, 2005, spec. pag. 183.

fatto che l'impresa si trovi o meno in una situazione di crisi o di insolvenza, purché si rispettino le procedure previste a tal fine dalla legge.

A ben vedere, la comprensione della fisionomia della libertà di impresa passa necessariamente attraverso il tentativo di definirne il contenuto, soprattutto laddove si affronti il tema in relazione alle crisi di impresa.

È innegabile l'importanza del Diritto della Concorrenza nella delimitazione del suo contenuto, dal momento che il rispetto delle norme in materia è presupposto per il valido esercizio dell'attività economica. Si tratta di un limite intrinseco o immanente, poiché la giustificazione delle norme antitrust va ricercata nella stessa libertà di impresa, costituzionalmente riconosciuta. Per questa ragione si è detto che l'idea di limite è insita nell'esistenza stessa del diritto.

Proprio perché le norme in materia di concorrenza sono espressione di un bilanciamento tra libertà di impresa ed obiettivi e valori sociali, finalizzato ad evitare eventuali effetti dannosi per il mercato e per gli utenti ⁽¹⁸⁾, nonché a tutelare le condizioni di un equilibrato e sostenibile sviluppo economico, sono vietati tutti quei comportamenti lesivi dell'utilità generale, non soltanto delle libertà dei singoli.

A livello europeo, l'inclusione della libertà di impresa in uno degli articoli della Carta Europea dei Diritti Fondamentali approvata dal Consiglio Europeo di Nizza nel 2000 ha aperto una nuova tappa nella evoluzione della stessa. Trattasi di un diritto di natura chiaramente economica la cui inclusione nella Carta probabilmente trova giustificazione nell'esistenza di un buon numero di norme e atti comunitari che hanno come destinatarie le imprese e che, in buona misura, incarnano restrizioni proprie del Diritto della Concorrenza.

Proprio in ambito europeo, il contenuto fondamentale della libertà di impresa poggia sulla giurisprudenza del Tribunale di Giustizia ⁽¹⁹⁾ sviluppatasi a partire dagli anni Settanta e sul principio di una economia aperta e improntata alla libera concorrenza, riconosciuto dai Trattati costitutivi (art. 4.1 TCE) e sviluppato dalle norme sulla concorrenza.

Inevitabilmente, le finalità enunciate dall'art. 4 TCE guidano l'interpretazione della libertà di impresa tanto nell'ambito europeo, come in quello nazionale. Il suo contenuto a livello europeo, infatti, viene disegnato non solo dal Diritto dell'Unione, bensì anche dalle legislazioni nazio-

⁽¹⁸⁾ A. LUCARELLI, *Libertà di impresa, Carta dei diritti ed Unione Europea tra crescita economica e sviluppo sociale*, in A. CATELANI e S. LABRIOLA (a cura di), *La costituzione materiale. Percorsi culturali e attualità di un'idea*, Milano, 2001, spec. pag. 396.

⁽¹⁹⁾ Come la protezione dei diritti fondamentali, la libertà di impresa in ambito europeo ha origine giurisprudenziale. La sentenza della Corte di Giustizia del 14 maggio 1974, C - 4/73, *Nold*, in *Racc.*, 1974, pag. 1125, e rappresenta la prima occasione nella quale si riconosce il libero esercizio dell'attività economica come principio generale del Diritto Comunitario, successivamente consacrata nella sentenza del 13 dicembre 1979, C - 44/79, *Hauer*, in *Racc.*, 1979, pag. 3727. La Corte di Giustizia ha fatto propria l'idea che le libertà economiche devono essere osservate alla luce della propria funzione sociale, potendo la legge delimitare il suo contenuto, in armonia con l'interesse generale.

nali; è quanto si evince proprio dall'art. 16 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, che protegge la posizione giuridica delle imprese, insieme al diritto di libertà professionale (art. 15) ed al diritto di proprietà (art. 17).

La libertà di impresa deve altresì essere considerata in relazione ad altri valori comuni dell'Unione, quali i diritti sociali fondamentali (art. 136 TCE), i servizi di interesse pubblico generale (art. 16 TCE e art. 36 CDFUE), i diritti dei consumatori (art. 153 TCE e art. 38 CDFUE) o la protezione dell'ambiente (art. 37 CDFUE). Questi sono i valori che disegnano la cornice entro la quale il legislatore può limitare tale libertà. A distinguere tra il *nucleo e la periferia del diritto*, sarà proprio il legislatore il quale tuttavia non è completamente libero nella definizione del contenuto della libertà di impresa: al legislatore si impone, ad esempio, il rispetto del principio di uguaglianza che si sostanzia nella necessità che a tutte le imprese venga garantito lo stesso livello di libertà in ragione della *classe* di appartenenza. Allo stesso modo, la Carta di Nizza confida nel principio di proporzionalità come elemento imprescindibile per delimitare il contenuto essenziale dei diritti e delle libertà riconosciute nella Carta (art. 52, par. 1° CDFUE). Tale principio sembra riscontabile altresì nell'art. 5 TCE, in cui si stabilisce che “*l'azione della Comunità non va al di là di quanto necessario per il raggiungimento degli obiettivi del presente trattato*”⁽²⁰⁾.

1.3.1. L'art. 41 Cost.

Nel nostro ordinamento le vicende relative alla libertà di iniziativa economica – locuzione scelta dai Padri costituenti per descrivere la libertà di impresa - e quelle relative all'attività organizzativa imprenditoriale, rappresentano la preminente estrinsecazione del precetto costituzionale dell'art. 41 Cost. che, peraltro, trova il suo normale svolgimento nell'esercizio concreto dell'impresa⁽²¹⁾.

Stando alle indicazioni della Corte Costituzionale, la libertà sancita dall'art. 41 Cost. non è una libertà che concerne genericamente la persona umana, bensì una libertà il cui ambito coinvol-

⁽²⁰⁾ I. GARCÍA VITORIA, *La libertad de empresa: ¿un terrible derecho?*, Madrid, 2008, spec. pagg. 213, 220, 221, 234, 272. L'art. 52, comma 2, della Carta è stato definito noma di “chiusura” del sistema, contiene un limite di carattere generale, A. LUCARELLI, *Libertà di impresa*, op. cit., spec. 395 e segg.

⁽²¹⁾ Per approfondimenti, V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, 1959, pag. 69 e segg.; A. PACE, *Iniziativa privata e governo pubblico dell'economia. Considerazioni preliminari*, in *Giur. Cost.*, 1979, spec. pag. 1231; M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, spec. pag. 11 e segg.; G. MORBIDELLI, *Iniziativa economica privata*, in *Enciclopedia Giuridica*, XVII, Roma, 1989, pag. 2; C. MORTATI, *Iniziativa privata ed imponibile di mano d'opera*, in *Giur. Cost.*, 1958, pag. 1190 e segg.; V. CRISAFULLI, *Costituzione e imponibile in agricoltura*, *ivi*, pag. 1202 e segg.; M. MAZZIOTTI, *Iniziativa economica privata, proprietà privata e diritto al lavoro*, *ivi*, pag. 1209 e segg.; D. SERRANI, *Brevi note in tema di libertà contrattuale e principi costituzionali*, in *Giur. Cost.*, 1965, pagg. 287 e segg.

ge gli interessi della comunità e che, oltre a presentare connotazioni particolari, si caratterizza per l'esistenza di limiti posti a salvaguardia della *sicurezza*, della *libertà* e della *dignità umana* ⁽²²⁾.

Sono gli organi legislativi dello Stato, i destinatari dei commi secondo e terzo dell'art. 41 Cost., a dotare di una veste normativa concreta quei limiti che non dovrebbero consentire all'attività economica di svolgersi in contrasto con l'utilità sociale. L'introduzione di limiti a diritti dei cittadini, infatti, necessita del consenso del Parlamento, al quale compete la valutazione circa la convenienza dell'imposizione dell'uno o dell'altro limite da inserire armonicamente nel quadro complessivo degli interventi statali nell'economia ⁽²³⁾. Parimenti, a fronte dell'oggettiva difficoltà di identificare una definizione precisa di "utilità sociale" e del suo evidente carattere poliedrico, si è esclusa qualsiasi forma di "pietrificazione" attraverso un unico intervento del legislatore ⁽²⁴⁾.

Sarà dunque la legge a valutare ciò che è in armonia e ciò che contrasta con l'utilità sociale; conseguentemente, il sindacato dell'autorità giudiziaria avrà ad oggetto non la conformità delle scelte imprenditoriali all'utilità sociale, bensì alla legge ⁽²⁵⁾.

È evidente che il frequente richiamo agli interessi sociali da parte della Costituzione riscontrabili nella normativa in materia economica, è espressione del fatto che tale normativa non si fonda su di una logica autonoma e differenziata rispetto a quella che ispira l'intera Carta costituzionale nel suo complesso ⁽²⁶⁾. Senza perdere di vista l'impianto unitario, la disciplina economica non può essere ispirata al solo intento di perseguire scopi immediatamente economici, dovendo invece essere guidata dalla necessità di attivare e favorire il processo di trasformazione sociale, *ex* art. 3, comma secondo, Cost. ⁽²⁷⁾ ⁽²⁸⁾.

⁽²²⁾ Per approfondimenti si rinvia a V. BUONOCORE, *Iniziativa economica privata e impresa*, in V. BUONOCORE (a cura di), *Iniziativa economica e impresa nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, pag. 3 e segg.

⁽²³⁾ Sul punto, Corte Cost., 14 febbraio 1962, n. 4, in *Foro It.*, 1962, I, col. 408 e segg., ha chiarito che tale riserva di legge non esige che l'intera disciplina dei rapporti venga regolata con atto normativo del Parlamento, essendo sufficiente che questo determini criteri e direttive idonei a delimitare sia l'esercizio dell'attività secondaria, sia di quella di esecuzione affidata al Governo.

⁽²⁴⁾ M. LUCIANI, *La «Costituzione economica»: una formula non convincente*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, V, 1990, pag. 117 e segg. Secondo la dottrina straniera, inquadrando la libertà di impresa nella più ampia libertà di iniziativa economica privata riconosciuta dall'art. 41, la Costituzione italiana la espone a qualsiasi limitazione legale costituzionalmente giustificata (F. DURÁN LÓPEZ, *Contenidos laborales del derecho constitucional a la libertad de empresa*, in *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, op. cit., spec. pagg. 45-46).

⁽²⁵⁾ In giurisprudenza, *Ex plurimis*, Corte Cost., 4 febbraio 1962, n. 4, in *Foro It.*, 1962, I, col. 408 e segg.; Corte Cost., 5 febbraio 1962, n. 5, *ivi*, 1962, I, col. 404 e segg.; Corte Cost., 23 maggio 1964, n. 40, *ivi*, 1964, I, col. 1277; Corte Cost., 9 maggio 1967, n. 24, in *Giust. Civ.*, 1967, III, pag. 90 e segg.; Corte Cost., 12 luglio 1967, n. 111, in *Giust. Cost.*, 1967, pag. 1220 (V. BUONOCORE, *Iniziativa economica privata e impresa*, op. cit., spec. pag. 14). Sul fatto che l'attribuzione di ampi poteri di intervento normativo al legislatore ordinario, non ha prefigurato nella libertà economica un diritto "gerarchicamente inferiore", A. PACE, *L'iniziativa economica privata come diritto di libertà: implicazioni teoriche e pratiche*, in AA.VV., *Studi in memoria di Franco Piga*, II, Milano, 1992, spec. pag. 1611 e segg.

⁽²⁶⁾ nel testo costituzionale, l'art. 41 richiama l'"utilità sociale" e "fini sociali", l'art. 42 la "funzione sociale", l'art. 43 all'"utilità generale" e all'"interesse generale", l'art. 44 agli "equi rapporti sociali", l'art. 45 alla "funzione sociale" della cooperazione; l'art. 46 alla "elevazione economica e sociale".

⁽²⁷⁾ M. LUCIANI, *La «Costituzione economica»: una formula non convincente*, op. cit., spec. pag. 378.

A ben vedere, nell'impianto complessivo si innesta l'espressa consacrazione costituzionale della tutela della concorrenza, ad opera dell'art. 117, secondo comma, lett. e), come sostituito dalla L. Cost. n. 3 del 2001, quale bene o fine o valore costituzionalmente rilevante da perseguire, nell'ambito di una nuova ripartizione di competenze fra diversi livelli territoriali di governo, affidato alla potestà legislativa esclusiva dello Stato. Tale riconoscimento sembra confermare la possibilità di ravvisare la libertà di concorrenza come naturale espressione dello svolgimento della libertà di iniziativa economica.

Sotto la spinta delle suggestioni comunitarie, peraltro, nelle decisioni più recenti della Corte Costituzionale sembra sfumare il richiamo alla concorrenza in termini di libertà. Oltre ad affermare che la nozione di concorrenza dal punto di vista del diritto nazionale non può non riflettere quella operante in ambito comunitario, si precisa altresì che la tutela della stessa rappresenta una delle leve della politica economica statale e, pertanto, non può essere intesa soltanto in senso statico, quale garanzia di interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto, ma anche in un'accezione dinamica che giustifica misure pubbliche volte a ridurre squilibri ed a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato e ad instaurare assetti concorrenziali, in linea con quel principio comunitario di un "*economia di mercato aperta e in libera concorrenza*" (art. 4, primo comma, TCE), per la realizzazione del quale sembra possibile il sacrificio o la compressione delle stesse sfere di libertà economica consacrate dall'art. 41 Cost.

La Corte Costituzionale ⁽²⁸⁾, ad ogni modo, ha sostenuto che il legislatore non può, invocando la finalità dell'utilità sociale, condizionare le scelte imprenditoriali fino al punto di indurre una sostanziale "funzionalizzazione" dell'attività economica, sacrificando le opzioni di fondo o restringendo in rigidi confini lo spazio o l'oggetto delle stesse scelte organizzative.

I limiti presenti nell'art. 41, comma secondo, Cost., pertanto, non possono essere tali da rendere impossibile l'esercizio dell'iniziativa economica privata, proprio perché, si è già detto, la libertà di iniziativa economica sancisce la libertà di impresa che si estrinseca nella libertà di intraprendere l'attività, di svolgerla liberamente, di dismetterla senza subire interferenze esterne. Il

⁽²⁸⁾ Sembra, peraltro, non potersi condividere la tesi che intravede una antinomia di fondo fra la norma di cui al terzo comma dell'art. 41 Cost. (che, affetto da "territorialità e dirigismo", negherebbe una vera e propria libertà di mercato e concorrenziale), e le norme del Trattato di Maastricht, legato invece ad una dimensione spaziale più ampia, senza frontiere. Sul punto, N. IRTI, *Introduzione*, in *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1999, pag. XVII e segg. In particolare alla luce degli orientamenti giurisprudenziali della Corte di Giustizia, la libertà di impresa è vista quale matrice originaria della produzione economica, sebbene nell'ambito di un'economia di mercato, soggetta al limite dell'utilità sociale, come previsto dall'art. 41, secondo comma, Cost (A. LUCARELLI, *Libertà di impresa*, op. cit., spec. pag. 400).

⁽²⁹⁾ Il riferimento è a Corte Cost., 19 dicembre 1990, n. 548. Cfr. Corte Cost., 21 aprile 1989, n. 232, che invece afferma che le norme comunitarie direttamente applicabili vadano considerate equi-ordinate alle norme costituzionali ed anzi possono modificare le stesse, laddove queste ultime non siano espressione di principi fondamentali configuranti la stessa forma della Repubblica e come tali inderogabili. LUCARELLI, *Libertà di impresa, Carta dei diritti ed Unione Europea tra crescita economica e sviluppo sociale*, in A. CATELANI S. LABRIOLA (a cura di), *La costituzione materiale. Percorsi culturali e attualità di un'idea*, Milano, 2001, pag. 404.

concreto dispiegarsi dell'attività richiede l'impiego delle capacità gestionali nell'organizzazione della struttura e del funzionamento dell'attività produttiva ⁽³⁰⁾; pertanto, coerentemente con il principio costituzionale della libertà di iniziativa economica privata (art. 41 Cost.), in capo al datore di lavoro sussiste la legittimazione a determinare la propria organizzazione produttiva, non solamente sotto il profilo dimensionale ma anche sotto l'aspetto della sua composizione.

Per i fini che qui interessano, in relazione alla libertà di svolgimento e di organizzazione dell'attività, la decisione dell'imprenditore se mantenere l'attività di impresa circoscritta, o piuttosto estenderla o articularla in un territorio più vasto, è espressione della sua libertà organizzativa ed affidata alle sue cure ⁽³¹⁾.

Tuttavia, fermo restando che le scelte imprenditoriali rimangono insindacabili nel merito, l'interesse organizzativo e produttivo assurge a parametro oggettivo per la verifica dell'esercizio in buona fede dei poteri del datore di lavoro ⁽³²⁾.

Il potere direttivo del datore di lavoro privato (e degli enti pubblici economici), dunque, trova fondamento in una delle norme di più controversa interpretazione tra quelle dedicate ai "Rapporti economici". Pur essendo un principio centrale della Costituzione italiana, infatti, la libertà di iniziativa economica privata non riceve quel carattere di "diritto inviolabile" che è invece attribuito alle libertà civili (artt. 13 Cost. e segg.).

Ciò che emerge dalle considerazioni di cui sopra è che la libertà di impresa va esercitata nell'ambito di un modello economico di mercato regolamentato, favorevole alla concorrenza ed alla tutela del consumatore, che privilegi le esigenze collettive rispetto a quelle individuali e la crescita sociale rispetto a quelle economica ⁽³³⁾. In questa direzione si è orientata la Suprema Cor-

⁽³⁰⁾ Cfr. A. BALDASSARRE *Iniziativa economica privata*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXI, Giuffrè, pagg. 593-595.

⁽³¹⁾ Si è detto, peraltro, che tale principio uscirebbe rafforzato dall'introduzione del principio di adeguatezza organizzativa, con conseguente responsabilità dell'imprenditore da "inadeguatezza organizzativa, amministrativa e contabile", Corte Cost., 13 marzo 2001, n. 54, cit.; Corte Cost., 6 novembre 1998, n. 362, cit.; Corte Cost., 31 dicembre 2003, n. 375, in *Foro It.*, 2004, I, col. 675 e segg.; Corte Cost., 22 giugno 2004, n. 176, in *Foro It.*, 2004, I, col. 2975 e segg. Cfr. V. BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381 del codice civile*, in *Giur. Comm.*, 2006, I, pag. 1 e segg.; C. PECORARO, *Gestione del rischio da ignoto tecnologico: prime riflessioni sull'adeguatezza della gestione d'impresa*, in AA.VV., *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, II, Milano, 2005, pag. 1409 e segg. La Corte Cost. ha affermato che il datore di lavoro resta libero di valutare le esigenze connesse al ridimensionamento della sua azienda ed è solo vincolato a non includere fra i dipendenti sacrificati la donna che si trovi nella situazione prevista dalla legge (Corte Cost., 8 giugno 1968, n. 57, in *Foro It.*, 1969, I, col. 1712 e segg.). In tema di cause che potrebbero contribuire alla cessazione di attività di impresa, tra le più recenti, Corte Cost., 28 luglio 2004, n. 282, in *Foro It.*, 2005, I, col. 28 e segg.

⁽³²⁾ M. MARAZZA, *Organizzare, lavorare e produrre*, in *Mer. Dir. Lav.*, 2005, 2005, spec. pag. 529. Basti pensare, come si vedrà nel prosieguo, alla scelta dei lavoratori da collocare in cassa integrazione ed alla necessità che il datore di lavoro agisca in buona fede dimostrando l'esistenza di un nesso causale tra la singola sospensione e le ragioni organizzative che hanno legittimato l'esercizio di quel potere. In giurisprudenza, *ex plurimis*, Corte Cass., 5 giugno 2003, n. 8998, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2004, II, pag. 104 e segg.

⁽³³⁾ A. LUCARELLI, *Libertà di impresa*, op. cit., spec. pag. 402.

te di Cassazione ⁽³⁴⁾ in tema di aiuti alle imprese, quando ha affermato in riferimento all'art. 87 TCE, che tali aiuti, normalmente vietati poiché incidenti con effetti discorsivi sul libero dispiegarsi della competizione nel mercato, e più in generale sulla natura della concorrenza, possono ritenersi legittimi qualora la libera concorrenza debba essere corretta in direzione del soddisfacimento di esigenze di particolare rilevanza sociale.

1.4. L'incidenza delle "ragioni tecniche, organizzative e produttive" nella gestione dei rapporti di lavoro: la "nuova" dimensione spazio-temporale del paradigma.

Il paradigma "ragioni tecniche, produttive ed organizzative" cambia in funzione delle dimensioni dell'impresa, nonché della sua articolazione. In buona sostanza, esso è strettamente connesso alla "natura" del datore di lavoro/imprenditore.

In assenza di una nozione unitaria di impresa ⁽³⁵⁾, quest'ultima nel nostro ordinamento assume anzitutto il significato di attività economica concepita in funzione del soggetto che la esercita ⁽³⁶⁾.

L'impresa intesa come attività, indica un complesso di atti giuridici riferibili a tale soggetto che acquistano rilevanza giuridica unitaria attraverso la valorizzazione dello scopo comune cui sono destinati; l'impresa come organizzazione è quel complesso di elementi materiali (artt. 2555 Cod. Civ.) e personali (art. 2086 Cod. Civ.) creato dall'imprenditore in funzione dello svolgimento di una determinata attività. Quell'attività di coordinamento gerarchico, di aggregazione e di organizzazione di una serie di elementi eterogenei (soggettivi ed oggettivi), esercitata da un soggetto chiaramente identificato dalla legge nell'imprenditore individuale (artt. 2082 e 2083 Cod. Civ.), nella società (art. 2247 Cod. Civ.) o nel consorzio (art. 2602 Cod. Civ.), al fine della produzione e dello scambio di beni e servizi ⁽³⁷⁾, descrive l'impresa nell'ambito del diritto commerciale.

In prima battuta, si può richiamare l'attenzione sul fatto che non necessariamente l'interesse ad agire dell'imprenditore si identifica con le "esigenze tecniche, organizzative e produttive"; o meglio, sebbene esse costituiscano l'*humus* del proprio agire, tale processo di identificazione si realizza nella misura in cui l'analisi di mercato evidenzia la necessità, per l'imprenditore che voglia

⁽³⁴⁾ Corte Cass., 19 aprile 2000, n. 5087.

⁽³⁵⁾ Per approfondimenti, A. ASQUINI, *Profili dell'impresa*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1943, I, pag. 1 e segg.

⁽³⁶⁾ Secondo L. RIVA-SANSEVERINO, *Disciplina delle attività professionali. Impresa in generale*, op. cit., pag. 148, l'art. 2082 Cod. Civ. rappresenta l'unico tentativo di fornire una definizione giuridica omogenea di impresa e, dunque, di imprenditore. L'esercizio a titolo professionale di un'attività economica (rappresentando la professionalità un elemento proprio dell'imprenditore) e l'assunzione – da parte dell'attività di organizzazione – di una determinata consistenza ed autonomia, sono alcuni elementi che emergono dalla definizione codicistica.

⁽³⁷⁾ O. RAZZOLINI, *Contitolarità del rapporto di lavoro nel gruppo caratterizzato da "unicità di impresa"*, in W.P. "Massimo D'Antona", 2009, n. 89, spec. pag. 11, in <http://www.lex.unict.it>

continuare ad operare nel proprio mercato di riferimento, di intervenire sul proprio assetto organizzativo.

Nelle nuove forme organizzative basate sulla segmentazione dei processi produttivi, sulla collaborazione fra organizzazioni imprenditoriali, sulla maggiore specializzazione delle unità produttive legate da vincoli di cooperazione più o meno stretti, il tentativo di definire il contenuto del paradigma, sconta problemi legati alla collocazione spazio-temporale di tali esigenze.

Nella struttura imprenditoriale “a rete”, in cui le varie articolazioni economiche operano unite intorno al progetto imprenditoriale che continua ad essere unitario, si affievolisce, o per meglio dire scompare, la coincidenza tra imprenditore e impresa, tanto cara al modello classico. Fino a tempi piuttosto recenti, infatti, chi occupava la posizione di imprenditore era il soggetto titolare di un insieme organizzato di mezzi materiali ed umani con i quali svolgeva - in maniera indipendente ed autosufficiente – una determinata attività produttiva, consistente nella produzione di un bene o di un servizio ⁽³⁸⁾.

Probabilmente, la consapevolezza delle trasformazioni in atto spiega la maggiore attenzione dimostrata negli ultimi tempi dalla dottrina, dal legislatore nazionale e comunitario, nonché dalla giurisprudenza, nei confronti della figura del datore di lavoro/imprenditore e delle sue vicissitudini organizzative, e più in generale della libertà di impresa, al punto che si è giunti ad affermare che il diritto del lavoro è sempre più “diritto del datore di lavoro – imprenditore”.

La scarsa attenzione rivolta a tale figura rispetto al soggetto lavoratore, ha fatto dell'imprenditore un personaggio “*sin rostro*” ⁽³⁹⁾, ovvero senza una precisa identità, considerato nella sola prospettiva di soggetto che contratta la prestazione e che riceve tale prestazione dal lavoratore. Salvo alcune eccezioni, del resto, il diritto del lavoro non conosce una definizione espressa di datore di lavoro ⁽⁴⁰⁾.

La soluzione, proposta dalla dottrina, della “con-titolarietà” del rapporto unico attribuisce rilevanza all'interesse come interesse collettivo, non frazionabile in una pluralità di rapporti, tanti quanti sono le società del gruppo, essendo esso qualche cosa di diverso rispetto alla somma dei singoli interessi delle società.

La tendenza della maggior parte delle pronunce giurisprudenziali ad utilizzare quasi come sinonimi espressioni quali “complesso aziendale unico”, “impresa unica”, “datore di lavoro unico”, “centro unitario di imputazione dei rapporti di lavoro”, senza che ne venga approfondito il

⁽³⁸⁾ W. SANGUINETI RAYMOND, *Las transformaciones del empleador y el futuro del derecho del trabajo*, in *Relaciones Laborales*, 2009, n. 7, pag. 17 e segg.

⁽³⁹⁾ L'espressione – che può essere tradotta letteralmente “senza volto” - è di W. SANGUINETI RAYMOND, op. cit., n. 7, pag. 17 e segg.

⁽⁴⁰⁾ L'art. 2094 Cod. Civ. si riferisce al prestatore di lavoro ed all'imprenditore che viene poi individuato negli artt. 2082 e 2083 Cod. Civ. Tutte le altre disposizioni fanno riferimento a “chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata” (art. 2082 Cod. Civ.).

significato giuridico ⁽⁴¹⁾, ha fatto emergere quel processo di “spersonalizzazione” dei rapporti di lavoro, in forza del quale l’impresa assume sempre più rilievo autonomo rispetto alla persona dell’imprenditore ⁽⁴²⁾, con conseguente spersonalizzazione delle “esigenze tecniche, produttive ed organizzative”.

Di certo non aiuta a sciogliere il nodo connesso all’individuazione spaziale di tali esigenze all’interno dei gruppi la circostanza che nel diritto del lavoro poche sono le norme che fanno riferimento al fenomeno dei gruppi. Gli articoli 4, comma 15-*bis*, L. 23 luglio 1991, n. 223, e 47, comma 4, L. 29 dicembre 1990, n. 428, a ben vedere, prendono in considerazione non il fenomeno del gruppo in senso stretto, bensì i rapporti di controllo societario, di cui all’art. 2359 Cod. Civ. Tali norme prescrivono che l’inadempimento dell’imprenditore degli obblighi di informazione, consultazione ed esame congiunto nei confronti delle rappresentanze sindacali aziendali o unitarie, non può trovare giustificazione nella mancata trasmissione delle necessarie informazioni da parte dell’impresa controllante che abbia assunto la decisione di aprire la procedura. Quasi a dire che, indipendentemente da dove originano le esigenze che porteranno ad aprire la procedura, la priorità resta la protezione dei lavoratori.

Si parla di “gruppo” solo nel D. Lgs. 2 aprile 2002, n. 74, relativo all’istituzione di un comitato aziendale europeo nelle imprese o nei gruppi di imprese di dimensioni comunitarie, e nell’art. 31, D. Lgs. n. 276 del 2003.

Quest’ultima norma, inoltre, rubricata “gruppo di impresa”, attribuisce ai rapporti di collegamento e di controllo societario, di cui all’art. 2359 Cod. Civ. e all’art. 3, D. Lgs. n. 74 del 2002, una rilevanza giuridica limitata a consentire la delega alla società capo-gruppo degli adempimenti relativi all’amministrazione dei rapporti di lavoro. Detti rapporti non rilevano invece al fine dell’individuazione «del soggetto titolare delle obbligazioni contrattuali e legislative in capo alle singole società datrici di lavoro» (art. 31, D. Lgs. n. 276 del 2003) ⁽⁴³⁾.

⁽⁴¹⁾ Fanno eccezione le sentenze più recenti. La questione è affrontata, tra le altre, da Corte Cass., 24 marzo 2003 n. 4274, in *Orient. Giur. Lav.*, 2003, pag. 166 e segg.; Trib. Monza, 28 aprile 2004, *Riv. It. Dir. Lav.*, 2004, II, pag. 540 e segg., con nota di A. FORTUNAT, *Due imprese e una stessa organizzazione aziendale: quando il lavoratore è al servizio di due padroni*.

⁽⁴²⁾ Cfr. G. BENEDETTI G., *Profili civilistici dell’interposizione nei rapporti di lavoro*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1965, pag. 1492 e segg. Cfr. anche G. MELIADÒ, *La teoria dell’impresa nel diritto del lavoro (itinerari interpretativi e usi giurisprudenziali)*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1985, I, pag. 71 e segg.; B. VENEZIANI, *Gruppi di imprese e diritto del lavoro*, in *Lav. Dir.*, 1990, pag. 609 e segg. Di recente, v. V. PINTO, *I gruppi societari nel sistema giuridico del lavoro*, Bari, 2005, pag. 166 e segg., il quale critica l’uso del concetto di impresa di gruppo e l’affermazione giurisprudenziale per cui il gruppo è centro di imputazione unitario, in quanto evocano una “supersoggettività” dell’impresa in grado di neutralizzare quella delle singole società.

⁽⁴³⁾ Sulla disposizione codicistica, si rinvia a F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario. Tomo I. Le nuove società di capitali e cooperative*, Padova, 2004. Sull’art. 31, D. Lgs. n. 276 del 2003, A. MARESCA, *Disposizioni in materia di gruppi di impresa e trasferimento d’azienda, Sub art. 31*, in M. PEDRAZZOLI (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro: d. lgs. 10 settembre 2003, n. 276. Commentario*, Bologna, 2004, pag. 345 e segg.; N. RONDINONE, *Disposizioni in materia di gruppi di impresa e trasferimento d’azienda*, in E. GRAGNOLI e A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli*

Né gli artt. 2497 e segg. Cod. Civ., né l'art. 31, D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276, scalfiscono il principio della formale separazione soggettiva tra le singole società appartenenti al gruppo⁽⁴⁴⁾.

È appena il caso di sottolineare che il criterio dell'unicità di impresa, inizialmente sperimentato a livello giurisprudenziale nelle ipotesi di comportamenti messi in atto in un'ottica di *fraus legi* allo scopo di far venir meno i presupposti dimensionali per l'applicazione di tutele di carattere imperativo (art. 18 St. Lav., L. n. 223 del 1991), è stato esteso ad altre ipotesi, quali il licenziamento per giustificato motivo oggettivo e l'obbligo di ripescaggio, non tanto per appagare esigenze repressive, quanto piuttosto per soddisfare quelle di natura regolativa. In più di una circostanza, sebbene per *obiter dicta*, la giurisprudenza ha ammesso che anche in presenza degli elementi denotativi dell'unicità di impresa non è sufficiente – al fine di valutare il corretto adempimento dell'obbligo di ripescaggio – far riferimento alla singola impresa della quale il datore di lavoro è formalmente titolare, dovendosi al contrario verificare l'impossibilità di impiegare il lavoratore in mansioni equivalenti nell'ambito dell'impresa unica riferibile al gruppo⁽⁴⁵⁾.

Parimenti, la medesima argomentazione viene utilizzata per qualificare l'impresa unica il centro di imputazione delle “*esigenze tecnico-produttive e organizzative*” che costituiscono il criterio di scelta dei lavoratori da collocare in mobilità (art. 5, L. n. 223 del 1991)⁽⁴⁶⁾.

Ne discende che attribuire rilevanza giuridica all'attività di impresa di gruppo, nonché al fine da essa perseguito, implica altresì attribuire rilevanza giuridica all'impresa-organizzazione, ovvero alla struttura imprenditoriale unitaria, che le società a tale scopo creano.

contrattuali, Padova, 2004, pag. 449 e segg.; M. MIOLA, *I gruppi di società tra unità e pluralità alla luce della riforma del diritto societario*, in *Dir. Merc. Lav.*, 2004, pag. 695 e segg.; G. SCOGNAMIGLIO, *Commento all'art. 31, d.lgs. n. 276 del 2003*, in R. DE LUCA TAMAJO e G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro. Commento al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Padova, 2007, pag. 465 e segg.

⁽⁴⁴⁾ Già a partire dagli anni Ottanta, la giurisprudenza lavoristica ha iniziato a disapplicare la regola generale della formale separazione soggettiva fra le società facenti parte del medesimo gruppo; si riteneva che l'impresa unica sottostante al gruppo dovesse acquistare rilevanza giuridica al configurarsi di una frode alla legge, in particolare laddove una stessa attività di impresa fosse stata frammentata fra più società, separate sul piano formale ma non sostanziale, allo scopo di far venir meno i presupposti dimensionali per l'applicazione di tutele di carattere imperativo (art. 18 St. Lav., L. n. 223 del 1991).

⁽⁴⁵⁾ Pret. Roma, 28 novembre 1995, in *Riv. Giur. Lav.*, 1996, II, 43; Corte Cass., 16 maggio 2003, n. 7717, in *Orient. Giur. Lav.*, 2003, spec. 415; Corte Cass., 10 maggio 2007 n. 10672, *Riv. It. Dir. Lav.*, 2007, II, pag. 1001 e segg. Si rinvia altresì a Corte Cass., 24 marzo 2003, n. 4274, cit. In senso contrario, v. Corte Cass., 28 agosto 2003, n. 12645. Il fenomeno dell'integrazione contrattuale o azionaria fra società o fra imprese non organizzate in forma societaria dà luogo ad unicITÀ di impresa quando sussistono almeno i seguenti elementi: a) attività di direzione e coordinamento gerarchico svolta da una holding; b) unicITÀ della struttura organizzativa e produttiva; c) scopo comune. La presenza di indici di fatto rivelatori dell'unicITÀ di impresa sottostante al gruppo, vale a giustificare la disapplicazione della regola della formale separazione soggettiva, conseguentemente, si considera il gruppo alla stregua di un complesso aziendale unico e/o di un centro di imputazione unitario dei rapporti di lavoro. Si rinvia a O. RAZZOLINI, *Contitolarità del rapporto di lavoro nel gruppo caratterizzato da “unicità di impresa”*, op. cit., cit., spec. pag. 8.

⁽⁴⁶⁾ Così Cass. 24 marzo 2003, n. 4274, cit.

Alla difficoltà oggettiva di individuare l'esatta collocazione spazio-temporale delle "esigenze tecniche, produttive ed organizzative" si aggiunge che tale paradigma può essere tacciato di eccessiva genericità, esempio di come il connubio "norma inderogabile e genericità del precetto" sia fonte di incertezza nella misura in cui si renda inevitabile il successivo controllo del giudice, in ordine al rispetto del precetto da parte della pattuizione individuale; ne sono esempi il richiamo alle "ragioni tecniche, organizzative e produttive" per il trasferimento, l'"equivalenza" per la mobilità orizzontale, rispetto alle quali si rende necessaria un'opera di concretizzazione della norma da parte del giudice⁽⁴⁷⁾.

Ciò che è certo è che, di fatto, si realizza una smaterializzazione del potere direttivo che viene esercitato in forma plurale tra le diverse imprese che stabiliscono legami di cooperazione nell'esecuzione del ciclo produttivo⁽⁴⁸⁾.

1.5. Funzionalità del contratto di lavoro alla "salvaguardia della competitività" dell'impresa.

Il fine istituzionale dell'impresa è la realizzazione della ricchezza tramite lo svolgimento di attività di produzione, di distribuzione e di scambio, e l'obiettivo che essa persegue si identifica nella necessità che il valore complessivo finale sia superiore a quello dei fattori produttivi impiegati e richiesti dal mercato, per consentire la realizzazione di un margine economico, da intendersi come differenza positiva tra i ricavi derivanti dalle vendite ed i costi sostenuti per l'acquisto nei diversi settori produttivi⁽⁴⁹⁾.

⁽⁴⁷⁾ C. PISANI, *La norma inderogabile a precetto generico come fonte di incertezza*, in AA. VV., *La certificazione dei contratti di lavoro*, a cura di G. PERONE e A. VALLEBONA, pag. 1 e segg. Per approfondimenti, A. VALLEBONA, «Norme inderogabili» e certezza del diritto: prospettive per la volontà assistita, in *Dir. Lav.*, 1992, I, pag. 479 e segg.; C. PISANI, *La certezza del diritto nelle tecniche della flessibilità*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2003, I, pag. 69 e segg.; L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1986, pag. 9 e segg. Sul fatto che l'uso incontrollato delle clausole generali rischia di essere un male peggiore rispetto all'applicazione rigorosa e non flessibile della norma legale tassativa e specifica e su come il ricorso al principio di buona fede abbia portato a decisioni fondate su preconcetti ideologici, M. PERSIANI, *Diritto del lavoro e razionalità*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1995, n. 1, pag. 34 e segg.; ID., *Considerazioni sul controllo di buona fede nei poteri del datore di lavoro*, in *Dir. Lav.*, 1995, I, spec. pag. 138.

⁽⁴⁸⁾ La realtà della pluralità di imprese che operano in un gruppo, infatti, sfugge alla configurazione giuridica del potere direttivo tipico del lavoratore subordinato perché tale pluralità si estrinseca in un ambito diverso e si sottrae a regole giuridiche e che esulano dal diritto del lavoro, e che sono invece di matrice civile, commerciale o amministrativa. Dal punto di vista del diritto del lavoro, il gruppo (*holding*) è come se non esistesse. J. CRUZ VILLANÓN, *Los expedientes de regulación de empleo: elementos de debate y propuestas de reforma*, in *Temas Laborales*, 2009, n. 99, pag. 21 e segg., il quale afferma che i contratti di natura commerciale che producono il decentramento produttivo non trasformano le imprese contraenti in contitolari

⁽⁴⁹⁾ A. CAIAFA, *Le vicende economiche dell'impresa in crisi: diritto del lavoro comunitario e tutela del lavoratore*, op. cit., pag. 549. L'impresa, infatti, «persegue la propria sopravvivenza economica, nel tempo, attraverso la realizzazione dell'equilibrio economico – inteso come capacità della gestione di remunerare congruamente, con i ricavi conseguiti, i fattori produttivi impiegati – e l'efficienza economico-tecnica, costituenti vincoli imprescindibili del suo libero e rigoroso operare» (ID. *Op. cit.*, cit. pag. 543). Proprio alla luce delle considerazioni svolte poc'anzi e del noto dibattito

La sopravvivenza economica, nel tempo e nello spazio, perseguita dall'impresa, si ricongiunge al concetto di "salvaguardia della competitività" che, tuttavia, sfugge facilmente al tentativo di definirne il contenuto ⁽⁵⁰⁾. Si è già visto che vincoli ben precisi si impongono all'attività dell'impresa. Ad esempio, l'impresa in crisi, anche se fallita, non può operare sul mercato in violazione della normativa *antitrust* ⁽⁵¹⁾.

Certo è che, in nome della "salvaguardia della competitività" o della concorrenzialità della stessa, sovente richiamate come sinonimi, il datore di lavoro invoca il potere di incidere sulla propria organizzazione produttiva. Si impone, pertanto, la necessità di chiarire quale significato attribuire alla tutela della sua attitudine ad operare nel mercato di riferimento, e se la mera ricerca di un miglioramento delle *performance* e, dunque, l'aumento dei profitti dell'impresa, possano essere invocati a fondamento di una riorganizzazione aziendale (e, eventualmente, di un licenziamento per "ragioni economiche"), oppure se la salvaguardia della competitività possa essere invocata solo quando essa sia in concreto minacciata.

Orbene, nella misura in cui i giudici di legittimità manifestano parere favorevole ad una nozione di giustificato motivo di licenziamento che sia in grado di includere l'ipotesi di riassetto organizzativo, attuato per la più economica gestione dell'impresa, come avviene nel nostro ordinamento, pare lecito domandarsi quali dovrebbero essere i limiti dell'attribuzione di rilevanza al "costo-opportunità" del mantenimento in servizio del lavoratore, come elemento valutabile esclusivamente dal datore di lavoro ⁽⁵²⁾.

A ben vedere, il nostro ordinamento sembra aver optato per un modello di competitività puramente di costo; ad esempio, il D. Lgs. n. 276 del 2003 consente che nell'appaltato di opere o di servizi si realizzino forme di esternalizzazione che abbiano come finalità principale od esclusiva la riduzione degli oneri economici a carico del committente. Infatti, l'esclusione dell'obbligo della

sul rapporto tra diritto del lavoro e diritto della concorrenza, peraltro, si ritiene utile sgombrare il campo sia dal pregiudizio secondo cui il diritto del lavoro abbia funzioni puramente strumentali di politica economica, sia dall'idea di un diritto della concorrenza esclusivamente incentrato sulla garanzia della libertà di iniziativa economica dei soggetti operanti nel mercato. Per approfondimenti in tal senso, V. BRINO, *Diritto del lavoro e diritto della concorrenza: conflitto o complementarità?*, in *Merc. Dir. Lav.*, 2005, n. 2, pag. 329 e segg.

⁽⁵⁰⁾ Per un richiamo alle nozioni di "difficoltà economica" e di "trasformazione tecnologica", R. KELLER, *La nécessité de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise peut justifier un licenciement pour motif économique*, in *Droit Social*, 2006, n. 9-10, pag. 857 e segg.

⁽⁵¹⁾ Parimenti, l'impresa fallita può ricorrere ai licenziamenti per riduzione del personale come qualsiasi altro imprenditore in crisi, ma non può anche aspirare all'applicazione di regole particolari, specifiche del fallimento in quanto tale. In prima battuta va segnalato che, seppur tenuta all'osservanza di regole speciali volte alla tutela di creditori, l'impresa non è esonerata dal rispetto delle regole generali che riguardano tutte le imprese (anche non insolventi). Sul punto, A. CAIAFA e R. COSIO, *Diritto europeo: crisi d'impresa e sorte dei rapporti di lavoro*, Milano, 2008.

⁽⁵²⁾ Il quesito non trova soluzione definitiva. Stando all'orientamento della Suprema Corte, tuttavia, le esigenze connesse al risparmio dei costi e all'incremento dei profitti vengono collocate tra le ragioni, inerenti l'attività produttiva, idonee a legittimare un licenziamento individuale intimato per giustificato motivo oggettivo e, eventualmente a procedere alla distribuzione tra altri soggetti (siano essi lavoratori dipendenti o no della stessa impresa), delle mansioni assegnate al lavoratore licenziato. *Ex plurimis*, Corte Cass., 4 novembre 2004, n. 21121, in *Guida Dir.*, 2005, n. 2, pag. 74. Per approfondimenti, si rinvia al capitolo IV.

parità di trattamento consente all'operatore economico di perseguire una competitività basata su costi diversi da quelli del lavoro e di indirizzarsi verso soluzioni organizzative più congeniali, innovazioni di processo e di prodotto, specializzazioni produttive e miglioramento della qualità del lavoro. Proprio tali soluzioni rappresentano le uniche leve su cui insistere per far fronte alla concorrenza globalizzata, nella competizione con Paesi dediti allo sfruttamento intensivo della manodopera.

Inoltre, la nuova disciplina del trasferimento di ramo d'azienda (quest'ultimo liberamente identificabile dalle parti al momento del trasferimento), nonché la possibilità di appaltare le attività svolte dalla frazione di azienda ceduta, possono aprire la strada a esternalizzazioni "non virtuose", perché finalizzate al solo risparmio ed all'eliminazione dei vincoli derivanti da rapporti di lavoro gestiti direttamente.

Certo è che le profonde trasformazioni dei processi produttivi indotte dall'innovazione tecnologica e dalla globalizzazione, oltre a segnare la lenta agonia delle organizzazioni di tipo fordista ed a cedere il passo a nuove forme di impresa, incidono sulle modalità di rendere la prestazione funzionale alle esigenze dell'organizzazione del lavoro, nonché sulla stessa geografia dell'impresa e sui suoi cicli di vita e, dunque, sulla capacità di questa di essere concorrenziale sul mercato.

L'internazionalizzazione dei mercati ha esaltato la competitività delle imprese e, dunque, la loro esigenza di ridurre i costi di produzione e, tra questi, anche quelli del lavoro, accentuando altresì l'esigenza di ricorrere a forme di occupazione flessibili e temporanee in grado di soddisfare un'offerta di lavoro sempre più determinata dalle mutevoli esigenze della produzione.

Il nostro ordinamento, tuttavia, sembra aprirsi alla possibilità di fornire risposte diverse alle esigenze di competitività. In proposito, la Legge 9 aprile 2009, n. 33, ha previsto la figura del "contratto di rete", tipologia negoziale con la quale *"due o più imprese si obbligano ad esercitare in comune una o più attività economiche rientranti nei rispettivi oggetti sociali allo scopo di accrescere la reciproca capacità innovativa e la competitività sul mercato"*, una sorta di una *joint venture* fondata su relazioni paritarie.

Passando alla dimensione "micro", ovvero del singolo rapporto di lavoro, va precisato che il contratto di lavoro resta lo strumento giuridico attraverso il quale l'imprenditore acquisisce un fattore della produzione che egli provvede ad organizzare nell'impresa. È attraverso l'estrinsecarsi della funzione economico sociale del contratto di lavoro subordinato che si realizzano quelle modificazioni della realtà materiale volute dal datore di lavoro. Il potere direttivo, infatti, è esercitato al fine di adeguare il contenuto della prestazione al risultato finale perseguito dal datore di lavoro

stesso ⁽⁵³⁾. Per questa ragione, se l'organizzazione è l'effetto del singolo contratto di lavoro subordinato, l'organizzazione del lavoro nell'impresa scaturirà dall'interazione degli effetti di tutti i contratti di lavoro stipulati dal medesimo datore di lavoro.

La distinzione tra la componente "datoriale" e la componente "imprenditoriale" del potere direttivo, peraltro, è figlia proprio dell'intuizione per cui il contratto di lavoro non ha solo funzione di scambio, ma anche di organizzazione, rappresentando lo strumento organizzativo attraverso cui il datore di lavoro si procura l'utilità derivante dalla collaborazione del prestatore, in funzione del risultato finale dell'attività produttiva ⁽⁵⁴⁾.

Del resto, se per un verso, ai sensi dell'art. 2239 Cod. Civ., si può essere datori di lavoro senza essere imprenditori, per altro verso, azienda e impresa sono state raffigurate come realtà inscindibili, in quanto l'esercizio di un'attività imprenditoriale non potrebbe aver luogo in mancanza di un adeguato complesso organizzativo che ne sostenga la possibilità di dispiegarsi ⁽⁵⁵⁾. A ciò si aggiunge, peraltro, la "valutazione estensiva" adottata dallo stesso legislatore e dalla dottrina nei confronti del concetto di azienda, non più esclusivamente considerata (art. 2555 Cod. Civ.) come il complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa, bensì, ai fini dell'ordinamento posto dal diritto del lavoro ⁽⁵⁶⁾.

È nella componente "imprenditoriale" del potere direttivo, dunque, che si compie la funzione propriamente organizzativa, consistente nel coordinamento delle singole prestazioni verso un risultato finale ⁽⁵⁷⁾. Proprio in questa prospettiva, peraltro, è il potere direttivo che conferisce lo spessore organizzativo necessario allo svolgimento dell'attività d'impresa.

⁽⁵³⁾ M. MARAZZA, *Organizzare, lavorare e produrre*, op. cit., 2005, spec. pag. 525. L'Autore prosegue sottolineando che quel potere dovrà coordinarsi con innumerevoli ulteriori posizioni giuridiche attive di cui il datore di lavoro è titolare concorrendo, con queste, all'attività di impresa, intesa come insieme di atti coordinati o unificati sul piano funzionale dalla unicità dello scopo.

⁽⁵⁴⁾ Nella componente "datoriale" si riflette l'interesse tipico del creditore ad ottenere, come risultato dedotto in obbligazione, quello del coordinamento delle prestazioni lavorative. Così, M. PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova, 1966. Per una critica a tale teoria, argomentata su un implicito allargamento della tipica causa di scambio del contratto di lavoro, attraverso la proiezione all'interno della stessa dell'obbligo di fedeltà ex art. 2105 Cod. Civ., U. CARABELLI, *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2004, spec. pag. 12; M. NAPOLI, *Contratto e rapporti di lavoro, oggi*, in ID. (a cura di), *Le ragioni del diritto, Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Milano, 1995, spec. pag. 1135. Cfr. L. MENGONI, *La questione della subordinazione in due trattazioni recenti*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1986, I, spec. pag. 17. Tra i critici agli esiti pratici della costruzione di Persiani, si rinvia altresì a F. LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Milano, 1982, spec. pag. 59. Secondo l'Autore, riportare la subordinazione all'interno del contratto può bruciare gli spazi che venivano utilizzati configurare una più ampia soggezione del prestatore alla signoria dell'imprenditore, portando l'organizzazione nella causa del contratto, vi è il rischio di una dilatazione della posizione debitoria del lavoratore. Stando all'impostazione tradizionale, sia il lavoratore che il prestatore d'opera sono tenuti a svolgere l'attività lavorativa necessaria alla produzione di un determinato risultato.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. G. OPPO, *Realtà giuridica globale dell'impresa nell'ordinamento italiano*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1976, I, pag. 591 e segg.

⁽⁵⁶⁾ L. RIVA-SANSEVERINO, *Disciplina delle attività professionali*, op. cit., spec. pag. 155.

⁽⁵⁷⁾ A. RICCOBONO, *Subordinazione, appalto, trasferimento d'azienda: continuità e discontinuità sulla qualificazione della fattispecie nel diritto del lavoro*, in *Dir. Mercato Lav.*, 2007, n. 1-2, cit., pag. 149.

Si comprende come, proprio perché l'assetto organizzativo non è un dato immanente, il significato che l'ordinamento attribuisce alla nozione di “salvaguardia della competitività” ed al concetto di “crisi”, per alcuni aspetti assuma un valore propedeutico alla determinazione dell'intensità del potere datoriale di incidere sul proprio assetto organizzativo, in particolare qualora si ritenesse che una riorganizzazione debba necessariamente presupporre una situazione di crisi. Peraltro, si è già accennato al fatto che il rischio che un'eventuale riorganizzazione possa dar luogo alla necessità di gestire degli esuberi, rende lecito chiedersi se alla base della scelta di riorganizzare possano esservi valutazioni “meramente economiche” che prescindano dall'esistenza di una situazione di reale “crisi”, ma dettate ad esempio dalla necessità di ridurre i costi di produzione.

1.6. La nozione di “crisi di impresa” e la sua propedeuticità rispetto ai processi di riorganizzazione aziendale.

Nel nostro ordinamento, in assenza di una tipizzazione legislativa del concetto di “crisi aziendale” – che, a ben vedere allude ad uno stato di diffusa e continuativa difficoltà economica e finanziaria dell'impresa – si rende necessario richiamare quei decreti ministeriali intervenuti sui criteri di approvazione dei programmi di crisi aziendale e sulla concessione del trattamento straordinario di Cassa integrazione guadagni. Ad organi amministrativi (in origine il CIPI, poi il CIPE e, dal 1999, il Ministero del lavoro), infatti, è rimessa l'individuazione dei criteri per la determinazione dei casi di crisi aziendale basati tanto su valutazioni di ordine economico-finanziario, quanto sociale.

Al fine dell'approvazione dei programmi di crisi aziendale, *ex art. 1, comma 5, legge 23 luglio 1991, n. 223, il Decreto del ministero del lavoro e delle politiche sociali del 18 dicembre 2002, n. 31826, prevede l'adozione di alcuni criteri, quali, tra gli altri: a) l'emersione di un andamento a carattere negativo ovvero involutivo dagli indicatori economico finanziari (risultato di impresa, fatturato, risultato operativo, indebitamento) complessivamente considerati e riguardanti il biennio precedente; b) il ridimensionamento - o, quantomeno, la stabilità - dell'organico aziendale nel biennio precedente all'intervento della Cassa integrazione guadagni straordinaria, nonché l'assenza di nuove assunzioni, con particolare riguardo a quelle assistite da agevolazioni contributive e/o finanziarie* ⁽⁵⁸⁾.

⁽⁵⁸⁾ Il Decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali del 18 dicembre 2002 (*Criteri di approvazione dei programmi di crisi aziendali e per la concessione del trattamento CIGS ne casi di cessazione di attività*) aveva provveduto all'aggiornamento dei criteri individuati dai Decreti 2 maggio 2000 e 20 agosto 2002, n. 31445 (*Concessione del trattamento di integrazione salariale in favore dei lavoratori dipendenti di aziende le quali abbiano sottoscritto, ai sensi dell'art. 1 del decreto-legge 30 ottobre 1984, n. 726, convertito, con modificazioni, nella legge 19 dicembre 1984, n. 863, contratti collettivi nazionali denominati*

Il medesimo decreto ministeriale, peraltro, estende la fattispecie “crisi aziendale” all’ipotesi di cessazione dell’attività che, in assenza di un’espressa previsione normativa, era stata considerata *species* del *genus* Cassa integrazione guadagni straordinaria per “crisi aziendale”. Sancendo con apposita norma la specificità di tale ipotesi, il legislatore, con l’art. 1, L. 3 dicembre 2004, n. 291, ha riconosciuto un *tertium genus*, distinto tanto dalla ristrutturazione/riorganizzazione/conversione, quanto dalla crisi aziendale. Il Ministero del lavoro ha precisato che “*mentre la crisi di cui all’art. 1, comma 5, della legge n. 223/1991 coinvolge l’unità produttiva intesa nella sua interezza, la cessazione di attività non è riferibile esclusivamente all’attività di una unità produttiva nella sua accezione più ampia, bensì a quelle parti di attività che possono essere singolarmente e autonomamente individuate, pur nell’ambito di un’unità produttiva*”⁽⁵⁹⁾.

Orbene, è evidente che il valore dell’azienda – inteso come complesso produttivo - dipende dalla sua capacità di produrre ricchezza, ovvero beni e servizi di valore superiore a quello dei fat-

“*contratti di solidarietà*”), ed è stato successivamente integrato dal Decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali del 15 dicembre 2004, n. 35302. Si segnala, altresì, che con circ. 30 marzo 2009, n. 5251, il Min. Lav. ha chiarito che “*in considerazione dell’attuale fase economica che richiede un forte sostegno all’occupazione e vista la necessità di favorire strumenti che preservino il rapporto tra imprese e lavoratori... l’evento improvviso ed imprevisto è riferibile non solo a puntuali fattispecie ascrivibili alla singola impresa, ma anche a tutte quelle situazioni emerse in ambito nazionale od internazionale che comportino una ricaduta sui volumi produttivi dell’impresa o sui volumi di attività e di conseguenza sull’occupazione. Rileveranno, pertanto, ai fini della valutazione dell’evento di cui al citato art. 1, comma 1, lett. e) del D.M. n. 31826 del 18 dicembre 2002, la riduzione di commesse, la perdita di quote del mercato nazionale o la riduzione del medesimo, la contrazione delle esportazioni, la difficoltà di accesso al credito*”. Affidandoci al dato testuale del D.M. 18 dicembre 2002, n. 31826, “*dagli indicatori economico finanziari (risultato di impresa; fatturato; risultato operativo; indebitamento), complessivamente considerati e riguardanti il biennio precedente, deve emergere un andamento a carattere negativo ovvero involutivo; l’impresa deve presentare - unitamente ai documenti contabili relativi al suddetto biennio - specifica relazione tecnica, recante le motivazioni a supporto della propria critica situazione economico finanziaria*” (art. 1, comma primo, lett. a)); “*deve essere verificato, in via generale, il ridimensionamento - o, quantomeno, la stabilità - dell’organico aziendale nel biennio precedente all’intervento CIGS; deve, altresì, riscontrarsi, di norma, l’assenza di nuove assunzioni, con particolare riguardo a quelle assistite da agevolazioni contributive e/o finanziarie. Nel caso in cui l’impresa abbia proceduto ad assumere personale, ovvero intenda assumerne durante il periodo di fruizione del beneficio della Cassa integrazione guadagni straordinaria, l’impresa stessa motiva la necessità delle suddette assunzioni, nonché la loro compatibilità con la disciplina normativa e le finalità dell’istituto della CIGS*” (art. 1, comma primo, lett. b)); “*deve essere presentato, da parte dell’impresa, un piano di risanamento che, sul presupposto delle cause che hanno determinato la situazione di crisi aziendale, definisca le azioni intraprese, o da intraprendere, per il superamento delle difficoltà dell’impresa, distinte per ciascun settore di attività dell’impresa stessa, nonché per ciascuna unità aziendale interessata dall’intervento straordinario di integrazione salariale*” (art. 1, comma primo, lett. c)); “*qualora l’impresa, nel corso dell’intervento CIGS, ovvero al termine dello stesso, preveda esuberi strutturali, deve presentare un piano di gestione degli stessi*” (art. 1, comma primo, lett. d)); “*il trattamento straordinario di integrazione salariale può essere concesso, quando la situazione di crisi aziendale sia conseguente ad un evento improvviso ed imprevisto, esterno alla gestione aziendale. L’impresa deve, in tal caso, documentare l’imprevedibilità dell’evento causa della crisi, la rapidità con la quale l’evento ha prodotto gli effetti negativi, la completa autonomia dell’evento rispetto alle politiche di gestione aziendale*” (art. 1, comma primo, lett. e)). Per approfondimenti, R. COSIO, *La normativa che regola il trasferimento dell’impresa in crisi: il problema della sua conformità all’ordinamento comunitario*, in A. CAIAFA e R. COSIO, *Il trasferimento dell’azienda nell’impresa in crisi*, Padova, 2005, spec. pag. 14, in cui si rinvia, peraltro, a R. COSIO, *La cassa integrazione straordinaria*, in *Il diritto del lavoro* (a cura di G. AMOROSO, V. DI CERBO, A. MARESCA), vol. I, Milano, spec. pag. 1250 e segg.; A. CAIAFA, *I rapporti di lavoro nelle crisi di impresa*, 2004, pag. 52 e segg. Già il Decreto ministeriale del 2 maggio 2000, concernente la modificazione e integrazione dei criteri per la valutazione dei programmi delle aziende che richiedono l’intervento straordinario della Cassa integrazione guadagni per crisi, stabiliva che se l’impresa, pur cessando l’attività produttiva, presentasse concreti piani di gestione dei lavoratori in esubero che siano tesi a ridurre in tutto o in parte – attraverso l’impiego di specifici strumenti – il ricorso alla mobilità, sarà possibile applicare la normativa sul trasferimento dell’impresa in crisi conformemente a quanto previsto dalla direttiva comunitaria.

⁽⁵⁹⁾ Messaggio Min. Lav. 19 maggio 2008, n. 6416 “*Cessazione di attività – problematiche connesse all’utilizzo della cigs*”.

tori di produzione impiegati. Sebbene il suddetto valore sia indipendente dal titolo giuridico (capitale di rischio o debito), con cui viene finanziato l'acquisto di tali fattori, la struttura finanziaria dell'impresa acquista importanza nel passaggio dalla valutazione dell'azienda alla valutazione del patrimonio complessivo dell'imprenditore, su cui si attua la responsabilità patrimoniale *ex art.* 2740 Cod. Civ., e che interessa coloro che gli forniscono il capitale necessario ad operare ⁽⁶⁰⁾.

Tuttavia, è possibile che l'impresa abbia un valore positivo anche se l'imprenditore è in crisi, ad esempio perché tale valore è pur sempre inferiore a quello che ci si aspettava quando fu effettuato l'investimento, oppure per scelte imprenditoriali sbagliate che, tuttavia, non impedirebbero all'impresa di tornare a produrre valore grazie alla dismissione di cespiti non strategici, cambi di strategie (il cosiddetto "*turnaround*"). Infine, il patrimonio dell'imprenditore può essere composto di aziende o rami d'azienda che hanno prodotto perdite che rischiano di affossare quelle che creano ricchezza ⁽⁶¹⁾.

Parimenti, secondo taluni si può parlare di crisi in presenza di situazioni di squilibrio finanziario e patrimoniale che determinano una condizione di instabilità che, se non affrontata tempestivamente, accelera il processo degenerativo determinando l'incapacità dell'impresa di far fronte, in modo regolare, alle obbligazioni scadute o prossime alla scadenza ⁽⁶²⁾.

Da queste prime osservazioni deriva che è possibile offrire solo una nozione approssimativa della "crisi", che tende a coincidere con i criteri fissati dalle leggi economiche che presiedono alla corretta gestione dell'impresa ⁽⁶³⁾. Essa può essere economica, finanziaria, economico-finanziaria ⁽⁶⁴⁾; infatti la gestione di un'impresa si ritiene in equilibrio qualora le sue prospettive di continuità e di funzionamento trovino riscontro nel contesto del mercato sotto i tre distinti profili (economico, finanziario e patrimoniale) ⁽⁶⁵⁾.

La soluzione, dunque, dipende dallo stadio della crisi e dal momento in cui essa viene affrontata; è importante, pertanto, che l'imprenditore avverta tempestivamente la crisi rispetto alla sua palese manifestazione. Egli non dovrà sottovalutare quelle deviazioni che si realizzano nell'ambito dei rapporti di bilancio e che costituiscono sensibili indici di uno squilibrio che, seb-

⁽⁶⁰⁾ L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, Bologna, 2007, spec. pag. 32.

⁽⁶¹⁾ L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, op. cit., pag. 47 e segg.

⁽⁶²⁾ Sul tema, A. CAIAFA, *La legge fallimentare riformata e corretta*, Padova, 2008, pagg. 215-216.

⁽⁶³⁾ A. CAIAFA, *Le vicende economiche dell'impresa in crisi*, in *Dir. Fall.*, 2005, pagg. 548-549.

⁽⁶⁴⁾ È economica quando, versando in una situazione di disequilibrio assolutamente irreversibile, non è più in grado di elaborare un piano che le consenta di recuperare il necessario rapporto tra costi e ricavi; finanziaria, quando si sostanzia nell'impossibilità per l'imprenditore di effettuare nuovi investimenti, indispensabili per creare una struttura produttiva in grado di realizzare le condizioni di equilibrio economico; economico-finanziaria, allorché sussiste una situazione di squilibrio economico indotta da un eccesso di oneri finanziari, ovvero quando le perdite pregresse cumulatesi nel tempo a causa di investimenti non remunerativi sono state finanziate attraverso il ricorso ad insostenibili livelli di indebitamento (A. CAIAFA, *Le vicende economiche dell'impresa in crisi*, op. cit., pag. 554).

⁽⁶⁵⁾ A. CAIAFA, *Le vicende economiche dell'impresa in crisi*, op. cit., cit., pagg. 549-550.

bene non ancora grave, deve essere interpretato come fattore latente di crisi, riconducibile alla constata inadeguatezza delle dimensioni produttive rispetto alla domanda, alla necessità di innovare i processi e modernizzare gli impianti, all'andamento anomalo del mercato o ad un errato rapporto tra il credito utilizzato e quello disponibile ⁽⁶⁶⁾.

Tuttavia, sebbene l'esistenza di una crisi non sia segno di salute dell'impresa, essa non è neanche segnale inequivocabile dell'opportunità di cessare l'impresa. Parimenti, sarebbe erroneo affermare che l'impresa in crisi debba sempre essere salvata anche laddove si tratti di imprese non ristrutturabili, se non con costi che eccedono i benefici.

È evidente che l'insorgere della crisi richieda una scelta circa il destino dell'impresa. Un'impresa che viene artificialmente mantenuta in vita pur operando in perdita attua un pericoloso *dumping* concorrenziale che oltre ad alterare il processo di allocazione delle risorse, danneggia i concorrenti che operano secondo corrette dinamiche di mercato; diversamente, «il salvataggio delle imprese insolventi ma suscettibili di produrre ricchezza è un'operazione a favore del sistema economico e della concorrenza» ⁽⁶⁷⁾.

Un intervento dello Stato volto a sostituire le proprie risorse a quelle distrutte dall'impresa in crisi, peraltro, sarebbe in contrasto con il divieto di aiuti di Stato contenuto nell'art. 87 (*ex art.* 92) del Trattato istitutivo della Comunità europea che dichiara “*incompatibile con il mercato comune, nella misura in cui incidano sugli scambi tra stati membri, gli aiuti concessi dagli stati [...] sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese [...], falsino o falsare la concorrenza*” ⁽⁶⁸⁾.

1.6.1. Il contributo del diritto fallimentare alla definizione dei concetti di “crisi” e di “insolvenza”.

⁽⁶⁶⁾ A. CAIAFA, *Le vicende economiche dell'impresa in crisi*, op. cit., cit., pagg. 551-552. Sull'utilità, o meglio la necessità, della misurazione dei vari fattori di crisi per la ricerca dei programmi di intervento e risanamento. Per approfondimenti, A. BISACCHI, *Della crisi di impresa e delle procedure fallimentari*, in *Riv. Dott. Comm.*, 1995, spec. pag. 305 e segg.; L. GUATRI, *Crisi e risanamento delle imprese*, Milano, 1987, spec. pag. 12, secondo il quale la crisi finanziaria rappresenta, non tanto la causa, quanto l'effetto dell'eventuale disastro; M. BELCREDI, *Le ristrutturazioni stragiudiziali delle aziende in crisi in Italia nei primi anni novanta*, Milano, 1996, spec. pag. 13, che, alternativamente, identifica le cause della crisi negli errori strategici del gruppo di comando, nell'eccessivo indebitamento, nella situazione di mercato o nella crescita eccessiva. Proprio per favorire la tempestiva emersione della crisi alcuni ordinamenti prevedono un trattamento di miglior favore quando a chiedere l'apertura della procedura sia lo stesso debitore. Sebbene imprenditori e management possono non essere capaci di gestire l'impresa in modo corretto durante la procedura, dal momento che l'hanno portata alla crisi e che i risultati positivi non andranno a loro vantaggio, soprattutto nella fase iniziale del trasferimento la collaborazione del debitore è utile perché, grazie al patrimonio di informazioni di cui dispone è in grado di rivelare la crisi prima di qualsiasi esterno; tale collaborazione viene incentivata nelle procedure di concordato preventivo e concordato fallimentare a iniziativa del debitore (L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, op. cit., spec. pagg. 56 e 64-65).

⁽⁶⁷⁾ L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, op. cit., pag. 93.

⁽⁶⁸⁾ La Corte di Giustizia delle Comunità europee ha condannato l'Italia per aver mantenuto un regime favorevole per le grandi imprese assoggettate alla procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi di cui alla legge 95/1979, sottraendole al fallimento (Corte Giust. CE, 17 giugno 1999, in causa C – 97/295, in *Foro It.*, IV, col. 9 e segg., M. FABIANI, *Il rapporto fra la nuova amministrazione straordinaria e le procedure concorsuali minori*).

Alla base della crisi possono sussistere fenomeni di squilibrio o di inefficienza di origine interna o esterna che, ove ripetuti nel tempo, potrebbero determinare l'insolvenza e, dunque, l'incapacità dell'impresa di adempiere alle proprie obbligazioni. L'insolvenza rappresenta la manifestazione più appariscente e clamorosa della crisi, al punto di far ritenere che qualsiasi intervento possa apparire tardivo e destinato all'insuccesso ⁽⁶⁹⁾.

Un significativo contributo alla definizione della nozione di "crisi" in senso stretto è offerta dall'art. 5, secondo comma, della LF, il quale fa riferimento a "*inadempimenti od altri fattori esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni*". Il legislatore, inoltre, all'art. 160, u.c., L. F., precisa che "*ai fini del primo comma per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza*". Se ne ricava che esiste un concetto più ampio di quello proprio di irreversibilità dell'insolvenza, sottospecie appartenente al più generico "stato di crisi" ⁽⁷⁰⁾.

Con riferimento allo stato di insolvenza, così come delineato nell'art. 5 L. F., peraltro, la dottrina ritiene che, se identificata con la mera azione di non pagare, non sarebbe possibile cogliere le ragioni (oggettive o soggettive) del rifiuto ed aggiunge che l'insolvenza non può ritenersi esclusa per il solo fatto dell'assenza di inadempimenti, poiché l'imprenditore potrebbe ricorrere a «rovinosi espedienti per celare il suo stato di dissesto» che «verranno a tradursi, poi, in una naturale erosione dei mezzi indispensabili per una prosecuzione dell'attività nel corso della procedura fallimentare» ⁽⁷¹⁾.

⁽⁶⁹⁾ Secondo A. CAIAFA, *La legge fallimentare riformata e corretta*, op. cit., spec. pagg. 215-216, lo stato di insolvenza non è dato necessariamente dall'indebitamento; esso sussiste allorché le condizioni di squilibrio economico-finanziario siano tali da compromettere ogni prospettiva di recupero, a prescindere dalla disponibilità dei creditori ad accordare ulteriore fiducia. Il fenomeno degenerativo in atto è tale da non consentire alcuna forma di risanamento se non incidendo sui diritti dei creditori medesimi. Stando all'opinione dell'Autore, sarebbero state utili una maggiore attenzione alla descrizione del *presupposto oggettivo* e la previsione di indici in grado di consentire la rilevazione di quella reale ed effettiva impotenza economica e finanziaria che giustifica l'apertura della procedura concorsuale; gli istituti di «prevenzione» ed «allerta», previsti dalla Trevisanato ma non riproposti, avrebbero potuto favorire la tempestiva emersione della crisi di impresa e la conservazione dell'azienda, ovvero parti di essa, consentendo altresì di individuare il *presupposto oggettivo* per la dichiarazione di insolvenza, nell'assenza di quelle condizioni indispensabili per l'attuazione di una *composizione concordata della crisi*. Sul fatto che l'insolvenza non possa identificarsi con l'eccedenza del passivo sull'attivo e che essa non possa dirsi esclusa dall'esistenza di beni il cui valore superi l'ammontare delle passività, si rinvia a R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, 1974, pag. 286 e segg; G. RAGUSA-MAGGIORE, *Lezioni di diritto concorsuale*, Padova, 2003, pag. 88. Essa va individuata non solo nell'inadempimento, ma anche in fattori esteriori che lasciano supporre la sussistenza di una situazione di impotenza economica che impedisce all'imprenditore di far fronte al pagamento delle obbligazioni con mezzi normali.

⁽⁷⁰⁾ Sul carattere generico e "sfumato" della nozione di crisi contenuta nell'art. 160, primo comma, L.F., e sul fatto che l'insolvenza identifichi una particolare crisi dell'impresa, C. CECHELLA, *Il diritto fallimentare riformato*, Milano, 2007, spec. pag. 41, il quale ritiene altresì che una semplice perdita della capacità reddituale non potrebbe integrare ancora una crisi, non potendosi concepire un istituto che rovescia sul ceto creditorio il minore reddito che l'imprenditore consegue dall'impresa. Secondo R. ROSSI, *Crisi, insolvenza e ristrutturazione dell'impresa nella nuova legge fallimentare*, op. cit., spec. pag. 172, la norma, in realtà, non andrebbe letta nei termini di un rapporto logico-funzionale di mera eventualità, dal momento che il vero problema è indagare se la crisi è tale da richiedere una riorganizzazione del finanziamento.

⁽⁷¹⁾ A. CAIAFA, *La legge fallimentare riformata e corretta*, op. cit., spec. pag. 220.

Stando all'art. 5 L.F., inoltre, a prescindere dalla causa dell'incapacità di adempiere regolarmente (che può derivare anche da fatti non imputabili all'imprenditore), il legislatore considera rilevante non l'incapacità di adempimento definitiva, bensì di adempimento "regolare", potendosi considerare insolvente anche chi continua ad adempiere, ma lo fa con mezzi non "regolari". La mancata regolare soddisfazione dei creditori potrebbe essere dovuta ad una semplice mancanza di liquidità, in presenza di un patrimonio che tuttavia consente ampia soddisfazione di tutte le obbligazioni.

Si ritiene, dunque, che la matrice dell'insolvenza vada individuata nell'incapacità del debitore di coalizzare risorse monetarie sufficienti per il pagamento di tutti i debiti scaduti o, ancora, nell'insufficienza del patrimonio destinato allo scopo satisfattivo delle ragioni creditorie; a quanto detto si aggiunge la difficoltà di realizzazione dell'attività in conseguenza dei fenomeni negativi di contrazione della domanda inerente lo specifico settore. L'eccedenza dell'attivo contabile sul passivo non escluderà l'insolvenza: parimenti, non assumerà rilevanza un giudizio prognostico sulla liquidità connessa al ciclo produttivo qualora venga meno la possibilità per l'imprenditore di adempiere, comunque, regolarmente, alle obbligazioni scadute ⁽⁷²⁾.

L'insolvenza, dunque, ovvero l'incapacità di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni, è assunta dall'ordinamento a presupposto delle procedure concorsuali, essendo essa indicatore sufficientemente preciso del fatto che il soddisfacimento dei creditori, oltre a non essere regolare, è in pericolo ⁽⁷³⁾. È evidente, infatti, come il mancato regolare adempimento sia un indicatore facilmente accertabile, nonché difficilmente controvertibile ⁽⁷⁴⁾. Di fronte all'esistenza di debiti scaduti, seppur di modesto valore, il giudice può limitarsi a constatare che l'imprenditore non è in grado di soddisfarli. Ne deriva che non sarà insolvente chi, pur presentando uno sbilancio patrimoniale, riesca ad assicurare il regolare adempimento grazie alle prospettive di andamento dell'impresa, al credito di cui essa gode presso terzi, o alla fiducia che vi ripongono gli stessi soci ⁽⁷⁵⁾.

⁽⁷²⁾ A. CAIAFA, *La legge fallimentare riformata e corretta*, op. cit., spec. pag. 221.

⁽⁷³⁾ Per il fallimento è condizione necessaria e sufficiente (art. 5 L.F.); per l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese è condizione necessaria anche se non sufficiente (art. 3, D. Lgs. n. 270 del 1999), in quanto si richiede anche un particolare livello di indebitamento (art. 2, D. Lgs. n. 270 del 1999); lo stato di insolvenza costituisce il presupposto oggettivo della massima parte delle procedure di liquidazione coatta amministrativa, in presenza del quale esse devono obbligatoriamente aprirsi (art. 195 L.F.); per la procedura di concordato preventivo, che si caratterizza per essere meno invasiva, lo stato di insolvenza è condizione sufficiente, ma non necessaria, potendo essa aprirsi anche in presenza di un generico "stato di crisi" (art. 160 L.F.).

⁽⁷⁴⁾ L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, op. cit., pag. 126.

⁽⁷⁵⁾ Si può prescindere dalla manifestazione dello stato di insolvenza mediante inadempimenti quando il debitore abbia cessato del tutto l'attività d'impresa e sia in liquidazione, come ritenuto dalla giurisprudenza (Corte Cass., 10 aprile 1996, n. 3321, in *Fall.*, 1996, pag. 1175 e segg.). La nozione di insolvenza in questo caso assomiglia a quella di indebitamento. Da tale nozione si può prescindere anche nel caso in cui il debitore dissimuli la propria reale situazione patrimoniale, economica e finanziaria.

Per quel che interessa in questa sede, le procedure d'insolvenza realizzano il trasferimento del controllo dell'impresa in crisi da un soggetto che ha ormai un sistema di incentivi distorto e inefficiente (il vecchio imprenditore, gli amministratori espressione dei soci) ai creditori, ovvero ai soggetti che, loro malgrado, forniscono il capitale di rischio ⁽⁷⁶⁾. Il trasferimento del controllo dal debitore ai creditori necessita però di regole che diano un quadro normativo di riferimento sulle forme in cui questo controllo deve essere esercitato e sui mezzi che essi potranno attivare per soddisfare i propri crediti ⁽⁷⁷⁾.

A ben vedere, l'ordinamento giuridico si disinteressa di come un soggetto utilizzi il proprio patrimonio o la propria azienda, fino a che egli adempia regolarmente le proprie obbligazioni; il riconoscimento della libertà di iniziativa economica esclude che l'eventuale incapacità quale gestore sia sufficiente a legittimare l'intervento statale.

Dal momento che le procedure d'insolvenza impongono pesanti limitazioni alla libertà di iniziativa economica, tutelata costituzionalmente, perché una procedura concorsuale possa aprirsi è necessario che sussista una situazione di pericolo per tutti i creditori tale da giustificare l'estromissione dell'imprenditore o, comunque tale da giustificare una penetrante limitazione dei suoi poteri. Una grave compressione della libertà di iniziativa economica, quale quella prodotta dalle procedure concorsuali, dunque, si giustifica solo in caso di pericolo per un bene di valore costituzionalmente altrettanto elevato. Tale valore è individuabile nella tutela del credito che, per portare alla privazione della libertà dell'imprenditore di gestire la propria impresa, deve assurgere a pericolo per tutti i creditori.

Pertanto, quando in presenza di tale situazione di pericolo, il rimedio che l'ordinamento appresta e che va a beneficio di tutti i creditori (e non solo di quelli che vedono già inadempiti i loro crediti), consiste nel trasferimento del vantaggio a tutti i creditori, o a un soggetto (il curatore) che agisce nell'interesse dei creditori come collettività.

Se lo stato di insolvenza è indicativo del fatto che – alla luce della condizione del patrimonio e dell'indebitamento dell'imprenditore – nessuno ha ritenuto conveniente continuare a finan-

⁽⁷⁶⁾ «La procedura d'insolvenza fa sì che i creditori, divenuti per effetto delle perdite, in sostanza, i veri «soci» (investitori di capitale di rischio) senza però alcun diritto, assumano il controllo dell'impresa in crisi: *essa produce coattivamente questo trasferimento e crea una «organizzazione» attraverso la quale i creditori controllanti possono esercitare i poteri che spettano agli investitori*. Si ricompona così la necessaria corrispondenza fra rischio d'impresa e potere di gestione» (L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, op. cit., cit., pag. 51). Tale corrispondenza verrebbe confermata dalla nuova disciplina dei «finanziamenti» dei soci nella s.r.l., di cui all'art. 2467 Cod. Civ., a sua volta richiamato dall'art. 2497-*quinquies* Cod. Civ., per l'ipotesi di finanziamenti di gruppo.

⁽⁷⁷⁾ Del resto i creditori, sebbene accomunati dall'interesse al massimo realizzo, non sono membri di una «associazione» precostituita e ben funzionante, quali sono invece i soci di una società, anche in liquidazione; sono pertanto controllanti deboli, potenzialmente in conflitto tra loro. Nel caso di amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi (D. Lgs. n. 270 del 1999), si produce un trasferimento quasi totale del controllo ai creditori, ma non è prevista un'organizzazione della categoria; nel caso di concordato preventivo (artt. 160 e segg. L.F.), invece, si produce un trasferimento attenuato, ma si crea un'organizzazione più forte che contempla anche il voto dei creditori a maggioranza sul piano proposto dal debitore.

ziarlo, esso diviene sintomo inequivocabile della gravità della crisi; la procedura viene aperta poiché risulta inaccettabile che l'imprenditore, che non è stato in grado di reperire finanziamenti sul mercato, imponga a coloro che glielo hanno già concesso e che egli non paga, di fargli ulteriore credito.

Ai fini dell'esclusione dello stato di insolvenza, dunque, si richiede la valutazione della *funzionalità dell'impresa*, in particolare, della sua *potenzialità produttiva*. Tuttavia, dubbi sull'affidabilità del contenuto informativo delle quantità economiche, finanziarie e patrimoniali, elaborate secondo criteri contabili, vengono sollevati da chi ritiene un errore ignorare altri fattori quali gli assetti strutturali specifici, le strategie politiche di gestione, le decisioni operative, dal momento che la crisi potrebbe dipendere dalla qualità dei servizi offerti, dall'immagine aziendale, dalla dislocazione territoriale delle unità distributive, dalla struttura organizzativa, dall'efficacia dei sistemi di programmazione e controllo, nonché dal mutato livello tecnico ⁽⁷⁸⁾.

1.6.2. Insolvenza e rapporti di lavoro: tra dimensione nazionale (segue).

In taluni casi le procedure di insolvenza possono simultaneamente perseguire sia l'interesse dei creditori, sia quelli dei lavoratori, alla stabilità del mercato, della comunità in cui l'impresa opera o dell'economia in genere, quando l'impresa produca ricchezza o sia suscettibile di tornare a produrla senza sacrificare altri interessi ⁽⁷⁹⁾.

In caso di insolvenza del datore di lavoro, la tutela dei lavoratori si sostanzia nella previsione di un Fondo di Garanzia per le retribuzioni non corrisposte dal datore di lavoro (D. Lgs. 27 gennaio 1992, n. 80); nell'impossibilità di considerare "giusta causa" di licenziamento del dipendente il fallimento del suo datore di lavoro (art. 2119 Cod. Civ.), sebbene la norma si limiti a mantenere i diritti del lavoratore, ma non impedisce la cessazione del rapporto, sia pure attraverso la strada più onerosa del licenziamento per giustificato motivo oggettivo (L. 15 luglio 1966, n. 604); nel mantenimento presso l'acquirente dell'azienda dei diritti acquisiti con il rapporto di lavoro

⁽⁷⁸⁾ In altre parole, se è vero che non riveste valenza alcuna l'equazione *sbilancio patrimoniale-insolvenza*, in quanto l'eccedenza dell'attivo sul passivo non importa di per sé la sussistenza di uno stato di insolvenza, ed è ancora vero che l'eccedenza del passivo patrimoniale sull'attivo può avere solo un valore indiziario, ma non è univoco sintomo di una situazione di totale e definitivo dissesto, è altrettanto vero che il tribunale non può ignorare l'*affidamento bancario e commerciale* di cui il soggetto gode qualora neppure si pone un problema per questo di non poter adempiere alle obbligazioni, pur se di notevole entità, in quanto non scadute e, pertanto, allo stato illiquide e non esigibili» (A. CAIAFA, *La legge fallimentare riformata e corretta*, op. cit., spec. pag. 222. «I sistemi cui è possibile ricorrere per una tempestiva previsione della crisi non devono essere, necessariamente, complessi e sofisticati, potendo i relativi sintomi risultare, alternativamente, dall'appartenenza dell'impresa a settori in difficoltà per una recessione momentanea della domanda, o, ancora, dalla perdita di quote di mercato conseguente all'acquisizione di queste da parte di altre imprese concorrenti, o, infine, da inefficienze nel campo produttivo o commerciale» (A. CAIAFA, *Le vicende economiche dell'impresa in crisi: diritto del lavoro comunitario e tutela del lavoratore*, op. cit., cit., pag. 551).

⁽⁷⁹⁾ L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, op. cit., pag. 110-111.

ro con il datore di lavoro insolvente (art. 2112 Cod. Civ. e art. 47, Legge 29 dicembre 1990, n. 428, come modificato dal D. Lgs. 2 febbraio 2001, n. 18).

Orbene, nella procedura di fallimento l'azienda può essere mantenuta in attività solo se ciò vada a beneficio dei creditori (art. 104, L.F.) e venduta in blocco solo se tale vendita è più conveniente per i creditori rispetto alla vendita disaggregata (art. 105 L.F.).

Per quanto concerne il conflitto fra interesse dei creditori e interessi dei lavoratori, il riferimento alla conservazione dei livelli occupazionali in materia di affitto d'azienda (art. 104 *bis* L.F.) non va considerato come un interesse autonomo e confliggente con quello dei creditori⁽⁸⁰⁾. In primo luogo, l'espressione "tenuto conto" è molto vaga; inoltre, è pur sempre il comitato dei creditori ad autorizzare il contratto e la scelta del contraente. La conservazione dei livelli occupazionali, peraltro, sembra strumentale alla conservazione dell'efficienza dell'impresa, nell'ottica di privilegiare le scelte reversibili rispetto a quelle irreversibili. A parità di benefici economici per i creditori, la scelta di conservare più rapporti di lavoro deriva da un principio di buona gestione e solidarietà (art. 2 Cost.).

Parimenti, nel caso di concordato preventivo: tutto ciò che il debitore propone con il piano (inclusa l'eventuale cessione dell'azienda), deve per definizione incontrare il favore dei creditori, i quali, in caso contrario non darebbero la loro necessaria approvazione (artt. 160, 177 e 180 L.F.).

Una regola di favore a vantaggio dei lavoratori è invece presente nella disciplina della liquidazione dell'attivo nella procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese, che determina il prevalere dei loro diritti su quelli dei creditori nelle imprese che occupano più di duecento dipendenti; al di sotto di tale soglia, con la procedura di fallimento, riprende vigore la tutela dei diritti dei creditori.

La finalità perseguita non è il massimo realizzo ma la conservazione dei complessi aziendali in attività (art. 55, D. Lgs. n. 270 del 1999), che dovrà essere perseguita tutte le volte che sarà possibile. Nell'ipotesi di vendita di aziende in esercizio da parte del commissario straordinario l'acquirente riceve uno "sconto" – che inevitabilmente si traduce in un minor riparto a favore dei creditori sui quali ricade il costo del mantenimento dei posti di lavoro – quale impegno a proseguire la gestione, anche se in perdita, ed a mantenere i livelli occupazionali (art. 63, D. Lgs. n. 270 del 1999). Inoltre, gli atti di vendita non devono essere autorizzati dai creditori, ma dal ministro e la procedura non prevede nemmeno un comitato dei creditori, ma solo un comitato di sorveglianza nel quale i creditori sono, per espressa volontà della legge, in minoranza.

A ben vedere, poiché la legge prevede che la procedura di amministrazione straordinaria si applichi alle imprese che occupano almeno duecento dipendenti (art. 2, lett. a), D. Lgs. n. 270 del

⁽⁸⁰⁾ F. FIMMANÒ, *Esercizio provvisorio dell'impresa del fallito*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, Commentario diretto da A. JORIO e coordinato da M. FABIANI, Bologna, 2006, vol. II, pag. 1575 e segg.

1999), il conflitto fra creditori e lavoratori è risolto a favore dei primi se duecento dipendenti rischiano di essere licenziati in conseguenza di procedure di insolvenza che interessino due distinte imprese, mentre a favore dei secondi se rischiano di essere licenziati in conseguenza della crisi di una sola impresa ⁽⁸¹⁾.

Il costo del salvataggio dei posti di lavoro quando ad essere coinvolti siano tanti nello stesso momento anziché ricadere su fondi pubblici, ricade sui creditori, quasi a voler tutelare non tanto i lavoratori in sé, quanto la pace sociale che rischierebbe di essere compromessa da licenziamenti massicci ed improvvisi ⁽⁸²⁾.

1.6.3. (segue) e dimensione transnazionale.

Il tema della tutela dei lavoratori rispetto agli interessi dei creditori si apre ad ulteriori profili di riflessione - che in questa sede potranno solo essere accennati - quando i confini dell'insolvenza travalicano quelli dello Stato nazione.

L'esigenza di garanzia dei crediti di lavoro è stata oggetto di dibattito sul piano internazionale. Non a caso, l'Oil si è fatta promotrice di diverse Convenzioni in tema di tutela dei crediti di lavoro ⁽⁸³⁾.

In ambito europeo, adottato sulla base degli artt. 61, lett. c), e 65 del nuovo titolo IV del Trattato di Roma, il Regolamento CE n. 1346/2000 del Consiglio, del 29 maggio 2000 ⁽⁸⁴⁾, pur

⁽⁸¹⁾ Secondo Trib. Cuneo, 14 febbraio 2000, in *Foro It.*, I, 2000, col. 3233 e segg., con nota di M. FABIANI, *Il requisito dimensionale soggettivo per l'accesso alla nuova amministrazione straordinaria*: è sufficiente che il livello dei duecento dipendenti sia raggiunto dall'insieme delle società del gruppo insolventi. La controversia relativa al numero dei dipendenti, in realtà, viene risolta dalla variante all'amministrazione straordinaria prevista dalla Legge n. 39 del 2004 che si applica alle imprese che abbiano almeno cinquecento dipendenti a livello di gruppo

⁽⁸²⁾ L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, op. cit., spec. pag. 78.

⁽⁸³⁾ In particolare la Convenzione n. 95, basata sul sistema dei privilegi e sulla necessità di adozione di criteri omogenei da parte di Paesi stipulanti; la Convenzione n. 173 che, nella terza parte, prevede l'assunzione dell'impegno da parte degli stati, di istituire un organismo di garanzia, come è stato fatto in Europa. Si tratta di una garanzia basata su di un sistema di accollo *ex lege*, limitata ad uno specifico arco temporale e ad un determinato massimale. Per le regole operative di intervento del Fondo Inps, si rinvia alla circolare Inps n. 53 del 7 marzo 2007.

⁽⁸⁴⁾ Il Regolamento n. 1346/2000, volto a coordinare le procedure di insolvenza con implicazioni transfrontaliere, è stato modificato prima dal Regolamento n. 603/2005, poi dai Regolamenti n. 694/2006 e n. 1791/2006, che hanno apportato modifiche negli allegati recanti le denominazioni delle procedure e dei curatori a seguito dell'ingresso nella Comunità di alcuni Stati. Sul tema, si rinvia, tra gli altri, a V. PROTO, *Il Regolamento dell'Unione Europea sulle procedure di insolvenza: un'opportunità per il legislatore italiano*, in *Fall.*, 2000, pag. 709 e segg.; ID, *L'insolvenza transnazionale nell'ordinamento comunitario*, in *Dir. Fall.*, 2003, I, pag. 561 e segg.; C. PUNZI, *Le procedure d'insolvenza transfrontaliere nell'Unione Europea*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2003, pag. 997 e segg.; L. FUMAGALLI, *Il Regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2001, pag. 677 e segg.; R. BATTAGLIA, *Brevi note sul Regolamento comunitario relativo alle procedure d'insolvenza*, in *Dir. Fall.*, 2002, I, pag. 22 e segg.; R. CAPONI, *Il Regolamento comunitario sulle procedure d'insolvenza*, in *Foro It.*, 2002, V, pag. 220 e segg.; L. DANIELE, *Legge applicabile e diritto uniforme nel Regolamento comunitario relativo alle procedure d'insolvenza*, in *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 2002, pag. 33 e segg.; S. VINCRE, *Il regolamento CE sulle procedure d'insolvenza e il diritto italiano*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2004, pag. 213 e segg.; M. FERRO, *Prime questioni applicative sul regolamento CE n. 1346/2000 sull'insolvenza transnazionale*, in AA.VV., *Diritto civile comunitario e cooperazione internazionale*, a

non intervenendo esplicitamente in materia di gruppi societari, rappresenta un considerevole progresso nella tutela dei creditori coinvolti nel dissesto di imprese con attività transfrontaliere, poiché intende coordinare le procedure di insolvenza che presentano implicazioni transnazionali al fine di assicurare l'efficienza e scoraggiare il cosiddetto "forum shopping". L'intento è quello di realizzare un fitto coordinamento tra i procedimenti pendenti in diversi Stati contro lo stesso imprenditore, con l'obiettivo di armonizzarne gli effetti ⁽⁸⁵⁾.

Abdicando alla scelta di istituire una procedura uniforme di insolvenza, il legislatore comunitario ha dettato norme in materia di giurisdizione e legge applicabile, nonché sul riconoscimento delle decisioni di apertura e sul coordinamento delle procedure aperte nei diversi Stati membri, nell'ambito di un sistema ispirato alla reciproca fiducia e collaborazione tra gli Stati.

In caso di insolvenza transnazionale la tutela dei diritti dei lavoratori è rinviata alla legge applicabile al singolo rapporto di lavoro, con tutte le conseguenze che possono derivare in una situazione di transnazionalità ⁽⁸⁶⁾.

Se il lavoratore svolge la propria attività nel luogo riconosciuto come il centro degli interessi principali del debitore, il lavoratore potrà tutelare i diritti che gli derivano dal contratto, indipendentemente dalla natura costitutiva o conservativa del rapporto o del credito, nel primo caso riferendosi al giudice del lavoro, nel secondo al Tribunale fallimentare del luogo. Il prestatore quindi, curerà i rapporti con gli organi fallimentari, sia in caso di risanamento, che in caso di liquidazione, direttamente nel luogo in cui ha svolto l'attività lavorativa.

Se invece, il lavoratore svolge la propria attività in un luogo diverso rispetto al centro al centro degli interessi principali del debitore e tale luogo possiede i requisiti per l'apertura di una

cura di I. AMBROSI, L. A. SCARINO, Milano, 2005, pag. 203 e segg.; V. E. RICCI, *Il riconoscimento delle procedure di insolvenza secondo il Regolamento Ce n. 1346/2000*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2004, n. 2, pag. 387 e segg.

⁽⁸⁵⁾ Nei confronti del medesimo soggetto è prevista l'apertura di più procedure dotate di caratteristiche e presupposti distinti: la procedura principale, che è unica, è aperta nel luogo in cui il debitore ha "il centro degli interessi principali" (art. 3, par. 1) e può essere finalizzata sia al risanamento, sia alla liquidazione, ed ha portata universale comprendendo tutti i beni del debitore ovunque situati; le procedure secondarie possono essere aperte nello Stato membro in cui l'imprenditore abbia almeno una "dipendenza" (art. 3, par. 2) e perseguono l'obiettivo della sola liquidazione, con effetti limitati ai beni ubicati sul territorio dello specifico Stato membro. È altresì prevista – in presenza di determinate circostanze (art. 3, par. 4, lett. a) e b)) – la possibilità di aprire una procedura locale indipendente o autonoma anche prima che sia aperta una procedura principale e che, in deroga al principio generale, può essere finalizzata anche al risanamento.

⁽⁸⁶⁾ Ai sensi del *Considerandum* 28, "Per tutelare i lavoratori e i rapporti di lavoro, gli effetti della procedura di insolvenza sulla continuazione o la cessazione del rapporto di lavoro e sui diritti ed obblighi di ciascuna parte del rapporto devono essere stabiliti dalla legge applicabile al contratto in base alle norme generali sui conflitti di leggi. Ogni altra questione di diritto fallimentare, come ad esempio se i crediti dei lavoratori siano assistiti o meno da una prelazione e quale sia il grado di questa eventuale prelazione, dovrebbe essere disciplinata dalla legge dello Stato di apertura". Stando all'art. 10, rubricato "Contratti di lavoro", "Gli effetti della procedura di insolvenza sul contratto e sul rapporto di lavoro sono disciplinati esclusivamente dalla legge dello Stato membro applicabile al contratto di lavoro".

procedura secondaria o autonoma ⁽⁸⁷⁾, egli potrà avvantaggiarsi del legame esistente con lo Stato membro sul cui territorio ha svolto la propria prestazione lavorativa, sia per questioni direttamente collegate al rapporto di lavoro, per le quali potrà rivolgersi al giudice del lavoro, sia per la possibilità di potersi soddisfare del suo eventuale diritto di credito, rivolgendosi al Tribunale fallimentare ⁽⁸⁸⁾.

Sempre a livello comunitario, la Direttiva 2002/74/CE del 23 settembre 2002 che, nel modificare la Direttiva 80/987/CEE del 20 ottobre 1990, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri sulla tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro, ha previsto l'istituzione da parte di ogni Stato membro dell'Unione di appositi organismi al fine di garantire i crediti di lavoro maturati e non corrisposti al lavoratore a causa dell'insolvenza del datore ⁽⁸⁹⁾, ha espressamente preso in considerazione la situazione dei dipendenti di imprese transnazionali, estendendo la garanzia prevista per i crediti da lavoro anche all'ipotesi di insolvenza transnazionale ⁽⁹⁰⁾: gli artt. 8-*bis* (che al comma terzo prevede che gli Stati adottino le misure necessarie affinché le decisioni di apertura delle procedure siano utilizzabili dai lavoratori nello Stato in cui possono usufruire di tali garanzie, perché vi hanno svolto un'attività lavorativa) e 8-*ter* (che prescrive agli Stati membri di prevedere uno scambio di informazioni pertinenti tra amministrazioni pubbliche competenti ed organismi di garanzia, al fine di portare a conoscenza degli organismi di garanzia i diritti dei lavoratori che non sono stati pagati) della Direttiva del 2002, seguendo un'impostazione non dissimile rispetto al Regolamento n. 1346 del 2000, dispongono l'automatico riconoscimento in tutti gli altri Stati membri della decisione di apertura della procedura di insolvenza, stabilendo altresì che al pagamento dei crediti dei lavoratori rimasti insoddisfatti debba provvedere l'ente di garanzia dello Stato nel cui territorio i lavoratori hanno svolto la loro attività.

Tali previsioni sono state recepite dal nostro legislatore con il D. Lgs. 19 agosto 2005, n. 186, che ha novellato la disciplina interna prescrivendo l'intervento del Fondo di Garanzia anche nel caso in cui il datore di lavoro sia un'impresa operante sul territorio di almeno due Stati mem-

⁽⁸⁷⁾ Ovvero se presenti le caratteristiche almeno di una "dipendenza", fermo restando che l'apertura di una procedura principale (art. 29, lett. a), o da qualsiasi altra persona o autorità legittimata a chiedere l'apertura di una procedura di insolvenza, secondo la legge dello Stato membro nel cui territorio questa è richiesta (art. 29, lett. b).

⁽⁸⁸⁾ M. ROSANO, *La tutela del lavoratore nell'insolvenza transnazionale*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2008, n. 2, spec. pag. 305. Il rischio che una realtà aziendale non sia riconosciuta come dipendenza in presenza di mezzi umani, almeno in Italia, è alquanto basso, soprattutto alla luce della giurisprudenza orientata a fornire una interpretazione più estensiva, al fine di fornire una tutela al lavoro in tutte le sue forme.

⁽⁸⁹⁾ In generale, sulla Direttiva, P. MAGNO, *La tutela del lavoro nel Diritto comunitario*, 2000, spec. pagg. 164-168; M. ROSANO, *Il fondo di garanzia Inps e la tutela differenziata in base alla natura del datore di lavoro: l'intervento riequilibrante della cassazione*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2005, II, pag. 973 e segg.

⁽⁹⁰⁾ M. PALLINI, *La nuova disciplina comunitaria della tutela dei lavoratori in caso di insolvenza del datore: la Direttiva n. 2002/74*, in *Riv. Dir. Sic. Soc.*, 2003, pagg. 712-716; G. ARRIGO, *La tutela dei crediti retributivi e previdenziali in caso di insolvenza del datore di lavoro tra ordinamento interno e disciplina comunitaria*, in *Prev. Ass. Pubbl. Priv.*, 2005, pag. 1 e segg.

bri, costituita secondo il diritto di un altro Stato membro e sia sottoposta ad una procedura concorsuale in quello Stato, a condizione che il dipendente abbia abitualmente svolto la sua attività in Italia (art. 2, comma 2-*bis*, D. Lgs. 27 gennaio 1992, n. 80, e art. 2, comma 4-*bis*, l. 29 maggio 1982, n. 297) ⁽⁹¹⁾.

Passando dal piano del diritto comunitario a quello della politica comunitaria, nel dicembre del 2006 è stata introdotta una nuova forma di intervento economico, il Fondo Europeo di Adeguamento alla Globalizzazione, aggiornato nel maggio 2009 ⁽⁹²⁾ per rendere più tempestivo l'intervento di risorse finalizzate ad accompagnare quei processi che comportano l'espulsione di manodopera.

Fermo restando l'intendimento prioritario della politica del lavoro comunitaria di affrontare le distorsioni tipiche del monopsonio dinamico (piuttosto che quelle tipiche del monopsonio strutturale), e intervenendo in maniera propositiva più sulle cause che sugli effetti (non tanto attraverso l'imposizione di una disciplina inderogabile dei rapporti contrattuali, quanto attraverso la correzione dei difetti di informazione, formazione professionale e mobilità che limitano le possibilità effettive di scelta del lavoratore), è evidente che non si può prescindere dalla predisposizione di strumenti *ad hoc* di carattere "difensivo", la cui efficacia, tuttavia, dipende tra l'altro dalla consapevolezza che le parti coinvolte hanno del proprio ruolo. La disciplina del Fondo, peraltro, lascerebbe ampi spazi di manovra ad una forte valorizzazione del ruolo delle parti sociali a livello territoriale con uno sguardo rivolto tanto alla dimensione globale, quanto a quella locale ⁽⁹³⁾.

1.7. Il ruolo della contrattazione collettiva.

Il tema oggetto di analisi in questa sede consente di delineare, trasversalmente rispetto alle diverse situazioni che potrebbero verificarsi sotto il profilo della gestione della crisi, il ruolo dell'autonomia privata, individuale e collettiva, durante la vita del rapporto di lavoro, dalla costituzione alla sua estinzione.

⁽⁹¹⁾ Sul tema, S. PARISI, *Procedure di insolvenza transnazionali: competenza giurisdizionale e tutela dei creditori nel regolamento CE n. 1346/2000*, in *Dir. Merc. Lav.*, 2006, spec. pag. 325, nota a Corte di Giust., 17 gennaio 2006, C- 1/04, *Susanne Staubitz-Schreiber*. M. ROSANO, *La tutela del lavoratore nell'insolvenza transnazionale*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2008, n. 2, pag. 275 e segg.

⁽⁹²⁾ Il Regolamento (CE) n. 1927/2006, istitutivo del Fondo Europeo di adeguamento alla Globalizzazione e adottato da parte del Parlamento europeo e del Consiglio, è stato di recente modificato ad opera del Regolamento (CE), n. 546/2009. Sulle novità quali l'abbassamento a cinquecento lavoratori della soglia dimensionale per l'applicazione del Fondo, nonché sui limiti dell'intervento, M. DE VOS, *Flexicurity and the European Globalisation Adjustment Fund: propaganda or panacea?*, in M. DE VOS (a cura di), *European Union Internal market and Labour law: friends or foes?*, Oxford, 2008, pag. 105 e segg.

⁽⁹³⁾ G. BONI, *Corporate Restructuring and Employment Protection: Towards a New Territorial Social Dialogue?*, 2007, in <http://cadmus.eui.eu/dspace/handle/1814/6954>.

In letteratura si sottolinea il rafforzamento dei poteri del datore di lavoro in relazione alla tendenza del legislatore a favorire operazioni di *outsourcing*, volte ad attribuire all'impresa maggiore flessibilità nell'acquisizione di fattori produttivi di cui necessita, e come il potenziamento dell'autonomia individuale, soprattutto dal lato dell'impresa (grazie all'introduzione di una pluralità di modelli negoziali quali somministrazione, appalto, cessione di ramo d'azienda), prescinda dalla mediazione collettiva ⁽⁹⁴⁾.

Come noto, «l'intera vicenda del diritto del lavoro si snoda attorno ai due poli dell'autonomia individuale e dell'autonomia collettiva, le cui reciproche interazioni ed i rispettivi rapporti con la fonte legislativa ne segnano l'evoluzione e ne determinano le peculiari caratteristiche sistemiche, conducendo alla radice della stessa funzione del diritto del lavoro» ⁽⁹⁵⁾.

Si è detto che la contrattazione collettiva opera su un piano che trascende quello del contratto individuale, al fine di porre rimedio alla sua inadeguatezza ⁽⁹⁶⁾. Proprio perché l'esigenza di protezione del contraente debole non viene meno, bensì si accentua con il rafforzamento dei poteri imprenditoriali ⁽⁹⁷⁾, sempre attuale è l'affermazione di Gino Giugni secondo cui la funzione tipica del contratto collettivo è quella «di mezzo per stabilire l'equilibrio economico tra le parti» ⁽⁹⁸⁾ del rapporto di lavoro, strumentale, se non addirittura indispensabile ai fini dell'effettività della tutela dell'azione sindacale.

Orbene, nella misura in cui le profonde trasformazioni dei processi produttivi incidono sulle modalità di rendere la prestazione funzionale alle esigenze di organizzazione del lavoro, pare lecito chiedersi quale sia il ruolo che può assumere la contrattazione collettiva, se sia destinata ad essere relegata a mero strumento di contenimento (e dunque filtro) dei poteri datoriali o al contrario possa agire come mezzo di gestione congiunta della crisi, o addirittura veicolare strumenti e percorsi alternativi, magari di carattere preventivo, nonché propulsivo.

L'evoluzione che negli ultimi decenni ha investito l'intero sistema di relazioni industriali, mostra come la legislazione repubblicana del lavoro dei primi venti anni abbia operato nella direzione dell'estensione e dell'intensificazione della tutela di chi lavora mediante disposizioni indero-

⁽⁹⁴⁾ C. ZOLI, *Contratto e rapporto tra potere e autonomia nelle recenti riforme del diritto del lavoro*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2004, spec. pag. 403. Cfr. R. DE LUCA TAMAJO, *Crisi e riorganizzazioni aziendali: interesse collettivo e interessi individuali nella giurisprudenza*, in *Lav. Dir.*, 2008, n. 2, pag. 223 e segg.

⁽⁹⁵⁾ C. ZOLI, *Contratto e rapporto tra potere e autonomia nelle recenti riforme del diritto del lavoro*, op. cit., spec. pag. 359.

⁽⁹⁶⁾ R. SCOGNAMIGLIO, *Rapporto di lavoro e contratto*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2005, cit., pag. 676.

⁽⁹⁷⁾ C. ZOLI, *Contratto e rapporto tra potere e autonomia nelle recenti riforme del diritto del lavoro*, op. cit., cit., pag. 404. L'Autore parla di "strisciante destrutturazione del sistema di contrattazione collettiva" ed opera un richiamo alla tecnica di raccordo a scelta multipla tra contratto collettivo e contratto individuale, presente nel Libro Bianco e che lascia alla volontà individuale la possibilità di optare per un determinato trattamento economico-normativo, ma definisce in sede collettiva la possibilità delle parti di operare la propria scelta.

⁽⁹⁸⁾ Cfr. U. CARABELLI, *Libertà e immunità del sindacato*, Napoli, 1986; S. LIEBMAN, *Contributo allo studio della contrattazione collettiva nell'ordinamento giuridico italiano*, Milano, 1986; F. SCARPELLI, *Lavoratore subordinato e autotutela collettiva*, Milano, 1993.

gabili di legge (nel presupposto del primato della disciplina legislativa sull'autonomia individuale e collettiva); a partire dalla fine degli anni Sessanta la tutela di chi lavora, più che alle disposizioni della legge, è stata affidata all'azione sindacale, nella convinzione che la contrattazione collettiva sia in grado di garantire l'equilibrato contemperamento degli interessi in conflitto e, al tempo stesso, di tener conto delle diversità e della continua evoluzione della realtà economica e sociale.

I compiti dell'autonomia collettiva, pertanto, dalla tradizionale funzione di miglioramento delle condizioni di lavoro, sono stati estesi alla gestione delle vicende e delle crisi aziendali, quando ciò sia ritenuto necessario per consentire all'impresa di rimanere in condizioni di competitività sul mercato e per tutelare l'interesse all'occupazione.

Quando la contrattazione aziendale assume una funzione gestionale, essa non detta norme generali ed astratte, bensì concorda un provvedimento di gestione del personale: può trattarsi ad esempio di un accordo che preveda il licenziamento collettivo o la sospensione mediante richiesta dell'intervento della Cassa integrazione guadagni di un certo numero di lavoratori che svolgono determinate qualifiche; oppure può trattarsi di un accordo che eviti l'esubero di personale mediante la riduzione dell'orario di lavoro e della retribuzione (i cosiddetti "accordi di solidarietà"), ovvero che consenta l'assegnazione dei lavoratori a mansioni diverse, anche in deroga alle garanzie di cui all'art. 2103 Cod. Civ. (art. 4, comma 11, L. n. 223 del 1991). In altre ipotesi l'accordo non spiega effetti diretti sul rapporto individuale di lavoro, ma è solo una fase, peraltro eventuale, del procedimento che l'imprenditore deve seguire affinché eserciti legittimamente i propri poteri.

Proprio nelle situazioni in cui il contratto collettivo è chiamato ad una funzione gestionale, l'autonomia privata collettiva «è abilitata a realizzare la soddisfazione non già di interessi individuali, ma dell'interesse collettivo, sintesi e non somma degli interessi individuali dei lavoratori»⁽⁹⁹⁾, interessi che variano al variare del contesto economico e sociale di riferimento⁽¹⁰⁰⁾ ⁽¹⁰¹⁾.

⁽⁹⁹⁾ M. PERSIANI, *Contratti collettivi normativi e contratti gestionali*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1999, I, cit., pag. 3.

⁽¹⁰⁰⁾ Sul tema e sull'uso del termine "contratti collettivi gestionali": F. LISO, *Modifiche dell'organizzazione e contratto di lavoro*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1981, pag. 567 e segg. Si rinvia altresì a G. VARDARO, *Contratti collettivi e rapporto individuale di lavoro*, Milano, 1985, pag. 404 e segg. e *Differenze di funzioni e di livelli tra contratti collettivi*, in *Lav. Dir.*, 1987, pag. 229 e segg.; G. FERRARO, *Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamica contrattuale di tutela*, Padova, 1981, spec., pag. 153 e segg.; R. BORTONE, *Il contrattato collettivo ecc.*, pag. 104 e segg. Sul ruolo della contrattazione collettiva come strumento di attenuazione di certe norme garantistiche al fine di favorire una maggiore flessibilità del fattore lavoro. Cfr. G. GIUGNI, *Giuridificazione e deregolazione nel diritto del lavoro italiano*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1986, pag. 317 e segg.

⁽¹⁰¹⁾ Pare evidente che la ricostruzione in termini giuridici dei fenomeni corrispondenti all'esercizio dell'autonomia privata collettiva non possa prescindere dall'idea che il contratto collettivo assolva una funzione unitaria, ancorché «in guise diverse» comprensiva anche della disciplina dei rapporti individuali di lavoro, ma con questa non si esaurisce. G. GIUGNI, *La funzione giuridica del contratto collettivo di lavoro*, in *Atti del Congresso Aidlass, Il contratto collettivo di lavoro*, Milano, 1968, spec. pag. 22; nonché M. PERSIANI, *Contratti collettivi normativi e contratti gestionali*, op. cit., pag. 2. - In risposta a chi evidenzia la diversa efficacia, normativa dei contratti collettivi classici, costitutiva per gli altri, la dottrina ha ritenuto che «non è affatto necessario l'esistenza di un «tipo» di contratto collettivo diverso da quello «normativo» per affermare che l'efficacia «costitutiva» si caratterizzerebbe per avere un ambito soggettivo limitato ai datori di lavoro che, essendo iscritti alle associazioni che quei contratti hanno stipulato, sono obbligati ad

Inoltre, l'aver demandato all'autonomia sindacale il compito di individuare i casi in cui possono essere adottate forme di lavoro flessibile non comporta il conferimento di una «delega»⁽¹⁰²⁾. Del resto, la sostituzione operata dal legislatore della disciplina legale, in quanto tale astratta e generale, con la disciplina sindacale, risponde alla convinzione che quest'ultima sia più idonea a tener conto della situazione economica esistente in ciascun settore produttivo, nonché a realizzare un equilibrato contemperamento dei vari interessi in gioco⁽¹⁰³⁾.

A fronte delle esigenze aziendali, i lavoratori hanno interesse a che sospensioni e mobilità avvengano entro i limiti delle effettive esigenze dell'impresa, nel rispetto di determinate procedure. Il conflitto da comporre, dunque, è quello tra lavoratori che devono essere licenziati o sospesi e quelli che, al contrario conservano la propria occupazione⁽¹⁰⁴⁾. Si tratta pur sempre di accordi riconducibili “al principio della tutela del lavoro” che si dispiega, anche in questi casi “attraverso l'autonomia di gruppo”.

Ovviamente, per far sì che la realizzazione dell'interesse collettivo divenga realizzazione del bene comune, la struttura della contrattazione collettiva deve essere più vicina agli interessi in gioco⁽¹⁰⁵⁾. In alcuni settori, la contrattazione territoriale ha mostrato di saper introdurre aspetti di *welfare* integrativo, attraverso il decentramento di numerose materie contenute nei contratti nazionali, gestito ed attuato direttamente dai lavoratori e di poter garantire maggiore vicinanza ai reali bisogni delle persone e del territorio, in ragione delle differenze esistenti fra i veri settori e del

applicarli ai loro dipendenti» (M. PERSIANI, *Contratti collettivi normativi e contratti gestionali*, op. cit., cit., pag. 11). I sostenitori della pretesa diversità di funzioni sono spesso pervenuti ad esiti diversi e contraddittori; per un verso, essa è stata utilizzata per negare che quei contratti avessero un'efficacia generale e per escludere che anche datori di lavoro non iscritti ai sindacati (e quindi esonerati dall'obbligo di applicare ai propri dipendenti i trattamenti retributivi e normativi previsti dalla contrattazione collettiva) possano trarre vantaggio dai contratti collettivi che consentono l'accesso a rapporti di lavoro flessibili (Cfr. M. D'ANTONA, *Contrattazione collettiva e autonomia individuale nei rapporti di lavoro atipici*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1990, spec. pag. 697; l'Autore, peraltro, considera un falso problema quello dell'ambito di efficacia soggettiva dei contratti collettivi “delegati o regolamento”; per altro verso, essa è stata utilizzata dai giudici costituzionali (Corte Cost., 30 giugno 1994, n. 268, in *Foro It.*, 1994, I, col. 2307 e segg.; in *Riv. It. Dir. Lav.*, II, 1995, pag. 237 e segg. con nota di E. MANGANIELLO, *Legge e autonomia collettiva nella disciplina dei criteri di scelta per la riduzione del personale: la consulta introduce il controllo di ragionevolezza*), nel presupposto che gli accordi sindacali che individuano i criteri di scelta dei lavoratori da collocare in mobilità e le prestazioni indispensabili da garantire in caso di sciopero nei pubblici servizi essenziali abbiano un'efficacia generale e, quindi, per superare i sospetti di illegittimità costituzionale, per contrasto con l'art. 39 Cost., sollevati nei confronti delle disposizioni della legge che li prevedono. Per quanto concerne gli accordi che stabiliscono i criteri di scelta dei lavoratori da mettere in mobilità, i giudici costituzionali hanno ritenuto che essi, a differenza dei contratti collettivi «normativi», avrebbero efficacia esclusivamente nei confronti degli imprenditori che aderiscono alla associazione stipulante o che li hanno stipulati.

⁽¹⁰²⁾ M. PERSIANI, *Contratti collettivi normativi e contratti gestionali*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1999, cit., pag. 12.

⁽¹⁰³⁾ Alla previsione di limiti al potere unilaterale del datore di lavoro, fa sempre riscontro il diritto del lavoratore a che quei limiti vengano rispettati, M. D'ANTONA, *Commento all'art. 5*, in *Commentario alla legge 23 luglio 1991 n. 223*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 1994, pag. 128; F. LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda*, pag. 112 e segg. In giurisprudenza si segnala Cass., Sez. Un., n. 5688 del 1979, in *Foro It.*, 1979, I, col. 2548 e segg., che ha fatto ricorso a quella tecnica per motivare l'esistenza di limiti soggettivi dei lavoratori a fronte dei limiti posti ai poteri unilaterali del datore di lavoro.

⁽¹⁰⁴⁾ M. PERSIANI, *Commento all'art. 4*, in *Commentario alla legge n. 223 del 1991*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 1994, pag. 920 e segg. Per approfondimenti G. SUPPIEJ, *La contrattazione collettiva*, op. cit., pag. 224.

⁽¹⁰⁵⁾ P. OLIVELLI, *Sussidiarietà e contrattazione collettiva*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2008, pag. 1387 e segg.

nuovo assetto istituzionale (regionale – provinciale – settoriale – di filiera – di comparto – di distretto).

Per quanto concerne la possibile convivenza della struttura territoriale con quella aziendale, si ritiene che esse siano alternative; ove la contrattazione aziendale è possibile essa appare preferibile, non solo per i livelli retributivi, ma anche per la questioni di tipo normativo. Esistono invece situazioni in cui non sono possibili i livelli aziendali, come nel caso delle piccole e microimprese che suggeriscono il ricorso al contratto territoriale (contratti d'area, patti territoriali, contratti di riallineamento retributivo) ⁽¹⁰⁶⁾.

1.8. La “procedimentalizzazione” dei poteri datoriali.

Quando l'impresa si trova ad attraversare una situazione di particolare sofferenza dal punto di vista economico (si tratti di una vera e propria insolvenza, o più semplicemente di una condizione di temporanea difficoltà), essa perde, in tutto o in parte, la capacità di generare ricchezza attraverso l'esercizio dell'attività produttiva. È evidente che i processi di riorganizzazione, finalizzati al superamento di una situazione di crisi aziendale, assumono una pluralità di contenuti a seconda della scelta manageriale privilegiata e del tipo di difficoltà economica che si intende fronteggiare.

Alla disaggregazione territoriale della struttura produttiva, alla difficoltà per gli ordinamenti statali di imporre forme di rappresentanza istituzionalizzate dei lavoratori al di fuori del proprio territorio e trattamenti normativi di tutela omogenei per tutti i lavoratori delle proprie imprese, si aggiungono le difficoltà legate alla dimensione dell'impresa, alla realizzazione di incontri, alla circolazione delle informazioni, nonché alla presenza di forti resistenze culturali.

Orbene, il richiamo – operato tanto dalla dottrina, quanto dalla giurisprudenza – all'esclusione di un controllo di razionalità e all'insindacabilità da parte del giudice delle scelte del datore di lavoro circa i criteri di gestione dell'impresa, nulla toglie alla necessità che venga esperita, laddove prevista, una procedura sindacale volta alla rigida scansione nelle forme, nei tempi, nei contenuti minimi essenziali della valorizzazione del ruolo di controllo del sindacato in relazione alle scelte datoriali. Tale procedura, sebbene idonea ad incidere sull'aspetto quantitativo della forza lavoro, è però destinata soltanto ad accertare l'eventuale esistenza di soluzioni alternative al licenziamento ⁽¹⁰⁷⁾. È proprio nelle norme procedurali che si estrinseca l'equo temperamento

⁽¹⁰⁶⁾ Sulle differenti funzioni dei vari livelli della contrattazione collettiva, S. LIEBMAN, *Contributo allo studio della contrattazione collettiva nell'ordinamento giuridico italiano*, op. cit., pag. 151 e segg.

⁽¹⁰⁷⁾ Sul tema si tornerà più diffusamente nel prosieguo.

tra l'interesse imprenditoriale e quello dei lavoratori, soprattutto laddove i poteri datoriali sono suscettibili di incidere negativamente sulla sfera giuridica dei prestatori di lavoro ⁽¹⁰⁸⁾.

In generale, il diritto di informazione e consultazione è un diritto “proceduralizzato” nel suo esercizio e “proceduralizzante” nei confronti del potere imprenditoriale. Soltanto al termine del procedimento di informazione e consultazione è consentita l'adozione della decisione finale. Sino a quel momento, al datore è preclusa la possibilità di adottare tale decisione con la conseguente momentanea compressione del potere imprenditoriale che torna ad essere pieno solo al termine della procedura. Tale procedura, che deve sempre essere assistita da buona fede e correttezza nell'esecuzione degli specifici obblighi, è finalizzata al raggiungimento di un accordo sulla decisione che rimane di piena pertinenza del datore di lavoro. Ad ogni modo, la tempestività dell'informazione e della consultazione è garanzia dell'effettività dei diritti in questione: la consultazione deve avvenire in un momento adeguato e opportuno, ovvero prima che la decisione datoriale produca i suoi effetti.

A ben vedere, informazione e consultazione rappresentano la dimensione del confronto, il terreno volto alla ricerca di un equilibrio. Esse svolgono un ruolo di particolare rilievo in caso di ristrutturazione di impresa; oltre ad operare come limiti al potere datoriale, si caratterizzano come strumenti di trasparenza delle decisioni dell'impresa. Si pensi, ad esempio, alle ipotesi di licenziamenti collettivi e di trasferimento di impresa, assistite da un apparato sanzionatorio particolarmente rigoroso che ne garantisca l'effettività. La procedura consente un equilibrio tra libertà dell'impresa e diritto al lavoro dei dipendenti e, quindi, nel binomio impresa/diritti sociali.

Secondo un'opinione già espressa in dottrina, la procedimentalizzazione dei poteri datoriali mediante i diritti d'informazione e consultazione, finalizzata ad orientare le scelte datoriali verso soluzioni più coerenti con gli obiettivi sociali, dovrebbe coniugare iniziativa economica e utilità sociale anche in armonia con quanto previsto dall'art. 41, comma 2, Cost., impedendo che l'iniziativa economica pregiudichi la sicurezza e la dignità dei lavoratori ⁽¹⁰⁹⁾.

Oltre a prevenire le conseguenze negative eventualmente prodotte dall'iniziativa economica privata, l'esercizio dei diritti di informazione e consultazione comporta sempre il coinvolgimento dei lavoratori, tramite i loro rappresentanti, i quali, dunque, dispongono del potere giuridico di influire in via diretta sulle decisioni dell'impresa, ovvero sul concreto estrinsecarsi del potere organizzativo del datore di lavoro.

In linea generale, la tecnica di procedimentalizzazione sindacale risponde all'interesse del sindacato di governare il processo di disgregazione dell'assetto produttivo e dell'organizzazione

⁽¹⁰⁸⁾ Per approfondimenti, P. OLIVELLI, *Sussidiarietà e contrattazione collettiva*, op. cit.

⁽¹⁰⁹⁾ Sul tema, G. VERRECCHIA, *Informazione e consultazione dei lavoratori: i minimi inderogabili nel d. Lgs. 25 del 2007*, in *Dir. Lav. Merc.*, 2008, spec. pag. 343-344.

del lavoro della grande impresa integrata verticalmente che produceva al suo interno gran parte dei beni e dei servizi necessari che vengono poi immessi nel mercato e che ha esternalizzato intere fasi del proprio ciclo produttivo, comprese quelle che non sono propriamente accessorie e complementari ad imprese di piccole dimensioni, altamente specializzate, a volte espressamente create per concentrarvi il proprio *core business* ⁽¹¹⁰⁾. Tale tecnica conferisce dinamismo al meccanismo democratico partecipativo perché presuppone il riconoscimento della molteplicità delle istituzioni e dei soggetti di diritto ⁽¹¹¹⁾.

In materia di licenziamenti collettivi, inoltre, la tecnica di rinvio alla contrattazione collettiva non rappresenta una deregolamentazione, da parte della fonte collettiva, di criteri sostanziali definiti dalla legge. La contrattazione collettiva non assume un ruolo alternativo alla disciplina legale, ma lo è rispetto all'uso esclusivo ed incontrollato del potere datoriale. Gli accordi sindacali che determinano i criteri per la scelta dei lavoratori oggetto di licenziamento, ad esempio, hanno valore procedimentale e si tratta di un rinvio quasi necessario ⁽¹¹²⁾.

1.8.1. La nuova stagione europea dei diritti di informazione e consultazione.

A fronte della variabilità delle forme organizzative e giuridiche dell'impresa, dell'enorme capacità dei poteri datoriali di scomporsi e di innovare le proprie manifestazioni, e alla luce della complessa evoluzione dei rapporti collettivi e individuali di lavoro, le politiche pubbliche dei Paesi europei e dell'Unione confermano l'opportunità di garantire misure di bilanciamento del potere datoriale mediante, tra l'altro, strumenti diversi da quelli sindacali tradizionali; ne sono un esempio i limiti al potere datoriale derivanti dall'esercizio dei diritti di informazione e di consultazione dei lavoratori, nonché i limiti interni, conseguenti al controllo giudiziale sulle motivazioni di certe decisioni aziendali incidenti sulla posizione dei lavoratori ⁽¹¹³⁾.

A livello europeo, nel tentativo di coniugare la dinamicità del modello organizzativo di impresa con la promozione del coinvolgimento dei lavoratori, per far sì che a tale dinamicità all'interno del mercato comune faccia da contraltare la predisposizione di un quadro legale atto a

⁽¹¹⁰⁾ E. M. MASTINU, *La procedimentalización sindical del ejercicio de los poderes y prerogativas del empresario*, in *Relaciones Laborales*, 2005, n. 19-20, pag. 269 e segg.

⁽¹¹¹⁾ P. LOY, *Las diversas racionalidades de los límite procedimentales en el ejercicio de los poderes empresariales*, in *Relaciones Laborales*, 2005, n. 19-20, pag. 287 e segg.

⁽¹¹²⁾ P. LOY, *Las diversas racionalidades de los límite procedimentales*, op. cit., spec. pag. 295.

⁽¹¹³⁾ Per approfondimenti, C. ZOLI, *Subordinazione e poteri dell'imprenditore fra organizzazione, contratto e contropotere*, in *Lav. Dir.*, 1997, pag. 241 e segg. Il carattere «soft» di taluni strumenti volti alla razionalizzazione dei poteri datoriali distinti da quelli utilizzati in via sindacale è avvalorato dal fatto che spesso ne sono titolari rappresentanze dei lavoratori non sempre sindacali. Prudentemente astenutosi dall'intervenire nelle vicende strettamente contrattuali, il legislatore comunitario è stato finora bloccato nei tentativi di sancire a livello europeo le più impegnative forme di partecipazione, di tipo cogestionale, presenti in alcuni paesi europei (di tradizione germanica).

prevenire le eventuali conseguenze negative, il legislatore comunitario si è preoccupato di delineare un quadro dei diritti di informazione e consultazione, e in alcuni casi di partecipazione nelle imprese di dimensione comunitaria, nella s.p.a. europea, nelle società cooperative europee e in tutte le imprese che occupino almeno cinquanta dipendenti ⁽¹¹⁴⁾. L'impresa europea, pertanto, se da un lato si muove nel solco delle libertà fondamentali (libera circolazione delle merci, dei servizi, dei capitali, delle persone) previste dal Trattato CE, dall'altro è nei diritti di coinvolgimento dei lavoratori che trova lo strumento correttivo delle ricadute sociali negative sui lavoratori che le vicende delle imprese possono produrre ⁽¹¹⁵⁾.

L'obiettivo dell'armonizzazione nel progresso sancito dall'art. 136 TCE, peraltro, viene perseguito tramite lo strumento dell'abbinamento impresa/diritti sociali.

È la Direttiva 2002/14/CE dell'11 marzo 2002 che inaugura una nuova fase della politica del diritto comunitario sotto il profilo della dimensione collettiva della tutela dei lavoratori: informazione e consultazione cessano di essere strumenti di partecipazione relegati all'ambito dell'adozione di scelte imprenditoriali importanti per elevarsi a strumenti di intervento nelle decisioni sostanziali delle imprese che ricadono sui lavoratori. Il legislatore europeo ha generalizzato il diritto di informazione e consultazione nelle imprese (pubbliche o private “*che esercitano un'attività economica, che perseguano o meno fini di lucro*”, ex art. 2, lett. a)) che in uno Stato membro occupino almeno cinquanta addetti o negli stabilimenti che in uno Stato membro occupino almeno venti dipendenti, fornendo altresì un apparato definitorio specifico. Nei vari *consideranda*, peraltro, è ben

⁽¹¹⁴⁾ L'importanza attribuita a livello europeo alla proceduralizzazione dei poteri datoriali è, peraltro, dimostrata nelle ipotesi di costituzione di una Società Europea, la cui registrazione in uno Stato membro richiede la previa conclusione di un accordo sulle modalità relative al coinvolgimento dei lavoratori ai sensi della direttiva n. 2001/86/CE. A completamento del Regolamento (CE) n. 2157/2001 del Consiglio, dell'8 ottobre 2001, relativo allo statuto della Società Europea, infatti, viene emanata la direttiva n. 2001/86/CE contenente la disciplina del coinvolgimento dei lavoratori nella gestione della Società Europea e prevede, insieme ai diritti di informazione e consultazione dei lavoratori sulle principali scelte strategiche dell'impresa, la partecipazione dei loro rappresentanti negli organi di direzione. La Società Europea costituisce uno degli strumenti giuridici di adeguamento dei modelli di regolazione dell'attività imprenditoriale nel mercato europeo al panorama attuale dominato dall'azione delle imprese transnazionali posti in essere dal legislatore comunitario. (Le medesime considerazioni riguardano la Direttiva n. 2003/72/CE del 22 luglio del 2003 sul coinvolgimento dei lavoratori nella Società cooperativa europea, implementata nel nostro ordinamento con il D. Lgs. n. 48 del 2007 è intervenuto ad implementare la direttiva comunitaria.) A ben vedere, nel loro assetto definitivo, il Regolamento n. 2157/2001 e la direttiva n. 2001/86 (volta a tutelare gli interessi collettivi dei lavoratori – in termini di garanzia dei diritti di informazione e consultazione - rispetto al bisogno di protezione imposto dalla struttura transnazionale delle SE) non promuovono la diffusione di istituti partecipativi; al contrario, si limitano ad impedire che la creazione di una società europea sia utilizzata dalle società costituenti per sottrarsi all'applicazione dei diritti di partecipazione previsti dagli ordinamenti nazionali, al fine di prevenire fenomeni di *dumping* sociale connessi alla fuga dei soggetti economici dagli ordinamenti meno vantaggiosi (F. PANTANO, *Il coinvolgimento dei lavoratori nella gestione della società europea*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2007, spec. pag. 963).

⁽¹¹⁵⁾ G. VERRECCHIA, *Informazione e consultazione dei lavoratori*, op. cit., pag. 341.

identificabile il duplice obiettivo dell'anticipazione dei rischi e del coinvolgimento dei lavoratori nella programmazione futura dell'impresa ⁽¹¹⁶⁾.

Avendo optato per un modello partecipativo di gestione dell'impresa che deve coniugare il versante economico e sociale, favorendo il dialogo ed il compromesso sociale rispetto al conflitto, essa sembrerebbe destinata ad incidere in maniera significativa sulle relazioni industriali a livello nazionale ⁽¹¹⁷⁾.

A ben vedere, l'art. 27 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea adottata a Nizza nel 2000, attribuisce ai lavoratori o ai loro rappresentanti il diritto a vedersi garantiti, ai livelli appropriati, “*l'informazione e la consultazione in tempo utile nei casi e alle condizioni previsti dal diritto comunitario e dalle legislazioni e prassi nazionali*”. Tale articolo contiene un dovere del datore di lavoro di informare e consultare le rappresentanze dei lavoratori all'interno dell'impresa, piuttosto che un diritto di questi ultimi ad essere informati e consultati. La stessa Corte di Giustizia ha avallato tale orientamento in tema di licenziamenti collettivi e trasferimento di impresa ⁽¹¹⁸⁾.

Nelle politiche sociali europee degli anni Settanta, non si registra un'armonizzazione verso l'alto, bensì un ravvicinamento di diritti procedurali, attraverso l'imposizione dell'obbligo di informare e consultare i rappresentanti dei lavoratori in circostanze traumatiche per le imprese, come i licenziamenti collettivi ⁽¹¹⁹⁾. La finalità armonizzatrice perseguita da alcune direttive comunitarie, infatti, era limitata a tre grandi aree tematiche: licenziamenti collettivi (Direttiva

⁽¹¹⁶⁾ In quest'ottica, “*Occorre, in particolare, promuovere e intensificare l'informazione e la consultazione sulla situazione e l'evoluzione probabile dell'occupazione nell'ambito dell'impresa, nonché, quando dalla valutazione effettuata dal datore di lavoro risulta che l'occupazione nell'ambito dell'impresa può essere minacciata, sulle eventuali misure anticipatrici previste, segnatamente in termini di formazione e di miglioramento delle competenze dei lavoratori, al fine di evitare tali effetti negativi o attenuarne le conseguenze e di rafforzare l'occupabilità e l'adattabilità dei lavoratori suscettibili di essere interessati da tali effetti*” (Considerandum 8).

⁽¹¹⁷⁾ F. VALDÉS DAL RÉ, *Una silenciosa pero incisiva reforma: el reforzamiento de los derechos de información y consulta (I)*, in *Relaciones Laborales*, 2008, pag. 140. Nel Considerandum 12 si legge: “*L'ingresso nella terza fase dell'unione economica e monetaria comporterà l'approfondimento e l'accelerazione delle pressioni competitive a livello europeo, esigendo un accompagnamento sociale più intenso a livello nazionale*”.

⁽¹¹⁸⁾ E. ALES, *Informazione e consultazione nell'impresa: diritto dei lavoratori o dovere del datore di lavoro? Un'analisi comparata*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2009, n. 2, pag. 221 e segg. Diversamente, la Dir. 94/45/CE, pur confermando la dimensione collettiva dell'informazione e della consultazione, condiziona il loro esercizio all'esistenza di un CAE o di rappresentanti dei lavoratori all'interno dell'impresa, preferendo ricorrere al *trigger mechanism*. Ai sensi della Direttiva quadro informazione e consultazione devono essere essenzialmente dirette ai rappresentanti dei lavoratori. Essa, tuttavia, non chiarisce se sugli Stati membri incomba un obbligo di prevedere la presenza di organismi di rappresentanza dei lavoratori nelle imprese che rientrano nel suo campo di applicazione e se la costituzione di dette rappresentanze costituisca a sua volta un obbligo per l'impresa prima che un diritto per i lavoratori. L'analisi comparata dimostra che solo un terzo degli Stati membri prevede l'obbligo datoriale di istituire un organismo di rappresentanza (*works council*), dal momento che la maggioranza ha optato per un *trigger mechanism*. Emerge altresì che il coinvolgimento diretto che si sostanzia nell'informazione e consultazione disposta direttamente ai lavoratori, riveste un ruolo limitato nei sistemi di informazione e consultazione degli Stati membri; esso è concepito come l'ultima risorsa quando non vi siano organi di rappresentanza dei lavoratori. Secondo l'Autore solo un organo di rappresentanza permanente è nelle condizioni di ricevere ed elaborare le informazioni necessarie a promuovere la consultazione e di intraprenderla al fine di pervenire ad un accordo. Anche nella direttiva quadro il diritto all'informazione ad alla consultazione deve essere considerato un dovere del datore di lavoro come nell'art. 27.

⁽¹¹⁹⁾ B. HEPPLÉ, *Labour Law and Global Trade*, Hart Publishing, Oxford, 2005, spec. pag. 200 e segg.

75/129/CEE del Consiglio, del 17 febbraio 1975), trasferimento di impresa (Direttiva 77/187/CEE del Consiglio, del 14 febbraio 1977, novellata dalla dir. 2001/23/CE), sicurezza e salute nei luoghi di lavoro (Direttiva 89/391/CEE, del 12 giugno 1989).

Tuttavia, *“l’esistenza di quadri giuridici a livello comunitario e nazionale, intesi a garantire il coinvolgimento dei lavoratori nell’andamento delle imprese e nelle decisioni che li riguardano, non ha sempre impedito che decisioni gravi che interessavano dei lavoratori fossero adottate e rese pubbliche senza che fossero state preventivamente osservate procedure adeguate di informazione e di consultazione”* (Considerandum 6, Dir. 2002/14/CE dell’11 marzo 2002).

La direttiva quadro, alla quale si attribuisce il merito di aver recuperato una prospettiva armonizzatrice nel progresso, persegue l’obiettivo dell’armonizzazione dei diritti di informazione e consultazione attraverso una nuova e più ambiziosa politica del diritto, che abbandona scenari legati ad interventi in materie concrete, per impiantarsi in un terreno più ampio, capace di investire l’insieme delle decisioni che le imprese intendono adottare con ripercussioni tanto sulla situazione, struttura ed evoluzione dell’occupazione, come sull’organizzazione del lavoro e, più in generale, sui contratti di lavoro ⁽¹²⁰⁾.

Oltre a ripercorrere le orme delle Direttive settoriali in materia di diritti di informazione e consultazione, essa ha istituito alcuni meccanismi di difesa dei diritti attribuendo agli Stati Membri il compito di prevedere misure adeguate (incluso quelle di carattere sanzionatorio) nell’ipotesi di violazione ⁽¹²¹⁾.

Il D. Lgs. n. 25 del 2007, attraverso il quale il legislatore nazionale ha implementato la direttiva 2002/14/CE dell’11 marzo 2002, al fine di realizzare il *“contemperamento degli interessi dell’impresa con quelli dei lavoratori e la collaborazione tra datore di lavoro e rappresentanti dei lavoratori, nel rispetto dei reciproci diritti ed obblighi”* (art. 1, comma secondo), introduce una previsione legale generale valida per tutte le imprese rientranti nel campo di applicazione della normativa dei diritti di informazione e consultazione dei lavoratori (ovvero imprese che abbiano almeno cinquanta lavoratori), ma prevede altresì l’obbligatoria determinazione delle modalità di informazione e di consultazione nei contratti collettivi.

⁽¹²⁰⁾ F. VALDÉS DAL RÉ, *Una silenziosa pero incisiva reforma*, op. cit., spec., pagg. 144-145.

⁽¹²¹⁾ Obiettivo è *“l’instaurazione di un quadro generale che comprende i principi, le definizioni e le modalità dell’informazione e della consultazione”* (Considerandum 23), definendo *“prescrizioni minime applicabili ovunque nella Comunità senza impedire agli Stati membri di prevedere disposizioni più favorevoli per i lavoratori”* (Considerandum 18). A tal fine si ribadisce che *“occorre intensificare il dialogo sociale e le relazioni di fiducia nell’ambito dell’impresa per favorire l’anticipazione dei rischi, sviluppare la flessibilità dell’organizzazione del lavoro e agevolare l’accesso dei lavoratori alla formazione nell’ambito dell’impresa in un quadro di sicurezza, promuovere la sensibilizzazione dei lavoratori alle necessità di adattamento, aumentare la disponibilità dei lavoratori ad impegnarsi in misure e azioni intese a rafforzare la loro occupabilità, promuovere il coinvolgimento dei lavoratori nella conduzione dell’impresa e nella determinazione del suo futuro, nonché rafforzare la competitività dell’impresa”* (Considerandum 7). Dal Considerandum 7 si evince che secondo il diritto comunitario, datori di lavoro e lavoratori condividono il medesimo interesse (privato) al reciproco crescente coinvolgimento dei lavoratori nelle decisioni imprenditoriali (E. ALES, *Informazione e consultazione nell’impresa*, op. cit., spec. pag. 230).

Il decreto, nella sua funzione di *safety net*, contiene le prescrizioni minime dei diritti di informazione e consultazione che, in quanto tali, rappresentano il contenuto necessario dei diritti cui il contratto collettivo non può derogare *in peius*.

Dalla lettura del testo normativo, in armonia con il testo comunitario, sembra potersi dedurre che anche l'andamento recente e atteso dell'impresa e la sua situazione economica devono divenire oggetto di confronto, scambio di opinioni e dialogo tra i rappresentanti dei lavoratori e i datori di lavoro. In buona sostanza, diviene oggetto di consultazione anche un ambito tradizionalmente riservato al potere organizzativo e imprenditoriale quale l'andamento dell'impresa.

In questa prospettiva si colloca la recente Direttiva 2009/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 6 maggio 2009 (riguardante l'istituzione di un comitato aziendale europeo o di una procedura per l'informazione e la consultazione dei lavoratori nelle imprese e nei gruppi di imprese di dimensioni comunitarie) che, proprio al fine di “*migliorare il diritto all'informazione e alla consultazione dei lavoratori nelle imprese e nei gruppi di imprese di dimensioni comunitarie*”, è recentemente intervenuta ad abrogare la Direttiva 94/45/CE del Consiglio, del 22 settembre 1994 sui Comitati Aziendali Europei ⁽¹²²⁾. Oltre a specificare meglio cosa debba intendersi per informazione e consultazione, la Direttiva segnala quale finalità precipua l'anticipazione del cambiamento, al fine di consentire che i vari processi di ristrutturazione ed i cambiamenti organizzativi dell'impresa siano accompagnati da una più possibile preventiva consapevolezza da parte dei lavoratori per far sì che essi non abbiano solo ricadute negative passive, ma coinvolgano attivamente i lavoratori ⁽¹²³⁾.

⁽¹²²⁾ La Direttiva n. 94/45/CE per l'istituzione dei Comitati Aziendali Europei o di una procedura per l'informazione e la consultazione dei lavoratori nelle imprese di dimensioni comunitarie è stata la prima a regolare i diritti di informazione e consultazione nell'impresa transnazionale. Successivamente, la Direttiva n. 2001/86/CE, le cui disposizioni sono state estese alle fusioni transfrontaliere dalla Direttiva n. 2005/56/CE, ed alla quale si è aggiunta la Direttiva n. 2003/75, a completamento dello statuto della Società cooperativa europea per quanto riguarda il coinvolgimento dei lavoratori.

⁽¹²³⁾ Si legge, infatti, nel *Considerandum* 7: “È necessario ammodernare la normativa comunitaria in materia di informazione e consultazione transnazionale dei lavoratori al fine di garantire l'effettività dei diritti di informazione e consultazione transnazionale dei lavoratori, di innalzare la percentuale di istituzione dei comitati aziendali europei, consentendo, nel contempo, il funzionamento ininterrotto degli accordi esistenti, di risolvere i problemi constatati nell'applicazione pratica della direttiva 94/45/CE e di superare l'incertezza del diritto derivante da alcune disposizioni o dall'assenza di alcune disposizioni nella direttiva medesima, nonché di garantire una migliore articolazione tra gli strumenti legislativi comunitari in tema di informazione e di consultazione dei lavoratori?”. Per quanto concerne il coordinamento della nuova direttiva CAE con le altre intervenute in tema di informazione e consultazione, il *Considerandum* 38 prevede che “La presente direttiva dovrebbe far salve le procedure di informazione e di consultazione previste dalla direttiva 2002/14/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 marzo 2002, che istituisce un quadro generale relativo all'informazione e alla consultazione dei lavoratori, e le procedure specifiche di cui all'articolo 2 della direttiva 98/59/CE del Consiglio, del 20 luglio 1998, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di licenziamenti collettivi e all'articolo 7 della direttiva 2001/23/CE del Consiglio, del 12 marzo 2001, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti”. L'art. 11, par. 4: “La presente direttiva fa salve le procedure di informazione e consultazione di cui alla direttiva 2002/14/CE, e le procedure specifiche di cui all'articolo 2 della direttiva 98/59/CE e all'articolo 7 della direttiva 2001/23/CE”. Ai sensi dell'art. 17, “La direttiva 94/45/CE, come modificata dalle direttive menzionate nell'allegato II, parte A, è abrogata con effetto dal 6 giugno 2011, fatti salvi gli obblighi degli Stati membri relativi ai Termini di recepimento nel diritto interno delle direttive indicati nell'allegato II, parte B”. Lo studio dell'attuazione pratica dei CAE nelle singole realtà imprenditoriali proveniente dai cases Studies condotti dalla “European Foundation for the improvement of living and working conditions” (EFILWC, in

A conferma di un progressivo “slittamento” delle politiche comunitarie verso la logica dell’anticipazione, sembrano significativi alcuni recenti interventi della Corte di Giustizia europea in merito al momento a partire dal quale occorre far risalire l’avvio della procedura di informazione e consultazione quando la decisione dei licenziamenti collettivi viene adottata dalla società controllante all’interno di un gruppo.

La tendenza della Corte è di allargare le maglie della direttiva in materia di licenziamenti collettivi, andando al di là dell’interpretazione letterale per rispettare lo spirito della stessa. Si tende a far risalire l’avvio della procedura alla decisione strategica assunta dalla controllante, quando però tale decisione, ancorché non definita in tutti i dettagli, individua almeno la controllata nella quale potrebbero aver luogo i licenziamenti collettivi. Contravvenendo alla lettera della direttiva, ma utilizzando un’interpretazione teleologica volta a rafforzare i diritti dei lavoratori nel quadro delle crisi di impresa, la Corte ⁽¹²⁴⁾ afferma che la direzione locale (controllata) è tenuta ad avviare quanto prima il negoziato anche se non dispone di tutte le informazioni che secondo la normativa comunitaria dovrebbero essere fornite ai rappresentanti dei lavoratori (numero dei lavoratori, categorie, dimensione sociale), ferma restando l’assunzione in corso d’opera delle ulteriori e necessarie informazioni per l’avvio della consultazione, con l’obiettivo di coinvolgere i rappresentanti dei lavoratori nel momento più avanzato possibile, in vista di anticipare i cambiamenti.

<http://www.eurofound.eu.int>, 2005), ha evidenziato che gli accordi di istituzione dei CAE spesso prevedono forme di informazione e consultazione scarsamente incisive, non idonee a garantire il coinvolgimento preventivo e continuativo nelle decisioni strategiche; il loro lavoro spesso si traduce in incontri ad intervalli di tempo molto distanziati, quasi sempre con cadenza annuale; il numero esiguo delle riunioni non consente il confronto effettivo sulla gestione. Tuttavia, ai sensi del *Considerandum 21*, “È necessario chiarire i concetti di informazione e consultazione dei lavoratori, conformemente alle definizioni che sono dettate dalle direttive più recenti in questa materia e che trovano applicazione in un contesto nazionale, con l’obiettivo di rafforzare l’effettività del livello transnazionale del dialogo, di consentire un’adeguata coordinazione tra il livello nazionale e quello transnazionale di questo dialogo e di garantire la necessaria certezza del diritto nell’applicazione della presente direttiva”.

⁽¹²⁴⁾ Corte Giust., 10 settembre 2009, C-44/08, in GU C 267 07.11.2009, pag. 15.

CAPITOLO II

RIORGANIZZAZIONI AZIENDALI E MODIFICAZIONI DEL CONTRATTO DI LAVORO

Sommario: 2.1. Premessa. – SEZIONE I. CIRCOLAZIONE DELL'IMPRESA IN CRISI E NOVAZIONE SOGGETTIVA DEL CONTRATTO. - 2.2. Vicende circolatorie dell'impresa e gestione dei rapporti di lavoro: il campo di applicazione dell'art. 2112 Cod. Civ. - 2.2.1. Il trasferimento di ramo di azienda: autonomia funzionale (*segue*). - 2.2.1.1. (*segue*) e “valorizzazione” dell'autonomia delle parti. - 2.2.2. Il rischio di operazioni di esternalizzazione “poco virtuose”. - 2.2.3. Trasferimento di ramo di azienda e contratto di appalto. - 2.2.4. L'individuazione dei trattamenti collettivi applicabili ai lavoratori soggetti a trasferimento d'azienda. - 2.2.5. La disciplina dell'obbligo di informazione quale limite alla libertà imprenditoriale: il *discrimen* dimensionale. - 2.3. La tutela dei livelli occupazionali nel trasferimento d'azienda e ramo d'azienda in crisi. - 2.3.1. La rilevanza della “crisi” nella procedura di amministrazione straordinaria. – 2.3.2. Alcune riflessioni sulla natura del “nuovo” accordo derogatorio. - 2.3.3. L'esercizio endoconcorsuale dell'impresa. - 2.3.3.1. (*segue*) L'affitto. - 2.3.3.2. (*segue*) La retrocessione. - 2.3.3.3. (*segue*) La vendita. - SEZIONE II. MODIFICHE DELL'OGGETTO DEL CONTRATTO DI LAVORO. - 2.4. I confini dello *ius variandi* di fronte ad esigenze aziendali: la tutela della professionalità. - 2.4.1. Le deroghe ammesse dalla legge. - 2.4.2. Le deroghe di fonte collettiva: le clausole collettive di fungibilità delle mansioni. - 2.5. I contratti di solidarietà difensivi: obiettivi, contenuto e campo di applicazione. - 2.5.1. Eventuale dissenso del lavoratore e possibile modifica della riduzione oraria e retributiva convenuta. - 2.5.2. Contratti di solidarietà e Cassa integrazione guadagni straordinaria: valutazioni di “convenienza”. – 2.5.3. Contratti di solidarietà difensivi e disciplina europea sugli aiuti di Stato.

2.1. Premessa.

Quando l'impresa si trova a fronteggiare una situazione di difficoltà, soprattutto laddove non sia possibile stabilirne la durata, nell'immaginario comune si profila lo spettro dei licenziamenti collettivi.

In realtà, a volte l'impresa può percorrere strade “alternative” con l'obiettivo di superare la criticità del momento, recuperare un adeguato livello di competitività e tornare a svolgere la propria normale attività. Ciò è possibile attraverso l'attivazione di misure non estintive volte, a seconda dell'intensità e della portata della crisi, al mantenimento, anche parziale, dell'occupazione; si tratta di misure modificative (che possono incidere sul soggetto o sull'oggetto del contratto, o eventualmente su entrambi) o di natura sospensiva. La disamina della prima tipologia di interventi, per un verso presuppone inevitabilmente l'adozione di una prospettiva “macro” delle riorganizzazioni aziendali, che coinvolge il datore di lavoro/imprenditore, visto non tanto nell'ottica di parte del rapporto di lavoro, quanto quale soggetto che – al fine di difendere la sopravvivenza della sua attività - intesse relazioni commerciali con altri *competitors* dando vita alle cosiddette “vicende circolatorie” dell'impresa; per altro verso, sarà utile prendere in esame la dimensione “micro” dei processi di riorganizzazione, relativa alle dinamiche connesse al funzionamento del singolo rapporto di lavoro.

CIRCOLAZIONE DELL'IMPRESA IN CRISI
E NOVAZIONE SOGGETTIVA DEL CONTRATTO

2.2. Vicende circolatorie dell'impresa e gestione dei rapporti di lavoro: il campo di applicazione dell'art. 2112 Cod. Civ.

A livello comunitario, l'esigenza di tutela del lavoratore al verificarsi di vicende circolatorie dell'impresa si poneva già nella Direttiva n. 77/197 in termini non meno cruciali di quelli presenti nelle altre due direttive, pressoché coeve, la Direttiva n. 75/129 in materia di licenziamenti collettivi, e la Direttiva n. 80/987 in materia di insolvenza del datore di lavoro; ulteriori modifiche sono state introdotte dalla Direttiva n. 98/50, relativa al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di imprese, di stabilimenti o di parti di stabilimenti (che accoglie una nozione di azienda diversa rispetto a quella vigente nel precedente testo), e dalla Direttiva n. 2001/23, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti.

A fronte dell'apparente "aporia" tra il richiamo alla nozione comunitaria di "*entità economica organizzata*", che farebbe propendere per una connotazione materiale di azienda, rilevante ai fini della tutela dei dipendenti nel caso di trasferimento, ed il riferimento alla nozione di "attività economica organizzata" contenuta nell'art. 2112 Cod. Civ., si è detto che oggetto del trasferimento è l'organizzazione in forma di impresa costituita da organizzazione ed attività ⁽¹⁾.

Vigente la vecchia disciplina dell'art. 2112 Cod. Civ., prevalse l'orientamento che teneva distinta l'impresa dall'azienda, ovvero l'esercizio dell'attività economica dall'organizzazione dei beni costituenti l'azienda ⁽²⁾; pertanto, il trasferimento d'azienda ricorreva ogni qualvolta vi fosse la

⁽¹⁾ G. SANTORO PASSARELLI, *Trasferimento di azienda e rapporto di lavoro*, in ID., *Realtà e forma del diritto del lavoro*, tomo II, Torino, 2006, spec. pag. 794 e segg. L'Autore critica la tesi di A. MARESCA, *Le novità del legislatore nazionale in materia di trasferimento d'azienda*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2001, n. 6, 587 e segg., secondo cui il riferimento all'attività economica organizzata contenuto nel quinto comma dell'art. 2112 Cod. Civ. è finalizzato ad escludere la rilevanza di ciò che caratterizza la nozione di entità, vale a dire la sussistenza di un insieme di mezzi. Se si ritiene che la nuova formulazione dell'art. 2112 Civ. rinvii alla nozione di impresa ricavabile dall'art. 2082 Civ. Civ., cioè come attività economica organizzata e che tale nozione debba essere interpretata alla luce della definizione di impresa contenuta nella Dir. n. 50 del 1998 (che definisce l'impresa come entità intesa, quale insieme di mezzi organizzati al fine di svolgere un'attività economica), si potrà affermare che oggetto del trasferimento non sia più il complesso dei beni potenzialmente idonei all'esercizio dell'impresa, ossia l'azienda, ma l'impresa intesa come organizzazione e attività. Cfr. M. MARAZZA, *Impresa ed organizzazione nella nuova nozione di azienda trasferita*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2001, pag. 599 e segg.

⁽²⁾ La dottrina e la giurisprudenza ammettevano anche il trasferimento del ramo di azienda menzionato dal vecchio art. 2573 Cod. Civ.: il marchio poteva essere trasferito soltanto con l'azienda o un suo ramo. Sebbene posto

cessione del complesso dei beni potenzialmente idonei all'esercizio dell'impresa; stando alla nuova disposizione, invece, il trasferimento dell'azienda potrà configurarsi solo se il trasferimento di beni e rapporti sia disposto in funzione dell'esercizio dell'impresa. Del resto, le norme del Codice che regolano il rapporto di lavoro accolgono una nozione di impresa che non si riduce al profilo dell'attività ma richiama l'esistenza di una organizzazione di beni e rapporti nella quale il profilo soggettivo dell'esercizio dell'attività ed il profilo oggettivo del complesso dei beni e rapporti che consentono l'esercizio di tale attività sono funzionalmente collegati ⁽³⁾. Inoltre, la previsione della responsabilità solidale del cedente e del cessionario mette in evidenza che la *ratio* della norma sta nella garanzia della continuità dei rapporti sul presupposto fisiologico della continuità dell'impresa. Infatti, se la continuità dell'impresa non fosse presupposta dall'art. 2112 Cod. Civ., non sarebbe giustificabile l'esclusione del consenso del lavoratore ceduto.

Poiché il mutamento nella titolarità di un'attività economica organizzata non comporta il trasferimento di un complesso di beni e rapporti astrattamente o potenzialmente idonei all'esercizio dell'impresa, bensì il trasferimento dell'impresa in atto, se il cessionario, che tuttavia non è costretto ad esercitare l'impresa, non prosegue l'esercizio dell'attività anche accessoria del cedente, non si realizza un trasferimento di azienda *ex art. 2112 Cod. Civ., nuovo testo e*, pertanto, sarebbe necessario il consenso del lavoratore ceduto per il trasferimento del relativo rapporto di lavoro; ciò confermerebbe il fatto che la formula "*attività economica organizzata*", accolta dalla più recente formulazione, voglia mettere in evidenza, ancor più di quanto consentisse la previgente disciplina, che i rapporti di lavoro costituiscono non più l'effetto ma uno (anche se ovviamente non l'unico) degli elementi costitutivi della fattispecie trasferimento disciplinata dall'art. 2112 Cod. Civ.

a tutela del consumatore e non del lavoratore, l'art. 2573 Cod. Civ. prevedeva quali requisiti di identificazione del ramo di azienda: l'autonomia organizzativa e funzionale del ramo, la sua capacità di realizzare un risultato produttivo connesso ed economicamente valutabile ma separabile dal risultato produttivo dell'azienda.

⁽³⁾ La stessa Corte di Giustizia, nel corso degli anni, ha affermato che l'entità economica consiste nel complesso dei beni organizzati al fine dello svolgimento di un'attività economica. La sentenza *Suzen* (Corte Giust., 11 marzo 1997, C - 13/95, *Suzen c. Zehnacker*), in *Mass. Giur. Lav.*, 1998, pag. 241 e segg. e in *Orient. Giur. Lav.*, 1998, pag. 11 e segg.), ha escluso l'applicazione della direttiva del 1977 quando l'operazione non sia accompagnata da una cessione di elementi patrimoniali materiali e immateriali significativi in termini di numero e di competenze del personale già destinato dal predecessore all'esecuzione del contratto (punto 18), e quando il trasferimento di una semplice attività non sia accompagnato dal trasferimento di un'entità economica che conservi la propria identità precisando che un'entità economica non può essere ridotta all'attività che le era stata affidata (punto 15). Sul tema, si rinvia altresì a Corte Giust., 10 dicembre 1998, C - 127/96, causa - 229/96, causa - 74/97, *F. Hernandez Vidal s.a. c. P. Gomez Perez e altri*, in *Notiz. Giur. Lav.*, 1999, pag. 132 e segg. e in *Dir. Lav.*, 1999, pag. 110 e segg. (punto 31); Corte Giust., 10 dicembre 1998 (C - 173/96 e C - 247/76), *F. Sánchez Hidalgo, c. Asociación de Servicios Aser*, in *Temì romana*, 1999, pag. 730 e segg. (punto 31); Corte Giust., 25 gennaio 2001, C - 172/99, *Oylukenne Ab c. Pekka Ljstkojarvi Pentti Juntunen*, in *Foro It.*, 2001, IV, col. 153 e segg. (punto 35). Sulla conformità della nuova nozione di ramo d'azienda con il diritto comunitario si rinvia, tra gli altri, a M. NOVELLA e M. L. VALLAURI, *Il nuovo art. 2112 c.c. e i vincoli del diritto europeo*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2005, spec. pag. 197 e segg.

Nata per garantire la continuità dell'occupazione a fronte di operazioni commerciali connesse alla circolazione dell'azienda o di suoi rami, atte ad incidere sulla dimensione della struttura organizzativa dell'impresa, oggi la norma di cui all'art. 2112 Cod. Civ., viene utilizzata come strumento per consentire all'imprenditore di dismettere la gestione diretta di attività, mediante conferimento a terzi, per necessità o volontà di ridimensionare l'organizzazione del lavoro, al fine di ottenere assetti più agili e flessibili, indispensabili per accrescere la competitività e fronteggiare la concorrenza.

Del resto, la scelta di esercitare o meno una determinata attività economica, come svolgerla, ovvero come organizzare i distinti fattori della produzione e le dimensioni da dare all'azienda, nonché l'individuazione di quali attività gestire in proprio e quali beni e servizi acquisire sul mercato, rientra nella piena discrezionalità dell'imprenditore, *ex art.* 41 Cost., in quanto espressione della libertà di iniziativa economica che potrebbe, evidentemente, concretizzarsi anche nella cessazione dell'attività dell'impresa.

Le numerose modifiche intervenute nel corso degli anni, non hanno intaccato la natura di norma inderogabile dell'art. 2112 Cod. Civ. Tuttavia, per effetto del D. Lgs. 2 febbraio 2001, n. 18 (emanato in attuazione della direttiva 98/50/CE), la scelta terminologica di sostituire l'alienante e l'acquirente con la formula più ampia di cedente e cessionario ha prodotto come effetto l'estensione delle maglie protettive dell'art. 2112 Cod. Civ., a tutti quei processi nei quali si realizza un mutamento nella titolarità dell'attività economica organizzata, a prescindere dalla fonte – negoziale o meno – del trasferimento ⁽⁴⁾. Intento del legislatore sembrerebbe dunque quello di sottrarre alcuni fenomeni dal campo di applicazione dell'art. 24, della Legge n. 223 del 1991, per ricondurli al campo di applicazione dell'art. 2112 Cod. Civ., in modo da garantire la continuità dei rapporti di lavoro, anche a fronte di una novazione soggettiva intervenuta nel contratto di lavoro. È pur vero, tuttavia, che la disciplina in materia di trasferimento d'azienda ha in comune con quella del licenziamento collettivo buona parte dei principi e delle tecniche di garanzia imperniati sugli obblighi di informazione e consultazione preventiva del sindacato.

A conferma della volontà del legislatore di estendere il campo di applicazione della norma codicistica, va precisato come il riferimento alla fusione quale possibile titolo di trasferimento di azienda, contenuto nell'art. 32, D. Lgs. n. 276 del 2003, intervenga in concomitanza con la riforma organica del diritto societario che investe altresì i profili della trasformazione e della scissione

⁽⁴⁾ Con riferimento al titolo attraverso il quale il complesso organizzativo viene ceduto, la Direttiva 01/23 fa riferimento alla cessione contrattuale ed alla fusione. Sul fatto che la giurisprudenza comunitaria abbia fornito una definizione ampia della disposizione, per cui deve ritenersi ininfluenza il legame contrattuale diretto tra cedente e cessionario, potendo il trasferimento essere realizzato in due fasi per l'effetto dell'intermediazione di un terzo, si rinvia a R. ROMEI e P. LAMBERTUCCI, *Commento all'art. 2112 Cod. Civ.*, in M. GRANDI e G. PERA (a cura di), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Padova, 2005, spec. pag. 507.

societaria (artt. 2501 – 2506, Cod. Civ.), come modificati dal D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, che ha contribuito ad estendere il campo di applicazione dell'istituto della fusione, in particolare ampliando lo spettro delle cosiddette “fusioni eterogenee” ⁽⁵⁾.

Inoltre, anche l'ammissibilità delle fusioni di società interessate da procedure concorsuali, salvo che queste non abbiano come fine la liquidazione del patrimonio societario (art. 2501, comma secondo, Cod. Civ.), opera in direzione di una ulteriore estensione della fattispecie.

A ben vedere, per effetto di tali estensioni, la disciplina in materia di fusione assume – tra l'altro – la funzione di risanamento delle imprese in crisi che possono, in tal modo, contare sulle liquidità delle società con le quali si fondono o si incorporano. Qualora si affermasse la tesi secondo la quale la fusione non determina una successione a titolo universale, bensì una vicenda modificativa del contratto sociale, dal momento che le società che partecipano alla fusione non si considererebbero estinte, potrebbe determinarsi una modifica di quell'orientamento giurisprudenziale che limitava l'applicazione alla fusione del solo art. 2112, comma primo, Cod. Civ., a vantaggio di una lettura estesa all'applicazione del comma secondo ⁽⁶⁾.

In difetto di un esplicito riferimento alla scissione (ovvero il trasferimento di un intero patrimonio della società a più società preesistenti o di nuova costituzione, o parte del di esso anche ad una società mediante assegnazione delle loro azioni o quote ai soci della prima, art. 2506 Cod. Civ.) come titolo del trasferimento d'azienda, la dottrina non ha escluso l'applicabilità della disciplina *ex art. 2112 Cod. Civ.*, ai rapporti di lavoro trasferiti dalla società scissa a quella risultante dalla scissione ⁽⁷⁾. Tale applicazione, tuttavia, dovrà escludersi quando comporti il trasferimento di singoli beni e rapporti giuridici, quando non vi sia un trasferimento d'azienda o di un suo ramo, per difetto dell'oggetto del trasferimento. Fermo restando il diritto del lavoratore di recedere per giusta causa ai sensi dell'art. 2119 Cod. Civ., qualora ricorra l'ipotesi di scissione non traslativa di azienda, i lavoratori trasferiti da una società all'altra per effetto della scissione non possono

⁽⁵⁾ Infatti, mentre prima della riforma era ammessa la fusione solo tra le società che, pur appartenenti a tipi diversi, avessero scopo omogeneo, la nuova disciplina consente la fusione tra società con scopo diverso, con conseguente trasformazione di uno degli enti collettivi coinvolti nell'operazione nell'altro avente scopo diverso. Già prima della modifica operata dall'art. 32, D. Lgs. n. 276 del 2003, la giurisprudenza prevalente ammetteva che la fusione potesse determinare un Trasferimenti d'azienda. *Ex plurimis*, Corte Cass., maggio 1996, n. 4951, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1997, II, pag. 201 e segg., con nota di P. LAMBERTUCCI, *Brevi considerazioni su trasferimento di azienda e fusione societaria*. Prima della riforma del diritto societario solo società che avevano scopo mutualistico o scopo lucrativo potevano essere oggetto di fusione. Resta tuttavia operante il divieto di partecipazione a fusioni ad esito egoistico, art. 2545 *decies*, Cod. Civ., con l'obiettivo di evitare che società aventi scopo non lucrativo che abbiano goduto di agevolazioni o fondi pubblici o raccolto liberalità o oblazioni possono con modifiche statutarie aggirare obblighi di legge ad essi ascritti (art. 2500 *octies*, comma terzo, Cod. Civ.).

⁽⁶⁾ Per approfondimenti si rinvia a G. SANTORO PASSARELLI, *Trasferimento di azienda e rapporto di lavoro*, op. cit., spec. pag. 792 e segg.

⁽⁷⁾ Cfr. M. NOVELLA e M. L. VILLAURI, *Il nuovo art. 2112 c.c. e i vincoli del diritto europeo*, op. cit., spec. pag. 186 e segg. Gli Autori ritengono che la scissione societaria, pur non essendo espressamente menzionata, rientri a pieno titolo tra gli strumenti traslativi idonei a dar vita ad una vicenda riconducibile alla normativa lavoristica di cui all'art. 2112 Cod. Civ.

pretendere il riconoscimento delle garanzie previste dall'art. 2112, comma 2, Cod. Civ., ma soltanto la tutela dell'art. 2506-*quater*, comma 3, Cod. Civ., che disciplina gli effetti della scissione, prevedendo una forma di responsabilità solidale di ciascuna società, dei debiti della società scissa, nei limiti del valore effettivo del patrimonio netto ⁽⁸⁾.

Il fatto di ricadere nella disciplina dettata dall'art. 2112 Cod. Civ., a ben vedere, presenta risvolti applicativi piuttosto evidenti, in particolare sotto il profilo delle tutele del lavoratore. Mentre l'art. 2112 Cod. Civ. (cessione di azienda e rapporti di lavoro dipendente) trova applicazione in qualità di norma speciale per la successione di un titolare ad un altro nei rapporti di lavoro, l'art. 1406 Cod. Civ. (cessione del contratto), che richiede il consenso del ceduto, si applica in tutti i casi in cui il trasferimento non concerne un complesso attivo di beni tale da far rientrare la fattispecie nel regime della cessione di ramo di azienda, come definito dal D. Lgs. n. 18 del 2001.

Al fine di tutelare più efficacemente i propri interessi, i lavoratori "trasferendi" interessati a rimanere presso il cedente rivendicano l'applicazione dell'art. 1406 Cod. Civ., che subordinerebbe la cessione del contratto al loro consenso; al contrario, i datori di lavoro invocano l'applicazione dell'art. 2112 Cod. Civ., che, sebbene garantisca la continuità del rapporto presso il cessionario e la responsabilità solidale del cedente, consente il trasferimento del rapporto senza il consenso dell'interessato ⁽⁹⁾ ⁽¹⁰⁾.

⁽⁸⁾ G. SANTORO PASSARELLI, *Trasferimento di azienda e rapporto di lavoro*, op. cit., spec. pag. 793. L'Autore esclude altresì l'applicazione dell'art. 1406 Cod. Civ., che, come si vedrà nel prosieguo, regola la cessione del contratto subordinandola al consenso del debitore ceduto. In questo caso prevarrebbe la disciplina della scissione che determina il trasferimento dei rapporti giuridici, dalla società scissa alla società risultante dall'operazione, previa iscrizione dei medesimi rapporti nel progetto di scissione. Ad ogni modo, il lavoratore, in qualità di creditore sociale, in seguito all'approvazione del progetto di scissione, potrà impugnare la delibera assembleare nel caso in cui non vengano prestate adeguate garanzie economiche al fine della salvezza dei suoi creditori (in proposito, artt. 2506-*ter* e 2503 Cod. Civ.).

⁽⁹⁾ Ad ogni buon conto, nonostante la maggiore "permissività" alla base del D. Lgs. n. 276 del 2003, non è lecito applicare l'art. 2112 Cod. Civ., ad operazioni di ristrutturazione dell'impresa, di per sé lecite, che vanno dai licenziamenti collettivi per riduzione di personale, all'appalto di servizi, al contratto di subfornitura, assoggettabili ciascuna alla propria disciplina. Sulla necessità o meno del consenso del lavoratore nel caso di trasferimento, si rinvia, tra gli altri, alla ricostruzione operata da V. SPEZIALE, *Opinioni sul trasferimento d'azienda*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2006, spec. pag. 725 e segg. Resta fuori dal campo applicativo anche l'ipotesi di rapporto di lavoro svolto alle dipendenze di più società collegate: seppur in presenza di una sostituzione nel rapporto, manca il trasferimento del complesso organizzativo idoneo all'esercizio dell'impresa (L. NOGLER, *Gruppo di imprese e diritto del lavoro*, in *Lav. Dir.*, 1992, pag. 291 e segg.; A. VALLEBONA, voce *Società. V) Lavoro nelle società collegate*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXIX, 1993; V. PINTO, *Il lavoro nei gruppi imprenditoriali: oltre il decentramento?*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1999, pag. 445 e segg.)

⁽¹⁰⁾ Si esclude la fattispecie di trasferimento di azienda nel caso di trasformazione di società, dal momento che la modificazione dell'atto costitutivo non determina il mutamento del soggetto imprenditore, ma solo della sua forma giuridica (v. artt. 2498-2500 *novies*, Cod. Civ.), e nel caso di mero trasferimento del pacchetto azionario, quand'anche di controllo, da una società all'altra, non determinandosi un mutamento del soggetto societario nelle titolarità dell'impresa. L'art. 2498 Cod. Civ., prevede che l'ente trasformato prosegue in tutti i rapporti, anche processuali, dell'ente che ha effettuato la trasformazione. Ne discende che, sebbene i lavoratori non possano godere dell'ampio corredo di tutele previsto dall'art. 2112 Cod. Civ., si vedranno garantita la continuità del rapporto di lavoro presso l'ente trasformato. In questo senso, C. MONTAGNANI, *Commento all'art. 2498 c.c.*, in M. SANDULLI e V. SANTORO (a cura di), *La riforma delle società, artt. 2462-2510 c.c.*, Torino, 2003, pagg. 355 - 356. Per ulteriori appro-

2.2.1. Il trasferimento di ramo di azienda: autonomia funzionale (segue).

Il trasferimento di parte dell'impresa rappresenta lo strumento giuridico preferito dalle imprese per attuare processi di ristrutturazione e di esternalizzazione.

È proprio in tema di trasferimento di azienda e, soprattutto, di un ramo di essa, che gli interpreti sono stati chiamati a confrontarsi sul significato da attribuire alla nozione di impresa, con il preciso fine di escludere quelle fattispecie non rientranti nell'una o nell'altra vicenda circolatoria⁽¹¹⁾.

Del resto, la complessità della cosa "azienda" fa sì che essa possa «essere identificata soltanto quale oggetto di fatti e rapporti da essa scaturenti»⁽¹²⁾. Se, per un verso, un complesso di persone organizzate e capaci di svolgere una determinata attività può configurare una vera e propria azienda, per altro verso, è possibile ipotizzare l'esistenza di un'impresa sostanzialmente priva di dipendenti e che, per lo svolgimento della propria attività, utilizzi personale fornito da altri.

Nonostante le modifiche intervenute sull'art. 2112 Cod. Civ., il legislatore ha continuato a prevedere nel caso di trasferimento del ramo di azienda le stesse garanzie riconosciute ai lavoratori dal vecchio testo nell'ipotesi di trasferimento dell'intera azienda, trascurando il fatto che quest'ultima fattispecie è distinta rispetto a quelle del trasferimento dell'intero complesso aziendale, sia sotto il profilo qualitativo che quantitativo degli assetti degli interessi.

La previsione della fattispecie del trasferimento di ramo di azienda apre lo spazio all'autonomia delle parti, alienante ed acquirente, nella determinazione del ramo oggetto di trasferimento, mettendo altresì in evidenza come la continuità del rapporto di lavoro e la solidarietà dell'alienante non risultino garanzie sempre sufficienti per i lavoratori "trasferendi" e ponendo il problema di riconoscere o meno uno spazio all'autonomia del lavoratore.

fondimenti sulle ipotesi di esclusioni e per una riflessione sulle differenze ed analogie rispetto alla disciplina del pubblico impiego, G. SANTORO PASSARELLI, *Trasferimento di azienda e rapporto di lavoro*, op. cit., spec. pag. 803 e segg.

⁽¹¹⁾ Sul tema in generale e sui percorsi interpretativi della giurisprudenza comunitaria si rinvia a P. LAMBERTUCCI, *Sulla nozione di trasferimento d'azienda nel diritto comunitario*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1995, II, pag. 608 e segg.; ID., *Le tutele del lavoratore nella circolazione dell'azienda*, Torino, 1999, spec. pag. 5; A. PIZZOFERRATO, *La nozione "giuslavoristica" di trasferimento d'azienda fra diritto comunitario e diritto interno*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1998, I, pag. 429 e segg.; U. CARABELLI e B. VENEZIANI, *Il trasferimento d'azienda in Italia*, in *La transmisión de empresas en Europa*, Bari, 1999, pag. 103 e segg.; S. CIUCCIOVINO, *La nozione di "azienda trasferita" alla luce dei recenti sviluppi della giurisprudenza interna e della disciplina comunitaria*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1998, pag. 893 e segg.; S. SCARPONI, *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, vol. 1, 1998, pag. 523 e segg.; R. ROMEI, *Cessione di ramo d'azienda e appalto*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1999, pag. 325 e segg.; A. MARESCA, *Le novità del legislatore nazionale in materia di trasferimento d'azienda*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2001, pag. 587 e segg. Sul fatto che nel nostro ordinamento manchi una vera e propria definizione di impresa, G. OPPO, *Realtà giuridica globale dell'impresa nell'ordinamento italiano*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1976, I, spec. pagg. 591, 596, 599.

⁽¹²⁾ F. FIMMANÒ, *Concordato preventivo e circolazione del ramo d'azienda*, in *Lav. Giur.*, 2008, n. 7, nota a Trib. Sulmona, 5 dicembre 2007, cit., pag. 836.

Il D. Lgs. n. 18 del 2001, come si è già segnalato, utilizza un'espressione polivalente, quella di “*articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata*” per definire quella parte dell'azienda che sarà oggetto del trasferimento; tuttavia, è soprattutto a seguito dell'eliminazione del requisito della preesistenza ad opera del D. Lgs. n. 276 del 2003, che sono state avanzate alcune perplessità ⁽¹³⁾.

Si è detto che il requisito della preesistenza non ha una sua indipendenza concettuale rispetto all'autonomia funzionale, poiché quest'ultima deve essere riscontrata non già in termini meramente potenziali ed astratti, bensì con riferimento alla specifica organizzazione dell'attività economica di cui l'articolazione era parte prima della cessione. L'accertamento della preesistente autonomia funzionale di un'articolazione deve essere verificato non tanto in applicazione di un parametro temporale, bensì con riferimento all'assetto organizzativo che connotava l'articolazione nella sua pregressa operatività all'interno dell'organizzazione della complessiva attività economica di cui era parte.

Tuttavia, poiché il legislatore non esige che l'acquirente sia posto in grado di esercitare la medesima impresa dell'alienante, bensì vuole che oggetto dell'atto dispositivo sia un complesso di beni organizzato e funzionalmente idoneo all'esercizio dell'attività economica, non si ritiene necessario che il trasferimento riguardi l'azienda originaria, ossia quale si configurava presso l'alienante ⁽¹⁴⁾.

Del resto, ferma restando l'insufficienza tanto dei criteri soggettivi che dei criteri oggettivi ai fini dell'identificazione del ramo d'azienda, l'unico criterio realmente affidabile sembra essere la funzionalità all'esercizio dell'impresa, che impone, dunque, di tener conto, oltre che dei beni aziendali in senso stretto, dei rapporti che costituiscono strumento indispensabile dell'impresa e della loro assoluta complementarità ⁽¹⁵⁾. Quel complesso di beni e rapporti per rimanere azienda, deve essere *organizzato o potenzialmente riorganizzabile*, in modo tale che i singoli elementi abbiano

⁽¹³⁾ Il concetto di preesistenza viene introdotto espressamente nel nostro ordinamento nel 2001 con il quinto comma del nuovo art. 2112 Cod. Civ., sebbene la Corte di Cassazione ritenga di poter enucleare tale concetto anche prima della riforma dell'art. 2112 Cod. Civ., richiamandosi alla giurisprudenza della Corte di Giustizia che ha fornito indicazioni precise sulle caratteristiche dell'impresa ai fini dell'applicazione della disciplina sul trasferimento. Nella recente giurisprudenza di merito è possibile riscontrare la tendenza a delimitare i confini della fattispecie “trasferimento di ramo di azienda” partendo dalla necessaria e imprescindibile sussistenza dei requisiti dell'autonomia funzionale e della preesistenza del ramo stesso; *ex plurimis*, Trib. Milano, 29 febbraio 2008 e Trib. Roma, 3 marzo 2008, in *Riv. Giur. Lav.*, 2008, II, pag. 673 e segg., con nota di A. RAFFI, *La preesistenza è requisito necessario del ramo d'azienda per legittimare il trasferimento*.

⁽¹⁴⁾ F. FIMMANÒ, *Concordato preventivo e circolazione del ramo d'azienda*, op. cit., cit., pag. 836.

⁽¹⁵⁾ «I beni aziendali, infatti, anche se rimangono giuridicamente distinti l'uno dall'altro sono complementari, per la funzione che svolgono rispetto agli altri beni, e strumentali, per la destinazione economica e per il collegamento funzionale impresso dall'imprenditore», F. FIMMANÒ, *Concordato preventivo e circolazione del ramo d'azienda*, op. cit., cit., pag. 837.

«quel particolarissimo modo di essere che li renda aggregabili rispetto ad una certa attività e quindi idonei e funzionali all'esercizio di *quella* impresa»⁽¹⁶⁾.

Rispetto alle norme che disciplinano la circolazione endoconcorsuale (artt. 104-*bis*, 104-*ter*, 105, L.F.), sorge il problema di stabilire in che modo elementi caratterizzati da una sostanziale eterogeneità quali la funzionalità di un coacervo di beni all'esercizio dell'attività di coordinamento, l'autonoma rilevanza giuridica e l'individualità oggettiva, consentono l'individuazione del "soggetto azienda" nell'ambito della concreta vicenda circolatoria anche in sede fallimentare.

Dal momento che sussiste pur sempre un'azienda anche nel caso in cui l'attività produttiva sia temporaneamente sospesa, nonché nell'ipotesi in cui l'attività produttiva sia cessata, in tutto o in parte (come accade spesso in sede fallimentare)⁽¹⁷⁾, ciò che rileva è che il complesso dei beni oggetto di circolazione sia dotato di attitudine alla destinazione imprenditoriale. Proprio perché non si può fissare a priori, in via generale ed astratta, quali e quanti beni e rapporti costituiscano il nucleo indispensabile, dovendo verificare di volta in volta quali rapporti siano oggettivamente imprescindibili dalla struttura di un complesso organizzato⁽¹⁸⁾, «il ramo acquisisce rilevanza autonoma solo all'atto del perfezionamento dell'atto dispositivo anche nelle procedure concorsuali e fino a quel momento il suo rilievo è meramente concettuale»⁽¹⁹⁾.

2.2.1.1. (segue) e "valorizzazione" dell'autonomia delle parti.

Fermo restando che il criterio dell'autonomia funzionale dovrebbe costituire pur sempre un limite alla creazione di articolazioni fittizie e non genuine, per effetto della modifica operata dal D. Lgs. n. 276 del 2003, l'autonomia delle parti - alienante e acquirente - nella determinazione dell'articolazione funzionalmente autonoma è destinata ad ampliarsi in misura rilevante, dal momento che tale articolazione può essere individuata dalle stesse al momento del trasferimento.

⁽¹⁶⁾ F. FIMMANÒ, *La circolazione dell'azienda nel fallimento*, op. cit., cit., pag. 262.

⁽¹⁷⁾ F. FIMMANÒ, *La circolazione dell'azienda nel fallimento*, op. cit., cit., pag. 264. La Corte di Cassazione ha altresì ha affermato che la cessione di azienda, in proprietà o in godimento, ha carattere unitario e comporta il trasferimento al cessionario di tutti gli elementi che compongono il complesso aziendale, senza che sia necessaria una specifica pattuizione nell'atto di trasferimento.

⁽¹⁸⁾ F. FIMMANÒ, *Concordato preventivo e circolazione del ramo d'azienda*, in op. cit., pagg. 837-838. Come giustamente sottolineato in dottrina, esistono «dei collegamenti di beni, i quali, per la loro destinazione, e soprattutto per la loro organizzazione in vista della destinazione, diventano, in misura e in maniera molto varie, termini indipendenti di rapporti giuridici»; F. SANTORO PASSARELLI, *L'impresa nel sistema del diritto civile*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1939, I, pag. 403 e segg. La dottrina, pertanto, suggerisce un'indagine condotta sulla base della valutazione dell'importanza degli elementi mancanti rispetto a quelli presenti nel complesso aziendale, secondo la relazione logica del binomio essenziale-accessorio.

⁽¹⁹⁾ F. FIMMANÒ, *Concordato preventivo e circolazione del ramo d'azienda*, op. cit., cit., pag. 838. In giurisprudenza, *ex plurimis*, Corte Cass., 11 agosto 1990, n. 8219, in *Giur. It.*, I, 1, pag. 584 e segg. Si segnala, inoltre, che la Suprema Corte ha più volte avuto modo di affermare che la cessione dell'azienda (in proprietà o in godimento) ha carattere unitario e comporta il trasferimento al cessionario di tutti gli elementi che costituiscono il complesso aziendale, senza la necessità di una specifica pattuizione nell'atto di trasferimento (Corte Cass., 10 aprile 1996, n. 2714, cit.).

Facendo tesoro delle indicazioni fornite dalla Suprema Corte, che ha escluso che il ramo possa essere identificato come tale solo al momento della circolazione, con la possibilità di consentire all'imprenditore l'estromissione di lavoratori, senza le garanzie che al riguardo sono previste dalla legge ⁽²⁰⁾, la scelta di individuare la parte di impresa oggetto di trasferimento spetta a cedente e cessionario, fermo restando che questa porzione già possedeva di per sé le caratteristiche di ramo d'azienda.

Il requisito dell'autonomia funzionale (oggettivamente) insito nel segmento dell'azienda, ed in quanto tale non ricollegabile alla decisione di cedente e cessionario, induce a ritenere paradossale l'applicabilità del requisito della preesistenza alla sola ipotesi di cessione dell'intera azienda e non anche di un suo ramo autonomo, dal momento che non si può conservare una caratteristica prima non posseduta ⁽²¹⁾.

Inoltre, se si identifica l'articolazione funzionalmente autonoma non con il ramo d'azienda ma con l'espletamento di una funzione autonoma organizzata e identificabile, risulta sicuramente più ampia la serie delle ipotesi di trasferimento consentite all'imprenditore alienante dall'art. 2112 Cod. Civ. nuovo testo ⁽²²⁾.

Certo è che l'attenuazione della natura inderogabile dell'art. 2112 Cod. Civ., lascia maggiore spazio agli accordi a livello individuale che coinvolgono i lavoratori che desiderassero rimanere presso il cedente, fermo restando che ad essi non è riconosciuto un diritto in tal senso, nonostante l'ampia discrezionalità riconosciuta agli Stati membri nella regolamentazione dell'eventuale pretesa del lavoratore a rimanere presso il cedente ⁽²³⁾. Ad ogni modo, l'accordo tra datore di lavoro alienante e singolo lavoratore sottoscritto al momento del trasferimento e diretto alla conservazione del rapporto di lavoro presso il cedente deve presumersi valido nella misura in cui non faccia venir meno l'autonomia funzionale dell'articolazione oggetto di trasferimento ⁽²⁴⁾.

⁽²⁰⁾ Corte Cass., 17 ottobre 2005, n. 20012, in *Dir. Giust.*, 2005, n. 44, pag. 28 e segg.

⁽²¹⁾ Sarebbe paradossale che un segmento dell'azienda possa possedere tale requisito per decisione di cedente e cessionario e non oggettivamente. Inoltre, una diversa interpretazione della novella sarebbe in contrasto con la normativa comunitaria. Le Dir. nn. 98/50 e 2001/23, disponendo che l'entità trasferita conservi la propria identità a seguito della circolazione, vogliono indicare che tale caratteristica preesista alla vicenda circolatoria. Sul punto, F. FIMMANÒ, *La circolazione dell'azienda nel fallimento*, op. cit., pag. 266. In giurisprudenza, si segnala Corte Cass., 17 ottobre 2005, n. 20012, cit., che ha escluso che il ramo d'azienda possa essere identificato come tale solo al momento della cessione; se così fosse all'imprenditore sarebbe consentita l'estromissione di lavoratori, senza le garanzie previste al riguardo dalla legge.

⁽²²⁾ Ne deriva che il trasferimento di parte dell'azienda può avere come oggetto anche un complesso di rapporti di lavoro con beni di modico valore coordinati alla realizzazione di una funzione autonoma che, tuttavia, non rientra nel ciclo produttivo dell'impresa cedente (ad es. il servizio di pulizie).

⁽²³⁾ Perplessità sulla scelta del legislatore, alla luce della maggiore autonomia riconosciuta a cedente e cessionario nella determinazione del trasferimento parziale vengono sollevati, tra gli altri da G. SANTORO PASSARELLI, *Trasferimento di azienda e rapporto di lavoro*, op. cit., spec. pag. 801.

⁽²⁴⁾ G. SANTORO PASSARELLI, *Opinioni sul trasferimento d'azienda*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2006, pag. 688 e segg.

Nulla quaestio, inoltre, sulla (ulteriore) possibilità di un accordo sindacale concluso nell'ambito di una procedura di informazione e consultazione che consenta ad alcuni lavoratori afferenti al "ramo" di azienda ceduto di restare presso il cedente ⁽²⁵⁾. A tale accordo, peraltro, si potrà riconoscere la stessa efficacia vincolante per i singoli lavoratori attribuita agli accordi *ex art. 4, L. n. 223 del 1991*, in tema di procedura nei licenziamenti collettivi per riduzione di personale; diversa è invece la natura degli accordi che consentono di azzerare l'anzianità di servizio dei lavoratori in caso di trasferimento di azienda in crisi, e sui quali si tornerà più avanti.

Il cospicuo contenzioso in materia, a ben vedere, trova fondamento proprio nel fatto che, anche a seguito delle modifiche intervenute negli ultimi anni, si continui a non richiedere il consenso del lavoratore trasferendo il quale, peraltro, non gode del diritto di rimanere presso il cedente, nonostante la normativa europea lasci ampi spazi in materia ⁽²⁶⁾. La circostanza che, pur comportando il trasferimento dei rapporti di lavoro, né il trasferimento di azienda né di un ramo di essa, richiedano il consenso dei lavoratori trasferiti, tuttavia, viene controbilanciata dalla previsione della continuità del rapporto di lavoro presso il cessionario e della responsabilità solidale del cedente. Tali garanzie, tuttavia, potrebbero non essere sufficienti per i lavoratori, in particolare nell'ipotesi di trasferimento di parte dell'azienda, perché il cessionario può non essere affidabile come il cedente.

Per quanto concerne poi il diritto di opposizione, nell'interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia, l'art. 3, Dir. Consiglio 14 febbraio 1977, n. 77/187/CEE, non osta a che un lavoratore occupato presso il cedente si opponga al trasferimento del suo rapporto al cessionario, lasciando le legislazioni nazionali libere di fissare le condizioni alle quali il rapporto di lavoro permane o si risolve. In proposito, si è detto che, mentre il mancato riconoscimento di tale diritto a livello nazionale poteva comprendersi sotto il vigore del precedente regime contrassegnato da una forte dose di inderogabilità e dalla presenza di requisiti oggettivi per l'individuazione della parte di azienda trasferita, esso appare meno comprensibile nel nuovo regime, sia in relazione all'elevato tasso di autonomia riconosciuta a cedente e cessionario nella determinazione del trasferimento di parte dell'azienda, sia in relazione al fatto che la normativa comunitaria lascia ampia discrezionalità agli Stati nella previsione della eventuale pretesa del lavoratore di rimanere presso il cedente ⁽²⁷⁾.

⁽²⁵⁾ Sotto il vigore del precedente testo, aveva espresso soluzione affermativa, *ex multis*, Corte Cass., 30 agosto 2000, n. 11422, in *Arg. Dir. Lav.*, 2000, pag. 789 e segg., con nota di S. PICCININNO, *Trasferimento d'azienda, rapporti di lavoro e autonomia privata*.

⁽²⁶⁾ A. PERULLI, *Tecniche di tutela nei fenomeni di esternalizzazione*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2003, pag. 473 e segg.; R. ROMEI, *Cessione di ramo di azienda e appalto*, op. cit., spec. pag. 349 e segg.

⁽²⁷⁾ G. SANTORO PASSARELLI *Trasferimento di azienda e rapporto di lavoro*, op. cit., cit., pag. 845.

2.2.2. Il rischio di operazioni di esternalizzazione “poco virtuose”.

Ben noti sono i rischi che potrebbero annidarsi dietro un uso improprio dell’art. 2112 Cod. Civ. Operazioni di esternalizzazione “poco virtuose” potrebbero concretizzarsi nella creazione di società solo apparentemente dotate di autonomia imprenditoriale che fungano da cessionarie di rami di azienda al solo fine di rappresentare un centro di imputazione di rapporti di lavoro e che, nella sostanza, facciano ancora capo alla cedente, oppure nel mantenimento in vita di una società ormai priva di ogni contenuto imprenditoriale, quale titolare di rapporti non graditi alla cessionaria. È proprio al verificarsi di tali circostanze che rischia di sfumare la distinzione tra cessione del ramo d’azienda, cui è applicabile l’art. 2112 Cod. Civ., e mera esternalizzazione comportante una cessione di contratti di lavoro il cui perfezionamento esige il consenso del lavoratore ceduto, senza il quale l’operazione compiuta dal cedente assume la connotazione di un licenziamento.

Parimenti, sebbene non trovi cittadinanza nel nostro ordinamento un diritto del lavoratore a conservare sempre e comunque la garanzia della stabilità reale in caso di trasferimento presso un nuovo datore di lavoro, né un divieto di cessione o affitto di ramo d’azienda da un imprenditore rientrante nel campo di applicazione della tutela reale ad uno che non possenga i requisiti dimensionali necessari perché si faccia luogo a tale tutela reale, il sospetto che si voglia aggirare le garanzie previste dalla legge quando a tale operazione faccia seguito il licenziamento degli stessi lavoratori coinvolti nel trasferimento da parte del cessionario (al quale non si applica la tutela reale), assume contorni tangibili, quand’anche si condividesse l’opinione per cui l’ordinamento non condiziona la validità della cessione d’azienda alla “*prognosi favorevole alla continuazione dell’attività produttiva*” e neppure “*all’onere del cedente di verificare la capacità e potenzialità imprenditoriale del cessionario*”⁽²⁸⁾.

Poiché l’art. 2112, quarto comma, Cod. Civ., precisa che ferma restando la facoltà del cedente di esercitare il recesso ai sensi della normativa in tema di licenziamenti, il trasferimento di azienda non costituisce di per sé motivo di licenziamento⁽²⁹⁾; non sarebbe tuttavia preclusa

⁽²⁸⁾ In giurisprudenza, si segnala Corte Cass., 7 febbraio 2008, n. 2874, in *Riv. Giur. Lav.*, 2008, II, pag. 554 e segg., con nota di E. GRAGNOLI, *Trasferimento d’azienda, elusione dell’operare dell’art. 18 Stat. Lav. e frode alla legge*; nonché in *Riv. Critica Dir. Lav.*, 2008, pag. 631 e segg., con nota di A. MORO, *Art. 2112 c.c. ed elusione fraudolenta dell’art. 18 S.L.* Cfr. Corte Cass., 2 maggio 2006, n. 10108, in *Riv. Giur. Lav.*, 2006, II, pag. 663 e segg., con note di commento di E. GRAGNOLI, *Trasferimento di azienda, licenziamenti collettivi e frode alla legge*, pag. 668 e segg. e L. VALENTE, *Frode alla legge e trasferimento d’azienda: il cedente non ha l’onere di verificare la consistenza imprenditoriale del cessionario*, pag. 675 e segg.; in *Dir. Merc. Lav.*, 2006, n. 1-2, pag. 355 e segg., con commento di G. QUADRI, *Trasferimento d’azienda, frode alla legge e tecniche di tutela del lavoratore*. Nella sentenza da ultimo richiamata, la Suprema Corte ha affermato che non è in frode alla legge, né concluso per motivo illecito il contratto di cessione dell’azienda ad un soggetto che, in ragione delle sue caratteristiche imprenditoriali e in base alle circostanze del caso concreto, renda probabile la cessazione dell’attività produttiva e dei rapporti di lavoro.

⁽²⁹⁾ Sul tema, G. SANTORO PASSARELLI, *Trasferimento di azienda e giustificato motivo di licenziamento*, in *Realtà e forma nel diritto del lavoro*, op. cit., pagg. 827-828. Tra la dottrina precedente l’emanazione della L. n. 4228 del 1990 che riteneva che il trasferimento d’azienda non integrasse gli estremi della trasformazione organizzativa che, da sola,

all'alienante la possibilità di procedere a licenziamenti per motivi economici, tecnici ed organizzativi, sempre che sussistano ragioni che autonomamente siano in grado di giustificare la scelta dell'alienante, a prescindere dalla vicenda traslativa ⁽³⁰⁾. Licenziamenti collettivi per riduzione di personale potranno essere intimati sulla scorta di quanto prescritto dall'art. 4, comma primo, della Direttiva comunitaria, purché siano riconducibili ad eventi non collegati alla cessione. In ogni caso, pur ammettendo che tale facoltà di licenziamento sia esercitabile dall'alienante, si richiede l'applicazione delle procedure previste dall'art. 4, legge 23 luglio 1991, n. 223 ⁽³¹⁾.

2.2.3. Trasferimento di ramo di azienda e contratto di appalto.

La corretta individuazione del ramo d'azienda assume rilievo soprattutto alla luce delle possibili interferenze con la disciplina dell'appalto, in particolare qualora il conferimento di un servizio in appalto o la successione di un imprenditore ad un altro in qualità di appaltatore si accompagni al trasferimento di un'entità economica, che può essere costituita, in circostanze oggetto di valutazione da parte del giudice di merito, anche dal passaggio di meri rapporti di lavoro (come avviene per gli appalti *labour intensive*) per la cui esecuzione sia determinante l'apporto dei lavoratori ⁽³²⁾. La classica forma di *outsourcing* presa in considerazione dal legislatore, infatti, è proprio quella che vede la combinazione della vicenda del trasferimento di parte dell'azienda e la contestuale conclusione del contratto di appalto tra cedente e cessionario.

La giurisprudenza ritiene che, sebbene il trasferimento d'azienda non sia di per sé idoneo a giustificare l'atto espulsivo, nondimeno il datore di lavoro alienante può adottare, prima dell'attuazione della decisione traslativa, un licenziamento per "ragioni economiche", sorretto da una causa autonoma rispetto al trasferimento, ovvero fondato su motivi idonei a giustificarlo,

sarebbe in grado di giustificare la soppressione dei posti di lavoro, tra gli altri, S. LIEBMAN, *Trasferimento d'azienda, continuità del rapporto di lavoro e trattamento applicabile ai lavoratori*, in *Dir. Rel. Ind.*, 1992, pag. 21 e segg.

⁽³⁰⁾ U. CARABELLI, *Alcune riflessioni sulla tutela dei lavoratori nel trasferimento di azienda: la dimensione individuale*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1995, I, spec. pag. 47 e segg.; A. MARESCA, *Tutela collettiva e garanzia individuali dei lavoratori nel trasferimento d'azienda*, in *Le trasformazioni aziendali in vista del Mercato europeo: legge e contratto collettivo*, Roma, 1992, spec. pag. 208.

⁽³¹⁾ G. SANTORO PASSARELLI, *Trasferimento di azienda e giustificato motivo di licenziamento*, in *Realtà e forma nel diritto del lavoro*, Torino, 2006, spec. pag. 828.

⁽³²⁾ M. T. CARINCI, *Gli appalti nel settore privato. La distinzione tra appalto e trasferimento d'azienda ed il trattamento dei lavoratori impiegati negli appalti*, in *Dir. Merc. Lav.*, 2006, spec. pag. 437 e segg. Le previsioni contenute nei contratti collettivi o nei capitoli di appalto che sanciscono obblighi di assunzione dei dipendenti già impiegati nell'appalto non possono assumere autonomo rilievo rispetto alla disciplina inderogabile prevista dall'art. 2112 Cod. Civ.; tali clausole operano solo per le ipotesi in cui la fattispecie di trasferimento d'azienda faccia difetto. Cfr. A. PALLADINI, *Opinioni sul trasferimento d'azienda*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2006, n. 4, spec. pag. 683 e segg. Sul fatto che, salva esplicita clausola di contratto collettivo, non sussiste alcun diritto per i lavoratori dipendenti dal primo appaltatore di mantenere il posto di lavoro presso il secondo appaltatore che subentra nell'appalto, Corte Cass., 18 marzo 1996, n. 2254, in *Mass. Giur. Lav.*, pag. 568 e segg.

diversi da quest'ultimo ⁽³³⁾. Parimenti, l'imprenditore acquirente può, una volta avvenuta la cessione, adottare misure espulsive richieste dalla situazione aziendale o da eventuali riorganizzazioni produttive ⁽³⁴⁾.

L'interpretazione dominante, che ritiene legittimo il licenziamento intimato dall'alienante in previsione di mutamenti organizzativi già programmati dall'acquirente ⁽³⁵⁾, tuttavia, incontra resistenze in dottrina ⁽³⁶⁾.

Sulla configurabilità di un trasferimento d'azienda nell'ipotesi di successione di un imprenditore ad un altro nella gestione di un servizio concesso in appalto, parte della dottrina ha espresso parere negativo, ritenendo pertanto conseguentemente inapplicabile la disciplina protettiva dei lavoratori prevista per il trasferimento di azienda, *ex art. 2112 Cod. Civ.* ⁽³⁷⁾. Altra dottrina ⁽³⁸⁾ ha invece ritenuto di dover accertare nel caso concreto se il committente abbia affidato all'appaltatore solo il servizio o abbia anche trasferito allo stesso l'impresa o un suo ramo. In questo secondo caso, come pure nell'ipotesi in cui un secondo appaltatore subentri ad un primo appaltatore acquisendo da quest'ultimo beni e servizi, non si può negare l'applicazione dell'art. 2112 Cod. Civ.

Questo secondo orientamento sembra maggiormente coerente con le indicazioni fornite dalla Corte di Giustizia ⁽³⁹⁾ che ha ritenuto che non sempre debba escludersi la possibilità di configurare una fattispecie di trasferimento di azienda o di parte di essa, in caso di successione di un appaltatore ad un altro, pur in assenza di rapporti contrattuali tra le due parti.

Nonostante le indicazioni della Corte di Giustizia, tuttavia, l'art. 29, comma terzo, D. Lgs. n. 276 del 2003, recita, "*L'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di un nuovo appaltatore, in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro, o di clausola di contratto di appalto, non costituisce trasferimento d'azienda o di parte di essa*" ⁽⁴⁰⁾.

⁽³³⁾ Corte Cass., 6 marzo 1998, n. 2521, in *Mass. Giur. Lav.*, 1998, pag. 432.

⁽³⁴⁾ L'interpretazione dominante ritiene legittimo il licenziamento intimato dall'alienante in previsione di mutamenti organizzativi già programmati dall'acquirente (Corte Cass., 19 agosto 1995, n. 1995) è però contestata da autorevole dottrina (M. TATARELLI, *Il licenziamento individuale e collettivo*, Padova, 2006, pag. 262).

⁽³⁵⁾ Corte Cass. 19 agosto 1995, n. 1995, cit.

⁽³⁶⁾ M. TATARELLI, *Il licenziamento individuale e collettivo*, op. cit. spec. pag. 262.

⁽³⁷⁾ A. VALLEBONA, *Successione nell'appalto e tutela dei posti di lavoro*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1999, II, pag. 217 e segg.

⁽³⁸⁾ G. SANTORO PASSARELLI, *Fattispecie e interessi tutelati nel trasferimento di azienda e di ramo di azienda*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2003, I, spec. pagg. 203-204.

⁽³⁹⁾ Tra le altre, Corte Giust., 20 novembre 2003, C - 340/01, in *Foro It.*, 2004, IV, col. 184 e segg., ravvisando una fattispecie di trasferimento di azienda, ha ritenuto in contrasto con la Dir. 77/187/CEE, il rifiuto di un appaltatore subentrato al precedente di riassumere i dipendenti del primo; il secondo appaltatore aveva utilizzato rilevanti elementi patrimoniali di carattere materiale utilizzati dal primo appaltatore, a nulla rilevando l'assenza di rapporti contrattuali diretti tra cedente e cessionario. Meno recente, cfr. Corte Giust., 10 dicembre 1998, C - 127/96, C - 229/96, C-74/97, *F. Hernandez Vidal, s.a.c. e c. P. Gomez Perez e altri* (punto 30), cit.

⁽⁴⁰⁾ Parte della dottrina ha interpretato l'art. 29, terzo comma, D. Lgs. n. 276/2003, come meramente confermativo dell'art. 2112 Cod. Civ.; infatti, «se di per sé l'acquisizione di personale già impiegato nell'appalto non costi-

In altri termini, si vuole scongiurare il rischio che, in caso di successione di un appaltatore ad un altro, pur in assenza di rapporti contrattuali tra le parti, i lavoratori passati dal primo al secondo appaltatore possano rivendicare il diritto alla continuazione del loro rapporto presso l'appaltatore subentrante; i dipendenti del primo appaltatore, dunque, possono vantare tale diritto solo laddove ciò sia specificamente previsto da apposita clausola di contratto collettivo.

Nell'ipotesi in cui il contratto di appalto sia connesso ad una cessione di ramo di azienda, invece, l'art. 2112, ultimo comma, Cod. Civ., introdotto dall'art. 32, D. Lgs. n. 276 del 2003, il legislatore aggiunge al regime di solidarietà *ex art.* 2112, secondo comma, Cod. Civ., anche quello previsto *ex art.* 1676, Cod. Civ. ⁽⁴¹⁾.

I due regimi di solidarietà previsti dall'art. 29, comma secondo, D. Lgs. n. 276 del 2003, e quello previsto dall'art. 2112 Cod. Civ., dal punto di vista logico, operano in fasi distinte; il contratto di appalto, anche se stipulato contestualmente al negozio di trasferimento della parte di azienda, presuppone che quest'ultimo negozio abbia prodotto i suoi effetti. Inoltre, mentre la solidarietà dell'appaltante copre i crediti del lavoratore successivi al trasferimento e maturati nel corso dell'esecuzione del contratto di appalto entro il limite di due anni dalla data di cessazione dell'appalto (in quanto l'appaltante risponde nei limiti del debito che egli ha nei confronti dell'appaltatore al tempo in cui i lavoratori propongono la domanda), la solidarietà *ex art.* 2112 Cod. Civ., a carico del cedente e del cessionario, riguarda tutti i crediti che il lavoratore aveva al tempo del trasferimento.

tuisce trasferimento d'azienda o di ramo d'azienda, la successione dell'appalto, accompagnata dal passaggio del personale, potrà in certi casi dar luogo anche al subentro nella titolarità dell'«entità economica organizzata»...e dunque ad un trasferimento d'azienda» (M. T. CARINCI, *Gli appalti nel settore privato*, op. cit., cit., pag. 440). Tale linea interpretativa è stata accolta da Trib. Roma, 9 giugno 2005, in *Riv. Giur. Lav.*, II, 2005, pag. 678 e segg. All'Aurice si rinvia per una panoramica sulle diverse opinioni formatesi sul tema). La norma prosegue al comma 3-*bis* affermando “Quando il contratto di appalto sia stipulato in violazione di quanto disposto dal comma 1, il lavoratore interessato può chiedere, mediante ricorso giudiziale a norma dell'articolo 414 del codice di procedura civile, notificato anche soltanto al soggetto che ne ha utilizzato la prestazione, la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di quest'ultimo. In tale ipotesi si applica il disposto dell'articolo 27, comma 2”; ed al comma 3-*ter* “Fermo restando quanto previsto dagli articoli 18 e 19, le disposizioni di cui al comma 2 non trovano applicazione qualora il committente sia una persona fisica che non esercita attività di impresa o professionale”. Ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 2112 Cod. Civ., come modificato dall'art. 32 comma 2, D. Lgs. n. 276 del 2003, “Nel caso in cui l'alienante stipuli con l'acquirente un contratto di appalto la cui esecuzione avviene utilizzando il ramo d'azienda oggetto di cessione, tra appaltante e appaltatore opera un regime di solidarietà di cui all'articolo 29, comma 2, del Decreto Legislativo 10 settembre 2003, n. 276”. Entrambi i commi sono stati aggiunti dall'art. 6, comma secondo, del D. Lgs. 6 ottobre 2004, n. 251.

⁽⁴¹⁾ “Nel caso in cui l'alienante stipuli con l'acquirente un contratto di appalto la cui esecuzione avviene utilizzando il ramo d'azienda oggetto di cessione, tra appaltante e appaltatore opera un regime di solidarietà di cui all'articolo 29, comma 2, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276”. L'art. 29, comma secondo, D. Lgs. n. 276 del 2003, (già sostituito dall'art. 6, comma primo, D. Lgs. n. 251 del 2004, è stato successivamente sostituito dall'art. 1, comma 911, della L. 27 dicembre 2006, n. 296) recita, “In caso di appalto di opere o di servizi il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato in solido con l'appaltatore, nonché con ciascuno degli eventuali ulteriori subappaltatori entro il limite di due anni dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e i contributi previdenziali dovuti”.

Tuttavia, l'art. 29, comma secondo, D. Lgs. n. 276 del 2003, pur riconfermando il regime di solidarietà dell'appaltante, non garantisce la parità di trattamento tra dipendenti dell'appaltante e appaltatore *ex art. 3*, dell'abrogata Legge 23 ottobre 1960, n. 1369, in caso di appalti interni ⁽⁴²⁾.

2.2.4. L'individuazione dei trattamenti collettivi applicabili ai lavoratori soggetti a trasferimento d'azienda.

Il terzo comma dell'art. 2112 Cod. Civ. prevede che il cessionario sia tenuto di regola ad applicare i trattamenti economici e normativi stabiliti dai contratti collettivi anche aziendali vigenti alla data del trasferimento fino alla loro scadenza naturale, facendo espressamente salva la possibilità di una loro sostituzione *ante tempus* da parte dei contratti collettivi “applicabili all'impresa del cessionario” ed aggiungendo che “l'effetto sostituzione si produce esclusivamente fra contratti collettivi del medesimo livello”.

Secondo una tesi restrittiva, l'applicazione della regolamentazione collettiva del cedente dopo il trasferimento è ammessa solo nell'ipotesi di carenza della disciplina collettiva del cessionario ⁽⁴³⁾. Si osserva come l'effetto sostituzione dei trattamenti economici e normativi ad opera di altri contratti collettivi, si realizzi *ex lege*, ovvero senza che sia necessaria alcuna mediazione di accordi di armonizzazione (ovvero quegli accordi collettivi stipulati in sede di esame congiunto con l'assistenza delle rappresentanze e organizzazioni sindacali preesistenti che disciplinano il graduale passaggio da una fonte normativa all'altra) e senza bisogno di attendere la “scadenza” dei contratti collettivi in essere al momento del trasferimento ⁽⁴⁴⁾. Il problema riguarda invece il rapporto tra accordo di armonizzazione ⁽⁴⁵⁾ ed il limite legale contenuto nella norma in forza del quale l'effetto di sostituzione si produce “esclusivamente tra contratti collettivi del medesimo livello”.

⁽⁴²⁾ Per approfondimenti, G. SANTORO PASSARELLI, *La responsabilità solidale dell'acquirente per i crediti del lavoratore anteriori al trasferimento e la liberazione dell'alienante*, in *Realtà e forma nel diritto del lavoro*, op. cit., spec. pag. 824 e segg.; nonché, S. LIEBMAN, *Trasferimento d'azienda e responsabilità dell'acquirente nel passaggio dalla vecchia alla nuova normativa*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1993, II, 840 e segg., nota a Corte Cass., 27 novembre 1992, n. 12665. In giurisprudenza, Corte Cass., 19 dicembre 1997, n. 12899, *ivi*, 1998, 764, con nota di R. ROMEI, *La responsabilità solidale per i crediti di lavoro in caso di trasferimento di azienda al vaglio della giurisprudenza*, che si esprime in senso contrario.

⁽⁴³⁾ P. TOSI, *La nuova disciplina del trasferimento d'azienda. Le opinioni di*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1991, pag. 791 e segg.; P. LAMBERTUCCI, *Profili ricostruttivi della nuova disciplina in materia trasferimento d'azienda*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1992, I, pag. 152 e segg.

⁽⁴⁴⁾ A. MARESCA, *Le «novità» del legislatore nazionale in materia di trasferimento d'azienda*, op. cit., spec. pag. 590; v. altresì F. LUNARDON, *Contrattazione collettiva e governo del decentramento produttivo*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2004, I, spec. pag. 229.

⁽⁴⁵⁾ In questo contesto, oltre a prendere in considerazione diritti derivanti da norme collettive scritte, vengono prese in considerazione anche fattispecie che si concretano in diritti scaturenti direttamente da usi aziendali Per approfondimenti, si rinvia a A. ALLAMPRESE, *Il contratto collettivo nel trasferimento d'azienda*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2007, pag. 813 e segg.

Stando ad un distinto orientamento, la modificazione – anche *in pejus* - dei trattamenti economici e normativi prima della scadenza del contratto collettivo vigente alla data del trasferimento è possibile solo mediante la stipulazione di un contratto *ad hoc*, il cosiddetto “contratto di ingresso”, finalizzato a garantire il passaggio graduale del rapporto di lavoro dalla disciplina collettiva di partenza a quella di destinazione ed, eventualmente, volto a sostituire, o meglio armonizzare, i vecchi trattamenti con quelli già previsti per il cessionario, ove questo abbia – anteriormente al trasferimento – una propria attività di impresa nella quale la nuova azienda sia destinata ad inserirsi.

Secondo un terzo orientamento, l'accordo raggiunto al termine della consultazione *ex art.* 47, secondo comma, rappresenta lo strumento più adeguato per applicare il contratto collettivo del cessionario all'atto del trasferimento d'azienda anziché alla scadenza del contratto collettivo del cedente. L'adozione del termine “applicabili” in luogo di “applicati” serve ad evidenziare la pluralità e la diversità dei contratti collettivi che possono essere applicati dal cessionario ⁽⁴⁶⁾.

La Suprema Corte ⁽⁴⁷⁾ ha affermato che si dovrebbe distinguere il piano dei diritti derivanti dal contratto individuale, rispetto al quale la normativa interna ed europea garantiscono la continuità a termini invariati, da quello dei rapporti collettivi dove prevale l'interesse del datore di lavoro all'uniformità delle condizioni di lavoro. Inoltre, “*il riferimento all'entrata in vigore di un altro contratto collettivo [art. 3, par. 3, dir. 77/187], ovviamente, può essere inteso non solo come l'applicazione del contratto collettivo esistente presso l'impresa acquirente, ipotesi questa ricorrente nel caso di specie, ma anche come la stipulazione di un nuovo contratto di “armonizzazione”*”.

Per quanto concerne l'individuazione dei trattamenti collettivi applicabili ai lavoratori soggetti a trasferimento d'azienda, con riferimento al nostro ordinamento, si è affermato che il rinvio del contratto individuale trasferito al contratto collettivo di settore applicabile al cedente, non potrebbe in ogni caso impedire al cessionario di sostituire ai contratti collettivi applicati dal ce-

⁽⁴⁶⁾ Secondo Corte Cass., 18 febbraio 2005, n. 3363, è possibile estendere l'accordo anche agli iscritti ad una organizzazione sindacale che non lo abbia sottoscritto. A conclusioni diverse è pervenuto il Pretore di Milano 30 marzo 1995 (decr.), in *Arg. Dir. Lav.*, 1995, pag. 326 e segg., che individuò elementi di insindacabilità nella circostanza in base alla quale, a fronte del palese dissenso del sindacato e dei suoi iscritti, l'applicazione unilaterale del contratto di ingresso alla generalità dei dipendenti avrebbe finito con l'ingenerare “una diretta e autonoma lesione alla piena realizzazione del ruolo sindacale istituzionale protetto dall'art. 28 dello Statuto dei lavoratori”. La tipizzazione legislativa di cui al terzo comma dell'art. 2112 c.c., non era sufficiente a sottrarre l'accordo ai limiti di efficacia soggettiva tipici della contrattazione collettiva di diritto comune. In termini adesivi, Pret. Bergamo 11 agosto 1995, in *Riv. Critica Dir. Lav.*, 1995, pag. 990 e segg., riguardante però un caso di dissenso individuale; secondo il Giudice l'accordo raggiunto tra le parti all'esito della procedura *ex art.* 47, volto ad individuare un vero e proprio regime transitorio, non ha natura gestionale e, come tale, non è applicabile a terzi, quale è il ricorrente rispetto al suddetto accordo, non sottoscritto dal sindacato di appartenenza. Per annotazioni critiche, S. LIEBMAN, *Ambito di efficacia soggettiva del «contratto collettivo di ingresso» e condotta antisindacale*, in *Orient. Giur. Lav.*, 1995, pag. 547 e segg., nota a Pret. Milano, 30 marzo 1995: il riferimento legislativo di cui all'art. 47 alla mediazione sindacale prefigura un'ipotesi particolare di contrattazione collettiva, la quale «vedrebbe la valorizzazione di quella sua peculiare funzione “gestionale” che, da tempo, si affianca e si sovrappone alla tradizionale funzione normativa».

⁽⁴⁷⁾ Corte Cass., 8 settembre 1999, n. 9545, in *Mass. Giur. Lav.*, 1999, pag. 1147.

dente la propria disciplina di fonte collettiva, a prescindere dalla fonte in forza della quale gli stessi integrino il contratto di lavoro. Tra i diritti e gli obblighi del cedente derivanti da un contratto di lavoro o da un rapporto di lavoro intercorso fino al trasferimento e nel quale viene disposta la successione del cessionario, non rientra anche quello di aderire alle modifiche del contratto collettivo di settore applicabile al cedente stesso, cui faccia rinvio il contratto individuale trasferito, intervenute dopo la data del trasferimento.

In caso di trasferimento d'azienda, pertanto, anche quando le parti abbiano preventivamente e chiaramente manifestato la volontà di individuare come fonte di disciplina del rapporto le future modifiche e integrazioni del contratto collettivo, integrando in via permanente il contratto individuale con un rinvio dinamico ad una determinata fonte contrattuale collettiva, tale clausola cesserà di produrre effetti ⁽⁴⁸⁾.

Stando alle indicazioni dei Giudici di Lussemburgo ⁽⁴⁹⁾, se si procedesse ad una interpretazione dinamica delle clausole di rinvio al contratto collettivo, “*ciò comporterebbe che i contratti collettivi futuri siano applicabili al cessionario che non è vincolato dal contratto collettivo stesso, rimettendo così in discussione il suo diritto fondamentale di non associarsi*”, sancito dall'art. 11 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, al cui rispetto da parte dell'Unione europea rimanda l'art. 6, n. 2, Trattato UE. Diversamente, l'interpretazione “statica” della clausola consente di evitare che il cessionario sia vincolato alle future evoluzioni del contratto collettivo, con conseguente garanzia del suo diritto a non associarsi.

Con riferimento all'art. 3, par. 3, dir. n. 77/187, che prevede che gli Stati membri possono limitare il periodo di salvaguardia del trattamento collettivo praticato dal cedente, purché non sia inferiore ad un anno, i Giudici di Lussemburgo ritengono tale limitazione temporale “sussidiaria”, in quanto applicabile solo nel caso in cui, entro il termine di un anno a partire dal trasferimento, non si verifichi la risoluzione o la scadenza del contratto collettivo esistente presso il cedente, l'entrata in vigore ovvero l'applicazione di un nuovo contratto collettivo.

I Giudici di legittimità, peraltro, considerano legittima la differenziazione dei trattamenti all'interno della nuova compagine aziendale: scopo dell'art. 2112 Cod. Civ. “*è eminentemente conservativo, nel senso che la legge mira, oltre che alla tutela dei crediti già maturati dal lavoratore, a far sì che, nel passaggio da un datore di lavoro all'altro, il lavoratore stesso non perda il diritto al rispetto dei trattamenti in vigore sulla base dell'anzianità maturata e della disciplina del contratto individuale di lavoro e della contrattazione collet-*

⁽⁴⁸⁾ M. MARINELLI, *Clausole di rinvio al contratto collettivo e libertà di associazione nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in W.P. C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”, 2006, n. 48, spec. pag. 25, in <http://www.lex.unict.it>

⁽⁴⁹⁾ Corte Giust., 9 marzo 2006, causa C-499/04, *Werhof*, in *Racc.*, 2006, pag. 2397 (in particolare, punti 33, 34 e 35). Cfr. Corte Giust., 13 marzo 2007, C - 432/05, *Unibet*. La Corte europea dei diritti dell'uomo, con due decisioni dell'11 gennaio 2006, cause 52562/99 *Sorensen c. Danemark* e 52620/99 *Rasmussen c. Danemark*, ha affermato l'illegittimità delle clausole contrattuali di sicurezza sindacale per violazione dell'art. 11 CEDU.

tiva”. Pertanto, “una volta assicurata al dipendente che passa all’acquirente la tutela minima dell’art. 2112 Cod. Civ., il contenuto del contratto applicabile (di ingresso oppure “inconsapevole”) è liberamente determinabile?”⁽⁵⁰⁾.

2.2.5. La disciplina dell’obbligo di informazione quale limite alla libertà imprenditoriale: il discrimen dimensionale.

Nel sistema di pesi e contrappesi delineato dal legislatore nell’ipotesi di trasferimento di azienda o di ramo di essa, oltre alle garanzie previste dall’art. 2112 Cod. Civ., si inseriscono quelle delineate dall’art. 47, L. n. 428 del 1990.

L’obbligo di informazione e consultazione sindacale – che scatta nell’ipotesi di “trasferimento d’azienda in cui sono complessivamente occupati più di quindici lavoratori, anche nel caso in cui il trasferimento riguardi una parte d’azienda” (art. 47, comma primo, L. n. 428 del 1990) – non è idoneo a fondare un potere di controllo sindacale sui motivi del trasferimento⁽⁵¹⁾.

Come noto, in caso di mutamento della titolarità dell’impresa⁽⁵²⁾, la finalità dei primi due commi dell’art. 47 è quella di consentire agli organismi di rappresentanza sindacale di poter svolgere un ruolo di “controllo” sulle eventuali modifiche organizzative e sulla conseguente modulazione dei trattamenti applicabili ai dipendenti coinvolti nel trasferimento d’azienda, nei limiti di disponibilità riconosciuti all’autonomia (privata) collettiva nel nostro ordinamento. Pertanto, destinatarie dell’informativa sono le rappresentanze sindacali costituite nelle unità produttive inte-

⁽⁵⁰⁾ Corte Cass., 23 dicembre 2003, n. 19681, ha rigettato il ricorso dei lavoratori trasferiti volto alla dichiarazione di nullità delle clausole del contratto integrativo aziendale che prevedevano l’applicazione di un trattamento economico e normativo più favorevole soltanto ad una parte dei lavoratori della nuova compagine aziendale. Per un’ipotesi di nullità, per violazione del principio di parità di trattamento, delle clausole che contengano l’esplicita riserva di particolari trattamenti ai lavoratori già in forza in azienda al momento della loro stipulazione, Trib. Milano, 22 gennaio 1994, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1995, II, pag. 329 e segg.

⁽⁵¹⁾ S. LIEBMAN, *Obblighi di informazione e consultazione sindacale nel trasferimento d’azienda e condotta antisindacale: gli effetti di un’eventuale condanna ex art. 28 dello Statuto dei lavoratori*, in *Orient. Giur. Lav.*, 1996, pag. 330 e segg., nota a Pret. Lodi, 30 novembre 1995. Sul fatto che avendo previsto che le due forme di rappresentanza possano essere alternativamente destinatarie dell’informazione, potrebbero verificarsi conseguenze discriminatorie dovute alla scelta del soggetto cui indirizzare la comunicazione, peraltro rimessa ai soggetti obbligati, C. CESTER, *Trasferimento d’azienda e rapporti di lavoro: la nuova disciplina*, in *Lav. Giur.*, 2001, pag. 505 e segg. Il richiamo all’associazione cui l’alienante conferiscono mandato, ai fini dell’individuazione dell’associazione datoriale destinataria, può essere interpretato come volontà del legislatore di riferirsi all’associazione territoriale cui le aziende, aderiscono o conferiscono mandato, senza escludere come destinatarie delle informazioni le informazioni di categoria. G. SANTORO PASSARELLI, *L’informazione e la consultazione sindacale nel trasferimento d’azienda*, in *ID.*, *Op. cit.*, spec. pagg. 810 e segg.

⁽⁵²⁾ F. LUNARDON, *Contrattazione collettiva e governo del decentramento produttivo*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2004, I, spec. pag. 216: ruolo nettamente partecipativo e proceduralizzato del sindacato; Cass. 30 agosto 2000, n. 11422, cit.; S. LIEBMAN, *Garanzie dei diritti individuali ed autotutela sindacale nel trasferimento d’azienda*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1995, spec. pag. 158.

ressate dal trasferimento che, in quanto più radicate nelle specifiche realtà coinvolte dall'operazione, possono meglio apprezzare le ricadute dell'operazione sui rapporti di lavoro ⁽⁵³⁾.

Ne deriva altresì che i sindacati non sono in alcun modo legittimati a sindacare le scelte dell'alienante e dell'acquirente, così come ad impedire la conclusione del negozio traslativo in caso di dissenso; alienante e acquirente sono invece obbligati ad informare con correttezza e buona fede le rispettive r.s.a. dei motivi del trasferimento per verificare, in sede di eventuale esame congiunto, le ricadute del trasferimento sui rapporti di lavoro. È proprio in sede di esame congiunto, infatti, che viene valutata la portata giuridica, economica e sociale delle conseguenze del trasferimento per i lavoratori. Sebbene oggetto di informazione siano anche le misure previste nei confronti dei lavoratori, da ciò non deriva che i singoli lavoratori sono titolari di un diritto proprio all'informazione; il vero titolare resta il sindacato, mentre gli interessi dei lavoratori vengono tutelati indirettamente.

Per quanto concerne il profilo temporale, la comunicazione scritta deve essere effettuata *“almeno venticinque giorni prima che sia perfezionato l'atto da cui deriva il trasferimento o che sia raggiunta un'intesa vincolante tra le parti, se precedente”*. Il *dies a quo* da cui calcolare – a ritroso – il termine di venticinque giorni risulta essere o quello del perfezionamento dell'atto di cessione o quello del raggiungimento di un'intesa vincolante tra le parti, precedente alla conclusione del contratto di trasferimento. Lo scopo, è consentire alle controparti sindacali di verificare gli effetti del programma di trasferimento sui rapporti di lavoro e formulare – in sede di eventuale esame congiunto – proposte sullo stesso programma prima che sia definitivamente attuato con la stipula del contratto ⁽⁵⁴⁾.

⁽⁵³⁾ Corte Cass. 22 agosto 2005, n. 17072, in *Lav. Giur.*, 2006, pag. 392. Nello stesso senso, in dottrina, G. SANTORO PASSARELLI, *La nuova disciplina del trasferimento d'azienda. Le opinioni di*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1991, pag. 782 e segg., secondo cui il negozio di trasferimento, in assenza delle procedure ex art. 47, è valido (dal momento che la sua validità dipende dal consenso del sindacato), ma inefficace, o meglio la sua efficacia resta sospesa; P. LAMBERTUCCI, *Profili ricostruttivi della nuova disciplina sui trasferimenti d'azienda*, op. cit., spec. pag. 191; nonché F. LUNARDON, *Contrattazione collettiva*, op. cit., spec. pag. 222: se il mancato adempimento dell'obbligo di informazione del sindacato costituisce comportamento che viola l'interesse del destinatario delle informazioni, ossia il sindacato, ed è, pertanto, configurabile come condotta antisindacale ai sensi dell'art. 28 della legge n. 300 del 1970, esso tuttavia *“non incide sulla validità del negozio traslativo, non potendosi configurare l'osservanza delle suddette procedure sindacali alla stregua di un presupposto di legittimità (e quindi di un requisito di validità) del negozio di trasferimento d'azienda”*. Ogni contestazione può essere sollevata soltanto dai sindacati contraenti, *“essendo assolutamente irrilevante, ai fini della legittimazione attiva, che gli accordi siano stati presi nell'interesse e per la tutela dei diritti e delle aspettative dei lavoratori, essendo stata la norma in esame [art. 47, l. n. 428] strutturata come tutela sociale del rapporto dipendente affidata alle organizzazioni sindacali...”* (Corte Cass., 22 agosto 2005, n. 17072, cit.; cfr. Corte Cass., 10 gennaio 2004, n. 206, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2004, II, pag. 653 e segg., con nota di A. SITZIA, *Trasferimento di parte d'azienda, smaterializzazione dell'impresa e esternalizzazioni: il caso Ansaldo e l'art. 32, d.lgs. n. 276/2003*). Tuttavia, è risultata prevalente la prospettiva di tutela del lavoratore sotto il profilo della continuità dell'occupazione e della conservazione dei diritti maturati, nella convinzione che la tutela apprestata dall'art. 2112 Cod. Civ. si rendesse necessaria soprattutto in riferimento alle vicende di trasferimento parziale.

⁽⁵⁴⁾ Merita segnalare che rispetto alla fusione ed alla scissione, l'informazione e la consultazione sindacale sono successive alle delibere di fusione e di scissione, ma intervengono prima della stipula dell'atto di fusione e della sua esecuzione. La delibera di fusione deve essere depositata per l'iscrizione nel registro delle imprese e deve precedere

Dal momento che la fase di consultazione si intende esaurita anche se non si conclude con un accordo, non essendo alienante ed acquirente obbligati ad accordarsi con le controparti sindacali in sede di esame congiunto, il sindacato non può vantare la legittimazione ad impugnare, in caso di dissenso, il negozio di trasferimento alla stregua di un licenziamento, poiché l'informazione è finalizzata alla consultazione e non al controllo del trasferimento di azienda; resta pacifico il ricorso del sindacato *ex art. 28 St. Lav.* per omessa, insufficiente o non veritiera informazione e per la mancata consultazione.

La rimozione degli effetti, ovvero il ripristino della situazione preesistente rispetto al momento dell'inosservanza degli obblighi di informazione e consultazione, tutela l'interesse individuale del singolo lavoratore a non vedersi pregiudicato dal trasferimento, tramite la tutela giurisdizionale del diritto del sindacato all'informazione ed alla consultazione.

Tale rimozione, senza delimitare l'invalidità del negozio di trasferimento, dovrebbe comportare la sospensione dell'efficacia degli atti concernenti i rapporti di lavoro, posti in essere da cedente e cessionario in esecuzione del negozio di trasferimento, fino a quando esse non adempiano all'obbligo di informazione e consultazione sindacale ⁽⁵⁵⁾.

2.3. La tutela dei livelli occupazionali nel trasferimento d'azienda e ramo d'azienda in crisi.

Pur trovando la sua prima regolamentazione nell'art. 47, della legge comunitaria 29 dicembre 1990, n. 428, in realtà, il trasferimento dell'azienda in crisi affonda le sue radici in una legislazione che risale alla seconda metà degli anni Settanta quando si moltiplicano le deroghe alla disciplina dell'art. 2112 Cod. Civ. L'art. 47 non fa altro che canalizzare all'interno di un'unica fattispecie queste ipotesi sparse e variegate di legislazione in deroga, confermando la bontà di quelle letture che non si limitavano semplicemente ad una configurazione di questa normativa come speciale o eccezionale, ma viceversa ne tentavano l'unificazione.

l'atto di fusione (art. 2502-*bis*, Cod. Civ., per la fusione e art. 2506-*ter* per la scissione). Stando alla nuova formulazione dell'art. 2503 Cod. Civ., la fusione può essere attuata solo dopo due mesi dalla iscrizione, ovvero dalla pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale delle deliberazioni delle società che vi partecipano. Pertanto, il periodo di sessanta giorni intercorrente tra le deliberazioni delle società che vi partecipano copre ampiamente i termini previsti dall'art. 47, L. n. 428 del 1990. G. PROIA, *Sull'“intenzione” di trasferire l'azienda, nella procedura sindacale prevista dall'art. 47 della legge n. 428 del 1990*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1995, spec. pag. 105.

⁽⁵⁵⁾ In dottrina si è detto che «la nuova normativa non riconosce alle r.s.a. un potere di controllo delle scelte dell'imprenditore alienante e acquirente e tanto meno di impugnazione del trasferimento di azienda per omessa, insufficiente o non veritiera informazione, ma soltanto un diritto di informazione e consultazione finalizzato ad accertare le conseguenze che derivano ai lavoratori dal trasferimento», G. SANTORO PASSARELLI, *L'informazione e la consultazione sindacale nel trasferimento d'azienda*, in *ID.*, *Op. cit.*, cit. pagg. 816-817.

La Legge n. 428 del 1990, costituisce il primo decisivo intervento normativo finalizzato a trovare una soluzione al fenomeno dell'insolvenza, mediante il trasferimento dell'azienda decotta o di parte di essa, quale mezzo per tutelare l'interesse dei dipendenti alla conservazione del posto di lavoro, in alternativa alla cessazione dell'attività di impresa. Il personale in esubero, pertanto, viene gestito mediante il mantenimento in vita dei rapporti di lavoro sul presupposto che l'impresa, sebbene insolvente, sia in grado di realizzare la tutela, anche parziale, dei livelli occupazionali tramite la cessione, a qualunque titolo, dell'azienda o di sue parti.

La norma di cui all'art. 47, comma quinto, L. n. 428 del 1990, tuttavia, sin dagli inizi, ha posto il problema della sua conformità alla disciplina comunitaria, dal momento che, prima del recente intervento legislativo, prevedeva che nel caso di circolazione endoconcordataria e con riferimento alle aziende dotate dei requisiti occupazionali per l'ammissione alla Cassa integrazione, il raggiungimento di un accordo trilatero nell'ambito delle procedure di consultazione sindacale sul mantenimento anche parziale dell'occupazione, consentisse la disapplicazione dell'art. 2112 Cod. Civ., nella sua interezza, salvo che dall'accordo risultassero condizioni di miglior favore⁽⁵⁶⁾. Tale disapplicazione era consentita, nei casi in cui l'organo amministrativo (originariamente il CIPI, poi il CIPE e, dal 1999 il Ministero del Lavoro) avesse accertato lo stato di crisi aziendale ai sensi dell'art. 2, comma quinto, lett. c), della Legge 12 agosto 1977, n. 675, a condizione che la continuazione dell'attività non fosse stata disposta o fosse cessata, e che nel corso della consultazione sindacale di cui all'art. 47, Legge n. 428 del 1990, fosse stato raggiunto un accordo circa il mantenimento, anche parziale, dell'occupazione, salvo ovviamente che dall'accordo risultassero condizioni di miglior favore per i lavoratori.

A ben vedere, l'orientamento della Corte di Giustizia, è quello di scongiurare il rischio di un allargamento delle maglie applicative della deroga alle garanzie previste dagli artt. 3 e 4 della Direttiva n. 2001/23, autorizzata dall'art. 5, n. 3, dal momento che la dichiarazione dello stato di crisi aziendale non implicherebbe necessariamente variazioni sul piano dell'occupazione, ai sensi dell'art. 4, della medesima Direttiva. L'effetto di tale disapplicazione per i lavoratori la cui impresa è oggetto di trasferimento è la perdita del diritto al riconoscimento della loro anzianità, del loro trattamento e delle loro qualifiche professionali, del diritto alle prestazioni di vecchiaia derivanti dal regime di sicurezza sociale legale di cui all'art. 3, n. 1, nonché del beneficio al mantenimento per un periodo minimo di un anno delle condizioni di lavoro convenute mediante contratto collettivo (art. 3, n. 3).

⁽⁵⁶⁾ M. DALLACASA, *Riforma della legge fallimentare e rapporti di lavoro*, in <http://www.dirittodellavoro.it/public/current/ejournal>

Già sotto la vigenza della direttiva del Consiglio 77/187/CEE, la Corte di Giustizia ⁽⁵⁷⁾ aveva individuato quale criterio determinante da seguire per valutare se il trasferimento di un'impresa, che fosse oggetto di un provvedimento amministrativo o giudiziario, ricadesse sotto la sua applicazione quello dell'“*obiettivo perseguito dal procedimento stesso*”; pertanto, se obiettivo del procedimento è la liquidazione dei beni del cedente ⁽⁵⁸⁾ la direttiva non si applica, mentre se esso mira alla salvaguardia della sua attività, la direttiva trova applicazione.

Il legislatore comunitario, con l'art. 4 *bis* della Dir. n. 98/50 (riprodotto senza alcuna modifica nell'art. 5, comma terzo, della Dir. n. 2001/23), sembrava aver optato per una legittimazione a posteriori - secondo alcuni solo parziale - della legislazione nazionale ⁽⁵⁹⁾. Ai sensi di tale articolo, “*uno Stato membro ha facoltà di applicare il paragrafo 2, lett b) a trasferimenti in cui il cedente sia in una situazione di gravi crisi economica quale definita dal diritto nazionale, purché tale situazione sia dichiarata da un'autorità pubblica competente e sia aperta al controllo giudiziario, a condizione che tali disposizioni esistano già nel diritto nazionale entro il 17 luglio 1998*”. La Direttiva di seconda generazione sanava, dunque, una situazione del passato: l'ipotesi derogatoria era ammessa se presente nell'ordinamento interno ⁽⁶⁰⁾.

La tesi della legittimazione solo parziale, peraltro, sembra aver trovato accoglimento da parte della Corte di Giustizia ⁽⁶¹⁾. Ritenere il quinto comma dell'art. 47 applicabile solo in presenza di una “grave crisi aziendale” che conduca l'impresa ad uno stadio preliquidativo, conformemente alla norma comunitaria che parla di “grave crisi economica”, appariva coerente con la giurispru-

⁽⁵⁷⁾ Il riferimento è alla nota sentenza Spano, in *Foro It.*, 1996, IV, 205 con nota di R. COSIO, La sentenza della Corte di Giustizia del 7 dicembre 1995, causa 427/93: gli effetti sull'ordinamento interno. Sul tema si rinvia altresì a V. LECCESE, *Giudici italiani e Corte di Giustizia sul trasferimento d'azienda: un dialogo a più velocità?*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1999, pag. 65 e segg.

⁽⁵⁸⁾ Corte Giust., 7 febbraio 1985, C - 135/83, *Abels*, in *Foro It.*, 1986, IV, col. 111 e segg., con nota di DE LUCA, *Licenziamenti collettivi, trasferimenti d'azienda, crisi dell'impresa, procedure concorsuali e “tutele” dei lavoratori nel diritto comunitario. Brevissime note sullo stato di “conformazione” dell'ordinamento italiano*; Corte Giust., 25 luglio 1991, C - 362/89, *D'Urso*, in *Giust. Civ.*, 1992, I, pag. 1121 e segg.

⁽⁵⁹⁾ Secondo parte della dottrina, l'evoluzione dell'ordinamento comunitario avrebbe legittimato a posteriori la legislazione nazionale; in questo senso, si rinvia a P. LAMBERTUCCI, *Le tutele del lavoratore nella circolazione dell'azienda*, Torino, 1999, spec. pagg. 74-75; G. VILLANI, *Trasferimento d'azienda. Profili di diritto del lavoro e della previdenza sociale*, Torino, 2000, spec. pag. 178; L. TARTAGLIONE, *Il trasferimento dell'impresa in crisi*, in AA.VV., *Il trasferimento dell'impresa*, 2001, 178. Stando ad un diverso orientamento, che opta per una lettura restrittiva dell'inciso “*modifiche delle condizioni di lavoro*”, contenuto nell'art. 2, lett. b, della dir. n. 98/50, la direttiva di seconda generazione legittimerebbe solo quegli accordi che mantengano integralmente l'occupazione preesistente al trasferimento, consentendo solo modifiche *in peius* all'assetto economico e normativo precedentemente acquisito dai singoli lavoratori (U. CARABELLI, B. VENEZIANI, *Il Trasferimento d'azienda in Italia*, in AA.VV., *La transmisión de empresa en Europa*, op. cit., spec. pag. 155 e segg. Sulla possibilità di far ricadere nell'ambito applicativo della norma anche le ipotesi di mantenimento solo parziale dell'occupazione, A. PIZZOFERRATO, *Il trasferimento d'azienda nelle imprese in crisi*, in *Quad. Dir. Lav.*, 2004, n. 28, pagg. 159-161.

⁽⁶⁰⁾ La previsione servirebbe a legittimare la fattispecie del trasferimento delle imprese in crisi, superando i problemi sollevati dalla sentenza Spano (L. MENGHINI, *L'attuazione delle tutele individuali dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda in crisi o soggetta a procedure concorsuali dopo la direttiva 50/98 e il d. lgs. 270/99*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2000, I, spec. pag. 229).

⁽⁶¹⁾ Il riferimento è a Corte di Giust., 5 giugno 2003, causa 145/01, in *Orient. Giur. Lav.*, 2003, pag. 21 e segg.

denza della Corte di Giustizia che escludeva l'applicazione della direttiva 77/187 se l'obiettivo del procedimento era la liquidazione dei beni del cedente ⁽⁶²⁾.

Orbene, anche ammesso che fosse possibile far rientrare la dichiarazione di stato di crisi tra le ipotesi giustificatrici della deroga di cui all'art. 47, comma quinto, L. n. 428 del 1990, è evidente che il problema era la portata di tale deroga che, se dilatata al livello massimo della sua estensione, come si è già segnalato, era in grado di azzerare l'anzianità di servizio dei lavoratori e dei trattamenti economici e normativi previsti dai contratti collettivi anche aziendali vigenti alla data del trasferimento applicati presso il cessionario, sino alla loro scadenza, dal momento che tra i lavoratori passati alle dipendenze dell'acquirente e quest'ultimo si instaurava un rapporto nuovo, con conseguente perdita per i primi dei diritti derivanti dal rapporto di lavoro originariamente instaurato con l'imprenditore fallito che, a seguito della vicenda traslativa, si estingueva; a ciò si aggiunge che il cessionario non rimaneva obbligato, in solido con il cedente, per tutti i crediti che i lavoratori avevano al tempo del trasferimento. Tuttavia, *nulla quaestio* sulla possibilità di prevedere "condizioni di miglior favore" da parte dell'accordo raggiunto.

La norma, dunque, scontava l'assenza di una tipizzazione legislativa del concetto di crisi aziendale, come si è già avuto modo di segnalare nel precedente capitolo. A ciò si aggiungeva l'esclusione di qualsiasi effetto diretto orizzontale delle direttive comunitarie ⁽⁶³⁾, ribadita dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia ⁽⁶⁴⁾ e fatta propria dalla Corte di Cassazione ⁽⁶⁵⁾.

⁽⁶²⁾ Corte Giust., 12 marzo 1998, C – 319/94 (SentenzDethier Equipement), in *Foro It.*, 1998, col. 437 e segg., con nota di R. COSIO, *Trasferimento delle imprese nel diritto comunitario: l'evoluzione degli ordinamenti della Corte di Giustizia* (punto 25), ha precisato che occorre tener conto delle modalità della procedura accertando se esse implicino o meno la prosecuzione dell'impresa. Si è detto in proposito che il quinto comma dell'art. 47, legge n. 428 del 1990 può essere interpretato in modo conforme alla direttiva di seconda generazione considerando che il concetto di "crisi aziendale" è largamente indefinito. Secondo A. CAIAFA e R. COSIO, *Diritto europeo: crisi d'impresa e sorte dei rapporti di lavoro*, Milano, 2008, il giudice, utilizzando l'intero spazio valutativo concesso dalla norma interna (il "margine discrezionale"), potrà "applicare" la norma interna - conformemente a quella comunitaria - nelle ipotesi in cui l'impresa, pur cessando l'attività produttiva, presenti concreti piani di gestione dei lavoratori in esubero che, tesi a ridurre, in tutto o in parte, il ricorso alla mobilità.

⁽⁶³⁾ In favore della prevalenza della norma comunitaria rispetto alla disciplina nazionale e sulla conseguente disapplicazione dell'art. 47, quinto comma, L. n. 427/90 da parte del giudice nazionale, P. LAMBERTUCCI, *La disciplina del trasferimento d'azienda in crisi al vaglio della Corte di Giustizia*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1996, II, pag. 274. *Contra*, G. SANTORO PASSARELLI, *Il trasferimento di parte dell'azienda tra libertà dell'imprenditore e tutela dei lavoratori*, in *Dialoghi tra dottrina e giurisprudenza*, Milano, 2005, pag. 28 e segg. In giurisprudenza, condivide tale tesi interpretativa, Corte Cass., 21 marzo 2001, n. 4073, in *Foro It.*, 2001, I, col. 3235 e segg. (la cosiddetta sentenza *New Holland Italia*), con nota di R. COSIO. Sulla possibilità per i lavoratori di richiedere allo Stato il risarcimento del danno derivante dalla disapplicazione della direttiva comunitaria, A. PELAGGI, *Trasferimento d'azienda nelle imprese in crisi, potere di recesso del cedente e del cessionario ed effetti del licenziamento illegittimo alla luce della giurisprudenza comunitaria*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1998, pag. 628 e segg. Sulla possibilità di continuare ad applicare il comma quinto dell'art. 47 della L. n. 428 del 1990, in quanto conforme alla direttiva di seconda generazione (98/50/Ce) in tema di trasferimento di imprese, R. COSIO, *La sentenza della Corte di Giustizia del 7 dicembre 1995, causa 427/93: gli effetti sull'ordinamento interno*, cit.

⁽⁶⁴⁾ *Ex plurimis*, Corte Giust., 14 luglio 1994, C - 91/92, in *Foro It.*, 1995, IV, pag. 38 e segg. con nota di L. DANIELE, *La Corte di giustizia conferma l'efficacia direttamente «intermittente» delle direttive comunitarie*. Stando alla citata pronuncia, "Come ha sottolineato la Corte, secondo una giurisprudenza costante successiva alla sentenza 26 febbraio 1986, causa 152/84, Marshall (Racc. pag. 723, punto 48), una direttiva non può di per sé creare obblighi a carico di un singolo e non può quindi

La recente condanna dell'Italia da parte della Corte di Giustizia europea ⁽⁶⁶⁾, che poggia sulla convinzione che “*l'art. 47, quinto comma, della legge n. 428/1990 priva puramente e semplicemente i lavoratori, in caso di trasferimento di un'impresa di cui sia stato accertato lo stato di crisi, delle garanzie previste dagli artt. 3 e 4 della direttiva 2001/23 e non si limita, di conseguenza, ad una modifica delle condizioni di lavoro quale è autorizzata dall'art. 5, n. 3, della direttiva 2001/23*”, riaccende l'attenzione sulla compatibilità di tale norma con la disciplina europea.

Orbene, stando alle indicazioni in essa contenute, la procedura di accertamento dello stato di crisi è finalizzata a consentire il risanamento della situazione economica e finanziaria dell'impresa e, dunque, la prosecuzione dell'attività produttiva nella prospettiva di una ripresa futura; essa, inoltre, non implica alcun controllo giudiziario o provvedimento di amministrazione del patrimonio dell'impresa così come non prevede alcuna sospensione dei pagamenti ⁽⁶⁷⁾.

Proprio la nuova disciplina, contenuta nell'art. 19-*quater* della legge 20 novembre 2009, n. 166 (recante disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee), incidendo sul contenuto dell'art. 47 della legge 29 dicembre 1990, n. 428, prevede che nel caso in cui sia stato raggiunto un accordo circa il mantenimento, anche parziale, dell'occupazione, l'articolo 2112 Cod. Civ. trovi applicazione nei termini e con le limitazioni previste dall'accordo medesimo, qualora il trasferimento riguardi aziende delle quali sia stato accertato lo stato di crisi, ai sensi dell'art. 2, comma 5, lett. c), della Legge 12 agosto 1977, n. 675, nonché riguardi aziende per le quali sia stata disposta

essere fatta valere in quanto tale nei suoi confronti? (punto n. 20); inoltre, sebbene affermi che “*Sarebbe infatti inaccettabile che lo Stato al quale il legislatore comunitario prescrive l'adozione di talune norme volte a disciplinare i suoi rapporti ° o quelli degli enti statali ° con i privati e a riconoscere a questi ultimi il godimento di taluni diritti potesse far valere la mancata esecuzione dei suoi obblighi al fine di privare i singoli del godimento di detti diritti. Per tale ragione la Corte ha ammesso la possibilità di far valere nei confronti dello Stato (o di enti statali) talune disposizioni delle direttive sulla conclusione degli appalti pubblici (v. sentenza 22 giugno 1989, causa 103/88, Fratelli Costanzo, Racc. pag. 1839) e delle direttive sull'armonizzazione delle imposte sulla cifra d'affari (v. sentenza 19 gennaio 1982, causa 8/81, Becker, Racc. pag. 53)*” (punto 23), aggiunge che “*Estendere detta giurisprudenza all'ambito dei rapporti tra singoli significherebbe riconoscere in capo alla Comunità il potere di emanare norme che facciano sorgere con effetto immediato obblighi a carico di questi ultimi, mentre tale competenza le spetta solo laddove le sia attribuito il potere di adottare regolamenti.*” (punto n. 24).

⁽⁶⁵⁾ Corte Cass., 20 novembre 1997, n. 11571, in *Foro It.*, 1998, I, col. 444 e segg.

⁽⁶⁶⁾ Il riferimento è a Corte Giust., 11 giugno 2009, sentenza C-561/07, in *Lav. Giur.*, 2009, pag. 1125 e segg., con commento di R. COSIO.

⁽⁶⁷⁾ La dichiarazione dello stato di insolvenza di un'impresa (cui si limita il CIPI) consente alla stessa di beneficiare temporaneamente del fatto che la Cassa integrazione guadagni straordinaria si faccia carico di tutti o i parte dei suoi dipendenti. In ogni caso, aggiunge la Corte di Giustizia, “*ammesso che la situazione dell'impresa di cui sia stato accertato lo stato di crisi possa essere considerata come costituente una situazione di grave crisi economica, l'art. 5, n. 3, della direttiva 2001/23 autorizza gli Stati membri a prevedere che le condizioni di lavoro possano essere modificate per salvaguardare le opportunità occupazionali garantendo la sopravvivenza dell'impresa, senza tuttavia privare i lavoratori dei diritti loro garantiti dagli artt. 3 e 4 della direttiva 2001/23*”. Per quanto concerne poi le prestazioni che possono essere sottratte all'obbligo di trasferimento dei diritti dei lavoratori, la Corte di Giustizia chiarisce che si tratta delle sole prestazioni concesse al di fuori dei regimi legali di sicurezza sociale tassativamente elencate dall'art. 3, n. 4, lett. a), Dir. 2001/23; l'esclusione deve in ogni caso essere accompagnata dall'adozione da parte dello Stato Membro dei provvedimenti necessari a tutelare i lavoratori in conformità all'art. 3, n. 4, lett. b), con riferimento ai loro diritti a prestazioni di vecchiaia dei regimi complementari ex art. 3, n. 4, lett. a).

l'amministrazione straordinaria, ex D. Lgs. 8 luglio 1999, n. 270, in caso di continuazione o di mancata cessazione dell'attività.

L'art. 19-*quater* della legge n. 166/2009, pertanto, se per un verso dispone la soppressione dell'ipotesi di crisi aziendale dal novero dei casi di esclusione dall'applicazione del 2112 Cod. Civ., per altro verso attribuisce alla contrattazione collettiva il potere di disporre dei diritti garantiti della disciplina contenuta in tale norma civilistica, non solo in caso di crisi aziendale, ma anche quando ad essere interessata dal trasferimento è l'azienda sottoposta ad amministrazione straordinaria, ai sensi del D. Lgs. 8 luglio 1999, n. 270, in caso di continuazione o di mancata cessazione dell'attività. Senonché, condizione essenziale affinché l'autonomia collettiva possa operare è che l'accordo sindacale sia teso al mantenimento, anche parziale, dell'occupazione, così come stabilito dalla Direttiva europea in materia.

Pare opportuno precisare che nelle aziende soggette a procedure concorsuali o "in crisi" fino a quindici dipendenti non troveranno applicazione le deroghe di cui all'art. 47, commi 4-*bis* e quinto, L. n. 428 del 1990. È proprio in questi contesti che, laddove si ammettesse la possibilità di raggiungere tale risultato con accordo, i poteri dell'autonomia collettiva giungerebbero ad esiti non del tutto scontati ⁽⁶⁸⁾.

A ben vedere, la relazione tra l'art. 2112 Cod. Civ., ed i commi 4-*bis* e quinto dell'art. 47, L. n. 428 del 1990, così come scaturisce dalla recente riforma, non potendo essere semplicisticamente ricollegata ad un rigido rapporto di genere a specie, dovrà al contrario essere ricondotta ad un rapporto tra sistemi normativi dotati di un proprio ed autonomo campo di applicazione. L'art. 47, infatti, costituisce una fattispecie diversa rispetto a quella disciplinata dall'art. 2112 Cod. Civ., soprattutto dal punto funzionale e degli interessi coinvolti, essendo in questo caso polarizzati sulla conservazione almeno parziale dell'occupazione e dell'organismo produttivo.

2.3.1. La rilevanza della "crisi" nella procedura di amministrazione straordinaria.

Nelle crisi che investono imprese "socialmente rilevanti" si accentua l'attenzione nei confronti di soluzioni alternative alla liquidazione, più attente al risanamento dell'impresa tramite la riorganizzazione del complesso produttivo, secondo una logica che sia in grado di coniugare le esigenze collettive con quelle dei creditori.

Gli ultimi interventi legislativi dimostrano ancora una volta come la procedura di amministrazione straordinaria faccia propria la concezione di rilevanza sociale della grande impresa di-

⁽⁶⁸⁾ Prima della riforma L. MENGHINI, *L'attuazione 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., spec. pag. 235; V. NUZZO, *Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro*, Padova, 2002, spec. pag. 165.

stogliendola (in presenza di prospettive di ripresa economica) dall'ambito di applicazione del fallimento, incapace di rispondere alle esigenze sociali che il dissesto di un gruppo d'impresе porta con sé ⁽⁶⁹⁾.

La procedura di amministrazione straordinaria è stata oggetto di censura, non solo da parte della Commissione europea ⁽⁷⁰⁾, ma dalla stessa Corte di Giustizia che ha ritenuto l'amministrazione straordinaria con continuazione dell'esercizio dell'impresa *elemento distorsivo della concorrenza* nella misura in cui la prosecuzione – realizzata attraverso agevolazioni pubbliche e, dunque, aiuti di Stato - avesse impedito l'uscita dal mercato di imprese decotte, alle quali veniva consentito di permanervi a discapito di altre ⁽⁷¹⁾.

La legge 3 aprile 1979, n. 95 (la cosiddetta "legge Prodi"), infatti, disponeva un intervento pubblico in caso di crisi rilevanti non a seguito di una verifica delle possibilità di successo, bensì solo in virtù della constatazione della rilevanza economica e sociale della crisi in ragione delle dimensioni aziendali. L'automatismo posto a fondamento dell'accesso alla procedura in presenza dei requisiti dimensionali e di esposizione debitoria richiesti, in alcuni casi si trasformava in un intervento assistenzialistico tramite aiuti a vantaggio di imprese prive di qualsiasi possibilità di ripresa economica, con conseguente compressione delle ragioni del ceto creditorio, che si trovava

⁽⁶⁹⁾ Sul punto si rinvia, tra l'altro, a quanto già segnalato nel precedente capitolo.

⁽⁷⁰⁾ La Commissione europea avviò una procedura di infrazione *ex art. 93 TCE*, rispetto ad alcune disposizioni della cosiddetta "Legge Prodi", ritenendo che costituissero elementi potenzialmente a falsare le condizioni del libero mercato la garanzia gratuita del Tesoro che poteva assistere i debiti contratti dalle imprese in procedura per il finanziamento della gestione corrente, la riattivazione ed il completamento di impianti, immobili e attrezzature industriali, la prosecuzione dell'esercizio provvisorio dell'impresa non finalizzato alla tutela delle ragioni dei creditori, l'improcedibilità dell'esecuzione fiscale rispetto alle altre procedure concorsuali tradizionali, l'esonero dal pagamento delle ammende e delle sanzioni per i contributi previdenziali ed assicurativi non versati e la previsione di un'imposta di registro "simbolica" per il trasferimento totale o parziale dell'impresa, D. B. D'AULISA, *Art. 53*, in A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2009, spec. pag. 1495. La controversia relativa al numero dei dipendenti viene risolto dalla variante all'amministrazione straordinaria prevista dalla legge n. 39/2004 che si applica alle imprese che abbiano almeno cinquecento dipendenti a livello di gruppo. Il d. l. 23 dicembre 2003, n. 347 e la Legge 18 febbraio 2004, n. 39, hanno innestato nel corpo della disciplina dell'amministrazione straordinaria delle "grandi imprese in stato di insolvenza" (D. Lgs. n. 270 del 1999), la variante della procedura di amministrazione straordinaria delle "imprese di rilevanti dimensioni". Trib. Cuneo, 14 febbraio 2000, in *Foro It.*, 2000, I, col. 3233 e segg., con nota di M. FABIANI, *Il requisito dimensionale soggettivo per l'accesso alla nuova amministrazione straordinaria: è sufficiente che il livello dei duecento dipendenti sia raggiunto dall'insieme delle società del gruppo insolventi*. Ciò significa che al di sotto di tale soglia, con la procedura di fallimento, riprende vigore la tutela dei diritti dei creditori.

⁽⁷¹⁾ *Gli orientamenti sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese in difficoltà*, 97/c, 283/02 e la giurisprudenza della Corte di giustizia, in G.U.C.E., 1997, 283. Tra i benefici in grado di costituire illegittimi e non consentiti aiuti di Stato, possono essere considerati: la garanzia, *ex art. 2 bis*, della precedente legge Prodi: l'utilizzazione della cassa integrazione guadagni straordinaria, *ex art. 10 ter* della legge 19 luglio 1993, n. 236, che consentiva al commissario di richiedere il trattamento sino ad un periodo di cinque anni, le agevolazioni fiscali sui trasferimenti d'aziende o rami d'azienda, di cui all'*art. 5 bis* della precedente legge. La Corte di Giustizia delle Comunità Europee, tra l'altro, fece proprie le censure sollevate dalla Commissione europea laddove la "Legge Prodi" manteneva in vita determinati complessi aziendali a discapito delle norme sulla concorrenza (Corte Giust. CE, 17 giugno 1999, in causa C – 97/295; Corte Giust. CE, 1 dicembre 1998, in causa C – 97/200, in *Foro It.*, IV, col. 9 e segg., con nota di M. FABIANI, *Il rapporto fra la nuova amministrazione straordinaria e le procedure concorsuali minori*).

a “finanziare” l'impossibile recupero economico delle imprese a causa dell'aumento delle spese prededucibili.

In risposta alle perplessità della dottrina circa la legittimità costituzionale ⁽⁷²⁾, la giurisprudenza vedeva nell'interesse pubblico alla salvaguardia del gruppo di imprese, in quanto generatore di ricchezza e di posti di lavoro, la ragione giustificatrice alla sottrazione del dissesto alla tutela giudiziale.

La mancanza di prospettive di risanamento necessarie per l'ammissione alla procedura, la concessione di vantaggi economici (quali la riduzione dell'aliquota dell'imposta e l'esenzione dall'obbligo di pagare ammende o sanzioni pecuniarie), tuttavia, configuravano, secondo la Corte di Giustizia, un sistema incompatibile con la normativa comunitaria, censurabile perché così come concepito costituiva una violazione dell'art. 92 del Trattato CE concernente il divieto di concessione di aiuti di stato idonei a distorcere le regole della concorrenza ⁽⁷³⁾.

Emanato per ottemperare ai ripetuti richiami della Commissione europea, il D. Lgs. n. 270 del 1999, all'art. 1, parla di “*finalità conservative del patrimonio produttivo, mediante la prosecuzione, riattivazione o riconversione delle attività imprenditoriali*” ⁽⁷⁴⁾. Come si evince dall'art. 27, il legislatore vuole raggiungere tali finalità mediante due modalità alternative: la prosecuzione dell'esercizio dell'impresa, attraverso la cessione (lett. a) o della ristrutturazione economica per il mezzo di un piano di risanamento (lett. b). La continuazione dell'esercizio, pertanto, si pone nell'ambito della procedura, come soluzione non obbligatoria, non potendosi più trascurare che ad essa sono ormai ammesse per espressa previsione unicamente le imprese dichiarate insolventi, però, “*qualora presentino concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali*” (artt. 27 e 81) ⁽⁷⁵⁾.

⁽⁷²⁾ La questione si poneva sia per contrarietà a principio di uguaglianza e ragionevolezza, sia per sottrazione della procedura al giudice naturale. Sulla violazione del diritto di difesa ai sensi dell'art. 24 Cost. riguardo l'azione esecutiva V. E. RICCI, *La tutela dei creditori dell'imprenditore in amministrazione straordinaria: problemi di legittimità costituzionale*, in *Fall.*, 1984, 100.

⁽⁷³⁾ M. GALIOTO, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, Milano, 2003, spec. pag. 4.

⁽⁷⁴⁾ Il D. Lgs. n. 270 del 1999, continua a prevedere la possibilità di ricorrere alla garanzia dello Stato ex art. 2 bis, L. n. 95 del 1979; tuttavia, la nuova normativa risulta a riparo da censure da parte dei giudici europei, dal momento che la compatibilità del programma con la normativa è stata elevata a *condicio sine qua non*. Ciò ha però delle ripercussioni sulla redazione del documento programmatico: la predisposizione e la conseguente approvazione del programma, finisce per appesantire la fase inerente la predisposizione e la conseguente approvazione del programma (D. B. D'AULISA, *Art. 53*, op. cit., spec. pag. 1495). È stata tuttavia messa in evidenza l'esistenza di un'incongruente disallineamento tra l'attuale disciplina nazionale ed i parametri comunitari che dovrebbero costituire il presupposto soggettivo della procedura, dal momento che la Raccomandazione della Commissione del 6 maggio 2003, n. 361, nello stabilire che la categoria delle microimprese, delle piccole e medie imprese è costituita da quelle che occupano meno di duecentocinquanta persone, mentre il presupposto dimensionale per l'ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza, consiste in un numero di lavoratori subordinati – compresi quelli ammessi al trattamento di integrazione guadagni, non inferiore a duecento da almeno un anno.

⁽⁷⁵⁾ L'esistenza di tali prospettive è valutata dal commissario giudiziale nell'ambito della relazione che questi deve presentare entro il termine di 30 giorni dalla dichiarazione dello stato di insolvenza (art. 28).

Stando alla recente modifica dell'art. 47, L. n. 428 del 1990, l'accordo con il quale le parti coinvolte siano pervenute ad un accordo sul mantenimento, anche parziale dell'occupazione, può prevedere limitazioni nell'applicazione dell'art. 2112 Cod. Civ., tra l'altro, quando il trasferimento riguardi aziende *“per le quali sia stata disposta l'amministrazione straordinaria, ai sensi del decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270, in caso di continuazione o mancata cessazione dell'attività”* (art. 47, comma 4 bis, L. n. 428 del 1990). In caso di sottoposizione ad amministrazione straordinaria, qualora la continuazione dell'attività non sia stata disposta o sia cessata, invece, se nel corso della fase di consultazione *“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'art. 2112 del codice civile, salvo che dall'accordo risultino condizioni di miglior favore”* (art. 47, comma 5, L. n. 428 del 1990).

La scelta del legislatore di modulare le tutele in funzione del livello di criticità in cui versa l'impresa, se per un verso giustifica la disapplicazione delle tutele *ex art. 2112 Cod. Civ.*, quale *extrema ratio*, al fine di garantire la tutela, anche parziale, dell'occupazione, per altro verso impone alcune considerazioni. Sia nell'ipotesi contemplata dal comma 4 bis, che in quella contemplata dal comma 5, L. n. 428 del 1990, le possibili deroghe alla disciplina codicistica sono “pilotate” dalla autonomia collettiva.

La disciplina contenuta nel D.L. n. 134 del 2008 (decreto “salva Alitalia”), convertito in L. n. 166 del 2008, applicabile a tutte le situazioni di crisi di imprese che gestiscono servizi pubblici essenziali (art. 1), invece, prevede una fattispecie in cui la possibilità di derogare al principio del mantenimento delle condizioni di lavoro nell'ambito del trasferimento d'azienda in crisi viene sottratta all'autonomia collettiva ed attribuita a quella individuale. Tramite accordo tra commissario straordinario e cessionario, il passaggio dei lavoratori a quest'ultimo può avvenire anche previa cessazione dei rapporti contrattuali con l'impresa decotta cedente. L'art. 1, comma tredicesimo, prevede 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 cessionario. I passaggi anche solo parziali di lavoratori alle dipendenze del cessionario possono essere effettuati anche previa collocazione in Cassa integrazioni guadagni straordinaria o cessazione del rapporto di lavoro in essere e assunzione da parte del cessionario”*.

La scelta operata dal legislatore, sebbene dettata dalla necessità di garantire la tutela occupazionale, suscita delle perplessità, dal momento che configurerebbe una fattispecie non coincidente con quella di “ramo”, cara all'ordinamento giuslavoristico.

L'infruttuoso esaurimento della procedura di consultazione, non solo autorizza Commissario e cessionario a definire il contenuto di uno o più rami di azienda, ma altresì consente loro di individuare i lavoratori che passeranno alla dipendenze del secondo.

Orbene, se la fattispecie viene considerata rientrante nell'art. 2112 Cod. Civ., si tratta di verificare se il ramo, identificato da commissario e cessionario al momento della cessione sia configurabile come “*articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata*”, ai fini dell'applicazione dell'art. 2112 Cod. Civ. Tuttavia, la possibilità che esso non goda del requisito della preesistenza, consente alla norma di sfuggire ad accuse di incompatibilità con la disciplina comunitaria solo se quel complesso di beni e rapporti coinvolti (in particolare rapporti di lavoro), come si è già avuto modo di segnalare nel corso della trattazione, sia organizzato o potenzialmente organizzabile, nonché funzionale all'esercizio di un'impresa; il ramo, infatti, acquisisce autonoma rilevanza solo al momento del perfezionamento dell'atto dispositivo.

A ben vedere, una lettura che volesse ricondurre nell'alveo dei principi ispiratori dell'art. 2112 Cod. Civ., la disposizione normativa in esame utilizzando tali argomentazioni, finirebbe per rendere superflua la specificazione operata dal legislatore.

Il tenore letterale della norma, tuttavia, farebbe propendere per una propensione del legislatore a prevedere una (ulteriore) deroga all'art. 2112 Cod. Civ., o meglio un *tertium genus*, dal momento in ogni caso non si realizzerebbe quell'intermediazione dell'autonomia collettiva, richiesta anche dall'art. 47, comma quinto, L. n. 428 del 1990. Salva diversa previsione nell'accordo intercorso tra Commissario e cessionario, le tutele di cui all'art. 2112 Cod. Civ., non troverebbero applicazione.

Nonostante gli sforzi compiuti verso il riconoscimento della capacità di cogliere la rilevanza dell'interesse collettivo all'occupazione, in nome di una visione più attenta alla conservazione dell'impresa, la concezione atomistica dei beni del fallito che permeava di sé la disciplina fallimentare ante riforma non sembra del tutto scomparsa.

L'art. 105 L.F. – ma sul punto si tornerà nel prosieguo – dopo aver fatto cenno alla possibilità per curatore ed acquirente di pervenire ad un accordo con i rappresentanti dei lavoratori che preveda il trasferimento parziale alle dipendenze dell'acquirente, nonché le ulteriori modifiche del rapporto di lavoro consentite dalle norme vigenti, al comma quinto prevede che il curatore possa procedere, tra l'altro, alla cessione di rami di azienda, “*nonché di beni o rapporti giuridici individuabili in blocco, esclusa comunque la responsabilità dell'alienante prevista dall'articolo 2560 del codice civile*”. Il successivo comma ottavo prevede che “*Il curatore può procedere alla liquidazione anche mediante il conferimento in una o più società, eventualmente di nuova costituzione, dell'azienda o di rami della stessa, ovvero di beni o crediti, con i relativi rapporti contrattuali in corso, esclusa la responsabilità dell'alienante ai sensi dell'articolo 2560 del codice*

civile ed osservate le disposizioni inderogabili contenute nella presente sezione. Sono salve le diverse disposizioni previste in leggi speciali?

Anche volendo escludere la riferibilità di tale ultima disposizione ai rapporti di lavoro, alla luce dell'espresso richiamo agli stessi nel precedente comma terzo, è evidente la non necessaria coincidenza tra la nozione di ramo rilevante ai fini giuslavoristici e quella utilizzata nelle disposizioni normative in tema di procedure concorsuali.

2.3.2. Alcune riflessioni sulla natura del “nuovo” accordo derogatorio.

L'art. 47, nella sua nuova formulazione, sembra superare le critiche a cui è stata sottoposta nel corso degli anni e che, da ultimo, hanno dato luogo alla recente condanna della Corte di Giustizia. L'art. 4 *bis*, di nuovo conio, ed il successivo comma quinto, L. n. 428 del 1990, tuttavia, pur partendo da presupposti diversi, possono pervenire se non proprio ad esiti identici, quanto meno “simili”. Il riferimento contenuto nell'art. 47, comma 4 *bis*, L. n. 428 del 1990, alle possibili limitazioni all'applicazione dell'art. 2112 Cod. Civ., previste dall'accordo, pur non giungendo alla totale disapplicazione della norma codicistica sulla base della “mera” crisi aziendale, potrebbe tradursi nella predisposizione di un apparato protettivo di gran lunga inferiore. Di converso, laddove la norma autorizza la disapplicazione delle garanzie *ex art.* 2112 Cod. Civ. (art. 47, comma quinto, L. n. 428 del 1990), sono immaginabili esiti più favorevoli ai lavoratori coinvolti, grazie alle eventuali “condizioni di miglior favore” previste dall'accordo.

Tali norme, dunque, legittimano una deroga – ancorché di minor portata rispetto alla precedente - che, pur avendo il proprio fondamento giuridico nella legge, è nella transazione collettiva che trova la sua *condicio sine qua non* ⁽⁷⁶⁾.

Per quanto attiene al profilo dell'efficacia soggettiva degli accordi stipulati ai sensi dell'art. 47, nella sua precedente formulazione, all'accordo concluso nell'ambito di tale procedura si riconosceva la stessa efficacia vincolante per i singoli lavoratori attribuita dalla legge agli accordi *ex art.* 4, Legge n. 223 del 1991 in tema di procedure nei licenziamenti per riduzione di personale ⁽⁷⁷⁾. Secondo taluni essa si desumeva direttamente dalla previsione di legge ⁽⁷⁸⁾; secondo altri

⁽⁷⁶⁾ F. FIMMANÒ, *Concordato preventivo e circolazione del ramo d'azienda*, op. cit., spec. pag. 840.

⁽⁷⁷⁾ Per approfondimenti sul ruolo dell'accordo, A. CAIAFA e R. COSIO, *Il trasferimento dell'azienda nell'impresa in crisi o insolvente*, Padova, 2005; V. NUZZO, *Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro*, op. cit., spec. pag. 167, secondo la quale l'accordo è *condicio sine qua non*; R. DE LUCA TAMAJO, *La disciplina del trasferimento di ramo d'azienda dal codice civile al decreto legislativo n. 276 del 10 settembre 2003*, in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO e L. ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del lavoro, riforma e vincoli di sistema*, Napoli, 2004, spec. pag. 569 e segg.

⁽⁷⁸⁾ R. ROMEI, *Il trasferimento dell'azienda in crisi*, in *Dir. Rel. Ind.*, 1992, pag. 48 e segg.; secondo l'Autore il riconoscimento sostanziale all'accordo collettivo del potere di deroga può essere considerato come manifestazione del potere normativo, riservato ai sindacati maggiormente rappresentativi, mediante il quale si regolerebbero diritti individuali anche di lavoratori non aderenti.

dall'esigenza di certezza della contrattazione; secondo altri ancora si ricavava delle indicazioni fornite dalla Corte Costituzionale ⁽⁷⁹⁾; parte della dottrina, infine, riteneva che essa potesse essere fatta derivare dalla natura gestionale delle pattuizioni che non appartengono alla specie dei contratti collettivi normativi ma tendono a procedimentalizzare l'esercizio del potere imprenditoriale ⁽⁸⁰⁾.

Orbene, poiché le decisioni dei rappresentanti sindacali sono discrezionali, non avendo il legislatore previsto alcuna possibilità di ratifica da parte dei lavoratori interessati ⁽⁸¹⁾, si sarebbe portati a ritenere che non c'è spazio per le questioni di efficacia soggettiva dell'accordo che sorgono nelle ipotesi di devoluzione di competenze alla contrattazione collettiva e rispetto alle quali la giurisprudenza ha mostrato un andamento ondivago ⁽⁸²⁾. L'accordo collettivo, nella circostanza in esame, si atteggierebbe ad elemento di una fattispecie complessa, ponendosi come fase intermedia tra un provvedimento giurisdizionale ed una previsione di legge di deroga all'art. 2112 Cod. Civ.

Il mancato raggiungimento dell'accordo, tuttavia, rende assai complicato il subentro, a titolo di affitto o di vendita, alla luce della difficile compatibilità della continuità di tutti i rapporti di lavoro, nonché della responsabilità solidale del cessionario, con la circolazione unitaria in sede concorsuale. Tale problema potrebbe essere superato qualora si ipotizzasse un trasferimento di tutta la forza lavoro in carico con tutti i diritti acquisiti ed i connessi rapporti pregressi, ovvero una cessione preceduta dal licenziamento collettivo di tutti i lavoratori. Tuttavia, la possibilità che si verifichi la prima ipotesi, se non inverosimile, è quanto meno piuttosto rara per imprese in crisi; la seconda ipotesi, invece, è comunque fuori dall'ambito di applicazione della normativa.

Ad ogni modo, l'obiettivo del legislatore di favorire la conservazione e la vendita di unità produttive appartenenti ad imprese in crisi, qualora ciò sia contemporaneamente funzionale alla

⁽⁷⁹⁾ Corte Cost., 30 giugno 1994, n. 268, in *Foro It.*, 1994, I, col. 2307 e segg.; in *Riv. It. Dir. Lav.*, II, 1995, pag. 237 e segg. con nota di E. MANGANIELLO, *Legge e autonomia collettiva nella disciplina dei criteri di scelta per la riduzione del personale: la consulta introduce il controllo di ragionevolezza*.

⁽⁸⁰⁾ R. COSIO, *Discipline del trasferimento di azienda. Differenziazione e unità dell'ordinamento giuridico*, Milano, 1995, 134: la norma distribuisce delle competenze, ma non incide sui rapporti, non arbitra conflitti di interessi, né prescrive comportamenti doverosi.

⁽⁸¹⁾ Così F. FIMMANÒ, *Concordato preventivo e circolazione del ramo d'azienda*, op. cit. Secondo la dottrina maggioritaria, gli accordi conclusi in deroga all'art. 2112 Cod. civ., sono vincolanti per tutti i lavoratori interessati, a prescindere dalla loro adesione al sindacato stipulante; la legge, del resto, non prevede il requisito dell'adesione, indicando come destinatari del contratto "i lavoratori il cui rapporto continua con l'acquirente". Sul punto, F. CARINCI, *Commentario al diritto del lavoro: il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e scioglimento*, Torino, 1998, pag. 1087 e segg. Di diverso avviso, Trib. Sulmona, 5 dicembre 2007, cit., secondo cui, in virtù del principio di autonomia contrattuale, sarebbe indispensabile l'espresso consenso dei singoli lavoratori interessati, non potendo essere "rimessa la scelta dei dipendenti, senza alcun limite, al datore di lavoro e, quindi, agli organi della procedura concorsuale alienante".

⁽⁸²⁾ Per approfondimenti, B. GRANDI, *La sorte dei rapporti di lavoro nell'affitto e nella retrocessione delle aziende sottoposte a procedura concorsuale*, in *Dir. Merc. Lav.*, 2006, cit., pag. 282. Il mancato rispetto degli obblighi di informazione e consultazione sindacale sulla validità del negozio circolatorio è definito condotta antisindacale dal d. lgs. n. 18 del 2001, in riforma dello stesso art. 47. Sul punto non paiono pacifiche le conclusioni di dottrina e giurisprudenza.

tutela del lavoro (e non alla mera tutela della retribuzione), alla riduzione del ricorso agli ammortizzatori sociali, nonché al contemporaneo soddisfacimento degli interessi del ceto creditorio⁽⁸³⁾, non viene compromesso. Ancora oggi, infatti, la scelta se non proprio di derogare all'art. 2112 Cod. Civ., quanto meno di introdurre limiti alla sua applicazione, risponde all'esigenza di garantire almeno una parte dei livelli occupazionali, laddove non fosse possibile assicurarli nella totalità, al fine di rendere più appetibile e commerciabile l'azienda, piuttosto che applicare l'art. 2112 Cod. Civ. con l'obbligo di mantenere intatti i livelli occupazionali al quale si associa la improbabile possibilità di collocare l'azienda sul mercato.

2.3.3. L'esercizio endoconcorsuale dell'impresa.

A completamento di un lungo percorso di interventi settoriali e speciali indirizzati soprattutto ad aziende dotate dei requisiti di ammissione alla cassa integrazione guadagni, ovvero alle aziende cosiddette "socialmente rilevanti", la riforma delle procedure concorsuali, così come risultante dalle novità introdotte dapprima con il D.L. 14 marzo 2005, n. 35, convertito dalla Legge 14 maggio 2005, n. 80 e, quindi, dal D. Lgs. 9 gennaio, n. 5, ed infine dal D. Lgs. 12 settembre 2007, n. 169⁽⁸⁴⁾, è intervenuta in tema di esercizio provvisorio dell'impresa del fallito (art. 104, L.F.), di affitto (art. 104-bis, L.F.) e di vendita dell'azienda (art. 105, L.F.). Tali norme muovono dal presupposto della sopravvivenza della *res* azienda alla dichiarazione di insolvenza, eventualmente anche in un'articolazione diversa da quella originaria. Del resto, l'apparato normativo è coerente con una visione di azienda intesa come complesso di beni e persone organizzato attraverso l'attività di coordinamento dell'imprenditore che non si estingue per effetto dell'evento concorsuale in sé, bensì solo a causa della concreta ed effettiva disgregazione dei fattori della produzione⁽⁸⁵⁾.

Fatta eccezione per l'amministrazione straordinaria, con l'art. 3, quarto comma, L. 23 luglio 1991, n. 223, il legislatore per la prima volta faceva menzione dell'affitto e della vendita unitaria dell'azienda nel corso di procedure concorsuali di tipo liquidatorio, sebbene in condizioni peculiari e con riferimento ad aziende socialmente rilevanti sotto il profilo occupazionale, conferendo veste normativa al principio secondo cui la procedura concorsuale non genera di per sé la disgregazione del complesso produttivo che, pertanto, può conservare la sua autonomia giuridica nelle vicende della procedura⁽⁸⁶⁾.

⁽⁸³⁾ F. FIMMANÒ, *Concordato preventivo e circolazione del ramo d'azienda*, op. cit., pag. 837.

⁽⁸⁴⁾ Le modifiche apportate dalla Legge 18 giugno 2009, n. 69, non sembrano aver inciso sul contenuto delle disposizioni oggetto di esame in questa sede.

⁽⁸⁵⁾ Corte Cass., 9 giugno 1981, n. 3723, in *Giust. Civ.*, 1981, I, pag. 2492 e segg.

⁽⁸⁶⁾ F. FIMMANÒ, *Concordato preventivo e circolazione del ramo d'azienda*, op. cit., cit., pag. 835.

Riflesso dell'avvertita esigenza di sostenere i livelli occupazionali mediante la conservazione dell'azienda e di ridurre i danni che l'evento del dissesto produce, la norma è diretta ad incentivare quella gestione accorta dell'impresa che normalmente manca durante la procedura concorsuale sino al momento della vendita, attraverso investimenti produttivi e miglioramenti.

Il parametro dimensione riscontrabile nella L. n. 223 del 1991, così come nell'art. 47, L. n. 428 del 1990, fa sì che le disposizioni in esse contenute siano applicabili solo alle imprese che abbiano occupato mediamente più di quindici lavoratori nel semestre precedente alla data di presentazione della richiesta di intervento straordinario di integrazione salariale. Ne deriva che il diritto di prelazione riconosciuto all'imprenditore che, "a titolo di affitto, abbia assunto la gestione, anche parziale, di aziende appartenenti ad imprese assoggettate alle procedure di cui comma 1" (art. 3, comma quarto, L. n. 223 del 1991), e che può esercitare nell'acquisto delle medesime, riguarda le sole imprese che posseggano tale requisito dimensionale, nell'ottica di incentivare l'occupazione reale, evitando il ricorso agli ammortizzatori sociali ⁽⁸⁷⁾.

Diverse rispetto all'ipotesi di continuazione dell'impresa direttamente in capo al curatore sono le fattispecie a natura circolatoria quali l'affitto o la vendita a terzi ⁽⁸⁸⁾. In questi casi, ovviamente, al curatore non spetta una gestione schiettamente imprenditoriale, bensì una gestione da realizzarsi nel rispetto delle finalità pubblicistiche della procedura, tenuto conto del primario ruolo di organo pubblico dato alla curatela.

A ben vedere, nulla esclude che la proposta di concordato preveda un affitto d'azienda (endoconcorsuale o preesistente) ad un terzo in funzione o meno della successiva vendita; inoltre, l'affitto non implica necessariamente ritardi nella liquidazione, dal momento che non impedendo la tempestiva vendita, può essere al contrario preordinato proprio a tale forma di liquidazione; allo stesso tempo si conserva la funzionalità dell'apparato economico-produttivo, nonché l'aggregazione di quei valori patrimoniali e della professionalità già acquisita dai lavoratori, che fino a quel momento hanno consentito l'esercizio dell'impresa ⁽⁸⁹⁾. Tale interpretazione, peraltro, sembra coerente con il modello scelto dal legislatore, seppur con riferimento al solo fallimento, come si evince dagli artt. 104 *bis*, primo comma, e 105, primo comma, L.F.

⁽⁸⁷⁾ La lettura complessiva dei quattro commi dell'art. 3 della L. n. 223, consente di pervenire alla conclusione secondo cui, qualora l'azienda rimanga in esercizio in corso di procedura, perché l'attività economica non è cessata, non viene concesso alcun trattamento di integrazione salariale, in quanto i lavoratori restano in carico all'impresa. Così, F. FIMMANÒ, *Concordato preventivo e circolazione del ramo d'azienda*, op. cit., pag. 836. Stando alle indicazioni fornite dalla giurisprudenza, prima della riforma, la continuazione dell'esercizio dell'attività economica era possibile sia nel concordato preventivo finanziario in relazione alla salvaguardia dell'impresa del debitore, sia nel concordato con cessione dei beni in funzione della conservazione dell'azienda finalizzata ad una vendita più proficua, sia nelle fattispecie di concordato cosiddette "miste" (per tutte, Corte Cass., 5 agosto 1996, n. 7140, in *Dir. Fall.*, 1997, II, pag. 277).

⁽⁸⁸⁾ Per approfondimenti, B. GRANDI, *La sorte dei rapporti di lavoro nell'affitto e nella retrocessione delle aziende sottoposte a procedura concorsuale*, op. cit., cit., pag. 268.

⁽⁸⁹⁾ F. FIMMANÒ, *Concordato preventivo e circolazione del ramo d'azienda*, op. cit., pag. 835.

A differenza della precedente legislazione, l'esercizio provvisorio dell'impresa non deve essere concepito come un'attività meramente amministrativa e di tenuta contabile, bensì, proprio in virtù del riconoscimento del carattere propulsivo e del profilo di maggiore responsabilità attribuito alla curatela, sarà finalizzato a massimizzare i valori aziendali in vista delle finalità ultime di liquidazione.

2.3.3.1. (segue) L'affitto.

Una delle opzioni espressamente contemplate dalla legge fallimentare è l'affitto endoconsorsuale che pone problemi analoghi alla vendita unitaria dell'azienda, dal momento che le norme lavoristiche mettono sullo stesso piano ogni forma di circolazione dell'azienda sotto il profilo degli effetti sui rapporti di lavoro subordinato ⁽⁹⁰⁾.

Il legislatore, conscio della complessità dell'attuale realtà economica e della sua variabilità sotto il profilo dimensionale, settoriale, geografico, temporale ed organizzativo, senza far propri ideali illusori di risanamento dell'impresa, ma animato dalla necessità di salvare il salvabile, si preoccupa di garantire il recupero, il reimpiego e la riallocazione di quei cespiti aziendali ancora – almeno potenzialmente – produttivi. È lo stesso spirito che lo porta a riconoscere piena legalità e disciplina all'affitto di azienda endofallimentare, con il preciso obiettivo di renderla più appetibile agli occhi di eventuali acquirenti e non di apportare liquidità alla procedura fallimentare ⁽⁹¹⁾.

Ne deriva una valutazione positiva dell'affitto nella logica di sostegno alla conservazione dell'azienda che, peraltro, consenta di evitare che i creditori precedenti siano pregiudicati dalla condotta dissennata dell'affittuario.

Questo è quanto emerge dall'art. 104 *bis* L.F. che, risolvendo l'antica questione se l'affitto dell'azienda costituisca o meno atto ammissibile in una procedura destinata alla liquidazione dei

⁽⁹⁰⁾ A ben vedere, l'affitto, soprattutto quello endofallimentare, «*impone la continuità dell'impresa esercitata dal fallito*» F. FIMMANÒ, *La circolazione dell'azienda nel fallimento*, in *Riv. Not.*, 2007, spec. pag. 279. Secondo l'Autore, la successione nell'impresa dell'alienante presuppone l'identità oggettiva dell'attività economica che il subentrante andrà ad esercitare rispetto a quella del dante causa. Per quanto riguarda gli effetti sui debiti aziendali, cioè inerenti all'esercizio dell'azienda ceduta, anteriori al trasferimento, egli esclude che normalmente l'affittuario vi subentri con l'eccezione di quanto sancito dall'art. 2112 Cod. Civ., con riferimento ai debiti scaturenti da rapporti di lavoro subordinato.

⁽⁹¹⁾ La finalità, sia dell'esercizio provvisorio, sia dell'affitto d'azienda è sempre conservativa, mai di risanamento o di ristrutturazione dell'azienda. Entrambi soddisfano ad un requisito di economicità, nel senso che, quantomeno, non devono depauperare l'attivo fallimentare. Tuttavia, mentre nell'esercizio provvisorio il rischio che incombe sulla curatela è un vero e proprio rischio di impresa il quale si esprime nella collocazione in prededuzione dei crediti che sorgono da esso, nel caso dell'affitto il rischio della curatela è rappresentato dagli eventuali comportamenti inadempienti dell'affittuario rispetto alle obbligazioni che nascono dal contratto di affitto, in primo luogo le obbligazioni *ex art.* 2561 Cod. Civ., che, pur riguardano l'usufrutto, si applica altresì all'affitto. Si segnalano, tra gli altri, i rischi connessi alla dispersione dei beni dell'azienda (soprattutto la sottrazione dell'avviamento, quando l'affittuario sia un imprenditore del medesimo settore merceologico dell'impresa fallita). Si rinvia a M. DALLACASA, *Riforma della legge fallimentare e rapporti di lavoro*, op. cit.

cespiti, prevede che, previo parere favorevole del comitato dei creditori e autorizzazione da parte del giudice delegato, il curatore possa affittare a terzi l'azienda o un suo ramo, quando ciò sia utile al fine della più proficua vendita della stessa azienda o di parti di essa. Stando all'art. 104 *bis*, secondo comma, L.F., la scelta dell'affittuario – previa garanzia della massima informazione e partecipazione degli interessati attraverso adeguate forme di pubblicità - deve tener conto dell'ammontare del canone offerto, nonché delle garanzie prestate, dell'attendibilità del piano di prosecuzione delle attività imprenditoriali, “*avendo riguardo alla conservazione dei livelli occupazionali*”. Per volontà del legislatore, pertanto, l'interesse dei lavoratori viene ritenuto in sé meritevole di tutela ⁽⁹²⁾.

Si è già avuto modo di segnalare nel precedente capitolo come il riferimento alla conservazione dei livelli occupazionali in materia di affitto d'azienda non vada considerato quale interesse autonomo e confliggente con quello dei creditori ⁽⁹³⁾, sia perché l'espressione “tenuto conto” utilizzata dal legislatore può essere tacciata di eccessiva vaghezza, sia perché è pur sempre il comitato dei creditori ad autorizzare il contratto e la scelta del contraente. Ne deriva che l'attenzione alla conservazione dei livelli occupazionali debba essere letta in chiave strumentale alla conservazione dell'efficienza dell'impresa, sempre in una prospettiva volta a privilegiare le scelte reversibili rispetto a quelle irreversibili. A parità di benefici economici per i creditori, la scelta di conservare più rapporti di lavoro deriva da un principio di buona gestione e solidarietà che può farsi discendere dall'art. 2 Cost. Analogo ragionamento può essere esteso all'ipotesi di concordato preventivo: tutto ciò che il debitore propone con il piano (inclusa l'eventuale cessione dell'azienda), deve per definizione incontrare il favore dei creditori, i quali, in caso contrario non darebbero la loro necessaria approvazione (artt. 160, 177 e 180 L.F.).

Il richiamo alla conservazione dei livelli occupazionali contenuto nell'ultima parte della norma, a ben vedere, riproduce un criterio contenuto nell'art. 63, D. Lgs. n. 270 del 1999, in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza, per la vendita delle aziende in esercizio; tale norma prevede che la comparazione delle offerte pervenute dovrà essere condotta non solo alla luce dell'interesse dei creditori al massimo realizzo, ma anche in relazione alla prosecuzione dell'attività economica ed alla conseguente conservazione dei livelli occupazionali. Pertanto, proprio perché l'affitto endoconcorsuale non viene stipulato al fine diretto della massima realizzazione attraverso il canone, «*ma al fine indiretto e mediato di una più proficua alienazione dell'azienda o di parti della stessa*» ⁽⁹⁴⁾, in fase di affitto, a differenza di quanto avviene nella

⁽⁹²⁾ M. DALLACASA, *Riforma della legge fallimentare e rapporti di lavoro*, op. cit..

⁽⁹³⁾ F. FIMMANÒ, *Esercizio provvisorio dell'impresa del fallito*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, Commentario diretto da A. JORIO e coordinato da M. FABIANI, Bologna, 2006, vol. II, pag. 1575 e segg.

⁽⁹⁴⁾ F. FIMMANÒ, *La circolazione dell'azienda nel fallimento*, op. cit., pag. 271. L'Autore aggiunge che «l'obiettivo della massima soddisfazione attraverso la liquidazione resta prioritario e impedisce la possibilità di considerare anche

vendita, potrà essere accettato un canone inferiore a fronte di migliori garanzie di mantenimento dei livelli occupazionali e di prosecuzione delle attività imprenditoriali ⁽⁹⁵⁾. La finalità perseguita, pertanto, non è il massimo realizzo ma la conservazione dei complessi aziendali in attività (art. 55, D. Lgs. n. 270 del 1999), che dovrà essere perseguita tutte le volte che sarà possibile.

Nell'ipotesi di vendita di aziende in esercizio da parte del commissario straordinario, lo "sconto" che riceve l'acquirente è la contropartita per il suo impegno a proseguire la gestione, anche se in perdita, ed a mantenere i livelli occupazionali (art. 63, D. Lgs. n. 270 del 1999). Per quanto concerne le aziende socialmente rilevanti, infatti, il legislatore prevede che il trasferimento si realizzi mediante l'assunzione da parte dell'acquirente dell'obbligo di mantenimento dei livelli occupazionali stabiliti nell'atto di vendita per almeno un biennio, ferma restando la possibilità per le parti di limitare la vicenda circolatoria ad alcuni lavoratori, ovvero quelli previamente individuati come eccedentari (art. 63, D. Lgs. n. 270 del 1999) ⁽⁹⁶⁾.

Il costo del salvataggio dei posti di lavoro, quando ad essere coinvolti siano tanti nello stesso momento, anziché ricadere su fondi pubblici ricade sui creditori, quasi a voler tutelare non tanto i lavoratori in sé, quanto la pace sociale che rischierebbe di essere compromessa da licenziamenti massicci ed improvvisi ⁽⁹⁷⁾.

Tornano alla disciplina fallimentare, sotto il profilo della scelta dell'affittuario, essa è rimessa al curatore per il tramite di una procedura competitiva, *ex art. 107 L.F.* Il dilemma sulla prelazione dell'affittuario nell'acquisto dell'azienda - sul quale la giurisprudenza della Corte di Cassazione aveva espresso opinioni oscillanti anche in seguito all'entrata in vigore della Legge n. 223 del 1991 che garantisce senza condizioni all'imprenditore affittuario di aziende appartenenti ad imprese assoggettate a procedure concorsuali il diritto di prelazione - viene risolto con la riforma che prevede che tale prelazione possa essere convenzionalmente prevista all'interno del contratto, divenendo argomento di trattativa tra le parti ⁽⁹⁸⁾. In assenza di qualsivoglia esplicito riferimento alla procedura prevista dall'art. 47, L. n. 428 del 1990, fatta eccezione per un timido richiamo alla necessità di attivare la procedura di consultazione sindacale in caso di trasferimento d'azienda

la redditività negativa dell'azienda oggetto di trasferimento (c.d. *badwill*) a differenza di quanto accade nell'Amministrazione straordinaria».

⁽⁹⁵⁾ L'inciso, contrariamente a quanto si legge nella Relazione ministeriale, non è ripetuto con riferimento alla vendita.

⁽⁹⁶⁾ C. FIORE, *La nuova procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese commerciali insolventi: effetti sul rapporto di lavoro e problematiche connesse*, in *Dir. Fall.*, 2001, I, 223: nella determinazione del prezzo di vendita, il legislatore offre la possibilità alle parti di tener conto non solo del valore intrinseco dei beni e della redditività, ma anche dell'eventuale accollo di specifiche passività da parte dell'acquirente, come ad esempio i debiti relativi al TFR dei dipendenti. L'argomento è stato affrontato anche nel par. 1.6.2. del precedente capitolo, al quale si rinvia.

⁽⁹⁷⁾ L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, Bologna, 2007, pag. 78.

⁽⁹⁸⁾ La prelazione potrà essere concessa solo previa autorizzazione del giudice delegato e previo parere favorevole del comitato dei creditori.

contenuto nell'art. 105, comma terzo, D. Lgs. n. 5 del 2006, si ritiene che tale normativa debba continuare a trovare applicazione in modo invariato ⁽⁹⁹⁾.

Come noto, il diritto di prelazione per l'affittuario introdotto dalla nuova legge fallimentare trova il proprio antecedente nell'art. 3, L. n. 223 del 1991, che aveva previsto tale istituto per le imprese soggette alla disciplina del trattamento straordinario di integrazione salariale; tuttavia, mentre nel caso dell'art. 3, L. n. 223 del 1991 si è in presenza di prelazione legale, nel caso dell'art. 104 *bis*, quinto comma, L.F., e quindi per l'impresa non socialmente rilevante, si tratta di prelazione convenzionale, che sussiste solo laddove prevista nel contratto di affitto ⁽¹⁰⁰⁾.

Il diritto di prelazione riconosciuto all'affittuario che stipuli un contratto di affitto con l'autorizzazione degli organi fallimentari, risponde alla necessità di compensare l'imprenditore degli investimenti da lui apportati nell'impresa in crisi, trattandosi di un incentivo di carattere sociale a questi riconosciuto per aver sollevato la società insolvente e la collettività degli oneri sociali dei dipendenti garantendo la continuazione dell'attività. Il beneficio è condizionato alla capacità del contratto di salvaguardare – almeno parzialmente – l'occupazione quale interesse costituzionalmente tutelato ⁽¹⁰¹⁾.

2.3.3.2. (segue) La retrocessione.

La Legge 6 gennaio 2006, n. 5, modificativa ed integrativa del R.D. 16 marzo 1942, n. 267, ha introdotto l'istituto dell'affitto di azienda, regolamentando altresì gli effetti della retrocessione dell'azienda dell'affittuario al fallimento ⁽¹⁰²⁾.

Per retrocessione si intende l'ipotesi traslativa consistente nella restituzione dell'azienda al primo cedente. Pur concretizzando una sostituzione soggettiva nei rapporti coinvolti, «opera nella forma di un accrescimento del diritto per riespansione e non anche in virtù di una successione in

⁽⁹⁹⁾ La dottrina, pur nel silenzio della legge, ha stabilito che la retrocessione costituisce un nuovo trasferimento d'azienda, tale da comportare il passaggio dell'intero complesso di beni – insieme a tutti i rapporti riferibili riferibili alla sua gestione – dall'affittuario al locatore. Nel caso di fallimento del proprietario locatore dell'azienda, pertanto, a questi subentrerà il curatore il quale, a norma del fallimento, sarà tenuto a dare puntuale esecuzione ai rapporti pendenti secondo quanto stabilito per i crediti prededucibili. Quanto detto vale anche per i rapporti giuridici pendenti ai quali si applicano le tutele previste dall'art. 2112 Cod. Civ.

⁽¹⁰⁰⁾ Sul fatto che nel contratto si possa inserire una clausola di risoluzione automatica dell'affitto per il caso di vendita dell'azienda, M. DALLACASA, *Riforma della legge fallimentare e rapporti di lavoro*, op. cit.

⁽¹⁰¹⁾ Per la giurisprudenza, in tal senso, Corte Cass., 5 maggio 2000, n. 5643, in *Dir. Fall.*, 2000, II, pag. 690 e segg.

⁽¹⁰²⁾ L'istituto dell'affitto di azienda, seppur in assenza di una precisa disciplina legale, in realtà aveva già ricevuto legittimazione dalla giurisprudenza come strumento utile alla rivalorizzazione degli attivi aziendali. Rispetto alla prassi diffusa negli anni passati, tra le condizioni per poter dare in affitto l'azienda fallita, accanto all'autorizzazione del giudice, oggi è altresì prevista quella del previo e vincolante parere favorevole del comitato dei creditori. Corte Cass. 7 luglio 1992, n. 8252, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1993, II, pag. 589 e segg. In dottrina si rinvia a A. SANDULLI, *In tema di affitto di azienda e di amministrazione del patrimonio del fallito da parte degli organi del fallimento*, in *Foro It.*, 1959, 685; nonché A. FONTANA, *Affitto di azienda e reintegrazione nel posto di lavoro*, in *Dir. Lav.*, 1975, II, 190.

senso tecnico»⁽¹⁰³⁾. Poiché come si evince dalla disciplina relativa al diritto di prelazione e dalla previsione contenuta nell'art. 104 *bis*, L.F., l'affitto d'azienda è strumentale alla vendita, qualora al termine del contratto di affitto non si provvedesse alla vendita del complesso aziendale, l'azienda tornerebbe alla procedura.

Posto che tanto la dottrina quanto la giurisprudenza attribuiscono al concetto di trasferimento un contenuto ampio, mostrando indifferenza allo strumento tecnico con il quale il trasferimento (dunque la sostituzione soggettiva del rapporto di lavoro) ha luogo⁽¹⁰⁴⁾, occorre chiedersi se la fattispecie costituita dalla restituzione dell'azienda al locatore in caso di affitto (o, eventualmente, al proprietario nel caso di usufrutto) possa integrare un'ipotesi di trasferimento *ex art.* 2558 Cod. Civ., e dunque, anche ai sensi dell'art. 2112 Cod. Civ., sotto il profilo dei rapporti di lavoro⁽¹⁰⁵⁾.

Dopo aver sancito che la retrocessione al fallimento di aziende o rami di aziende non comporta la responsabilità della procedura per i debiti maturati sino alla retrocessione, in deroga agli artt. 2112 (che afferma la continuazione del rapporto di lavoro alle dipendenze del cessionario e la tutela dei diritti da lavoro maturati fino al trasferimento anche attraverso il principio della responsabilità solidale dell'acquirente) e 2560 Cod. Civ. (che stabilisce la corresponsabilità dell'acquirente per tutti i crediti risultanti dai libri contabili), il comma 6, dell'art. 104-*bis*, L.F., aggiunge che «*ai rapporti pendenti al momento della retrocessione si applicano le disposizioni di cui alla Sezione IV del Capo III del Titolo IP*», senza operare alcuna distinzione tra rapporti pendenti proseguiti dall'affittuario, ma non ancora interamente eseguiti al termine dell'affitto e contratti stipulati *ex novo* dall'affittuario, ma rimasti ancora ineseguiti (totalmente o parzialmente) al momento della retrocessione. Al curatore del fallimento, pertanto, vengono attribuite le stesse prerogative che

⁽¹⁰³⁾ B. GRANDI, *La sorte dei rapporti di lavoro nell'affitto e nella retrocessione delle aziende sottoposte a procedura concorsuale*, op. cit., cit., pag. 276.

⁽¹⁰⁴⁾ Nel disciplinare il trasferimento d'azienda, il legislatore ha posto esplicitamente tanto l'affitto, quanto l'usufrutto sullo stesso piano della vendita, quali negozi traslativi.

⁽¹⁰⁵⁾ La giurisprudenza ritiene che la retrocessione possa essere considerata una sostituzione soggettiva e, in quanto tale suscettibile di vedersi applicata la disciplina civilistica sul trasferimento d'azienda. In realtà, «la fattispecie della retrocessione si riconduce alla disciplina sulla cessione di azienda solamente per mezzo di un'interpretazione analogica (e non estensiva) tale da non nascondere l'anomalia rispetto al tipico negozio successorio...Nella figura della retrocessione è evidente il fatto della mancanza, nel soggetto restitutore, della qualità di dante causa, non realizzando il passaggio (ritorno) dell'azienda da quest'ultimo al locatore (od al proprietario) alcun effetto acquisitivo derivato ma solo, più verosimilmente, una riespansione del diritto del primo cedente al venir meno dell'obbligazione che lo ha temporaneamente gravato. Diversamente da quanto accade nella cessione in genere, nella retrocessione il fenomeno della sostituzione soggettiva (quale indubbiamente si riscontra con il reingresso del primo cedente nei rapporti relativi all'impresa) non ha propria causa in un negozio giuridico, ma trova piuttosto la propria ragione in una situazione di mero fatto, qual è l'estinzione del rapporto negoziale di affitto o di usufrutto (o l'estinzione di un contratto di vendita per risoluzione, ad esempio). La retrocessione segue un fatto estintivo, non un negozio giuridico» (B. GRANDI, *La sorte dei rapporti di lavoro nell'affitto e nella retrocessione delle aziende sottoposte a procedura concorsuale*, in *Dir. Merc. Lav.*, 2006, n. 1-2, cit., pag. 275).

aveva al momento della dichiarazione di fallimento, *ex art. 72 e segg., L. F.*, salvo i casi di prosecuzione o scioglimento automatico ⁽¹⁰⁶⁾.

Ne deriva che, nel contesto fallimentare, il rapporto di lavoro è considerato sia nella prospettiva di una fonte di debito privilegiato (crediti di lavoro già maturati e non pagati, artt. 111 e 2751 *bis* Cod. Civ.), sia in prospettiva di un contratto pendente e, dunque, regolamentato alla luce della normativa generale civilistica sulla cessione dei contratti e nei contratti.

In passato, in assenza di esplicita disciplina nella legge fallimentare, in tema di debiti e contratti in essere al momento della retrocessione, trovavano applicazione le norme comuni; pertanto, dal momento che all'affitto non si applica l'art. 2560 Cod. Civ., che riguarda solo l'alienazione dell'azienda, si riteneva per analogia che i debiti non passassero in carico alla curatela al momento della cessazione dell'affitto, fatta eccezione per i debiti da lavoro dipendente, *ex art. 2112 Cod. Civ.* Inoltre, mentre i contratti stipulati dall'affittuario si trasferivano alla curatela, secondo quanto stabilito dall'art. 2558 Cod. Civ., l'art. 104 *bis* L.F., stabilisce che ai contratti in corso si applica la disciplina dei rapporti pendenti al momento del fallimento; i rapporti di lavoro con i lavoratori assunti dall'affittuario, dunque, entreranno in una fase di "quiescenza", in attesa che il curatore opti per la loro prosecuzione o per il licenziamento ⁽¹⁰⁷⁾.

Tuttavia, stando alle indicazioni fornite dalla giurisprudenza, sarebbe arbitrario escludere la retrocessione dalle tutele di cui all'art. 2112 Cod. Civ., qualora il soggetto cui viene restituita l'azienda la utilizzi al fine della continuazione dell'attività imprenditoriale, con il conseguente coinvolgimento dei rapporti di lavoro; l'estensione della disciplina sul trasferimento alle ipotesi di retrocessione trova, dunque, giustificazione a condizione che il locatore riutilizzi il bene-azienda in funzione dell'esercizio dell'attività di cui esso è strumento ⁽¹⁰⁸⁾.

Il carattere effettivo dell'esercizio di impresa, anche per la retrocessione, costituirebbe il presupposto giustificativo per l'applicazione della disciplina lavoristica, sostenuta dalla necessità di tutelare un rapporto di lavoro nella sua continuazione in capo ad un nuovo titolare o di evitare eventuali pretesti per l'elusione della disciplina sulla giustificazione necessaria dei licenziamenti.

In realtà, nelle ipotesi di applicazione dell'art. 104 *bis* L.F., la relativa disciplina non può che riferirsi all'idoneità in astratto dell'azienda ad esercitare l'impresa; diversamente, significherebbe considerare parte integrante della fattispecie da regolare un elemento non suscettibile di essere valutato a priori, quale è il reale e concreto svolgimento di un'attività d'impresa; la tutela del prin-

⁽¹⁰⁶⁾ Secondo l'orientamento prevalente ante riforma, ancorché non espressamente disciplinata dal legislatore, la disciplina dettata dagli artt. 2558 e 2112 Cod. Civ., trovava applicazione anche nell'ipotesi di retrocessione dell'azienda. Per approfondimenti, pag. 288 e segg.

⁽¹⁰⁷⁾ Sull'argomento si tornerà nel capitolo successivo.

⁽¹⁰⁸⁾ Corte Cass., 21 maggio 2002, n. 7458, in *Foro It.*, 2002, I, col. 2278 e segg. Favorevole ad un'interpretazione estensiva, F. P. CENSONI, *La sorte dei rapporti pendenti nel fallimento nel caso di affitto di azienda*, in *Giur. Comm.*, 2003, I, pag. 333 e segg.

cipio di libertà di impresa consente di valutare la bontà dell'attività in modo diverso nel corso del tempo ⁽¹⁰⁹⁾.

Infine, il fatto che l'art. 104 *bis* L.F. faccia esplicito riferimento all'ipotesi di vendita dell'attivo aziendale, dimostra come essa concepisca l'affitto d'azienda nell'ottica di una futura vendita del complesso aziendale, nella prospettiva della liquidazione in favore dei creditori.

Si è già detto ⁽¹¹⁰⁾ che proprio perché non è dato conoscere a priori se nel caso concreto sussistano le circostanze (esercizio d'impresa) che legittimano l'applicazione della disciplina prevista per il caso di trasferimento d'azienda nelle ipotesi di retrocessione, tale applicazione rappresenta una forzatura e sarebbe preferibile una tecnica regolamentare di *soft law* maggiormente aderente alle circostanze concrete, in un quadro di principi fermi e generali.

Per quanto riguarda i debiti contratti dall'affittuario verso i lavoratori a seguito della retrocessione dell'azienda, ovvero a seguito della restituzione della medesima al fallimento, va esclusa ogni responsabilità del fallimento, alla luce della deroga espressa alle norme di cui all'art. 2112, Cod. Civ. (art. 104-*bis*, ultimo comma, L.F.).

Per quanto concerne, invece, la prosecuzione del rapporto, a seguito di retrocessione, questa è di regola indirettamente sancita - nell'interesse del lavoratore - da una norma imperativa, per cui la pattuizione contraria sarebbe in opponibile al terzo.

Nelle ipotesi di scadenza, risoluzione del contratto di affitto, recesso dell'affittuario o comunque mancata acquisizione dell'azienda da parte di quest'ultimo, i rapporti di lavoro, per effetto della retrocessione, si ritrasferiscono al locatore-fallimento in quanto inerenti all'azienda e poi eventualmente ad un nuovo affittuario, o all'aggiudicatario.

La tesi secondo la quale la fattispecie disciplinata dall'art. 2112, Cod. Civ, ricorre anche nell'ipotesi di restituzione dell'azienda al concedente, sempre che rimangano immutati l'organizzazione dei beni aziendali e lo svolgimento della medesima attività, è in antitesi con quella di chi in passato - richiamandosi all'operatività della deroga - ha sostenuto che i rapporti di lavoro non potrebbero essere ritrasmessi alla curatela; diversamente, la procedura dovrebbe attuare il licenziamento dei dipendenti con conseguente responsabilità per l'erogazione dell'indennità di preavviso e, in ogni caso, diverrebbe solidalmente responsabile per i debiti, per retribuzioni

⁽¹⁰⁹⁾ B. GRANDI, *La sorte dei rapporti di lavoro nell'affitto*, op. cit., spec. pagg. 278-279.

⁽¹¹⁰⁾ B. GRANDI, *Op. ult. cit.*; rimanda altresì alle note 100 e 101. «In tutti i casi di retrocessione dell'impresa *in bonis*, la retrocessione potrà legittimamente sottostare al regime vincolato *ex* art. 2112 c.c. solo in virtù di un controllo a posteriori, e non anche in virtù di un principio generico e generalizzante di assimilazione alla fattispecie della cessione di ramo di azienda» (B. GRANDI, *La sorte dei rapporti di lavoro nell'affitto*, op. cit., cit., pag. 279. Il legislatore fallimentare, tuttavia, ha trovato un'attenuante nel medesimo art. 104 *bis* l.f., nell'ipotesi di affitto contrattato con clausola convenzionale di prelazione a favore dell'affittuario, che obbligherebbe l'affittuario ad impegnarsi per la continuazione d'impresa dopo l'affitto).

maturate in costanza di affitto e per trattamento di fine rapporto ⁽¹¹¹⁾. In realtà, a parte il fatto che adesso la novella esclude espressamente ogni ipotesi di accollo dei debiti, il diritto al mantenimento del rapporto di lavoro (anche a seguito del trasferimento dell'azienda) sancito dall'art. 2112, Cod. Civ., ha natura pubblicistica e tende a prevalere sull'interesse, anch'esso pubblicistico, dei creditori. Il legislatore ha voluto, ad esempio, incentivare, con la deroga di cui all'art. 47 della L. n. 428 del 1990, la circolazione endoconcorsuale per favorire la conservazione dei posti di lavoro; in caso di retrocessione questa motivazione di fondo non c'è, dal momento che la conservazione dei posti di lavoro sarà legata esclusivamente alla possibilità di cedere o affittare l'azienda ad un nuovo imprenditore.

Il subentro della procedura, inoltre, potrebbe potenzialmente danneggiare la massa; il curatore, tuttavia, quale successore nel rapporto di lavoro dipendente, potrà provvedere a seconda dei casi a richiedere l'intervento di integrazione salariale straordinaria, a collocare in mobilità il personale eccedente rispetto alla potenzialità produttiva del complesso o a licenziare, sempre previo esperimento delle eventuali procedure richieste dalla dimensioni dell'azienda. La curatela, in tal caso, si troverebbe nella stessa situazione in cui normalmente versa all'apertura del fallimento laddove l'impresa ha dipendenti ancora in carico ⁽¹¹²⁾.

2.3.3.3. (segue) La vendita.

L'ipotesi della vendita endoconcorsuale è disciplinata dall'art. 105 L.F. Il curatore si trova nella situazione di dover analizzare i presumibili vantaggi derivanti dalla vendita dell'intero complesso aziendale (o di suoi rami o di beni o rapporti giuridici individuabili in blocco), perché tali forme di liquidazione debbono essere preferite rispetto alla vendita atomistica delle singole componenti soltanto nella misura in cui si preveda una maggiore soddisfazione dei creditori» ⁽¹¹³⁾.

Il criterio della convenienza economica, che in genere guida la scelta tra differenti soluzioni, è attenuato solo nella liquidazione di imprese socialmente rilevanti ove il criterio viene temperato

⁽¹¹¹⁾ A. CAIAFA, *I rapporti di lavoro nelle procedure concorsuali*, Padova, 1994, pag. 40, il quale evidenzia il rischio che tali oneri gravino sulla massa, a prescindere dalla questione se i crediti sorti successivamente all'apertura della procedura, debbano o meno essere considerati prededucibili. Per M. GUERNELLI, *La cessione di azienda nel fallimento*, in *Dir. Fall.*, 1997, I, spec. pag. 1188, invece, in caso di cessazione del rapporto di affitto in corso di procedura con soluzione di continuità rispetto ad una successiva ed eventuale cessione, il fallimento non risponde dei debiti neppure di lavoro, stipulati dall'affittuario e inerenti l'esercizio dell'impresa, in quanto non si verifica la sostituzione di un imprenditore con un altro, neppure a ritroso. Il terzo acquirente subentra nei contratti in corso dell'affittuario solo qualora vi sia passaggio diretto tra l'una gestione e l'altra.

⁽¹¹²⁾ F. FIMMANÒ, *La circolazione dell'azienda nel fallimento*, op. cit., spec. pagg. 290-291.

⁽¹¹³⁾ F. FIMMANÒ, *La circolazione dell'azienda nel fallimento*, op. cit., spec. pag. 543. L'Autore, proprio perché nel fallimento non sempre la liquidazione unitaria è la migliore soluzione, così come non lo è la vendita parcellizzata delle singole componenti, si può prospettare altresì «una forma di vendita di taluni beni previamente scorporati con la cessione in blocco del residuo patrimonio aziendale, oppure la vendita di rami autonomi o ancora l'alienazione di uno o più gruppi omogenei di beni come macchinari, crediti, semilavorati, materie prime».

dall'esigenza di conservazione dell'azienda in funzione del mantenimento dei livelli occupazionali. La circolazione, in questo caso, viene necessariamente condizionata dall'accordo sindacale previsto dalla legge n. 428 del 1990. In concreto, si rende necessario valutare se, in funzione della maggiore soddisfazione dei creditori, la cessione dei singoli beni consenta di realizzare un ricavo pari o superiore a quello realizzabile tramite la vendita unitaria del complesso aziendale, ove il collegamento funzionale può determinare un plusvalore rispetto al valore di ogni singola componente.

In questo senso, «la posizione dei lavoratori, portatori di due diversi interessi, quello al soddisfacimento del proprio credito e quello al mantenimento del posto di lavoro, può assumere particolare rilevanza nel caso di trasferimento: soprattutto per le aziende socialmente rilevanti in cui i lavoratori, per effetto dell'art. 47 della L. n. 428 del 1990, sono divenuti soggetti attivi dello stesso trasferimento, potendo incidere (in virtù dell'eventuale accordo trilatero assunto con alienante ed acquirente) sul prezzo di vendita»⁽¹¹⁴⁾.

Già prima che intervenisse la riforma per le aziende socialmente rilevanti e per quelle gestite da cooperative di lavoratori dipendenti erano state previste eccezioni normative; in questi casi all'affittuario era riconosciuto un diritto di prelazione nella vendita coattiva, riconoscendo una situazione di privilegio per soggetti dotati di particolari requisiti di meritevolezza, in presenza di determinate condizioni.

L'art. 104-*bis*, prevede che la prelazione spetti solo ai oggetti che abbiano stipulato il contratto di affitto dell'azienda con l'autorizzazione degli organi fallimentari, previa valutazione della convenienza della prosecuzione dell'attività e della capacità imprenditoriale dell'affittuario. La nuova norma, inoltre, diversamente dalle ipotesi di prelazione legale, non prevede alcun tipo di automatismo, ma solo la mera possibilità che tale diritto sia convenzionalmente riconosciuto e previsto dallo stesso contratto di affitto.

A seguito della recente modifica dell'art. 47, a ben vedere, non sembrano porsi problemi di coordinamento con la norma di cui all'art. 105, comma terzo, L.F., che, in materia di vendita dell'azienda, di rami, di beni e rapporti in blocco, prevede che “*nell'ambito delle consultazioni sindacali relative al trasferimento d'azienda, il curatore, l'acquirente e i rappresentanti dei lavoratori possono convenire il trasferimento solo parziale dei lavoratori alle dipendenze dell'acquirente e le ulteriori modifiche del rapporto di lavoro consentite dalle norme vigenti*”; proprio il riferimento alle “*ulteriori modifiche del rapporto di lavoro consentite dalle norme vigenti*”, la rende perfettamente adattabile al “nuovo” quadro normativo delineato in materia di trasferimento d'azienda in crisi.

⁽¹¹⁴⁾ F. FIMMANÒ, *La circolazione dell'azienda nel fallimento*, op. cit., cit., pagg. 544-545.

Tuttavia, il fatto che l'art. 105, comma ottavo, L. F., faccia riferimento a “*beni o crediti, con i relativi rapporti contrattuali in corso*”, sembra ammettere la vendita di una parte, non necessariamente coincidente con la nozione di ramo, ovvero come insieme di beni o crediti con i relativi rapporti di lavoro, privi di quel requisito del carattere organizzativo necessario perché si possa identificare un trasferimento d'azienda.

MODIFICHE DELL'OGGETTO DEL CONTRATTO DI LAVORO

2.4. I confini dello ius variandi di fronte ad esigenze aziendali: la tutela della professionalità.

Passando ora alla dimensione “micro”, ovvero quella relativa al singolo rapporto di lavoro, sarà opportuno prendere in considerazione i limiti dello *ius variandi* del datore di lavoro.

Come noto, la possibilità di esigere dal dipendente l'effettuazione di compiti specifici, ulteriori rispetto alla mansioni specificate contrattualmente, purché collocati nell'area professionale di appartenenza, è espressione del potere direttivo del datore di lavoro; esso rappresenta un tratto caratteristico della subordinazione, in quanto risponde alla necessità del datore di adattare l'attività lavorativa alle esigenze che caso per caso possono presentarsi nella gestione organizzativa ed operativa dell'impresa. Tuttavia, è nell'accertamento del limite estremo oltre il quale non può spingersi il potere di conformazione del datore di lavoro che è possibile delimitare la prestazione complessivamente esigibile dal lavoratore ⁽¹¹⁵⁾.

Definite consensualmente in sede di assunzione, le mansioni e la sede di lavoro potranno essere modificate unilateralmente dal datore di lavoro entro i limiti di cui all'art. 2103 Cod. Civ., oppure attraverso un patto modificativo concordato tra datore di lavoro e dipendente che non è disciplinato da tale norma, bensì dalle norme generali sui contratti (art. 1323 Cod. Civ.) ⁽¹¹⁶⁾.

Ne deriva che, quando il mutamento delle mansioni è il risultato dell'esercizio del potere unilaterale del datore troveranno applicazione i limiti previsti dall'art. 2103 Cod. Civ.; qualora esso discenda dalla libera pattuizione delle parti, adottata nell'interesse esclusivo dei lavoratori, non ricorre l'ipotesi contemplata dal primo comma e sanzionata con la nullità dal secondo comma dell'art. 2103 Cod. Civ. ⁽¹¹⁷⁾.

⁽¹¹⁵⁾ A. MARESCA e S. CIUCCIOVINO, *Mansioni, qualifiche e ius variandi*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Diritto del lavoro e della previdenza sociale*, Padova, 1996, spec. pag. 123. Cfr. G. GIUGNI, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Napoli, 1963, pag. 230 e segg.; M. PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova, 1966, pag. 195 e segg.

⁽¹¹⁶⁾ A. MARESCA, *Autonomia e diritti individuali nel contratto di lavoro (Rileggendo “L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro”)*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2009, spec. pag. 112.

⁽¹¹⁷⁾ Costituisce ormai principio consolidato nella giurisprudenza della Suprema Corte che la nullità dei patti contrari – comminata ex art. 2103 Cod. Civ. – riguarda anche il contratto collettivo. Il risultato cui perviene la Suprema Corte, peraltro, è desumibile dal dato testuale dell'art. 40, L. n. 300 del 1970, che fa salve le condizioni dei contratti collettivi e degli accordi sindacali solo se più favorevoli ai lavoratori, nonché – a contrario – se previste da altre disposizioni con cui il legislatore, in via eccezionale, ha autorizzato la contrattazione collettiva ad introdurre una disciplina derogatoria rispetto al disposto dell'art. 2103 Cod. Civ., primo comma. Secondo Corte Cass., 20 maggio 1993, n. 5693, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1994, II, pag. 161 e segg. “...la nullità prevista dal secondo comma dell'art. 2103 cod. civ. riguarda soltanto i patti che regolano l'esercizio dello *ius variandi*, mentre non opera qualora quel lavoratore, per soddisfare un proprio interesse, abbia manifestato, anche tacitamente, un consenso libero al mutamento in pejus delle mansioni”. secondo la Suprema

A ben vedere, tale norma si atteggia a fulcro del bilanciamento del potere direttivo con la necessità di approntare una garanzia finalizzata alla tutela dei lavoratori. Si tratta, pertanto, di bilanciare interessi costituzionalmente rilevanti (artt. 4, 3 e 36 Cost.), con la libertà di iniziativa economica dell'imprenditore che riceve pur sempre riconoscimento costituzionale (art. 41 Cost.)⁽¹¹⁸⁾.

In alcune sentenze, l'eccezione alla generale applicabilità dell'art. 2103 Cod. Civ., è supportata dalla necessità di ponderare non gli interessi contrapposti dei due soggetti antagonisti del rapporto di lavoro, bensì due interessi facenti capo entrambi al prestatore di lavoro, uno interno alla norma (professionalità), l'altro esterno (l'occupazione); in questi casi la rilevanza dell'interesse esterno è tale da assorbire quello interno⁽¹¹⁹⁾.

Ciò che rileva in questa sede è capire se alla stregua della regola del bilanciamento del diritto del datore di lavoro a perseguire un'organizzazione aziendale produttiva ed efficiente con quello del lavoratore al mantenimento del proprio posto di lavoro, qualora sopravvenissero scelte imprenditoriali comportanti l'esternalizzazione di servizi o la loro contrazione a fronte di processi di riconversione o ristrutturazione aziendale, l'adibizione del lavoratore tramite provvedimento unilaterale del datore a mansioni diverse, anche inferiori, a quelle precedentemente svolte, si ponga in contrasto con il dettato codicistico. Sul punto, la giurisprudenza⁽¹²⁰⁾ sembra orientata ad ammettere tale possibilità qualora, restando immutato il livello retributivo, essa rappresenti l'unica alternativa praticabile in luogo del licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

Ad ogni buon conto, il consenso del lavoratore alla dequalificazione, se necessario ad evitare un danno maggiore, al massimo può essere invocato dal datore di lavoro per escludere *“la responsabilità da violazione del divieto di dequalificazione stabilito nell'art. 2103 cod. civ., ma non può fondare un interesse legittimo (alla dequalificazione) del prestatore, prevalente sulla libertà di iniziativa economica della con-*

Corte, dunque, le limitazioni ivi previste non operano qualora i mutamenti delle mansioni siano stati attuati a richiesta del lavoratore, in base ad una *“esclusiva scelta dello stesso, pervenuto a tale unilaterale decisione senza alcuna sollecitazione, neppure indiretta, del datore di lavoro, che l'abbia invece subita”*. In questo senso anche Corte Cass., 2 novembre 1993, n. 10793, *ivi*, 1994, II, pag. 707 e segg.; Corte Cass., 24 ottobre 1991, n. 11297, in *Notiz. Giur. Lav.*, 1991, pag. 327 e segg.; Trib. Fermo 17 aprile 1990, in *Giust. Civ.*, 1992, II, pag. 517 e segg.

⁽¹¹⁸⁾ Sul punto si rinvia a Corte Cass., 7 agosto 1998, n. 7755, in *Orient. Giur. Lav.*, 1998, pag. 697 e segg. e Corte Cost., 16 marzo 1989, n. 108, in *Foro It.*, 1989, I, col. 2705 e segg.

⁽¹¹⁹⁾ C. CESTER, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, Relazione alle Giornate di studio AIDLASS *“Inderogabilità delle norme e disponibilità dei diritti”*, Modena, 18-19 aprile 2008, spec. pag. 31, dattiloscritto, in <http://www.aidlass.org>. Si rinvia altresì a M. NOVELLA, *Dubbi e osservazioni critiche sul principio di insindacabilità delle scelte economico-organizzative dell'imprenditore*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2004, II, pag. 791 e segg.; M. G. GRECO, *Demansionamento e clausole di fungibilità. Danni risarcibili, oneri probatori e profili di autotutela*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2008, pag. 919 e segg.

⁽¹²⁰⁾ In giurisprudenza, Corte Cass., 5 aprile 2007, n. 8596, in *Riv. Critica Dir. Lav.*, 2007, n. 3, pag. 782 e segg., con nota di A. BORDONE, *Demansionamento legittimo in alternativa al licenziamento*; in *Riv. Giur. Lav.*, 2008, II, pag. 368 e segg., con nota di F. AIELLO, *Quali tutele per il demansionamento del lavoratore che rischi il licenziamento per giustificato motivo oggettivo?* Presupposti per la legittimità del patto sono l'effettività del pericolo di licenziamento e la concorde volontà del lavoratore il quale deve prestare valido consenso, esente da vizi, secondo Corte Cass., 22 agosto 2006, n. 18269, in *Notiz. Giur. Lav.*, 2006, pag. 629 e segg.; Corte Cass., 7 febbraio 2005, n. 2375, in *Notiz. Giur. Lav.*, 2005, pag. 189 e segg.

troparte, sancita dall'art. 41, primo comma, Cost."⁽¹²¹⁾. Orbene, questa interpretazione sembra voler dire che le esigenze tecniche, produttive ed organizzative non possono essere utilizzate quale contrappeso della professionalità del lavoratore per giustificare la reintroduzione di un giustificato motivo di demansionamento⁽¹²²⁾. Ammettere ciò significherebbe avallare una interpretazione teleologica della norma che il nostro ordinamento non consente per gli evidenti abusi cui essa si presta⁽¹²³⁾.

La Corte di Cassazione⁽¹²⁴⁾, inoltre, ha affermato che la tutela della professionalità del lavoratore non può essere sacrificata per ragioni aziendali in quanto esse risultano esplicitamente richiamate soltanto a fondamento del trasferimento del lavoratore e non per recare pregiudizio alla dignità umana alla quale va ricondotta la professionalità del lavoratore.

2.4.1. Le deroghe ammesse dalla legge.

L'art. 4, comma undicesimo, L. n. 223 del 1991, prescrive che gli accordi sindacali stipulati nel corso delle procedure di mobilità e di licenziamento collettivo, che prevedano il riassorbimento totale o parziale dei lavoratori ritenuti eccedenti, possano stabilire, anche derogando all'art. 2103 Cod. Civ., la loro assegnazione a mansioni diverse da quelle svolte. Dinanzi all'iscrizione nelle liste di mobilità, i lavoratori eccedentari conservano il proprio posto di lavoro, sebbene con la possibilità di essere assegnati a mansioni non equivalenti – e quindi anche inferiori – alle ultime svolte⁽¹²⁵⁾.

⁽¹²¹⁾ Corte Cass., 15 marzo 1995, n. 2990, in *Mass. Giur. Lav.*, 1995, pag. 191. Per approfondimenti, A. MARESCA e S. CIUCCIOVINO, *Mansioni, qualifiche e ius variandi*, op. cit., spec. pag. 141 e segg.

⁽¹²²⁾ Tale interpretazione sarebbe coerente con la precedente formulazione dell'art. 2103 Cod. Civ., ma non con l'attuale. Si è osservato come, a fronte dell'originario testo dell'art. 2103 Cod. Civ., nell'ottica del bilanciamento tra esigenze dell'impresa e tutela del lavoratore, l'ago della bilancia si sia spostato decisamente in favore di quest'ultimo. In primo luogo non è più possibile il demansionamento, prima consentito, seppur nel rispetto del limite del "mutamento dimensionale" ed in presenza di "esigenze dell'impresa". Inoltre, non è più possibile la regressione dalla qualifica superiore successivamente riconosciuta dal datore o acquisita in forza della cosiddetta "promozione automatica", prima consentita, seppur nel rispetto del canone dell'equivalenza delle mansioni con quelle per le quali il lavoratore era stato assunto. Infine, mentre in passato era sufficiente che le mansioni di nuova assegnazione fossero comprese tra quelle per le quali il lavoratore era stato assunto, ora non è più possibile il libero esercizio dello *jus variandi* all'interno delle mansioni per le quali il lavoratore era stato assunto (mobilità orizzontale), dovendo sempre rispettarsi il canone dell'equivalenza tra le mansioni da ultimo assegnate con quelle di provenienza.

⁽¹²³⁾ La Suprema Corte ha ritenuto che il criterio dell'interpretazione teleologica, ex art. 12 delle preleggi, può assumere rilievo prevalente rispetto all'interpretazione letterale solo nel caso eccezionale in cui l'effetto giuridico risultante dalla formulazione della disposizione di legge sia incompatibile con il sistema normativo (Corte Cass., 13 aprile 1996, n. 3495).

⁽¹²⁴⁾ Corte Cass., 26 luglio 2006, n. 17022, in *Riv. Critica Dir. Lav.*, 2006, pag. 1117, con nota di M. ORLANDO, *Danno da demansionamento in presenza di concause: al dipendente spetta il risarcimento integrale*.

⁽¹²⁵⁾ Pret. Milano 12 agosto 1992, in *Orient. Giur. Lav.*, 1992, pag. 995 e segg., ha precisato che l'art. 4, comma undicesimo, L. n. 223 del 1991, "va interpretato nel senso che con il mutamento di mansioni ivi previsto è consentito solo il passaggio del lavoratore da un livello superiore ad uno inferiore, sempre, tuttavia, all'interno della stessa categoria; non da una categoria superiore ad una inferiore di cui all'art. 2095 cod. civ."

Tale deroga, a ben vedere, opererà solo nei confronti di quelle aziende rientranti nel campo di applicazione previsto dalla legge. Per le altre, per le quali non è applicabile la disciplina sulla mobilità e sui licenziamenti collettivi, la mancanza di alternative si traduce nella risoluzione per giustificato motivo oggettivo ⁽¹²⁶⁾. In proposito, mentre il divieto posto dall'art. 2103 Cod. Civ., è stato ritenuto invalicabile dalla Suprema Corte nell'ipotesi di sottoposizione dell'azienda alla procedura di amministrazione straordinaria, a contratti di solidarietà ed alla Cassa integrazione guadagni straordinaria ⁽¹²⁷⁾, nell'ipotesi di riorganizzazione produttiva non sfociata nella procedura di mobilità, in passato, essa ⁽¹²⁸⁾ ha invece ammesso la modifica *in pejus* della mansioni di quei lavoratori che non potevano ambire né alla conservazione della precedente posizione lavorativa, né allo spostamento a mansioni non pregiudizievoli della professionalità pregressa. Eventuali patti in deroga, dunque, “*non sono nulli quando sono conclusi per un interesse del lavoratore prevalente su quello tutelato*”.

In questo contesto il legislatore, se per un verso sembrerebbe confermare, seppur in via indiretta, il carattere inderogabile della disciplina *ex art.* 2103 Cod. Civ., per altro verso riconosce che in alcune circostanze le rigidità insite in tale disposizione possono contrastare con la necessità di tutelare beni ed interessi del lavoratore di rilevanza maggiore rispetto alla sua professionalità ⁽¹²⁹⁾.

In proposito, la possibilità di qualificare come novazione contrattuale la modifica del rapporto che preveda la sostituzione dell'orario a tempo pieno con quello a tempo parziale, nell'ambito di un accordo sottoscritto ai sensi dell'art. 4, comma undicesimo, può essere esclusa in quanto il mutamento del rapporto di lavoro non incide sulla sostanza delle obbligazioni, né comporta incompatibilità tra il precedente rapporto ed il nuovo; esso, piuttosto, dovrà essere

⁽¹²⁶⁾ Tale norma, infatti, prevede la possibilità di accordi collettivi di dequalificazione esclusivamente nell'ambito di procedure di mobilità, rimanendo escluse dalla previsione legale altre fattispecie nelle quali ugualmente si manifesta un'eccedenza di personale in connessione a fenomeni di crisi o ristrutturazioni: A. MARESCA e S. CIUCCIOVINO, *Mansioni, qualifiche e ius variandi*, op. cit., spec. pag. 141.

⁽¹²⁷⁾ Corte Cass., 19 giugno 1987, n. 5388; per l'inapplicabilità della deroga di cui all'art. 4 della L. n. 223 del 1991 ai contratti di solidarietà, Pret. Milano 12 maggio 1992, in *Orient. Giur. Lav.*, 1992, pag. 814 e segg.; per l'inderogabilità dell'art. 2103 Cod. Civ. nei confronti del lavoratore al rientro della Cassa integrazione guadagni straordinaria, Trib. Napoli 21 febbraio 1991, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1992, II, pag. 176 e segg.

⁽¹²⁸⁾ Corte Cass., 7 settembre 1993, n. 9386, in *Dir. Lav.*, 1993, II, pag. 545. Pur riferendosi ad una situazione precedente l'emanazione della L. n. 223 del 1991, il giudicato ne anticipa il contenuto, facendosi portavoce di un'esigenza di interpretazione elastica dell'art. 2103 Cod. Civ. La deroga a garanzie fondamentali previste a favore dei lavoratori subordinati al verificarsi di crisi aziendali e difficoltà dell'occupazione, è collocata nell'ambito della cd. “*legislazione di emergenza*”

⁽¹²⁹⁾ Sul tentativo della dottrina di stemperare l'eccessiva rigidità della norma codicistica, pur sempre inderogabile, cfr. U. ROMAGNOLI, *Commento all'art. 13 dello Statuto dei lavoratori*, in G. GHEZZI, G. F. MANCINI, L. MONTUSCHI, U. ROMAGNOLI (a cura di), *Commentario del codice civile*, Bologna-Roma, 1972, pag. 192 e segg.; P. ICHINO, *Interesse dell'impresa, progresso tecnologico e tutela della professionalità*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1976, I, spec. pag. 490.

qualificato come modifica alle modalità esecutive del rapporto ⁽¹³⁰⁾. Dovendo concorrere i due elementi *dell'animus novandi* manifesto e dell'*aliquid novi* sostanziale, se i contraenti non esprimono la volontà che la trasformazione del rapporto intercorrente tra essi si realizzi attraverso una vicenda ininterrotta, la modifica non incide, di regola, sulla continuità del rapporto sul piano giuridico ⁽¹³¹⁾.

2.4.2. Le deroghe di fonte collettiva: le clausole collettive di fungibilità delle mansioni.

Dal momento che l'unico limite che si oppone al potere datoriale di modifica in senso orizzontale delle mansioni del lavoratore è quello dell'equivalenza delle nuove mansioni rispetto a quelle precedentemente espletate, il sacrificio della professionalità acquisita dal lavoratore con l'attribuzione di mansioni diverse – quindi anche inferiori – a quelle in precedenza svolte, viene giustificato dall'intento di evitare la perdita del posto di lavoro per coloro i quali, in ragione delle caratteristiche del loro inquadramento e delle mansioni espletate, non possono essere utilmente riassorbiti dall'azienda. L'ammissibilità della deroga alla tutela legale predisposta dall'art. 2103 Cod. Civ., poggia, pertanto, sul carattere strumentale della stessa alla protezione del preminente interesse alla conservazione del posto di lavoro ⁽¹³²⁾.

Risulta oramai pacifica la possibilità di introdurre una clausola collettiva di fungibilità tra diverse mansioni da parte della contrattazione collettiva, quale meccanismo per innestare elementi di flessibilità nella mobilità orizzontale in azienda ⁽¹³³⁾ ⁽¹³⁴⁾; il punto è verificare se, di volta in vol-

⁽¹³⁰⁾ P. LAMBRINI, *La novazione*, in A. BURDESE e E. MOSCATI (a cura di), *I modi di estinzione*, in L. GAROFALO e M. TALAMANCA (diretto da), *Trattato delle obbligazioni*, Padova, 2008, spec. pag. 509.

⁽¹³¹⁾ Sulle perplessità manifestate dalla dottrina circa la scelta della giurisprudenza di qualificare come novazione contrattuale la modifica del rapporto consistente nella sostituzione dell'orario di lavoro a tempo parziale con quello a tempo pieno, in presenza di un "accordo, anche implicito, che renda obbligatorio un più lungo orario di lavoro", App. Torino 14 dicembre 2000, in *Mass. Giur. Lav.*, 2001, pag. 694 e segg.

⁽¹³²⁾ A. MARESCA e S. CIUCCIOVINO, *Mansioni, qualifiche e ius variandi*, op. cit., spec. pag. 139.

⁽¹³³⁾ Per approfondimenti sul tema si rinvia a M. BROLLO, *La mobilità interna del lavoratore. Mutamento di mansioni e trasferimento*, in P. SCHLESINGER (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, Milano, 1997, pag. 143 e segg. e pag. 159 e segg.

⁽¹³⁴⁾ Già in passato, nel tentativo di plasmare forme di flessibilità della prestazione lavorativa compatibili con il perimetro delle garanzie delineato dall'art. 2103 Cod. Civ., la giurisprudenza si è pronunciata in materia di mansioni promiscue e vicarie. In materia di mansioni promiscue, *ex pluribus*, Corte Cass., 3 novembre 2003, n. 16461, in *Notiz. Giur. Lav.*, 2004, pag. 303 e segg. (In dottrina, sull'importanza dell'istituto delle mansioni promiscue come strumento di flessibilità nella gestione della forza lavoro, cfr. F. SCARPELLI, *Professionalità e nuovi modelli di organizzazione del lavoro: le mansioni*, in *Dir. Rel. Ind.*, 1994, pag. 43 e segg.; C. PISANI, *La modificazione delle mansioni*, Milano, 1996, spec. pag. 152; M. BROLLO, *La mobilità interna del lavoratore*, op. cit., pagg. 129 - 130.) In materia di mansioni vicarie, Corte Cass., 30 dicembre 1999, n. 14738, in *Notiz. Giur. Lav.*, 2000, pag. 318, nonché in *Orient. Giur. Lav.*, 2000, I, pag. 43 e segg.; di recente, Corte Cass., 26 luglio 2007, n. 16469, in *Giust. Civ.*, 2008, I, pag. 2290 e segg., ha ritenuto che il carattere vicario delle mansioni svolte preclude il diritto del sostituto all'inquadramento nella qualifica superiore del sostituito e lo stesso diritto alla maggiore retribuzione per il periodo della sostituzione, quando le mansioni proprie

ta, tale clausola sia compatibile con la nozione di equivalenza professionale, fermo restando che una visione dinamica della professionalità non legittimerebbe l'impiego di strumenti volti a consentire una mobilità irrazionale e indiscriminata all'interno della stessa area contrattuale e che prescindano da qualsiasi riferimento alla professionalità dei lavoratori. Tuttavia, *nulla quaestio* sul fatto che anche mansioni di livello economicamente inferiore a quello di provenienza potrebbero risultare equivalenti, qualora non si traducano in un pregiudizio per la professionalità acquisita nel corso del rapporto ⁽¹³⁵⁾.

Lo strumento delle clausole di fungibilità, come i contratti di solidarietà (dei quali si dirà più avanti), passa attraverso il filtro della contrattazione collettiva, ma se ne differenzia per il fatto che opera *a monte* rispetto al verificarsi dell'effettiva esigenza aziendale.

La possibilità di concordare e prevedere collettivamente attraverso tali clausole le esigenze di gestione presuppone un'attenzione, più o meno esplicita, ai bisogni dell'impresa, fermo restando che il legislatore non ha conferito alla contrattazione collettiva un generale potere di deroga in materia, e che non ha operato alcun rinvio per la specificazione e l'implementazione del disposto normativo. Si è detto, infatti, che, quando il legislatore ha voluto che la contrattazione collettiva operasse in deroga a quanto sancito dall'art. 2103 Cod. Civ., lo ha fatto in maniera esplicita ⁽¹³⁶⁾.

La scelta di ritenere ammissibili tali clausole poggia sulla convinzione che il contratto collettivo sia lo strumento in grado di conciliare al meglio le esigenze di tutela della professionalità del lavoratore con quelle di flessibilità organizzativa proprie del datore di lavoro ⁽¹³⁷⁾.

della qualifica del sostituto comprendano compiti di sostituzione di dipendenti di grado più elevato (cfr. anche Cass. 17 aprile 2007 n. 9130). Sulla base del principio di *favor praestatoris* e nell'ottica del "male minore", stando a quanto affermato dalla giurisprudenza, il datore può adibire a mansioni inferiori il lavoratore che chiedi o accetti di svolgere mansioni inferiori al fine di evitare il licenziamento giustificato da ragioni oggettive. La giurisprudenza del "male minore" è stata inaugurata da Corte Cass., 12 gennaio 1984, n. 266, in *Foro It.*, 1985, I, col. 234 e segg. Cfr. anche Corte Cass., 5 agosto 2000, n. 10339, in *Lav. Prev. Oggi*, 2000, pag. 2083; Corte Cass., 12 luglio 2002, n. 10187, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2003, II, pag. 53 e segg.; Corte Cass. 7 gennaio 2005, n. 239, in *Notiz. Giur. Lav.*, 2005, pag. 494 e segg.; Corte Cass., 5 gennaio 2007, n. 43, in *Arg. Dir. Lav.*, 2007, pag. 785 e segg.; Corte Cass., 5 aprile 2007 n. 8596, cit., ha ribadito che l'adibizione del lavoratore a mansioni diverse, ed anche inferiori, a quelle precedentemente svolte, restando immutato il livello retributivo, non si pone in contrasto con l'art. 2103 Cod. Civ., ove essa rappresenti l'unica alternativa praticabile in luogo del licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

⁽¹³⁵⁾ C. ASSANTI, *Sub art. 13*, in C. ASSANTI e G. PERA, *Commento allo statuto dei diritti dei lavoratori*, Padova, 1972, pag. 145; M. PERSIANI, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina delle mansioni e dei trasferimenti dei lavoratori*, in *Dir. Lav.*, 1971, I, pag. 17 e segg.

⁽¹³⁶⁾ È ammessa l'adibizione a mansioni inferiori della lavoratrice in stato di gravidanza addetta a lavori eccessivamente gravosi dall'art. 3 della L. n. 1204 del 1971 e poi confermata dal D. Lgs. n. 151 del 2001; del lavoratore che svolga un'attività che comporti l'esposizione ad agenti chimici, fisici o biologici (art. 8, comma 2, del D. Lgs. n. 277 del 1991), del lavoratore divenuto inabile a causa di infortunio o malattia (art. 4 della L. n. 68 del 1999). In tutti e tre i casi i lavoratori mantengono il diritto a percepire il trattamento economico di cui godevano precedentemente. Per un'analisi approfondita, M. DE CRISTOFARO, *Tendenze legislative in tema di mutamento in pejus delle mansioni nell'interesse del lavoratore*, in *Dir. Lav.*, 1999, I, pag. 341 e segg.

⁽¹³⁷⁾ Una lettura rigida del primo comma dell'art. 2103 Cod. Civ. aveva in principio portato ad escludere la compatibilità delle stesse con il nostro ordinamento (sul punto M. PERSIANI, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina delle mansioni e dei trasferimenti dei lavoratori*, op. cit., I, pag. 11 e segg., spec. pagg. 13 e 14; U. ROMAGNOLI, *Commento*

La giurisprudenza ⁽¹³⁸⁾ si è spinta a riconoscere alla contrattazione collettiva una duplice capacità d'azione; per un verso viene autorizzata ad introdurre clausole di fungibilità al fine di bilanciare la tutela della professionalità del lavoratore con il bisogno di flessibilità del datore di lavoro, attraverso l'individuazione di uno *ius variandi* esercitabile nell'ambito di una "qualifica" definita contrattualmente, seppur temporaneamente e per motivi di contingenza aziendale; per altro verso, essa può soddisfare l'esigenza di "*estrinsecazione della professionalità dei lavoratori inquadrati nella medesima qualifica*", attraverso meccanismi di rotazione ⁽¹³⁹⁾.

Tuttavia, si è messa in luce la necessità di scongiurare il rischio, insito nella definizione del concetto di equivalenza mediata dalla contrattazione collettiva, che l'idea di adattabilità delle garanzie espresse dall'art. 2103 Cod. Civ. alle esigenze di maggiore flessibilità derivanti dalla sempre più penetrante integrazione dei sistemi produttivi si collochi sul terreno di una interpretazione in deroga. Affidare alla contrattazione collettiva il compito di attribuire un significato alla formula ricorrente delle "*esigenze o ragioni di carattere organizzativo e produttivo*", nella misura in cui tutto il diritto del lavoro nasce per evitare che il prestatore di lavoro, pur di ottenere e poi conservare l'occupazione, accetti qualunque condizione di svolgimento del rapporto, significa attribuire pre-

all'art. 13 dello Statuto dei lavoratori, in G. GHEZZI, G. F. MANCINI, L. MONTUSCHI, U. ROMAGNOLI (a cura di), *Commentario del codice civile*, Bologna-Roma, 1972, pag. 184.

⁽¹³⁸⁾ Corte Cass., Sez. Un., 24 novembre 2006, n. 25033, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2007, II, pag. 421, con nota di M. VENDRAMIN, *Mobilità orizzontale, clausola di fungibilità e valorizzazione della professionalità potenziale: le Sezioni Unite aprono alla contrattazione collettiva*; con nota di C. PISANI, *Le mansioni promiscue secondo le Sezioni Unite: consensi e dissensi*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2007, 1-2, pag. 24 e segg.; con nota di A. RICCOBONO, *Le Sezioni Unite sulle clausole di fungibilità tra mansioni considerate equivalenti dalla contrattazione collettiva*; in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2007, II, pag. 337 e segg., con nota di A. OCCHINO, *La clausola collettiva di fungibilità tra mansioni contrattualmente, ma non legalmente, equivalenti è valida per esigenze aziendali temporanee*; Secondo M. BORZAGA, *Principio di equivalenza delle mansioni e ruolo della contrattazione collettiva: verso nuovi spazi di flessibilità?*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2007, n. 3, pag. 669 e segg., fondamento dell'art. 2103 Cod. Civ. è la difesa della professionalità acquisita dal lavoratore nello svolgimento dei precedenti compiti, non tanto la sua professionalità *tout court*; la Suprema Corte opterebbe per una variante attenuata della teoria del "male minore". Ai fini del giudizio di equivalenza, ciò che deve essere verificato dal giudice sulla base di un giudizio di fatto (incensurabile in sede di legittimità, se motivato in modo sufficiente e non contraddittorio), è che "*le nuove mansioni siano aderenti alla specifica competenza del dipendente in modo da salvaguardarne il livello professionale acquisito e da garantire lo svolgimento e l'accrescimento delle sue capacità professionali, con le conseguenti possibilità di miglioramento professionale, in una prospettiva dinamica di valorizzazione delle capacità di arricchimento del proprio bagaglio di conoscenze e di esperienze*". Cfr. con la recente Corte Cass., 11 novembre 2009, n. 23877, la Suprema Corte in questa occasione chiarisce che permane in ogni caso il divieto di "*un'indiscriminata fungibilità di mansioni che esprimano in maniera radicale una diversa professionalità e che non consentano una sia pure residuale utilizzazione della acquisita professionalità*". Ne deriva che, in presenza di un accordo sindacale che sancisca la fungibilità delle mansioni, la verifica giudiziale sulla loro concreta equivalenza non è preclusa pur dovendosi ispirare ad un criterio valutativo meno rigoroso il cui scopo, per l'appunto, è quello di impedire l'assegnazione di mansioni che esprimano "in maniera radicale" una diversa professionalità. Nelle aree professionali caratterizzate da una sostanziale omogeneità il principio ha dunque significative implicazioni gestionali.

⁽¹³⁹⁾ Nello stesso senso, in precedenza, si segnalano Corte Cass., 2 ottobre 2002, n. 14150, in *Lav. Prev. Oggi*, 2003, pag. 343 e segg.; Corte Cass., 11 dicembre 2003, n. 18984, in *Notiz. Giur. Lav.*, 2004, pag. 309 e segg.; Corte Cass., 15 febbraio 2003, n. 2328, in *Notiz. Giur. Lav.*, 2003, pag. 438 e segg.; Corte Cass., 11 giugno 2003, n. 9408, in *Orient. Giur. Lav.*, 2003, I, pag. 817 e segg.; Corte Cass., 11 febbraio 2004, n. 2649, in *Inf. Prev.*, 2004, pag. 290 e segg.; Corte Cass., 23 marzo 2005, n. 6326, in *Foro It.*, 2005, I, col. 3356 e segg., nonché in *Notiz. Giur. Lav.*, 2005, pag. 328 e segg.; Corte Cass., 11 aprile 2005, n. 7351, in *Notiz. Giur. Lav.*, 2005, pag. 635 e segg.; Corte Cass., 12 aprile 2005, n. 7453, in *Notiz. Giur. Lav.*, 2005, pag. 635 e segg.; Corte Cass., 12 gennaio 2006, n. 425, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2006, II, pag. 381 e segg.

valenza, dal punto di vista concreto, alla tutela dell'interesse alla conservazione del posto di lavoro⁽¹⁴⁰⁾.

A ben vedere, il riconoscimento di tale ruolo alle parti coinvolte, potrebbe inserirsi a pieno titolo nel solco di quella prassi che la Direttiva quadro n. 2002/14/CE dell'11 marzo 2002 vorrebbe incentivare, ovvero *“intensificare il dialogo sociale e le relazioni di fiducia nell'ambito dell'impresa per favorire l'anticipazione dei rischi, sviluppare la flessibilità dell'organizzazione del lavoro e agevolare l'accesso dei lavoratori alla formazione nell'ambito dell'impresa in un quadro di sicurezza, promuovere la sensibilizzazione dei lavoratori alle necessità di adattamento, aumentare la disponibilità dei lavoratori ad impegnarsi in misure e azioni intese a rafforzare la loro occupabilità, promuovere il coinvolgimento dei lavoratori nella conduzione dell'impresa e nella determinazione del suo futuro, nonché rafforzare la competitività dell'impresa”* (Considerandum 7). Sotto questo punto di vista, pertanto, tale ruolo sarebbe coerente con la “nuova stagione” dei diritti di informazione e consultazione che la citata direttiva vorrebbe incentivare, sebbene in contesti aziendali dotati di determinati requisiti dimensionali⁽¹⁴¹⁾.

2.5. I contratti di solidarietà difensivi: obiettivi, contenuto e campo di applicazione.

Nei casi in cui l'azienda si trovi ad attraversare una situazione economica negativa si può immaginare di intervenire con misure di carattere palliativo, qualora si provi che tale situazione migliorerà in maniera rilevante grazie alla loro adozione. Esse possono consistere, ad esempio, in una riduzione salariale o dell'orario di lavoro; in realtà, le due misure operano in genere in maniera congiunta: alla riduzione dell'orario di lavoro, infatti, si accompagna una proporzionale riduzione retributiva.

È questo il caso dei “contratti di solidarietà interna o difensivi”, disciplinati dagli art. 1 del D. L. 30 ottobre 1984, n. 726, convertito in Legge 19 dicembre 1984, n. 863⁽¹⁴²⁾.

⁽¹⁴⁰⁾ Sul punto C. CESTER, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro* op. cit., pag. 32.

⁽¹⁴¹⁾ Sulla Direttiva quadro si rinvia a quanto già detto nel Capitolo I.

⁽¹⁴²⁾ Esiste altresì una seconda tipologia di contratti di solidarietà, i cosiddetti “contratti di solidarietà esterna o espansivi”, volti a favorire nuove assunzioni, i quali assicurano ai datori di lavoro un particolare beneficio contributivo. Tale ipotesi, in realtà, è rimasta sostanzialmente inutilizzata. La Legge 27 dicembre 2006, n. 296 (Finanziaria 2007), all' art. 1, comma 1160, prevede il c.d. “patto di solidarietà fra generazioni”, volta a favorire la graduale uscita dal sistema produttivo dei lavoratori ultracinquantacinquenni con correlativa assunzione part-time di giovani inoccupati o disoccupati di età inferiore ai 25 anni, oppure ai 29 anni se in possesso di diploma di laurea, a quanto consta tuttora non operativa per mancanza delle norme attuative. Per approfondimenti sul tema, P. ICHINO, *Riduzione dell'orario di lavoro concorrenza tra occupati e disoccupati*, in *Lav. Dir.*, 1994, pag. 343 e segg.; S. SCARPONI, *La riduzione dell'orario di lavoro tra vecchi e nuovi modelli*, in *Lav. Dir.*, 1994, pag. 495 e segg.; R. PESSI, *Funzione e disciplina dei contratti di solidarietà*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1985, pag. 334 e segg.; M. MISCIONE, *I contratti di solidarietà*, in M. MISCIONE (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: garanzie del reddito, estinzione e tutela dei diritti*, in F. CARINCI (Diretto da), *Diritto del lavoro*, Torino, 1998, vol. III, pag. 137 e segg.; F. SANTONI, *Misure alternative di reimpiego: contratti di solidarietà, part-time e anticipazione del pensionamento, contratti di reinserimento*, in G. FERRARO, F. MAZZIOTTI, F. SANTONI (a cura

Si tratta, pertanto, di una misura che interviene *a valle* dei processi di ristrutturazione aziendale, con l'obiettivo di limitarne gli effetti sui livelli occupazionali, sacrificando garanzie e prerogative legali e che rientra a pieno titolo nella legislazione della fase dell'emergenza ⁽¹⁴³⁾.

Concepito come una misura contingente per affrontare una grave crisi occupazionale e retributiva in attesa di una ripresa produttiva, il contratto di solidarietà difensivo è un contratto collettivo di natura aziendale con il quale il datore di lavoro e le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative sul piano nazionale, concordano una riduzione temporanea dell'orario di lavoro e della retribuzione finalizzata ad evitare in tutto o in parte una riduzione di personale.

In merito ai motivi che hanno determinato le situazioni di crisi, si ritiene opportuno che l'accordo sindacale faccia riferimento ad una serie di indicatori economici quali il fatturato, il risultato d'impresa e l'indebitamento, anche in rapporto con il biennio precedente, al fine di dimostrare, se non proprio il carattere negativo dell'andamento, quanto meno, la sua tendenza involutiva ⁽¹⁴⁴⁾.

I contratti di solidarietà ⁽¹⁴⁵⁾ comportano per i lavoratori la concessione del trattamento di integrazione salariale per compensare la parte di retribuzione persa a seguito della riduzione

di), *Integrazioni salariali, eccedenze del personale e mercato del lavoro. Commento sistematico alla Legge 223/1991*, Napoli, 1992, spec. pag. 252.

⁽¹⁴³⁾ G. ARRIGO, *I contratti di solidarietà*, in M. D'ANTONA, A. ALAIMO, G. ARRIGO, A. MARESCA, R. PESSI (a cura di), *Occupazione flessibile e nuove tipologie del rapporto di lavoro*, Napoli, 1988, pag. 146.

⁽¹⁴⁴⁾ E. MASSI, *Contratti di solidarietà difensivi: problemi e prospettive*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2009, n. 10, pag. 635 e segg., cit. Sul punto, si rinvia a quanto detto nel capitolo I.

⁽¹⁴⁵⁾ Nel contratto di solidarietà non può essere prevista, di norma, una durata inferiore ai 12 mesi e, come stabilito dall'articolo 1, comma 2, Legge n. 863 del 1984, superiore ai 24 mesi. Un nuovo contratto di solidarietà può essere stipulato solo se sono decorsi 12 mesi dal contratto precedente; in ogni caso per ciascuna unità produttiva i trattamenti straordinari, erogati a qualsiasi titolo, non possono eccedere complessivamente 36 mesi nell'arco di un quinquennio (art. 1, comma 9, L. n. 223 del 1991). Tale limite può tuttavia essere superato qualora il contratto di solidarietà abbia la finalità di strumento alternativo alla procedura per la dichiarazione di mobilità, di cui all'articolo 4, Legge n. 223 del 1991. In tal caso la deroga deve essere finalizzata al mantenimento in azienda di almeno il 50% della eccedenze dichiarate nel contratto di solidarietà (art. 7, D.M. n. 31445/2002). L'art. 6 del D.M. n. 31445/2002 afferma che una volta raggiunto il tetto massimo di "godimento" (24 mesi, frutto di un contratto a dodici mesi prorogato per altri dodici), si può stipulare un nuovo contratto che interessa le stesse unità aziendali, dopo che sia trascorso un anno dalla fine del precedente.

dell'orario di lavoro ⁽¹⁴⁶⁾, e per i datori di lavoro una riduzione dei contributi previdenziali ed assistenziali ⁽¹⁴⁷⁾.

Dal momento che presupposto dell'accordo collettivo è la necessità di scongiurare il ricorso al provvedimento di licenziamento, esso potrà intervenire anche nel corso della procedura di mobilità *ex artt.* 4, 5 e 24 della Legge n. 223 del 1991 ⁽¹⁴⁸⁾.

A ben vedere, l'intervento della cassa integrazione guadagni nei casi di riduzione dell'orario concordata per la salvaguardia del livello occupazionale deve riferirsi al trattamento retributivo perso e non alle ore di lavoro non prestate. Tale trattamento, pertanto, non spetta nell'ipotesi di riduzione dell'orario senza decurtazione della retribuzione; verrebbe meno, infatti, la sua funzione integrativa tipica qualora l'imprenditore pattuisse con il sindacato un rapporto salario/orario più vantaggioso per i dipendenti, nonostante la proclamata situazione di crisi o di difficoltà, possibile preludio di licenziamenti collettivi o della dichiarazione di esuberanza ⁽¹⁴⁹⁾.

Legittimando l'accordo sottoscritto da sindacati aderenti a confederazioni maggiormente rappresentative, ovvero dagli stessi soggetti titolari della procedura collettiva di riduzione del personale, il legislatore ha voluto tener fuori dal processo quelle organizzazioni che non sono rappresentative e che rappresentano interessi del tutto particolari ⁽¹⁵⁰⁾.

⁽¹⁴⁶⁾ Ai sensi dell'art. 4, comma cinque, D.M. n. 31445/2002: “*il contratto di solidarietà è considerato idoneo a perseguire il suo scopo quando la percentuale di riduzione di orario concordata tra le parti è tale che il totale del numero delle ore non lavorate dalla complessiva platea degli interessati al contratto stesso risulti superiore nella misura del 30%, ovvero inferiore nella stessa misura percentuale, al numero delle ore che sarebbero state effettuate dai lavoratori dichiarati in esubero. Il parametro di riferimento è costituito dall'orario di lavoro su base settimanale*”. A partire dal 14 giugno 2005, l'ammontare del trattamento di integrazione salariale è stato fissato (art. 6, comma 3, della Legge n. 608 del 1996) nella misura del 60% del trattamento retributivo perso a seguito della riduzione di orario. Come per gli interventi della Cassa integrazione, non è previsto un pagamento diretto da parte dell'Inps. Fanno eccezione l'assoggettamento dell'impresa ad una procedura concorsuale e la cessazione dell'attività, ai sensi dell'art. 5 del D.M. n. 31445/2002.

⁽¹⁴⁷⁾ Alle imprese spettano sgravi contributivi del 25% (riferiti ai lavoratori interessati dal contratto di solidarietà) se la riduzione di orario è superiore al 20% e del 35% se la riduzione di orario è superiore al 30% dell'orario contrattuale (con uno sgravio aggiuntivo del 5% per i contratti di solidarietà stipulati nelle aree Ob. 1 e 2 UE).

⁽¹⁴⁸⁾ E. MASSI, *Contratti di solidarietà difensivi*, op. cit. Si segnala che la giurisprudenza ha ritenuto che la stipula di contratti di solidarietà possa legittimare, in deroga all'articolo 2103 Cod. Civ., l'adibizione dei lavoratori a mansioni inferiori, in quanto diretta al riassorbimento, totale o parziale, del personale eccedente (Pret. Milano, 12 giugno 1992, cit.).

⁽¹⁴⁹⁾ G. ARRIGO, *I contratti di solidarietà*, op. cit., pag. 158. Peraltro, la legge dispone (secondo comma, ultimo periodo) che l'ammontare del trattamento di integrazione salariale venga ridotto in corrispondenza di eventuali successivi aumenti retributivi intervenuti in sede di contrattazione aziendale.

⁽¹⁵⁰⁾ La presenza del sindacato interno è un presupposto indispensabile nella gestione della “solidarietà”: è il sindacato il soggetto legittimato alla stipula, sia pure insieme alla struttura territoriale o di categoria. La scelta del legislatore può essere inquadrata in un presupposto generale secondo cui l'art. 1, comma 1, della Legge n. 863 del 1984 ha individuato il soggetto legittimato alla stipula, lasciando all'autonomi negoziale l'individuazione di chi, in concreto, può sottoscrivere l'accordo che può essere raggiunto sia in sede aziendale che in sede amministrativa. E. MASSI, *Contratti di solidarietà difensivi: problemi e prospettive*, op. cit. L'art. 3, comma 2, del D. Lgs. n. 469 del 1997, afferma che le Regioni promuovono la stipula di contratti di solidarietà e delega alle Regioni ed alle Province i compiti di conciliazione amministrativa delle controversie collettive sia riferite alle procedure di mobilità *ex art.* 4 della Legge n. 223 del 1991, che dell'esame congiunto per la Cassa integrazione guadagni straordinaria *ex lege* n. 164 del 1975. Sul fatto che l'omessa menzione delle r.s.a. sia stata interpretata da alcuni come mancata legittimazione di questa alla stipulazione del contratto di solidarietà, da altri come selezione dei soggetti astrattamente legittimati, alla cui auton-

Il ricorso ai contratti di solidarietà è consentito a tutte le imprese rientranti nel campo di applicazione della disciplina della Cassa integrazione guadagni straordinaria, comprese le aziende appaltatrici di servizi di mensa e di servizi di pulizia ⁽¹⁵¹⁾; in conformità a tale disciplina, l'istituto trova applicazione limitatamente alle imprese industriali (e a quelle appaltatrici) che abbiano occupato mediamente più di quindici lavoratori nel semestre precedente la data di presentazione dell'istanza del trattamento di integrazione salariale, computandosi, a tal fine, anche gli apprendisti ed i lavoratori assunti con contratto di formazione lavoro ⁽¹⁵²⁾ ⁽¹⁵³⁾.

Sono escluse dal campo di applicazione del contratto di solidarietà le imprese che abbiano presentato istanza per essere ammesse ad una delle procedure concorsuali di cui all'art. 3 della L. n. 223 del 1993, ovvero siano state assoggettate ad una delle suddette procedure (fallimento, concordato preventivo, amministrazione straordinaria, liquidazione coatta amministrativa) ⁽¹⁵⁴⁾.

Per le imprese non rientranti nel campo di applicazione della Cassa integrazione guadagni straordinaria, l'articolo 5, comma 5, della Legge n. 236 del 1993, introduce un nuovo modello di contratto di solidarietà, al fine di evitare o ridurre le eccedenze di personale nel corso della proce-

mia viene rimessa la concreta individuazione dell'agente negoziale, si rinvia a G. ARRIGO, *I contratti di solidarietà*, op. cit., spec. pag. 154.

⁽¹⁵¹⁾ Ai sensi poi del comma 8, L. n. 236 del 1993, le disposizioni del comma 5 trovano applicazione anche per le imprese artigiane non rientranti nel campo di applicazione della Cassa integrazione guadagni straordinaria, "anche ove occupino meno di 16 dipendenti, a condizione che i lavoratori con orario ridotto da esse dipendenti percepiscano, a carico di fondi bilaterali istituiti da contratti collettivi nazionali o territoriali stipulati dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori maggiormente rappresentative sul piano nazionale, una prestazione di entità non superiore a quella corrispondente alla metà del contributo pubblico destinato ai lavoratori" (Si veda circ. Min. lav. n. 20/2004). Il Ministero del lavoro con circolare n. 6/1994 ha sottolineato che, il D.L. n. 726/1984, facendo coincidere la sfera operativa della Cassa integrazione guadagni straordinaria e quella dei contratti di solidarietà ex art. 1 decreto stesso, fa sì che l'area di applicazione dei contratti di solidarietà coincida con quella della Cassa integrazione guadagni straordinaria, nel senso che essa viene automaticamente ad ampliarsi in concomitanza con l'estensione del campo di applicazione dell'intervento straordinario della Cassa. Per quanto riguarda le imprese editrici di giornali quotidiani e periodici, nonché le agenzie di stampa, ai sensi dell'art. 7, comma 3, D.L. n. 148 del 1993, convertito nella Legge n. 236 del 1993, la specialità del settore fa sì che gli interventi integrativi del reddito possano prescindere dalla grandezza dell'azienda che ne fa richiesta.

⁽¹⁵²⁾ Per effetto dell'art. 39 del D. Lgs. n. 276 del 2003 i prestatori di lavoro intermittente vanno computati in proporzione all'orario di lavoro effettivamente svolto nell'arco di ciascun semestre. Secondo E. MASSI, *Contratti di solidarietà difensivi: problemi e prospettive*, op. cit., richiamando l'art. 20 della Legge n. 223 del 1991, l'art. 7, comma 7, del D. Lgs. n. 81/2000 e l'art. 22, comma 5, del D. Lgs. n. 276 del 2003, esclude dal computo gli assunti con contratto di reinserimento, i lavoratori assunti a tempo indeterminato ma già impiegati in lavori socialmente utili ed i lavoratori somministrati. Infine, non essendo inseriti in modo strutturale, continuo e duraturo nell'impresa, ed essendo al contrario legati a mere esigenze di natura temporale, restano esclusi i contratti a tempo determinato.

⁽¹⁵³⁾ Nel caso in cui siano interessate imprese operanti nel settore edile, inoltre, restano fuori le situazioni di fine lavoro o di fine fase nei cantieri; è stata notata la perfetta assonanza con l'ipotesi di esclusione di tali fattispecie dalla procedura di mobilità. Ne consegue che soltanto i lavoratori inseriti in modo permanente nella struttura possono essere interessati al contratto di solidarietà (es. impiegati, personale della sede, ecc.). Il Ministero del lavoro ha tenuto a precisare, con il comma 7-bis introdotto a partire dal 5 novembre 1993, nel "corpus" dell'art. 4 del D.M. n. 31445/2002 e con la successiva circolare esplicativa n. 35/2003, che non è riconosciuta la possibilità di ricorrere all'istituto del contratto di solidarietà ogniquale sia prevista una riduzione dell'orario di lavoro uguale o inferiore al numero dei prestatori dichiarati in esubero ovvero sia prevista una riduzione dell'orario di lavoro superiore al 50 per cento, qualora tale riduzione coinvolga più della metà dell'organico, riferito alla sola unità ove si applica la solidarietà.

⁽¹⁵⁴⁾ Circolare del Ministero del Lavoro del 14 marzo 1994, n. 33.

dura di cui all'articolo 24 della Legge n. 223/1991 ⁽¹⁵⁵⁾. In questo caso, i lavoratori non beneficiano dell'intervento della Cassa integrazione salariale (come nel contratto di solidarietà di cui all'art. 1, L. n. 863 del 1984), bensì della metà del contributo pubblico corrisposto alle imprese (nei limiti delle risorse finanziarie poste a carico del Fondo per l'occupazione) ⁽¹⁵⁶⁾ ⁽¹⁵⁷⁾. Si tratta dunque di un intervento integrativo dello Stato, che si realizza a condizione che anche istituti privato-collettivi partecipino con risorse proprie.

La valorizzazione del ruolo della contrattazione collettiva sconta la presenza di alcuni vincoli. Oltre alla finalizzazione della riduzioni di orario al riassorbimento (totale o parziale) delle eccedenze di personale, l'art. 1, L. n. 863 del 1984, ne individua altri due: il periodo di integrazione salariale e la determinazione del trattamento retributivo "sacrificato" dalla riduzione di orario.

È evidente che l'attivazione dei contratti di solidarietà comporta inevitabilmente delle limitazioni. Sebbene nessuna norma vieti espressamente la possibilità di effettuare assunzioni a tempo indeterminato durante la vigenza del contratto di solidarietà, nel caso in cui venissero assunti lavoratori per lo svolgimento di mansioni identiche a quelle cui sono adibiti i lavoratori coinvolti nella solidarietà, sarebbe molto probabile la revoca della concessione del beneficio contributivo da parte del Ministero del Lavoro, vista l'incompatibilità di tali assunzioni con l'istituto solidaristico. A conclusioni diverse si perverrebbe se l'assunzione riguardasse lavoratori che dovranno svolgere mansioni diverse, sempre che venga posta la massima attenzione a che non vi sia incompatibilità tra le ragioni che hanno portato ad avviare la procedura di riduzione di personale e poi a stipulare i contratti di solidarietà e quelle che giustificano le predette assunzioni a tempo indeterminato ⁽¹⁵⁸⁾.

Per quanto concerne le assunzioni a tempo determinato, con una norma di interpretazione autentica (art. 3 *bis*, Legge 31 luglio 2002, n. 172), il legislatore ha chiarito che il divieto generale

⁽¹⁵⁵⁾ Sono comprese le imprese alberghiere e le aziende termali (comma 7) nonché, a particolari condizioni, le imprese artigiane con meno di 16 dipendenti (comma 8). Con la stipula del contratto di solidarietà alle imprese «viene corrisposto, per un periodo massimo di due anni, un contributo pari alla metà del monte ore retributivo da esse non dovuto a seguito della riduzione di orario. Il predetto contributo viene erogato in rate trimestrali e ripartito in parti uguali tra l'impresa e i lavoratori interessati».

⁽¹⁵⁶⁾ Per le imprese non rientranti nella disciplina Cassa integrazioni guadagni straordinaria, ma che abbiano comunque più di 15 dipendenti (L. n. 236 del 1993), viene corrisposto un contributo pari al 50% del monte retributivo da esse non dovuto a seguito della riduzione di orario, che deve essere ripartito in parti uguali tra imprese e lavoratori. In pratica al lavoratore spetta il 25% della retribuzione persa.

⁽¹⁵⁷⁾ Il regime di solidarietà si applica anche ai lavoratori assunti con contratto a termine o con contratto di inserimento e agli apprendisti, purché la riduzione di orario non impedisca il raggiungimento degli obiettivi formativi; sono invece esclusi i lavoratori con qualifiche dirigenziali (Circ. n. 20/2004) che non ha un orario prefissato e i lavoratori a domicilio che dipende in toto dalle commesse ricevute.

⁽¹⁵⁸⁾ Le medesime riflessioni possono applicarsi all'ipotesi di contratto di apprendistato, con l'aggiunta di una precisazione: nell'ipotesi in cui l'apprendista venga adibito alle stesse mansioni svolte dal personale interessato dalla solidarietà, se la solidarietà sarà chiusa prima della attivazione del contratto di apprendistato, l'assunzione potrà essere ritenuta legittima; se la fine dei contratti di solidarietà sarà successiva alla attivazione del contratto in parola, la nuova assunzione, potenzialmente contrastante con le finalità sottese all'istituto solidaristico, non è ammissibile e potrebbe condurre alla revoca della concessione del beneficio contributivo da parte del Ministero del Lavoro.

non si applica nell'ipotesi di applicazione dei contratti di solidarietà stipulati dalle aziende non rientranti nel campo di applicazione della cassa integrazione guadagni.

2.5.1. Eventuale dissenso del lavoratore e possibile modifica della riduzione oraria e retributiva convenuta.

Secondo l'opinione prevalente all'indomani dell'intervento legislativo in materia, il contratto di solidarietà non è di per sé dotato di efficacia generalizzata, dovendo essere inquadrato all'interno di una fattispecie complessa, comprensiva del provvedimento ministeriale di ammissione all'intervento straordinario della Cassa integrazione guadagni; la riduzione dell'orario di lavoro (e della retribuzione) per tutti i lavoratori, pertanto, non discende dall'attribuzione di efficacia generale al contratto di solidarietà, bensì dal provvedimento amministrativo di ammissione alla Cassa integrazione guadagni straordinaria di cui tale contratto costituisce il presupposto ⁽¹⁵⁹⁾. Tuttavia, il dato testuale dell'art. 1, L. n. 863 del 1984, sembrerebbe convalidare l'interpretazione secondo la quale, il legislatore, assumendo il contratto di solidarietà come presupposto per l'intervento della cassa integrazione guadagni, ha voluto conferirgli un'efficacia dispositiva nei confronti di tutti i rapporti individuali di lavoro dei lavoratori interessati ⁽¹⁶⁰⁾.

Per quanto riguarda il problema del rifiuto del contratto di solidarietà da parte di alcuni lavoratori, secondo la Corte di Cassazione l'accordo conclusosi tra datore di lavoro e sindacati in ordine alla riduzione dell'orario di lavoro determinata da una situazione di crisi aziendale si deve considerare vincolante anche per il lavoratore dissenziente, il quale non ha diritto all'intera retribuzione, ma solo alla retribuzione corrispondente all'attività svolta a seguito della suddetta riduzione ⁽¹⁶¹⁾. La giurisprudenza di legittimità, tuttavia, ha rilevato che l'eventuale inadempienza di lavoratori al contratto di solidarietà non può integrare il loro licenziamento ⁽¹⁶²⁾.

La necessità di una ulteriore riduzione di orario manifestatasi "in corso d'opera" richiede la formalizzazione della sopravvenuta esigenza in un nuovo accordo sindacale. È quanto si evince

⁽¹⁵⁹⁾ Così, T. TREU, *La disciplina legale dei contratti di solidarietà*, in *Dir. Lav.*, 1985, I, pag. 25 e segg.; M. MAGNANI, *Sub art. 1*, in *Commentario alla l. n. 863*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 1985, pag. 825 e segg. Secondo Cass. 24 febbraio 1990, n. 1403, in *Giust. Civ.*, 1990, I, pag. 2071 e segg., con nota di P. LAMBERTUCCI, *La Corte di Cassazione in materia di efficacia soggettiva dei contratti collettivi aziendali: in particolare la vincolatività dei contratti collettivi aventi ad oggetto la riduzione dell'orario di lavoro*, l'efficacia generalizzata del contratto di solidarietà discende dalla "publicizzazione" del medesimo, alla luce dei vantaggi occupazionali previsti; si tratta, dunque, di un'eccezione alla regola dell'efficacia soggettivamente limitata agli iscritti al sindacato stipulante dei contratti collettivi aziendali. Si rinvia altresì a S. BELLOMO, *Il contratto collettivo*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), in *Diritto del lavoro e della previdenza sociale*, op. cit. pag. 833 e segg.

⁽¹⁶⁰⁾ G. ARRIGO, *I contratti di solidarietà*, op. cit., spec. pag. 149.

⁽¹⁶¹⁾ Corte Cass., 14 ottobre 1993, n. 10129, in *Orient. Giur. Lav.*, 1994, pag. 89 e segg., relativa ad una fattispecie di accordo aziendale stipulato anteriormente alla legge n. 843 del 1984. Vedi anche, in senso contrario, Corte Cass., 24 febbraio 1990, n. 1403, in *Foro It.*, 1991, I, col. 877 e segg.

⁽¹⁶²⁾ Corte Cass., 7 novembre 1997, n. 10959, in *Orient. Giur. Lav.*, 1998, I, pag. 10 e segg.

dall'art. 4, comma sei, DM n. 31445/2002: “Qualora le parti, per soddisfare temporanee esigenze di maggior lavoro, ritengano di derogare nel senso di una minore riduzione di orario, così come già determinata nel contratto di solidarietà, le modalità di tale deroga devono essere previste nel contratto stesso. L'azienda comunica l'avvenuta variazione di orario al competente ufficio del Ministero del lavoro e delle politiche sociali. In tutti i casi in cui la deroga sia nel senso di una maggiore riduzione di orario, già ridotto in virtù del contratto di solidarietà, è obbligatoria la sottoscrizione di un nuovo contratto di solidarietà e la conseguente presentazione di nuova domanda”.

Per quanto concerne il ricorso a prestazioni di lavoro straordinario nel periodo in cui opera il contratto di solidarietà, tale possibilità si esclude (salvo casi del tutto eccezionali, anche riferibili ad ipotesi di forza maggiore) per i lavoratori interessati all'integrazione per i quali, in ogni caso, al fine di far fronte a nuove commesse temporanee, c'è la possibilità di un ampliamento dell'orario fino al limite dell'orario normale pieno previsto dal Contratto collettivo nazionale di lavoro. Per i lavoratori non interessati al contratto di solidarietà, invece, se si tratta di qualifiche non interessate al trattamento integrativo, al ricorrere delle condizioni, non sembra ci siano ostacoli al ricorso a prestazioni di lavoro straordinario ⁽¹⁶³⁾.

Alcuni esponenti della dottrina hanno affermato che durante la vigenza del contratto di solidarietà sussista il divieto, in capo al datore di lavoro, di adottare misure tendenti alla riduzione del personale occupato nell'impresa ⁽¹⁶⁴⁾. Tale divieto cessa con lo scadere della vigenza del contratto di solidarietà e, dopo tale termine, resta impregiudicato il futuro regime di orario e la stabilità dell'occupazione ⁽¹⁶⁵⁾.

Sul punto la giurisprudenza ha ritenuto che la stipulazione del contratto di solidarietà comporti l'implicita rinuncia da parte del datore di lavoro ad avvalersi delle procedure di riduzione del personale, durante la sua vigenza e finché permanga l'efficacia del decreto ministeriale di concessione del trattamento straordinario di Cassa integrazione salariale ⁽¹⁶⁶⁾, salvo che il datore di lavoro

⁽¹⁶³⁾ E. MASSI, *Contatti di solidarietà difensivi: problemi e prospettive*, op. cit., spec. pag. 637.

⁽¹⁶⁴⁾ Per approfondimenti, A. ANDREONI, *Contratti di solidarietà e integrazione salariale: i ruoli pubblici, collettivi e individuali tra vecchie nuove suggestioni*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1985, I, pag. 56 e segg.

⁽¹⁶⁵⁾ Cfr. R. PESSI, *Funzione e disciplina dei contratti di solidarietà*, op. cit., spec. pag. 352 e pag. 334 e segg.; T. TREU, *La disciplina*, op. cit., pag. 18. Per ulteriori approfondimenti, M. MAGNANI, *Sub art. 1*, op. cit., spec. pag. 821. Sul punto, la dottrina e la giurisprudenza prevalenti, ritengono illegittimo il licenziamento dei lavoratori durante la vigenza del contratto di solidarietà, essendo finalizzato a superare momenti temporanei di crisi e non potendo esso essere inteso come un normale ammortizzatore sociale, utile solo per procrastinare i licenziamenti. (Tra le altre, Pret. Roma, 30 aprile 1994, in *Giur. Lav. Lazio*, 1994, pag. 631; Pret. Como, 7 dicembre 1990, in *Dir. Pratica Lav.*, 1991, pag. 969; Pret. Frosinone, 11 maggio 1987, in *Lav.* 80, 1987, pag. 791).

⁽¹⁶⁶⁾ Pret. Frosinone, 11 maggio 1987, cit. La giurisprudenza ha altresì affermato che nell'ipotesi in cui venga stipulato un contratto di solidarietà ex art. 1, L. 19 dicembre 1984, n. 863, relativo alla procedura per la dichiarazione di mobilità non è applicabile la disciplina prevista nella diversa ipotesi in cui sia attivata la procedura di mobilità (art. 4, L. n. 223 del 1991); pertanto, non potrà essere intimato al lavoratore un licenziamento per rifiuto di espletare mansioni inferiori, a seguito della disposizione che, nella procedura di mobilità, consente la dequalificazione professiona-

ro provi la sopravvenienza di un evento tale da rendere impossibile o eccessivamente oneroso il mantenimento dei livelli occupazionali ⁽¹⁶⁷⁾.

2.5.2. Contratti di solidarietà e cassa integrazione guadagni straordinaria: valutazioni di “convenienza”.

Rinviando al capitolo successivo in tema di Cassa integrazione guadagni, in questa sede val la pena precisare che l'idea del contratto di solidarietà nasce nel nostro Paese dalla necessità di individuare strumenti alternativi al ricorso alla Cassa integrazione c.d. « a zero ore », in presenza di crisi aziendali di dimensione e diffusione tali da rendere il problema dei licenziamenti collettivi non più “esorcizzabile” ⁽¹⁶⁸⁾. Soprattutto in passato, la possibilità di ricorrere alla Cassa integrazione guadagni straordinaria senza sostanziali limiti temporali, ha lasciato questo istituto nell'ombra all'interno della rosa delle possibili alternative per il governo delle eccedenze di personale.

Ad una prima analisi, dal punto di vista dei lavoratori, la riduzione dell'orario diviene competitiva rispetto alla Cassa integrazione guadagni perché non comporta l'uscita dal processo produttivo, soprattutto qualora risulti minima l'entità della perdita salariale (senza decurtazioni sulla pensione) ⁽¹⁶⁹⁾; le imprese beneficerebbero degli sgravi contributivi e di altre agevolazioni da mettere in campo, e dunque della possibilità di evitare i costi dei licenziamenti, mantenendo al contempo consenso sociale e buone relazioni sindacali, nonché della possibilità di disporre delle professionalità necessarie al momento della ripresa.

La mancata applicazione del “massimale” normalmente previsto per gli interventi di Cassa integrazione guadagni, inoltre, rende sotto questo profilo competitivo il contratto di solidarietà rispetto alla Cassa integrazione guadagni straordinaria ⁽¹⁷⁰⁾.

le, concordata in sede sindacale, quale alternativa alla collocazione in mobilità del lavoratore (art. 4, comma 11, L. n. 223 del 1991) (Pret. Milano, 11 agosto 1992, in *Riv. Critica Dir, Lav.*, 1993, pag. 667).

⁽¹⁶⁷⁾ Pret. Milano, 10 luglio 1989, in *Lav. 80*, 1989, pag. 1037. Sul punto si rinvia altresì a Pret. Roma 30 aprile 1994, cit. Sul fatto che rimane salva la possibilità per il datore di lavoro di ridurre il personale successivamente alla scadenza del contratto di solidarietà, Pret. Como, 7 dicembre 1990, cit. Si rinvia altresì a Pret. Milano, 11 agosto 1992, in *Riv. Critica Dir, Lav.*, 1993, pag. 667.

⁽¹⁶⁸⁾ G. ARRIGO, *I contratti di solidarietà*, op. cit., spec. pag. 143. Per una più completa trattazione del tema della Cassa integrazione guadagni straordinaria, si rinvia al Capitolo successivo.

⁽¹⁶⁹⁾ Poiché le prestazioni per la Cassa integrazione guadagni si attestano, almeno teoricamente, a circa l'80% della retribuzione, il livello di copertura cui puntare dovrebbe essere intorno all'85-90%, secondo M. LAI e L. RICCIARDI, *I contratti di solidarietà (disciplina legislativa e spunti di riflessione)*, in Working Paper, 2009, n. 74, pag. 9, in <http://www.fmb.unimore.it>

⁽¹⁷⁰⁾ Ai sensi dell'articolo 13, comma 1, Legge n. 223 del 1991, l'ammontare del trattamento di integrazione salariale concesso in caso di contratto di solidarietà non è soggetto alla disciplina sull'importo massimo come determinato dalla Legge 13 agosto 1980, n. 427. Il datore di lavoro è peraltro esonerato dal pagamento del contributo

Tuttavia, diversi sono i fattori che spiegano il mancato successo dell'istituto: il basso livello dei trattamenti di integrazione salariale ⁽¹⁷¹⁾, la difficile solidarietà tra lavoratori che il più delle volte resiste solo fino al momento della scelta delle persone da licenziare. Inoltre, nonostante l'incentivo previsto per i datori di lavoro che sottoscrivano contratti di solidarietà, gli imprenditori hanno il più delle volte fatto ricorso alla procedura di mobilità o alla Cassa integrazione a zero ore con lo scopo di giungere all'espulsione dei lavoratori dal ciclo produttivo in tempi più o meno brevi, poiché le difficoltà organizzative non sono compensate dal beneficio finanziario ⁽¹⁷²⁾.

Soprattutto in passato, risaltava la maggiore convenienza per il lavoratori dell'intervento della Cassa integrazione guadagni straordinaria, accordato senza sostanziali limiti temporali, e ritenuto da entrambe le parti come più vantaggiosa del contratto di solidarietà nel governo delle eccedenze, anche strutturali, di personale ⁽¹⁷³⁾.

Abbandonando la tecnica dei vantaggi unilaterali propria della legge n. 863 del 1984, il legislatore, con l'art. 5 della Legge n. 236 del 1993, nonostante la dichiarata provvisorietà del nuovo assetto normativo ⁽¹⁷⁴⁾, ha tentato il rilancio dei contratti di solidarietà predisponendo incentivi volti a rendere conveniente il ricorso a tali strumenti sia per i lavoratori che per le imprese ⁽¹⁷⁵⁾, mediante benefici economici per le stesse imprese, attraverso sgravi contributivi, di natura assistenziale e previdenziale, commisurati all'entità della riduzione di orario ⁽¹⁷⁶⁾ ⁽¹⁷⁷⁾.

addizionale che grava sulle imprese che si avvalgono degli interventi della Cassa integrazione guadagni straordinaria (art. 8, comma 8, L. n. 160 del 1988).

⁽¹⁷¹⁾ Ai sensi dell'articolo 1, comma 2, della Legge n. 863 del 1984, l'ammontare del trattamento di integrazione salariale da corrispondere ai lavoratori «è determinato nella misura del 50% del trattamento retributivo perso a seguito della riduzione di orario». Successivamente, tale ammontare è stato elevato al 60% per gli operai e gli impiegati delle imprese ubicate nel Mezzogiorno, e, in via transitoria e senza differenziazioni sul piano territoriale, al 75% (Art. 5, comma 4, L. n. 236 del 1993). Da ultimo, l'ammontare è stato fissato al 60% per tutti i contratti di solidarietà stipulati successivamente al 14 giugno 1995 (Art. 6, comma 3, L. n. 608 del 1996), con la possibilità per il Ministero del lavoro di determinare al 70% l'ammontare del trattamento di integrazione salariale per le aree a basso tasso di sviluppo o di declino industriale individuate ai sensi degli obiettivi 1 e 2 del Regolamento comunitario n. 2081/93 (Art. 9, comma 25, lett. d), L. n. 608 del 1996).

⁽¹⁷²⁾ Sull'utilizzo prodromico all'espulsione dell'istituto, E. MASSI, *Contatti di solidarietà difensivi*, op. cit. Si rinvia altresì a G. ARRIGO, *I contratti di solidarietà*, op. cit., pag. 142: a parità di agevolazioni e sussidi, ma con minore spesa (in termini rivendicativi e di consenso per il sindacato, di controllo sindacale per l'impresa e salariale per i lavoratori, i destinatari degli artt. 1 e 2 della L. n. 863 del 1984 hanno preferito ricorrere a strumenti quali la cassa integrazione guadagni straordinaria (magari a rotazione) o a tipologie contrattuali quali i contratti di formazione e il *part-time*.

⁽¹⁷³⁾ Sul punto, per approfondimenti, P. CURZIO, *I contratti di solidarietà*, in AA.VV., *Crisi, occupazione, legge*, 1984, pag. 36 e segg.; G. ARRIGO, *I contratti di solidarietà*, in M. D'ANTONA, R. DE LUCA TAMAJO, G. FERRARO, L. VENTURA, *Il diritto del lavoro negli anni '80.*, op. cit., pag. 142 e segg.

⁽¹⁷⁴⁾ Delle imprese artigiane non rientranti nel campo di applicazione dell'intervento straordinario della cassa integrazione guadagni, anche ove occupino meno di sedici dipendenti, a condizione che i lavoratori da loro dipendenti percepiscano una prestazione integrativa a carico di fondi bilaterali, si è già detto in precedenza.

⁽¹⁷⁵⁾ Per ragioni di contenimento della spesa pubblica, sia le agevolazioni contributive che il contributo per le imprese non spettano più per i contratti di solidarietà stipulati successivamente alla data del 14 giugno 1995 (Art. 6, comma 3, l. n. 608/1996), per i quali viene altresì ridotto l'ammontare del trattamento di integrazione salariale dal 75% al 60%.

⁽¹⁷⁶⁾ Ai sensi del comma 2, se la riduzione d'orario supera il 20%, la riduzione degli oneri contributivi per il datore di lavoro è del 25%, elevata al 30% per le imprese operanti nelle aree a declino industriale individuate ai sensi

L'art. 5, commi 10-12, della legge n. 863 del 1984, inoltre, dispone che la riduzione di orario possa essere stabilita su base giornaliera, settimanale o mensile (non annuale), riconoscendosi alla contrattazione collettiva ampia autonomia in merito alla sua distribuzione. Si prevede altresì che, in determinate ipotesi, l'impresa possa aumentare l'orario di lavoro; il maggior lavoro prestato comporta una corrispondente riduzione del trattamento di integrazione salariale ovvero del contributo erogato all'impresa ⁽¹⁷⁸⁾.

A ben vedere, al fine di evitare pratiche fraudolente, volte a disporre fittizi aumenti retributivi nel periodo immediatamente precedente la stipula del contratto di solidarietà, il secondo periodo dell'art. 1 della L. n. 863 del 1984 "neutralizza" gli aumenti retributivi convenuti dalle parti con contratti collettivi aziendali stipulati nei sei mesi antecedenti la conclusione del contratto di solidarietà; tale previsione non dovrebbe peraltro riguardare aumenti salariali convenuti prima dei sei mesi antecedenti la stipula del contratto di solidarietà, né quelli concordati in contratti di livello superiore a quello aziendale (ad esempio dal contratto collettivo nazionale) ⁽¹⁷⁹⁾.

Nonostante il *restyling* tentato dal legislatore, la mancanza dei fondi necessari dovuta alla tendenza del Ministero a considerare residuale il finanziamento destinato agli incentivi alle aziende che stipulano contratti di solidarietà, ha finito per premiare le imprese che si erano mosse per prime senza una vera e propria selezione dei contratti da firmare.

Orbene, sembrerebbe che la partita del rilancio dei contratti di solidarietà si giochi oltre che sul campo degli incrementi dei finanziamenti e dei tempi di erogazione e della copertura del red-

degli obiettivi 1 e 2 del regolamento CEE n. 2052/88; per riduzioni di orario superiori al 30%, la riduzione di oneri contributivi è rispettivamente del 35% e 40%, peraltro nei limiti delle disponibilità finanziarie assicurate dal Fondo per l'occupazione e per un periodo non superiore a 24 mesi (Art. 6, comma 4, l. n. 608/1996 e circ. Inps n. 56 e n. 104 del 2006). Secondo il modello beneficio diretto al datore di lavoro previsto per il contratto di solidarietà espansivo, di cui all'articolo 2, legge n. 863/1984, ai sensi del comma 4, inoltre, per il triennio 1993-1995, spetta al datore di lavoro l'erogazione di un contributo, da corrispondersi in rate trimestrali, pari ad un quarto del monte ore retributivo non dovuto a seguito della riduzione di orario. Per quanto riguarda i lavoratori, l'ammontare del trattamento di integrazione salariale corrisposto per i contratti di solidarietà stipulati nel triennio 1993-1995, viene elevato al 75% del trattamento retributivo perso a seguito della riduzione di orario.

⁽¹⁷⁷⁾ Le imprese che stipulano contratti che prevedono una riduzione di orario superiore al 20% beneficiano, per un periodo non superiore ai due anni, di una riduzione della contribuzione dovuta per i lavoratori interessati pari al 25 per cento, elevata al 30 per cento nelle c.d. "aree svantaggiate". Se la riduzione superiore al 30 per cento, il beneficio contributivo si eleva, rispettivamente, al 35% ed al 40% (art. 5, comma 2, della Legge n. 236/1993; art. 6, comma 4, della Legge n. 608/1996); gli sgravi sono subordinati alla sussistenza di disponibilità di natura finanziaria attivabili dal Fondo per l'occupazione attraverso specifici decreti. Secondo un parere del Ministero del lavoro, risalente al 12 aprile 1994, le riduzioni contributive per la solidarietà trovano applicazione anche nei casi in cui i contributi sono già ridotti a seguito della fiscalizzazione degli oneri sociali.

⁽¹⁷⁸⁾ Sulle modifiche (aumenti o riduzioni) dell'orario concordato si rinvia al paragrafo precedente.

⁽¹⁷⁹⁾ Per effetto dell'entrata in vigore dell'articolo 13, comma 1, della Legge n. 223 del 1993, che ha abrogato l'articolo 1, comma 2, Legge n. 863 del 1984, ultimo periodo, il trattamento straordinario viene reso insensibile ad eventuali aumenti retributivi aziendali. L'art. 13 stabilisce che l'ammontare del trattamento di integrazione salariale concesso "non subisce riduzioni a seguito di eventuali successivi aumenti retributivi intervenuti in sede di contrattazione aziendale".

dito dei lavoratori maggiormente competitiva rispetto alla cassa integrazione, soprattutto sul terreno degli incentivi alle imprese in grado di compensare le difficoltà organizzative ⁽¹⁸⁰⁾.

Per quanto concerne poi la possibile coesistenza nell'ambito di una medesima impresa di un intervento straordinario di Cassa integrazione guadagni e di un contratto di solidarietà, nel corso degli anni, il legislatore è intervenuto con svariate disposizioni volte a modificare in maniera radicale l'impianto delineato dall'art. 13 della L. n. 223 del 1991, che precludeva all'impresa la possibilità di richiedere durante il periodo di intervento del trattamento straordinario della Cassa integrazione guadagni a seguito della conclusione di un contratto di solidarietà, l'intervento della stessa a titolo di crisi aziendale (comma 2), ovvero per ristrutturazione, conversione e riorganizzazione, salvo che l'intervento straordinario avesse riguardato lavoratori non interessati dall'ambito di efficacia del contratto di solidarietà, ovvero risultasse giustificato da esigenze sopravvenute alla stipula di quest'ultimo (comma 3) ⁽¹⁸¹⁾ ⁽¹⁸²⁾.

L'art. 13, comma 2, L. n. 223 del 1991 stabilisce che nelle unità produttive interessate da contratti di solidarietà e da programmi di cassa integrazione guadagni straordinaria, le condizioni in presenza delle quali è consentito il cumulo dei due distinti benefici sono disciplinate con decre-

⁽¹⁸⁰⁾ A ciò si aggiunge la necessità di incentivi normativi, quali il non computo dei periodi "di solidarietà" ai fini del calcolo del limite complessivo di durata della cassa integrazione di trentasei mesi, oppure limiti di durata dei contratti di solidarietà e, più in generale, della cassa integrazione a zero ore.

⁽¹⁸¹⁾ Per approfondimenti su tale disciplina, F. SANTONI, *Misure alternative di reimpiego: contratti di solidarietà, part-time e anticipazione del pensionamento, contratti di reinserimento*, in G. FERRARO, F. MAZZIOTTI, F. SANTONI (a cura di), *Integrazioni salariali, eccedenze del personale e mercato del lavoro. Commento sistematico alla Legge 223/1991*, Napoli, 1992, pag. 257 e segg.; G. FERRARO, *Le integrazioni salariali*, in G. FERRARO, F. MAZZIOTTI, F. SANTONI (a cura di), *Integrazioni salariali, eccedenze del personale e mercato del lavoro. Commento sistematico alla Legge 223/1991*, Napoli, 1992, pag. 25 e segg.; G. SANTORO PASSARELLI, *I contratti di solidarietà: due esperienze confronto*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1994, I, pag. 267 e segg. L'art. 4, comma 1, L. 451 del 1994, prevede che le condizioni alle quali è consentito il cumulo dei due distinti istituti sono disciplinate mediante decreto del Ministero del lavoro, sentito il comitato tecnico di cui all'art. 19, L. 28 febbraio 1986, n. 41. Il successivo D.M. 23 dicembre 1994 ha individuato le situazioni per le quali non è ammesso il cumulo: cessazione dell'attività produttiva, presentazione di istanza di ammissione o di sottoposizione dell'impresa ad una procedura concorsuale, applicazione degli accordi sindacali per la gestione delle eccedenze di personale ai sensi della L. n. 56/1994. Circ. INPS 11 aprile 1995, n. 103. ha precisato che il cumulo degli interventi di integrazione salariale deve essere riferito all'unità produttiva e non ai lavoratori addetti alla medesima; il singolo lavoratore, pertanto, non può cumulare il trattamento straordinario di cassa integrazione, per stipulazione del contratto di solidarietà e per intervento della cassa integrazione straordinaria ex art. 1, L. 23 luglio 1991, n. 223.

⁽¹⁸²⁾ Con circ. n. 9/1986 l'INPS, invece, ha puntualizzato che l'uso del contratto di solidarietà non è incompatibile con il ricorso alla Cassa integrazione ordinaria, sia per gli stessi lavoratori interessati al contratto di solidarietà che per le altre unità produttive per le quali tale contratto non abbia efficacia (v. anche circ. Min. Lav. n. 96/1985). Laddove, pertanto, durante i periodi di utilizzo dei contratti di solidarietà si verifici il ricorso al trattamento ordinario in base alle circostanze che ne legittimino l'intervento, il limite massimo delle ore integrabili ai sensi della Cassa integrazione ordinaria sarà determinato sulla base del nuovo orario concordato nel contratto di solidarietà. In tale ipotesi, per le ore non lavorate a seguito del contratto di solidarietà la misura dell'integrazione spettante al lavoratore è pari al 50% del trattamento retributivo perso, mentre per le riduzioni del nuovo orario di lavoro risultante dal contratto stesso, conseguenti alle circostanze che hanno determinato l'intervento ordinario della cassa integrazione guadagni, tale misura è pari all'80% della relativa retribuzione.

to del Ministro del lavoro, sentito il comitato tecnico di cui all'articolo 19 della legge 28 febbraio 1986, n. 41 ⁽¹⁸³⁾.

La possibile coesistenza all'interno di una stessa impresa di un intervento di Cassa integrazione guadagni straordinaria e di un contratto di solidarietà è ammessa dal DM 23 dicembre 1994, in presenza di determinate condizioni: i programmi di Cassa integrazione guadagni straordinaria devono essere quelli approvati *ex art.1* della L. n. 223/1991 (ristrutturazione, riorganizzazione e conversione aziendale, o crisi aziendale); deve trattarsi di crisi aziendale in cui sia in corso un programma di risanamento, con mantenimento dell'attività produttiva e con esclusione assoluta della cessazione dell'attività nelle unità produttive interessate; i lavoratori interessati debbono essere diversi e individuati attraverso appositi elenchi nominativi. Tale diversità deve sussistere per l'intero periodo considerato. Al contrario, il cumulo non è consentito in caso di richiesta o ammissione a procedura concorsuale o nei casi di Cassa integrazione straordinaria per l'editoria (art. 5, comma terzo, L. n. 416/1981).

2.5.3. Contratti di solidarietà difensivi e disciplina europea sugli aiuti di Stato.

I contratti di solidarietà rappresentano il tentativo delle parti sociali di coordinare i vari interventi di politica industriale e del lavoro «per evitare che gli effetti del risanamento economico delle imprese si risolvano in una pura riduzione della manodopera occupata, la cui eventuale ricollocazione sia lasciata all'operare « spontaneo » dei meccanismi di mercato» ⁽¹⁸⁴⁾. Le effettive possibilità di risanamento connesse ad un diverso assetto organizzativo, nonché ad un maggior livello di flessibilità del tempo e della prestazione di lavoro sono pertanto oggetto di valutazione alla luce delle reali possibilità dell'azienda e del mercato.

La strenua difesa del divieto di aiuti di Stato contenuto nell'attuale art. 87 TCE (in precedenza art. 4 del Trattato CECA), ha indotto la Corte di Giustizia europea a considerare illecite le misure dirette a ridurre gli oneri previdenziali gravanti sulle imprese, e quindi la concessione di sgravi contributivi, dal momento che, realizzando una riduzione dei costi a carico delle imprese stesse, produce una alterazione della concorrenza ⁽¹⁸⁵⁾.

⁽¹⁸³⁾ In proposito, v. D.M. 23 dicembre 1994; INPS circ. n. 103/1995.

⁽¹⁸⁴⁾ G. ARRIGO, *I contratti di solidarietà*, in M. D'ANTONA, A. ALAIMO, G. ARRIGO, A. MARESCA, R. PESSI, *Occupazione flessibile e nuove tipologie del rapporto di lavoro*, (a cura di), Napoli, 1988, pag. 144.

⁽¹⁸⁵⁾ Corte Giust., 17 giugno 1999, C - 75/97 *Belgio c. Comm.*, *Racc.* I-3671 e Corte Giust., 5 ottobre 1999, C - 251/97, *Francia c. Comm.*, *Racc.* I-6639; la riduzione degli oneri contributivi a carico dell'erario non era collegata ad una puntuale vicenda aziendale, bensì alcuni settori generalmente in crisi; relativamente alle misure adottate nell'ambito di un piano sociale, si rinvia a Corte Giust., 26 settembre 1996, C - 241/94, *Francia c. Comm. (Kimberly Clark)*, *Racc.* I-4551. Ci riguarda da vicino quella sentenza della Corte di giustizia con la quale tale orientamento era stato confermato in relazione ai contratti di formazione e lavoro (Corte Giust., 7 marzo 2002, C - 310/99, in *Riv. It.*

All'ipotesi di accordo "difensivo" volto ad impedire alcuni licenziamenti collettivi mediante l'integrazione del reddito dei singoli lavoratori senza operare direttamente sulle spese dell'impresa è stata ritenuta applicabile dalla Corte di Giustizia ⁽¹⁸⁶⁾ la nozione di "aiuto di Stato".

La Corte, dopo aver affermato che "l'espressione "aiuti" comporta necessariamente vantaggi concessi direttamente o indirettamente, mediante risorse statali o che costituiscono un onere supplementare per lo Stato, rileva che i costi legati alla retribuzione dei dipendenti devono gravare sul bilancio delle imprese e non su quello dello Stato. Pur escludendo qualsiasi obbligo giuridico della società a compensare finanziariamente la riduzione retributiva, la Corte condanna lo Stato membro ritenendo che "il fatto che l'accordo collettivo abbia subordinato la riduzione dell'orario lavorativo da esso prevista all'ottenimento di compensazioni pubbliche", escludendo qualsiasi aumento dei costi salariali sostenuto dalla società, "non priva l'integrazione transitoria della sua natura di costo salariale normalmente a carico dell'impresa" (punto n. 40).

Orbene, in proposito si potrebbe obiettare che, se è vero che tali misure non possono tradursi in sostegni alle imprese volti a mantenere sul mercato organizzazioni produttive che altrimenti sarebbero destinate alla chiusura, tale tipologia di interventi risulta invece del tutto compatibile con le norme comunitarie di sostegno al reddito dei singoli lavoratori, dal momento che il sistema del *welfare* nazionale rimane estraneo al mercato concorrenziale disegnato dal Trattato di Roma ⁽¹⁸⁷⁾.

L'orientamento assunto dalla Corte di Giustizia, inoltre, presta il fianco ad una osservazione. Le sovvenzioni hanno l'effetto di consentire la stipula di un accordo tra lavoratori per la rinuncia ad una parte del loro salario e non quello di ridurre costi altrimenti sopportati dall'impresa, dal momento che è facile immaginare che l'impresa, trovandosi nella situazione di non potersi accollare il costo della riduzione oraria, opterebbe per il licenziamento di una parte dei propri dipendenti ⁽¹⁸⁸⁾.

Paradossalmente, si finirebbe per avallare le ipotesi di modificazione unilaterale o di modifica tramite accordo che non preveda l'intervento statale poiché, in caso contrario, si ricadrebbe nella fattispecie vietata.

Dir. Lav., 2002, II, pag. 435 e segg., con nota di M. TIRABOSCHI, *Aiuti di Stato e contratti di f. e l. nella decisione della C. di G. del 7 marzo 2002: sentenza annunciata, risultato giusto.*

⁽¹⁸⁶⁾ Corte Giust., Sez. V, 12 dicembre 2002, C - 5/01, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2003, II, pag. 709 e segg., con nota di V. FERRANTE, *Ancora sugli aiuti di Stato: sono leciti i contratti di solidarietà "difensivi"?*

⁽¹⁸⁷⁾ V. FERRANTE, *Ancora sugli aiuti di Stato, Op. ult. Cit.* L'A. ritiene altresì che, se avesse fondato la propria decisione sulle norme del Trattato CE, anziché su quelle CECA, la Corte avrebbe potuto operare una distinzione tra somme volte ad incoraggiare l'assunzione di alcune decine di operai e, quanto invece costituiva una misura sociale, diretta al mantenimento dell'occupazione.

⁽¹⁸⁸⁾ M. MISCIONE, *I contratti di solidarietà nell'incertezza*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1995, n. 17, pag. 133 e segg.; S. RENGA, *Mercato del lavoro e diritto*, Milano, 1996, pag. 163 e segg.; F. LISO, *La galassia normativa dopo la l. n. 223/91*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1997, spec. pag. 28 e segg.

Probabilmente, volendo trasporre il ragionamento a suo tempo seguito dalla Corte di Giustizia europea, l'unica via percorribile per non incorrere nelle violazioni della disciplina sugli aiuti di Stato, è quella dell'incentivazione della bilateralità, che consentirebbe di limitare l'intervento statale in materia.

CAPITOLO III

RIORGANIZZAZIONI AZIENDALI E SOSPENSIONE DEI RAPPORTI DI LAVORO

Sommario: 3.1. Premessa. - 3.2. La sospensione del rapporto di lavoro tra esigenze transitorie e sostegno ad attività imprenditoriali in crisi. - 3.3. Il ruolo delle parti sociali e della contrattazione collettiva nella concessione del trattamento. - 3.3.1. La scelta dei lavoratori da sospendere. Il criterio della rotazione. - 3.4. L'integrazione salariale nelle procedure concorsuali: tra funzione (meramente) assistenziale e sostegno temporaneo a imprese e lavoratori. - 3.4.1. La discrezionalità dell'organo della procedura nella richiesta di ammissione al beneficio e l'automatismo della concessione. - 3.4.2. Lo stato di "quiescenza" del rapporto di lavoro a seguito della dichiarazione di fallimento: l'art. 72 L.F. - 3.4.2.1. Analogie e differenze rispetto alla disciplina dell'amministrazione straordinaria. - 3.4.3. La prosecuzione dei rapporti di lavoro nell'ipotesi di esercizio provvisorio: l'art. 104, comma ottavo, L.F. - 3.4.4. L'accesso alla Cassa integrazione straordinaria nel nuovo concordato preventivo. - 3.5. Strumenti convenzionali alternativi alla Cassa integrazione. - 3.5.1. I Fondi di Solidarietà alla luce dei recenti interventi legislativi.

3.1. Premessa.

Come noto, il nostro ordinamento prevede le ipotesi di sospensione della prestazione di lavoro o riduzione dell'orario di lavoro determinate da fattispecie inerenti all'impresa ed alla sua gestione.

La previsione dell'esonero del datore di lavoro dall'obbligo retributivo esclusivamente ove la sospensione della prestazione di lavoro fosse provocata da una impossibilità sopravvenuta a lui non imputabile (artt. 1218 e 1256 Cod. Civ.), sarebbe inadeguata rispetto alle esigenze poste dalla realtà sociale ed economica, nonché rispetto alla necessità di consentire un equilibrato contemperamento degli interessi coinvolti nelle crisi di impresa.

Inoltre, il rifiuto della prestazione causato da una crisi dell'impresa o dall'esigenza di modificare la propria organizzazione per continuare ad operare nel mercato, non di rado, configura una mera difficoltà a ricevere la prestazione, più che una vera e propria impossibilità ⁽¹⁾.

A ben vedere, non costituiscono fattispecie di impossibilità sopravvenuta situazioni di eccesso di produzione che richiedano il ripristino di un più adeguato equilibrio di mercato fra offerta e domanda, e/o l'esigenza di modificare l'organizzazione dell'impresa apportando innovazioni nei processi produttivi o nella gamma o nella qualità dei prodotti, in quanto trattasi di situazioni che dipendono dalla volontà dell'imprenditore e che al più configurano ipotesi di difficoltà a ricevere la prestazione lavorativa; in questi casi l'imprenditore non può ritenersi liberato dall'obbligo retributivo nei confronti dei propri dipendenti.

⁽¹⁾ M. PERSIANI e G. PROIA, *Diritto del lavoro*, Padova, 2008, spec. pag. 282. A. VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro. II. Il rapporto di lavoro*, Padova, 2002, pag. 286 e segg.

3.2. La sospensione del rapporto di lavoro tra esigenze transitorie e sostegno ad attività imprenditoriali in crisi.

La Cassa integrazione ⁽²⁾ costituisce il principale meccanismo, messo a disposizione dal nostro ordinamento per la gestione delle situazioni di eccedenze temporanee di personale in alternativa alla risoluzione dei rapporti di lavoro. L'idea che presiede a tale intervento è che, sollevando parzialmente o totalmente l'imprenditore dall'onere del costo del lavoro sia possibile agevolare, ancorché in via indiretta, la ripresa dell'azienda ed il superamento della crisi.

Tale strumento, tuttavia, nel corso degli anni si è trasformato da mezzo di sostegno al reddito dei lavoratori in uno strumento impropriamente utilizzato in relazione a situazioni di crisi prive di soluzione, finendo per rappresentare l'equivalente funzionale di un trattamento di disoccupazione.

Seppur oggetto nel corso degli anni di ripetute deroghe, la Legge 23 luglio 1991, n. 223, ha tentato di ricondurre il sistema della Cassa integrazione alla sue finalità iniziali in relazione alle diverse causali che ne legittimano l'intervento. È con il citato provvedimento legislativo, infatti, che viene dettata una disciplina poliedrica del mercato del lavoro che riguarda sia la regolamentazione delle eccedenze transitorie del personale (con intervento della Cassa integrazione guadagni), sia quelle definitive (licenziamenti collettivi e collocamento in mobilità).

Le circostanze che consentono l'attivazione dell'istituto della Cassa integrazione guadagni ordinaria e quelle che rappresentano il presupposto per l'erogazione del trattamento straordinario sono profondamente differenti, sebbene in entrambi i casi si voglia assicurare la continuità dell'occupazione e del reddito ai lavoratori temporaneamente allontanati dal processo produttivo; solo la corretta disamina di tutti gli elementi che contraddistinguono una specifica situazione aziendale può permettere l'identificazione del procedimento applicabile.

Si ritiene, ad esempio, che a fronte di criticità che non abbiano carattere strutturale e che siano risolvibili con il semplice decorso di un intervallo di tempo più o meno limitato, sia opportuno valutare l'eventuale richiesta di un periodo di Cassa integrazione guadagni ordinaria in aggiunta o in alternativa rispetto ad altri possibili interventi quali la calendarizzazione collettiva delle ferie e/o dei permessi retribuiti spettanti a vario titolo, l'attivazione di sistemi di articolazione flessibili dell'orario, la sottoscrizione di contratti di solidarietà difensiva, la gestione del *turn over*

⁽²⁾ Per approfondimenti sulla disciplina della Cassa integrazione, si rinvia, tra gli altri, a P. LAMBERTUCCI, *Crisi d'impresa, cassa integrazione guadagni, contratti di solidarietà*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Diritto del lavoro e della previdenza sociale*, 1996, pag. 515 e segg.; A. MANNA, *La cassa integrazione guadagni*, Padova, 1998; S. MALANDRINI, *La durata dei trattamenti di integrazione salariale*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2005, 15, pag. 817 e segg. Si rinvia, altresì, a A. DI STASI, *Manuale breve di diritto del lavoro e della previdenza sociale*, Milano, 2008, pag. 205 e segg.

aziendale attraverso scelte opportune riguardanti la conferma/non conferma in servizio del personale a termine o somministrato, eventualmente presente in azienda ⁽³⁾. Per far fronte a criticità di carattere strutturale che comportino la necessità di attivare processi di riqualificazione aziendale complessi, invece, è possibile ipotizzare sia il ricorso ad integrazioni salariali straordinarie, sia a procedure di licenziamento collettivo e alla messa in mobilità del personale divenuto eccedente.

Nel suo regime ordinario, la Cassa integrazione ha mantenuto sostanzialmente immutata l'originaria funzione di strumento di sostegno temporaneo del reddito al verificarsi di una impossibilità temporanea e reversibile, ascrivibile a difficoltà finanziarie transitorie (contrazione o sospensione dell'attività produttiva), non imputabili né al datore di lavoro, né ai lavoratori, o a situazioni temporanee di mercato che, in ogni caso, siano tali da non mettere in dubbio la ripresa dell'attività produttiva. Il carattere transitorio dell'intervento, peraltro, trova conferma nella durata fissata in un massimo di tre mesi continuativi, con possibilità di proroghe in via del tutto eccezionale ⁽⁴⁾.

Nata come strumento di politica economica (Legge 5 novembre 1968, n. 1115) finalizzato a facilitare processi di ristrutturazione e riconversione industriale, l'integrazione salariale straordinaria ⁽⁵⁾ divenne ben presto un vero e proprio ammortizzatore sociale. All'origine di tale trasformazione vi è l'introduzione della causale "crisi aziendale" da parte della L. 12 agosto 1977, n. 675, che istituiva il CIPI; a tale organo, infatti, si attribuiva, tra l'altro, la funzione di accertare la situazione di "crisi aziendale di particolare rilevanza sociale in relazione alla situazione occupazionale locale ed alla

⁽³⁾ Su tali aspetti si tornerà più diffusamente nel capitolo successivo, mentre con riferimento ai contratti di solidarietà interna o difensiva, si rinvia al precedente capitolo.

⁽⁴⁾ L'intervento ordinario della Cassa integrazione guadagni, ancora oggi regolamentato dalla Legge n. 164 del 20 maggio 1975, è stato inizialmente introdotto per fronteggiare la mancanza temporanea di materie prime o di energia nel periodo post bellico con particolare riferimento agli operai delle imprese industriali, e successivamente esteso ad altri settori, come l'agricoltura, ed agli impiegati, oltre che agli operai. Rientrano tra le ipotesi che giustificano l'intervento dell'istituto quelle inerenti l'attività produttiva (mancanza di scorte), cause di forza maggiore (malattie), eventi fortuiti (disastri, calamità naturali, ecc.). Tra gli altri, R. SCIOTTI, *Sull'autonomia collettiva nelle crisi d'impresa*, in *Merc. Dir. Lav.*, 2005, spec. pag. 141 e segg.

⁽⁵⁾ Sul tema, tra gli altri, G. AMOROSO, V. DI CERBO e A. MARESCA, *Il Diritto del lavoro*, Volume I, *Costituzione, Codice civile, Leggi speciali*, Milano, 2004; A. BELLAVISTA, *Cassa integrazione straordinaria e procedura di partecipazione sindacale*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1997, II, pag. 331 e segg., nota a Corte Cass., 8 ottobre 1996, n. 8788; M. CARO, *Natura ed effetti degli accordi aziendali in materia di cigs*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1996, II, pag. 387 e segg., nota a Corte Cass., 10 maggio 1995, n. 5090; G. ZILIO GRANDI, *La domanda di integrazione straordinaria tra obblighi procedurali e di cooperazione ex artt. 1175 e 1375 c.c. e rinunzia e transazioni dei lavoratori*, in *Giust. Civ.*, 1999, 3, 828 e segg., nota a Corte Cass., 1° luglio 1998, n. 6434; A. LASSANDARI, *Sulla natura dell'accordo sindacale in materia di cassa integrazione guadagni*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1999, II, pag. 89, nota a Corte Cass., 10 marzo 1998, n. 2635; E. MANGANIELLO, *Cassa integrazione guadagni straordinaria, criteri di scelta, rotazione e sanzioni di diritto comune*, in *Giust. Civ.*, 1999, n. 6, pag. 1830 e segg., nota a Corte Cass., 17 marzo 1998, n. 2882; M. T. SALIMBENI, *Ricadute individuali degli accordi sindacali in materia di cigs, diritto alle differenze retributive e relativa prescrizione*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2007, II, pag. 364 e segg., nota a Corte Cass., 7 febbraio 2006, n. 2555; P. TULLINI, *Sull'obbligo di comunicazione dei criteri di scelta dei lavoratori nel procedimento di concessione della cassa integrazione straordinaria*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1997, II, pag. 146 e segg., nota a Trib. Milano 29 marzo 1996. Sull'intervento straordinario della Cassa integrazione guadagni, ante riforma, si rinvia, tra gli altri a G. ARRIGO, *I contratti di solidarietà*, in AA.VV., *Il diritto del lavoro negli anni 80. Occupazione flessibile e nuove tipologie del rapporto di lavoro*, Napoli, 1988, spec. pag. 146 e segg.

situazione produttiva del settore? (art. 2, comma quinto, lett. c)), quale presupposto per poter beneficiare del trattamento straordinario.

L'estrema vaghezza della nozione di "crisi" utilizzata dal legislatore del 1977, e più in generale l'assenza di una definizione precisa della cause integrabili, lasciava un'ampia discrezionalità al CIPI nella valutazione della sussistenza delle stesse. Si è detto, in proposito, che tale vaghezza era funzionale ad uno strumento concepito non tanto per valutare l'effettivo stato economico-finanziario dell'impresa, bensì per risolvere problemi occupazionali ⁽⁶⁾.

Il richiamo alla "*rilevanza sociale*" fa dell'integrazione salariale, così come disciplinata dalla Legge n. 675 del 1977, uno strumento sostanzialmente di politica economica, ammortizzatore sociale finalizzato a fronteggiare situazioni di eccedenza definitiva di personale, contravvenendo alla funzione di sostegno del reddito a fronte di situazioni di temporanea sospensione dell'attività produttiva ⁽⁷⁾.

Fermo restando che la disciplina trova applicazione limitatamente alle imprese ⁽⁸⁾ che abbiano occupato mediamente più di quindici lavoratori ⁽⁹⁾ nel semestre precedente alla data di in-

⁽⁶⁾ G. ORLANDINI, *Stato di crisi aziendale e cassa integrazione guadagni straordinaria: vincoli sostanziali e procedurali di fronte alle «domande» comunitarie*, in *Riv. Dir. Sic. Soc.*, 2006, spec. pag. 134, il quale sottolinea come la disciplina prevista dalla legge del 1977 e volta a favorire il reimpiego dei lavoratori posti in Cassa integrazione si iscrivesse coerentemente in questa logica; accertato lo stato di crisi dal CIPI, il Ministro concedeva l'integrazione salariale. Il decreto ministeriale comportava la sospensione del rapporto di lavoro dei lavoratori che beneficiavano dell'integrazione ed il blocco dei licenziamenti da parte dell'impresa in crisi, fino al passaggio diretto del lavoratore ad un'altra azienda che lo riassunse previa estinzione del rapporto (fittiziamente) mantenuto con l'impresa d'origine (artt. 24 e 25, L. n. 675 del 1977). Tale disciplina poneva problemi di coordinamento con la normativa in materia di trasferimento di azienda allora vigente e che prevedeva la regola della continuità del rapporto, in assenza di disdetta fornita in tempo utile dal datore cedente che, peraltro, non sarebbe effettuabile, in ragione del vincolo posto ai licenziamenti. L'applicazione dell'art. 2112 Cod. Civ. avrebbe costituito un ostacolo alla riallocazione dei lavoratori presso un nuovo datore di lavoro eventualmente interessato ad acquistare l'impresa in crisi ma non ad accollarsi l'intero costo del lavoro ad essa inerente, precludendo un canale di reimpiego dei lavoratori. È con l'art. 1, comma 3, L. n. 215 del 1978 (la cosiddetta legge Unidal), che si tentò di rendere omogenea la disciplina del trasferimento d'azienda con la nuova *ratio* del trattamento straordinario di Cassa integrazione: in presenza di un accordo tra le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative circa il trasferimento, la dichiarazione di stato di crisi comportava l'inoperatività dell'art. 2112 Cod. Civ., comma primo, e, dunque, il principio della continuità del rapporto. I lavoratori trasferiti uscivano dal regime di integrazione salariale per essere assunti dal nuovo datore mentre i lavoratori non trasferiti restavano (formalmente) alle dipendenze del cedente in regime di integrazione salariale, fino all'eventuale ricollocazione presso altra azienda. In giurisprudenza, sulla logica di tale normativa, Corte Cass., 2 marzo 1999, n. 1756, in *Notiz. Giur. Lav.*, 1999, pag. 543 e segg.; Corte Cass., 10 dicembre 1991, n. 13301, in *Giust. Civ.*, 1992, I, pag. 926 e segg.; Corte Cass., Sez. un., 8 agosto 1991, n. 8649, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1992, II, pag. 420 e segg.

⁽⁷⁾ M. D'ANTONA, *L'intervento straordinario della Cassa integrazione guadagni nelle crisi aziendali: interessi pubblici, collettivi, individuali*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1983, I, spec. pag. 30. L'atto di accertamento era adottato con delibera da un organismo collegiale e, insieme alla prova dell'avvenuta consultazione sindacale ex art. 5, L. n. 164 del 1975, costituiva il presupposto dell'atto finale di concessione dell'integrazione salariale di competenza del Ministero del lavoro. Nella valutazione del CIPI rientravano non solamente elementi collegati alla salute dell'impresa ma soprattutto ai rischi di licenziamenti di personale eccedente.

⁽⁸⁾ I settori merceologici interessati sono: industria (art. 1, L. n. 164 del 1975), commercio (laddove l'impresa occupi più di duecento dipendenti, ex art. 12, comma terzo, L. n. 223 del 1991, sebbene fino al 31 dicembre 2009 ed entro un limite di spesa di 45 milioni di euro a carico del Fondo per l'Occupazione, tale limite è ridotto a cinquanta, ex art. 19, comma undicesimo, L. n. 2 del 2009), artigianato (art. 12, comma primo e secondo, L. n. 223 del 1991), appalti di mensa o ristorazione (art. 23, L. 23 aprile 1981, n. 155), editoria di giornali quotidiani e periodici e agenzie

tervento ⁽¹⁰⁾, possono beneficiarne gli operai (art. 1, D. Lgt. 9 novembre 1945, n. 788), gli impiegati ed i quadri (art. 14, comma secondo, L. n. 223 del 1991) che alla data di presentazione della richiesta dell'intervento da parte dell'impresa, abbiano maturato un'anzianità di servizio di almeno novanta giorni ⁽¹¹⁾.

L'intervento straordinario nelle imprese "in bonis" è ammesso per: ristrutturazione, riorganizzazione e conversione aziendale (art. 1, comma terzo, L. n. 223 del 1991) ⁽¹²⁾; per crisi aziendale (art. 1, comma quinto, L. n. 223 del 1991); per crisi aziendale nei casi di cessazione di attività (art. 1, comma primo, L. n. 291 del 2004). Per quanto concerne la durata, essa si differenzia a seconda della causa integrabile; tuttavia, indipendentemente da quest'ultima, in ciascuna unità produttiva i trattamenti straordinari di integrazione salariale non possono avere una durata com-

di stampa a diffusione nazionale (art. 35, legge 5 agosto 1981, n. 416), cooperative e relativi consorzi di trasformazione, manipolazione e commercializzazione di prodotti agricoli e zootecnici ricavati dalla coltivazione dei fondi, dalla silvicoltura e dall'allevamento di animali (art. 3, Legge 15 giugno 1984, n. 240), servizi di pulizia (art. 1, legge 19 luglio 1994, n. 451), vettori aerei e società da questi derivate a seguito di processi di riorganizzazione o trasformazioni societarie (art. 1 *bis*, legge 3 dicembre 2004, n. 291).

⁽⁹⁾ Nel computo vanno ricompresi gli apprendisti, in linea generale esclusi allorché si tratta di applicare istituti previsti da leggi o contratti collettivi; gli assunti con contratto di formazione e lavoro, scomparso nel settore privato per effetto dell'art. 86 del D. lgs. n. 276 del 2003; i dirigenti; i lavoratori a domicilio (che pur non essendo presenti in azienda, partecipano al ciclo produttivo); gli assunti con contratto a tempo determinato o quelli a tempo parziale (questi ultimi "pro-quota", secondo il dettato dell'art. 6, D. Lgs. n. 61 del 2000). L'art. 8, comma secondo, L. n. 236 del 1993, offre tale possibilità anche alle società cooperative di produzione e lavoro per le quali, nel computo dimensionale rientrano anche i soci lavoratori. Non vi rientrano gli assunti con contratto di reinserimento (art. 20, L. n. 223 del 1991), i lavoratori assunti a tempo indeterminato, già utilizzati in lavori socialmente utili, esclusi da qualsiasi calcolo *ex art.* 7, D. Lgs. n. 81 del 2000, i lavoratori somministrati occupati presso l'utilizzatore (art. 22, comma quinto, D. Lgs. n. 276 del 2003), nonché i prestatori la cui attività non è in alcun modo riferibile alla subordinazione, come i collaboratori coordinati e continuativi, anche a progetto. I lavoratori assenti (ad esempio per maternità o aspettativa) vanno ricompresi nel calcolo solo nell'ipotesi in cui non siano stati sostituiti.

⁽¹⁰⁾ Per quanto concerne il periodo di riferimento sul quale occorre effettuare il calcolo, poiché la disposizione normativa parla di "media", (i) l'istanza può essere presentata anche da un'impresa che all'atto della domanda ha un organico inferiore alle sedici unità, ma che, con l'organico dei mesi precedenti possa giungere alla quota numerica indicata; (ii) trattandosi di un riferimento temporale, vanno considerati anche i "periodi di non lavoro", come le sospensioni stagionali o le soste; (iii) nelle imprese che esercitano attività plurime, occorre distinguere in relazione alle varie attività, sebbene articolate in diversi stabilimenti della stesso o di altra provincia e non già tenendo conto del numero complessivo dei dipendenti a prescindere dai settori di attività (circ. INPS n. 44 del 1995).

⁽¹¹⁾ Nella platea dei beneficiari rientrano tutti i dipendenti a tempo indeterminato, i lavoratori a tempo parziale e quelli assunti con contratto a termine, gli assunti con contratto di inserimento ed i soci delle cooperative di produzione e lavoro. Restano esclusi i dirigenti, gli apprendisti (Circ. Inps 13 marzo 2006, n. 41 e Circ. Inps 5 aprile 1955, n. 446), i lavoratori a progetto e i lavoratori occasionali (Circ. Inps n. 41 del 2006). Nell'ottica di un rilancio dell'apprendistato, l'art. 19, comma ottavo, del D.L. n. 185 del 2008, ha previsto l'applicazione degli ammortizzatori sociali in deroga anche nei confronti degli apprendisti.

⁽¹²⁾ Rispetto alle considerazioni già svolte nel capitolo I, va precisato che il termine "ristrutturazione" allude ad un programma di rinnovo dell'azienda, attraverso l'aggiornamento tecnologico degli impianti; al riguardo, è richiesta "la preminenza, in termini percentuali, delle quote di investimenti per impianti fissi e attrezzature direttamente impegnate nel processo produttivo, rispetto al complesso degli investimenti previsti nell'arco temporale di esecuzione del programma aziendale" (art. 1, D.M. 20 agosto 2002, n. 31444). La "riorganizzazione" e la "conversione", a loro volta, fanno riferimento ad un programma volto all'introduzione di produzioni appartenenti a settori differenti rispetto a quelli attivi in azienda, ovvero alla modificazione dei cicli produttivi di cui l'azienda stessa dispone; è necessario, in particolare, che il programma faccia espressamente menzione degli "interventi volti a fronteggiare inefficienze della struttura gestionale per squilibri tra apparato produttivo, commerciale e amministrativo" (art. 1, D.M. 20 agosto 2002, n. 31444).

più elevata superiore a trentasei mesi nell'arco di un quinquennio (art. 1, comma nono, L. n. 223 del 1991).

La fissazione di limiti alla durata dell'intervento e l'introduzione di oneri in funzione della stessa sono legate al perseguimento dell'obiettivo di garantire il recupero della sua funzione di ausilio ai processi di gestione dell'impresa in crisi favorendone un utilizzo più razionale; infatti, l'erogazione di denaro pubblico che si traduce in un finanziamento indiretto nei confronti dell'impresa che versi in uno stato di difficoltà, è pur sempre in funzione dell'interesse dei lavoratori alla salvaguardia dei livelli occupazionali ⁽¹³⁾.

Va precisato che una volta appurato che l'impresa soddisfi sia il requisito dell'andamento involutivo, sia quello della stabilità o del ridimensionamento dell'organico, essa dovrà presentare un piano di risanamento nel quale saranno definite le azioni intraprese o da intraprendere per il superamento delle difficoltà, distinguendo in base ad ogni settore di attività e per ciascuna unità interessata dall'intervento di Cassa integrazione, che viene così affrancato dalla natura di intervento meramente assistenziale che nel corso degli anni aveva acquisito (art. 1, primo comma, lett. c), D.M. 18 dicembre 2002, n. 31826).

Diversamente, nel caso di cessazione dell'attività (che può riguardare l'intera azienda, un solo settore di essa, uno stabilimento o parte di questi), non essendo previsto né l'accertamento degli indicatori economico-finanziari, né la predisposizione di un piano di risanamento, l'imprenditore dovrà dimostrare la stabilità o il ridimensionamento dell'organico e predisporre un piano di gestione dei lavoratori in esubero volto a ridurre il ricorso alla mobilità che, tuttavia, non

⁽¹³⁾ Il trattamento di integrazione salariale è corrisposto dal datore di lavoro al termine di ciascun periodo di paga e viene mensilmente rimborsato dall'INPS (sulla domanda di rimborso presentata dal datore di lavoro, circ. INPS 25 maggio 2001, n. 116). Il datore di lavoro, tuttavia, in occasione della richiesta di ammissione al trattamento straordinario al Ministero, può domandare il pagamento diretto da parte dell'INPS, "quando per l'impresa ricorrano comprovate difficoltà di ordine finanziario" (art. 2, comma sesto, L. n. 223 del 1991). Ai sensi dell'art. 2, comma sesto, ultima parte, L. n. 223 del 1991, aggiunta dall'art. 7 *ter*, comma primo, Legge 9 aprile 2009, n. 33, legge di conversione del d. l. 10 febbraio 2009, n. 5, recante misure urgenti a sostegno dei settori industriali in crisi, "Il pagamento diretto ai lavoratori è disposto contestualmente all'autorizzazione del trattamento di integrazione salariale straordinaria, fatta salva la successiva revoca nel caso in cui il servizio competente accerti l'assenza di difficoltà di ordine finanziario dell'impresa". Inoltre, ai sensi dell'art. 7 *ter*, comma secondo, Legge 9 aprile 2009, n. 33, "Le imprese, in caso di richiesta di cassa integrazione straordinaria e di cassa integrazione in deroga, con pagamento diretto, e con riferimento alle sospensioni successive alla data del 1° aprile 2009, presentano o inviano la relativa domanda entro venti giorni dall'inizio della sospensione o della riduzione dell'orario di lavoro". Il trattamento straordinario è finanziato da tutte le imprese potenziali beneficiarie del trattamento; la loro contribuzione sociale, infatti, comprende anche una quota destinata alla Cassa integrazione guadagni straordinaria. Le imprese che si avvalgono concretamente dell'intervento, sono tenute al versamento di un contributo addizionale (dal quale invece sono esonerate le imprese sottoposte a procedure concorsuali, *ex* art. 8, comma 8 *bis*, Legge 20 maggio 1988, n. 160) nella misura del 4,5% dell'integrazione salariale corrisposta ai propri dipendenti sospesi, ridotta al 3% per le imprese fino a cinquanta dipendenti (art. 8, Legge 20 maggio 1988, n. 160). Tale contributo è dovuto in misura doppia a decorrere dal primo giorno del venticinquesimo mese successivo alla data di decorrenza del trattamento speciale (art. 1, comma quarto, L. n. 223 del 1991. Qualora l'azienda non ottemperasse alle disposizioni del decreto emanato dal Ministero del lavoro e recanti le modalità di rotazione dei lavoratori, è tenuta immediatamente al pagamento di tale contributo nella misura doppia. Il medesimo contributo è maggiorato – a decorrere dal primo giorno del venticinquesimo mese successivo all'atto di concessione del trattamento straordinario – del 150% del suo ammontare (art. 1, comma 8, Legge n. 223 del 1991).

è obbligatorio qualora la mobilità assuma, durante il periodo di Cassa integrazione o nei dodici mesi successivi, il ruolo di ricollocare anche parzialmente i lavoratori in esubero (lett. b, D.M. 18 dicembre 2002, n. 31826). Non si applicano, inoltre, le cause di esclusione *ex art. 3*, DM 18 dicembre 2002, n. 31826, ovvero l'inizio dell'attività nel biennio precedente, il non effettivo avvio dell'attività, la presenza di significative trasformazioni societarie nel biennio precedente.

Nell'ipotesi di crisi aziendale conseguente ad un evento improvviso ed imprevisto, non si richiede la dimostrazione di un andamento involutivo; l'azienda è quindi esonerata dalla presentazione di documentazioni relative agli indicatori e all'andamento dell'organico.

3.3. Il ruolo delle parti sociali e della contrattazione collettiva nella concessione del trattamento.

È evidente come la dimensione necessariamente collettiva degli interessi coinvolti nella crisi di impresa abbia portato all'attribuzione di un ruolo centrale all'autonomia collettiva nella gestione di istituti diretti al sostegno del reddito ed alla tutela dell'occupazione.

È con la Legge n. 223 del 1991, che viene consacrata la necessità di governare consensualmente le problematiche occupazionali derivate dalla crisi d'impresa, innescando meccanismi di partecipazione e di confronto, in via preventiva, sulle scelte organizzative ed economiche dell'impresa; tali meccanismi portano alla luce il ruolo della contrattazione collettiva nella ripartizione dei sacrifici nel tentativo di risolvere un conflitto di interessi tra gli stessi lavoratori.

Il coinvolgimento del sindacato, pertanto, svolge un ruolo rilevante nella tutela dell'interesse dei lavoratori coinvolti nella crisi aziendale, ai fini della concessione del beneficio e della legittimità del successivo provvedimento amministrativo. Dietro l'intento del legislatore di coinvolgere direttamente tutti i soggetti interessati, sia come singoli che come collettività, c'è la volontà di abbandonare l'ottica meramente assistenzialistica legata alla concessione del trattamento.

Gli obblighi di informazione e consultazione sindacale sono sintomatici di come il legislatore abbia ritenuto necessario un confronto leale tra impresa e soggetti collettivi, presupposto per una migliore salvaguardia degli interessi individuali dei lavoratori; la comunicazione alle OO.SS. dell'elenco dei lavoratori coinvolti, nonché la puntuale indicazione delle modalità con le quali sono stati applicati i criteri di scelta, assumono un'importanza decisiva per il controllo

dell'esercizio dei poteri datoriali. È l'invio della comunicazione, infatti, che consente di apprezzare le ragioni delle scelte datoriali in una dimensione collettiva, non già individuale ⁽¹⁴⁾.

Come ribadito dalla Suprema Corte di Cassazione ⁽¹⁵⁾, gli obblighi di informazione e consultazione non hanno natura meramente formale, in quanto preordinati a tutelare gli interessi dei lavoratori. La loro violazione, oltre a configurare un'ipotesi di condotta antisindacale, a norma dell'art. 28 St. Lav., è in grado di inficiare la finale determinazione aziendale che si forma in difetto di un requisito procedurale. Una comunicazione approssimativa sarebbe equiparabile ad una omissione poiché impedisce la verifica del rispetto dei principi di correttezza e buona fede, assoggettando i lavoratori alle scelte arbitrarie dell'imprenditore ⁽¹⁶⁾.

Sebbene la conclusione di un accordo avente ad oggetto il programma e le misure che l'impresa intende attuare per fronteggiare la crisi e risolverla non sia condizione per l'ammissione al beneficio, tuttavia, esso assume un ruolo particolarmente significativo, sia in relazione al buon esito della decisione discrezionale in ordine all'ammissione al trattamento, sia in relazione al risultato del contenzioso giudiziario posto in essere dai lavoratori in merito ai criteri di scelta adottati ed alla loro applicazione. Le parti sociali verificano, pertanto, la congruità dell'esercizio del potere datoriale circa la sorte dei rapporti di lavoro coinvolti nella crisi di impresa.

3.3.1. La scelta dei lavoratori da sospendere. Il criterio della rotazione.

Nelle ipotesi di ristrutturazioni, riorganizzazioni e conversioni industriali, nonché di crisi aziendale, l'impresa è tenuta ad esperire la procedura di consultazione sindacale sempre in via preventiva rispetto alla sospensione dell'attività; la richiesta di ammissione all'intervento deve attestare l'avvenuta consultazione sindacale (art. 5, comma settimo, L. n. 164 del 1975). Pertanto, la fase

⁽¹⁴⁾ Del resto, un analogo dovere di informazione non è previsto nei confronti dei singoli lavoratori che non sono i destinatari dell'informativa. Su questa linea, *ex pluribus*, Corte Cass., 5 aprile 2000, n. 4228, in *Foro It.*, 2000, I, col. 2842 e segg.

⁽¹⁵⁾ Corte Cass., 26 gennaio 2006, n. 1550, in *Dir. Merc. Lav.*, 2007, pag. 359 e segg., con nota di M. DE SIMONE, *Violazione degli obblighi di informazione e consultazione*, che conferma Corte Cass., Sez. Un., 11 maggio 2000, n. 302, in *Foro It.*, 2000, I, col. 2156 e segg.; in *Mass. Giur. Lav.*, 2000, pag. 915, con nota di S. LIEBMAN, *Garanzie procedurali e legittimità delle scelte dell'imprenditore nei processi di ristrutturazione aziendale*, pag. 928 e segg.; in *Orient. Giur. Lav.*, 2000, pag. 543 e segg.; Sul fatto che non si tratta di mera violazione formale, G. FERRARO, *Le integrazioni salariali*, in G. FERRARO, F. MAZZIOTTI, F. SANTONI (a cura di), *Integrazioni salariali, eccedenze di personale e mercato del lavoro*, Napoli, 1992.

⁽¹⁶⁾ Secondo M. PAPALEONI, in AA.VV., *La nuova cassa integrazione guadagni e la mobilità*, Padova, 1993, spec. pag. 144, l'impostazione della norma dell'art. 1 della Legge n. 223 del 1991 non prende in considerazione la posizione dei lavoratori affrontando, invece, solamente l'aspetto delle conseguenze sul piano amministrativo dell'esercizio del potere imprenditoriale.

della consultazione sindacale ha il carattere di adempimento endoprocedimentale, influente sull'esercizio del potere amministrativo di autorizzazione all'integrazione salariale ⁽¹⁷⁾.

Nel caso di procedure concorsuali, inoltre, è sempre necessario l'esame congiunto con i sindacati anche se sarà il commissario, il curatore o il liquidatore, a seconda della procedura in atto, a presentare la domanda ⁽¹⁸⁾.

Un profilo particolarmente delicato è quello relativo alla scelta dei lavoratori da sospendere. Prima dell'entrata in vigore della L. n. 223 del 1991, la giurisprudenza della Corte di Cassazione aveva precisato che il ricorso alla Cassa integrazione e la scelta dei lavoratori da sospendere fossero espressione del potere originario e unilaterale dell'imprenditore e che le intese raggiunte con le OO.SS. si configurassero come autolimitazioni di tale potere. Ad ogni buon conto, la scelta doveva rispettare sia i limiti "interni" propri dell'istituto in questione, sia quelli "esterni" volti ad ostacolare intenti discriminatori, nel pieno rispetto degli obblighi di correttezza e buona fede, *ex* artt. 1175 e 1375 Cod. Civ. Salva diversa previsione normativa o accordo sindacale, i criteri da adottare erano rimessi alla libera determinazione datoriale, dal momento che il criterio della rotazione era ritenuto solamente uno dei criteri adottabili ⁽¹⁹⁾.

La Corte Costituzionale ⁽²⁰⁾, condividendo l'orientamento di tale giurisprudenza, era stata investita della questione di legittimità per violazione degli artt. 2, 3, 4 e 41 Cost., da parte di una serie di norme che, disciplinando il funzionamento dell'istituto, non imponevano al datore di lavoro l'obbligo di procedere alla scelta dei lavoratori mediante il criterio della rotazione. Pur considerandolo "*idoneo ad assicurare la razionale obiettività e la equa ripartizione tra i lavoratori della fabbrica dei sacrifici derivanti dalla collocazione in cassa integrazione*", la Corte riteneva che il criterio della rotazione

⁽¹⁷⁾ Cfr. Corte Cass., 16 gennaio 1996, n. 318; Corte Cass., 19 maggio 1995, n. 5517. Si ritiene altresì di dover assegnare all'attivazione della procedura la natura di vero e proprio presupposto di legittimità della richiesta di concessione della Cassa integrazione guadagni, la cui omissione determinerebbe l'improcedibilità della domanda di intervento, M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, Milano, 1991, spec. pag. 152. Per quanto concerne la giurisprudenza di merito, Pret. Ivrea, 21 dicembre 1981, in *Riv. Giur. Lav.*, 1981, II, pag. 697 e segg.

⁽¹⁸⁾ Devono formare oggetto delle comunicazioni al sindacato e del successivo esame congiunto sia i criteri di individuazione dei lavoratori da sospendere, sia le modalità di rotazione (art. 1, comma 7, L. n. 223 del 1991); l'art. 2, d.p.r. n. 218 del 2000, specifica che le modalità della rotazione costituiscono "oggetto necessario" dell'esame congiunto.

⁽¹⁹⁾ Cfr., *ex plurimis*, Corte Cass., 2 ottobre 1998, n. 9804, in *Riv. Critica Dir. Lav.*, 1999, pag. 160 e segg.; Corte Cass., 1 febbraio 1993, n. 1178, *ivi*, 1993, pag. 855; Corte Cass. 4 maggio 1990, n. 3689, in *Orient. Giur. Lav.*, 1990, pag. 222 e segg. L'ontologica diversità del licenziamento collettivo rispetto al collocamento in Cassa integrazione guadagni straordinaria, non consente di applicare i criteri di selezione del personale stabiliti per i licenziamenti per riduzione di personale. Tale principio è ritenuto valido anche per i procedimenti di collocamento in Cassa integrazione guadagni straordinaria attuati sotto la vigenza della L. n. 223 del 1991, come evidenziato da G. MAMMONE, *L'abuso del diritto come strumento di controllo giudiziale del potere imprenditoriale di gestione della crisi aziendale*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2003, spec. pag. 216, che richiama, in proposito, Secondo Corte Cass., Sez. Un., 13 ottobre 1993, n. 10112. La violazione degli obblighi di correttezza e buona fede, nonché il difetto di razionalità della scelta comportano l'annullabilità della sospensione ed effetti risarcitori; l'attuazione dell'intento discriminatorio implica invece effetti la nullità della scelta con effetti ripristinatori, secondo Corte Cass., 6 febbraio 1988, n. 1299, in *Giur. It.*, 1988, pag. 152.

⁽²⁰⁾ Corte Cost., 23 giugno 1988, n. 694, in *Foro It.*, 1988, I, col. 2077 e segg., nonché in *Mass. Giur. Lav.*, 1988, pag. 447 e segg.

non costituisse l'unico sistema in grado di garantire razionalità ed obiettività alle scelte imprenditoriali e che una sua generalizzazione potesse essere disposta solo dal legislatore, nell'ambito della propria discrezionalità nell'ambito degli obiettivi di politica economico-sociale che intende prefiggersi.

Proprio nel solco di tale pronuncia è andata ad inserirsi la norma di cui all'art. 1, L. n. 223 del 1991 ⁽²¹⁾. L'istituto della rotazione, infatti, scaturisce dalla oggettiva necessità di non gravare, con la riduzione delle retribuzioni, soltanto su alcuni lavoratori, ponendo un freno ad eventuali iniziative datoriali finalizzate a "liberarsi", almeno parzialmente, di alcuni dipendenti scomodi. Il fatto che la norma parli di "rotazione dei lavoratori che espletano le medesime mansioni", induce a ritenere la fungibilità un concetto che non può non riguardare lavoratori che, nell'ambito di mansioni equivalenti all'interno dello stesso livello, sono per certi aspetti "intercambiabili" ⁽²²⁾.

La legge ammette che il datore di lavoro si discosti dal meccanismo generale della rotazione, ma gli impone di motivare la diversa scelta e di fornire criteri alternativi, i quali, pertanto, formeranno oggetto della comunicazione e dell'esame congiunto. L'eventuale omissione rende illegittimo il procedimento ed il successivo provvedimento amministrativo di concessione del beneficio (come si evince dalla lettura congiunta degli art. 1, comma settimo, L. 23 luglio 1991, n. 223 e dell'art. 5, commi quarto e quinto, L. 20 maggio 1975, n. 164); tale illegittimità, peraltro, precludendo la concessione del beneficio, impedisce al datore di lavoro di liberarsi dall'obbligo di corrispondere la retribuzione ⁽²³⁾.

Emerge il ruolo di notevole rilievo attribuito alle parti sociali qualora l'impresa decida di derogare alla regola generale e riconosciuto dalla stessa giurisprudenza la quale non ha mancato di precisare che l'individuazione dei lavoratori da sospendere debba avvenire secondo criteri concordati nell'ambito della procedura sindacale, ove possibile con meccanismi di rotazione e, ad ogni modo, senza discriminazioni ed in modo ragionevole e coerente rispetto alle finalità dell'istituto ⁽²⁴⁾.

⁽²¹⁾ La legge ha costituito l'attuazione della sentenza della Corte Costituzionale secondo M. MISCIONE, *La rotazione nella Cassa integrazione dopo la l. n. 223/91*, in *Riv. Critica Dir. Lav.*, 1992, pag. 914 e segg. Ravvisa una forte spinta a favore dell'adozione di generali criteri di rotazione, M. PAPALEONI, in AA.VV., *La nuova cassa integrazione guadagni e la mobilità*, op. cit., spec. pag. 141 e segg. Per approfondimenti, P. G. ALLEVA, *Disciplina delle eccedenze di personale*, in G. GHEZZI (a cura di), *La disciplina del mercato di lavoro, Proposte per un testo unico*, Roma, 1996, pag. 138. e segg.

⁽²²⁾ La Corte di Cassazione ha affermato la legittimità dell'esclusione del dipendente che non svolga le stesse mansioni degli altri lavoratori, qualora la prestazione risulti contraria alle esigenze oggettive e dell'azienda (Corte Cass., 27 marzo 2004, n. 6177).

⁽²³⁾ Corte Cass., 17 marzo 1998, n. 2882, in *Foro It.*, 1998, I, col. 1407 e segg.; in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1999, II, pag. 110 e segg. con nota di A. PIZZOFERRATO, *Omessa comunicazione sindacale dei criteri di scelta dei lavoratori da porre in c.i.g.s. e conseguenze sul piano dei rapporti di lavoro*.

⁽²⁴⁾ Corte Cass., Sez. Un., 13 ottobre 1993, n. 10112, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1994, II, pag. 376 e segg.

Se si parte dal presupposto che il criterio della rotazione costituisce la modalità di attuazione normale della Cassa integrazione e che nell'ambito di tale criterio devono essere individuati i criteri specifici dei lavoratori da sospendere (e non solo uno dei criteri in astratto utilizzabili), è logico dedurre che è diritto del lavoratore conoscere anche i motivi che ostano alla rotazione quale modalità attuativa della sospensione in Cassa integrazione ⁽²⁵⁾.

Come è prevista la comunicazione delle modalità della rotazione, tanto più sarà necessaria la comunicazione dei motivi per cui non si procede a rotazione; diversamente sarebbe inspiegabile il ruolo di interlocutore del datore di lavoro assegnato dal legislatore alle OO.SS. nel caso in cui la posizione dei lavoratori è maggiormente garantita per l'applicazione della rotazione, e non anche nell'ipotesi in cui è maggiore l'esposizione dei lavoratori sospesi ⁽²⁶⁾.

La preventiva comunicazione dei criteri di scelta dei lavoratori da sospendere risponde all'obiettivo di assicurare trasparenza alle decisioni imprenditoriali attraverso il controllo sindacale ⁽²⁷⁾ ed è strumentale allo svolgimento dell'esame congiunto della situazione che può essere richiesto da ciascuna delle parti.

Per quanto concerne il contenuto, l'accordo di rotazione potrebbe stabilire una certa periodicità nella rotazione secondo programmi (ad esempio, mensili), ove vengano individuati i lavora-

⁽²⁵⁾ In questo senso, Pret. Milano, 6 aprile 1996, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1996, II, pag. 755 e segg.

⁽²⁶⁾ La violazione dell'obbligo di comunicazione, anche per omessa indicazione dei motivi ostativi alla rotazione, rappresenterebbe un vizio procedurale a danno dello stesso interesse del lavoratore e, come tale, in grado di influire sulla legittimità della sua sospensione. Per Corte Cass., 8 ottobre 1996, n. 8788, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1997, II, pag. 328 e segg., con nota di A. BELLAVISTA, *Cassa integrazione straordinaria e procedure di partecipazione*, e Corte Cass., 6 dicembre 1997, n. 12406, in *Foro It.*, 1998, I, col. 1407 e segg., la decisione del datore di lavoro di non adottare meccanismi di rotazione va comunicata esclusivamente agli organi amministrativi chiamati ad incidere sulla richiesta di intervento della Cassa integrazione e non anche alle OO.SS.; tale omissione configura una violazione procedimentale che incide direttamente sulla legittimità del procedimento amministrativo di concessione del beneficio, con la conseguente possibilità per i lavoratori illegittimamente sospesi di richiedere la retribuzione per la prestazione non divenuta impossibile, sollecitando la disapplicazione del provvedimento amministrativo, secondo Corte Cass., 17 marzo 1998, n. 2882, cit. Secondo un orientamento giurisprudenziale, sussiste l'obbligo del datore di lavoro di effettuare la comunicazione delle modalità di rotazione solo laddove egli intenda ricorrere alla rotazione stessa, mentre non dovrà alcuna comunicazione alle OO.SS. dei motivi ostativi, ma solo farne menzione nel programma che verrà sottoposto all'autorità amministrativa. In questo senso, Trib. Milano, 29 marzo 1996, in *Riv. Critica Dir. Lav.*, 1997, II, pag. 147; Trib. Milano, 16 novembre 1994, *ivi*, 1995, pag. 330; Trib. Milano, 18 luglio 1993, *ivi*, 1994, pag. 95; Trib. Milano, 17 luglio 1993, *ivi*, pag. 93. Per approfondimenti, si rinvia a L. DE ANGELIS, *Cassa integrazione guadagni straordinaria e scelta dei dipendenti: profili formali, in particolare*, in *Foro It.*, 1994, I, col. 2895 e segg. Per una ricostruzione sul tema si rinvia a A. BELLAVISTA, *Cassa integrazione straordinaria e procedura di partecipazione sindacale, op. cit.*, spec. pag. 337. Le sentenze richiamate, pur ritenendo che il datore di lavoro debba comunicare le sole modalità della rotazione e non le ragioni che ad essa ostano, collocano lo scopo della rotazione nell'ambito dell'attuazione della funzione di controllo delle associazioni sindacali.

⁽²⁷⁾ R. SCIOTTI, *Sull'autonomia collettiva nelle crisi d'impresa*, in *Merc. Dir. Lav.*, 2005, spec., pag. 152. A. BELLAVISTA, *Cassa integrazione straordinaria e procedura di partecipazione sindacale*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1997, II, pag. 331 e segg., nota a Corte Cass., 8 ottobre 1996, n. 8788. Sul contenuto della comunicazione si rinvia altresì a A. PIZZOFERRATO, *Omessa comunicazione sindacale dei criteri di scelta dei lavoratori da porre in C.i.g.s. e conseguenze sul piano dei rapporti di lavoro*, *ivi*, 1999, II, 119; P. TULLINI, *Sull'obbligo di comunicazione dei criteri di scelta dei lavoratori nel procedimento di concessione della Cassa integrazione straordinaria*, *ivi*, 1997, II, 146, nota a Trib. Milano, 29 marzo 1996; L. DE ANGELIS, *Cassa integrazione guadagni straordinaria e scelta dei dipendenti: profili formali, in particolare*, in *Foro It.*, 1994, I, c. 2895 e segg.

tori sulla base del loro livello e della loro fungibilità e, ove sia ipotizzabile, anche la partecipazione a corsi formativi volti all'acquisizione di ulteriori professionalità rispetto a nuove tecnologie eventualmente installate nel corso del programma di ristrutturazione. Le parti potrebbero altresì prevedere la c.d. "clausola di rientro" che obbliga il datore di lavoro alla riammissione in servizio di un certo numero di lavoratori e, addirittura, tenuto conto dell'organizzazione aziendale, prevedere che la rotazione riguardi tutti i dipendenti in servizio (e non il solo settore interessato) ⁽²⁸⁾.

In ogni caso, ai criteri della rotazione, che dovranno essere oggettivi e razionali, non possono in alcun modo trovare applicazione i criteri individuati dall'art. 5 della Legge n. 223 del 1991, in quanto il concetto di licenziamento cui essi fanno riferimento è del tutto diverso da quello di sospensione.

A ben vedere, il potere di scelta, sebbene proceduralizzato, è dell'imprenditore: lo stesso è condizionato da una serie di limiti riferibili ai criteri di correttezza e di buona fede e dei principi di non discriminazione richiamati sia dall'art. 8, comma 2, della Legge n. 236 del 1993 che dalla legge n. 125 del 1991 ⁽²⁹⁾. Una volta individuati i lavoratori da sospendere, grava sul datore di lavoro l'onere della comunicazione agli stessi ⁽³⁰⁾ che, ai fini della correttezza dei rapporti, deve essere preventiva: con la stessa vanno fornite anche alcune notizie essenziali riferite sia alla durata che alla modalità della sospensione.

La violazione dei criteri di rotazione individuati dà diritto ai soggetti interessati ad una indennità di natura risarcitoria che, secondo un indirizzo consolidato, potrebbe essere quantificata *ex art.* 1218 Cod. Civ. (inadempimento contrattuale), tenendo conto di quanto avrebbe percepito a titolo di retribuzione e quanto avrebbe ottenuto a titolo di integrazione salariale ⁽³¹⁾. Ulteriore conseguenza economica della mancata rotazione (quella dei lavoratori esclusi è, in un certo senso, eventuale in quanto è necessario che gli stessi si rivolgano al giudice ordinario) è quella prevista dal comma 8, art. 1, L. n. 223 del 1991: la non ottemperanza alla rotazione (concordata in sede sindacale o stabilita con decreto del Ministro) comporta un aumento della contribuzione per ogni lavoratore sospeso ⁽³²⁾.

⁽²⁸⁾ E. MASSI, *La rotazione della integrazione salariale straordinaria*, in <http://www.dplmodena.it/>

⁽²⁹⁾ Non potranno cioè essere penalizzati con una maggiore astensione dall'attività lavorativa i soggetti portatori di handicap fisici o il personale femminile.

⁽³⁰⁾ Sul fatto che sia preferibile la forma scritta, E. MASSI, *La rotazione della integrazione salariale straordinaria*, op. cit.

⁽³¹⁾ Sul fatto che il diritto a chiedere il risarcimento possa essere esercitato anche collettivamente attraverso le Organizzazioni Sindacali firmatarie dell'accordo, Corte Cass., 9 novembre 2001, n. 13926, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2002, II, pag. 332 e segg., n. F. DE FALCO, *Cassa integrazione e obbligo di "esternazione" dei criteri rotativi*.

⁽³²⁾ il contributo addizionale *ex art.* 8, comma 1, della Legge n. 160 del 1988, raddoppia e, a partire dal primo giorno del venticinquesimo mese successivo alla data contenuta nell'atto di concessione del trattamento integrativo, è maggiorato del 150%.

La giurisprudenza ⁽³³⁾ ritiene che l'inosservanza procedimentale – peraltro configurabile come condotta antisindacabile, perseguibile *ex art.* 28 della Legge n. 300 del 1970 - si rifletta soltanto sulla posizione del singolo lavoratore in quanto determina la sospensione o la riduzione della prestazione; ne deriva che il lavoratore può rivolgersi al giudice ordinario per ottenere, previa disapplicazione del decreto ministeriale di concessione, il pagamento della retribuzione piena, pur prescindendo dall'accertamento di scelte di natura discriminatoria.

Laddove il Ministero non ritenesse accettabili le ragioni addotte dall'azienda a giustificazione dello scostamento dal criterio della rotazione, in sede di approvazione del programma di risanamento, la legge ha previsto una fase conciliativa al fine di promuovere un accordo e, ove questo non sia raggiunto entro tre mesi dalla concessione del trattamento di integrazione, che il Ministero stabilisca con proprio decreto l'adozione di meccanismi di rotazione. L'azienda che non intenda attenersi alla rotazione stabilita dal Ministero, rifiutandosi dunque di ottemperare al decreto, tuttavia, non può esservi tenuta coattivamente. In tale ipotesi il legislatore ha previsto una mera penalizzazione economica, variamente commisurata in senso progressivo alla durata nel tempo dell'inottemperanza da parte dell'impresa del decreto ministeriale. Il carattere “premiale” della sanzione – consistente in un inasprimento del contributo addizionale che essa è tenuta a versare per ogni lavoratore sospeso, *ex art.* 1, ottavo comma, L. 23 luglio 1991, n. 223 – finalizzata a disincentivare un comportamento dell'imprenditore difforme da quello previsto dalla legge, confermerebbe la natura promozionale e non anche inderogabile della norma sulla rotazione.

3.4. L'integrazione salariale nelle procedure concorsuali: tra funzione (meramente) assistenziale e sostegno temporaneo a imprese e lavoratori.

Strutturalmente differente rispetto all'ammortizzatore sociale concesso per crisi o ristrutturazioni aziendali che presentino una particolare rilevanza sociale e finalizzato ad alleggerire i costi dell'impresa in crisi (*ex art.* 1, L. n. 223 del 1991), il trattamento di cui all'art. 3, L. n. 223 del 1991, viene concesso “*ai lavoratori delle imprese soggette alla disciplina dell'intervento straordinario di integrazione salariale, nei casi di dichiarazione di fallimento, di emanazione del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa, ovvero di sottoposizione ad amministrazione straordinaria, qualora la continuazione dell'attività non sia stata disposta o sia cessata*”, e altresì “*nel caso di ammissione al concordato preventivo consistente nella cessione dei beni*”, allo scopo di garantire il mantenimento dei livelli occupazionali in vista di una possibile ripresa dell'attività.

⁽³³⁾ Corte Cass., Sez. Un., 11 maggio 2000, n. 302, cit.

L'attenzione del legislatore alle imprese sottoposte a procedure concorsuali risale alla L. n. 301 del 1979, che, all'art. 2 prevedeva la sospensione dell'efficacia dei licenziamenti e la prosecuzione dei rapporti di lavoro “*ai soli fini dell'intervento straordinario della cassa integrazione per crisi aziendali dichiarata ai sensi dell'art. 2*”, con durata massima del trattamento in ventiquattro mesi, nel caso di fallimento di imprese industriali ⁽³⁴⁾.

Nel caso in cui la Cassa integrazione guadagni straordinaria venga attivata durante una procedura concorsuale, il limite di cui all'art. 1, comma nono, L. n. 223 del 1991, secondo il quale, in ciascuna unità produttiva, i trattamenti straordinari di integrazione salariale non possono avere una durata complessiva superiore a trentasei mesi nell'arco di un quinquennio, può essere superato a condizione che l'attività produttiva sia iniziata almeno ventiquattro mesi prima dell'avvio degli interventi di integrazione salariale, protrattisi per il triennio di riferimento, e che l'attività sia continuata fino a dodici mesi antecedenti l'ammissione alla procedura (art. 1, D.M. n. 31447 del 2002) ⁽³⁵⁾.

Ad ogni modo, la concessione dell'integrazione salariale straordinaria in caso di procedure concorsuali presuppone che la domanda venga inoltrata dal curatore, dal commissario liquidatore o dal Commissario straordinario, previo svolgimento dell'esame congiunto con il sindacato. L'avvio di una procedura concorsuale, pertanto, si atteggia a presupposto oggettivo per il conferimento del beneficio.

Dalla lettura congiunta dell'art. 6 ⁽³⁶⁾ e dell'art. 2 ⁽³⁷⁾ del D.P.R. n. 218 del 2000, si evince che, allo stesso modo dell'imprenditore *in bonis*, il curatore è tenuto a dare tempestiva comunica-

⁽³⁴⁾ Il periodo di vigenza della disciplina speciale va dal 1 gennaio 1979, come previsto dalla medesima norma, alla data di entrata in vigore della L. n. 223 del 1991, che, all'art. 4, ha abrogato l'art. 25 della L. n. 675 del 1977, nel cui *corpus* (e precisamente al comma sette) era aggiunta la richiamata disposizione. La precisa scansione temporale che portava all'erogazione del beneficio fa emergere il carattere assistenziale piuttosto che di garanzia della stabilità del rapporto di lavoro. Tale scansione inizia con la dichiarazione di fallimento dell'azienda industriale e prosegue con il licenziamento ed il successivo intervento della Cassa integrazione, previa dichiarazione della crisi aziendale. La dichiarazione da parte del CIPI dello stato di crisi aziendale, quale ulteriore condizione dell'intervento straordinario, è prevista dall'art. 2, della L. n. 675 del 1977. Per approfondimenti, si rinvia a F. SPENA, *La cassa integrazione guadagni straordinaria e le procedure concorsuali*, in *Dir. Merc. Lav.*, 2005, spec. pagg. 112-113.

⁽³⁵⁾ Nelle ipotesi di fallimento, liquidazione coatta amministrativa e concordato preventivo, il trattamento è fruibile per un periodo non superiore a dodici mesi; è possibile una ulteriore proroga di sei mesi, purché gli organi concorsuali ritengano fondata la prospettiva della continuazione dell'attività, tramite cessione dell'azienda o di sue parti, nonché della salvaguardia, anche parziale, dei livelli occupazionali (art. 3, comma secondo, L. n. 223 del 1991). Nel caso di amministrazione straordinaria, “*la durata dell'intervento della cassa integrazione straordinaria è equiparata al termine previsto per l'attività del commissario*” (art. 7, comma 10 *ter*, Legge 19 luglio 1993, n. 236). È possibile dar corso alla Cassa integrazione straordinaria dalla dichiarazione dello stato di insolvenza (*ex art. 4, legge Prodi bis*), ovvero dal decreto di ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria, nei casi di applicazione della “Legge Marzano” (L. 5 luglio 2004, n. 166, legge di conversione del D. L. 3 maggio 2004, n. 119), sino al ritorno *in bonis* dell'impresa ovvero alla conversione della procedura di amministrazione straordinaria in fallimento. Per approfondimenti, S. CAFFIO, *Cigs e procedure concorsuali*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2009, n. 18, pag. 1063 e segg.

⁽³⁶⁾ “*Nel caso di imprese assoggettate alla procedura di amministrazione straordinaria, sia nel caso in cui vi sia prosecuzione dell'esercizio d'impresa, sia nel caso in cui la continuazione dell'attività non sia disposta o sia cessata, nonché nei casi di dichiarazione di fallimento, di omologazione del concordato preventivo consistente nella cessione dei beni, di liquidazione coatta amministrativa, previo*

zione dell'intenzione di richiedere tale intervento alle rappresentanze sindacali unitarie o, in mancanza, alle organizzazioni di categoria comparativamente più rappresentative nella Provincia; in un secondo momento, entro tre giorni dalla comunicazione, il curatore o le organizzazioni sindacali devono presentare richiesta di svolgimento dell'esame congiunto, nel rispetto delle modalità di cui all'art. 2 ⁽³⁸⁾.

In mancanza di una valida norma che consenta l'applicazione delle regole previste per la differente ipotesi in cui l'imprenditore insolvente, assoggettato ad una procedura concorsuale tipicamente liquidatoria, abbia cessato la propria attività o non abbia continuato la stessa in seguito all'apertura della procedura, il sistema delineato in materia di Cassa integrazione guadagni appare lacunoso, come si vedrà con particolare riferimento al concordato preventivo. Infatti, l'istituto della Cassa integrazioni guadagni straordinaria per crisi aziendale ed il trattamento di integrazione salariale concorsuale si pongono in posizione di alternatività: qualora al momento dell'inizio della procedura persistessero le condizioni per la possibile attuazione dell'originario programma di cui all'art. 1, quinto comma, sulla base del quale la Cassa integrazione guadagni è

svolgimento dell'esame congiunto, secondo le modalità di cui all'articolo 2, il commissario, il curatore ovvero il liquidatore presentano o inviano, all'ufficio indicato nell'articolo 11, la domanda intesa ad ottenere il trattamento straordinario di integrazione salariale o le eventuali proroghe, redatta in conformità al modello stabilito dal Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale e corredata dalla documentazione richiesta."

⁽³⁷⁾ "Costituisce oggetto dell'esame congiunto il programma che l'impresa intende attuare, comprensivo della durata e del numero dei lavoratori interessati alla sospensione, nonché delle misure previste per la gestione di eventuali eccedenze di personale, i criteri di individuazione dei lavoratori da sospendere e le modalità della rotazione tra i lavoratori occupati nelle unità produttive interessate dalla sospensione. L'impresa è tenuta ad indicare le ragioni tecnico-organizzative della mancata adozione di meccanismi di rotazione" (art. 2, comma quinto, D.P.R. n. 218 del 2000).

⁽³⁸⁾ La richiesta di esame congiunto va inoltrata al competente ufficio individuato dalla regione nel cui territorio sono ubicate le unità aziendali interessate dall'intervento straordinario di integrazione salariale, qualora l'intervento riguardi unità aziendali ubicate in una sola regione, ovvero alla Direzione generale dei rapporti di lavoro istituita presso il Ministero del Lavoro e della previdenza sociale, qualora l'intervento riguardi unità aziendali ubicate in più regioni. In questo caso, l'ufficio richiede, in ogni caso, il parere delle regioni interessate che ai sensi dell'art. 2, comma sei, D.L. 3 maggio 2001, n. 158, convertito in L. 2 luglio 2001, n. 248, deve essere rilasciato entro venti giorni dalla conclusione della procedura di consultazione (art. 2, comma terzo, D.P.R. n. 218 del 2000). Terminata la fase dell'esame congiunto, si passa ad un *iter* amministrativo che si apre con una domanda di concessione che l'impresa deve presentare al Ministero del lavoro e su cui le regioni – *ex lege* n. 248 del 2001 - possono esprimere "motivato parere". L'esito del procedimento sarà il rigetto della domanda o l'emanazione del decreto di concessione del trattamento da parte del Ministero del Lavoro. La giurisprudenza ritiene che il provvedimento di ammissione al finanziamento della cassa abbia natura amministrativa; i ricorsi avverso la mancata concessione del provvedimento di integrazione, pertanto, devono essere proposti dinanzi alla magistratura amministrativa, nel rispetto del termine di decadenza di 60 giorni, previsto per l'impugnativa degli atti amministrativi. A differenza di quanto accade per le integrazioni ordinarie, la procedura di rilascio dell'autorizzazione della Cassa integrazione guadagni straordinaria è assoggettata ad un termine ordinatorio di 30 giorni (art. 8 del DPR n. 218 del 10 giugno 2000). Poiché la pubblicazione del decreto ministeriale di concessione avviene dopo un intervallo temporale molto più lungo (a causa, tra l'altro, degli aggravii gestionali riscontrati in alcuni periodi dell'anno dagli uffici pubblici preposti e della possibilità che le fasi istruttorie preordinate al rilascio delle autorizzazioni di fatto si prolunghino), qualora la sospensione delle prestazioni lavorative del personale interessato alle integrazioni sia stata attivata prima della concessione dell'autorizzazione, l'impresa potrebbe ritrovarsi esposta ad un rischio particolarmente rilevante. In altri termini, il datore di lavoro potrebbe trovarsi a dover sopportare il costo economico di un eventuale rigetto dell'istanza, erogando a proprio carico i trattamenti retributivi afferenti i periodi di assenza dal lavoro non autorizzati (S. MALANDRINI, *La durata dei trattamenti di integrazione salariale*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2005, n. 15, spec. pag. 818).

stata originariamente concessa, sarebbe assente il requisito della cessazione dell'attività produttiva («...o perché non disposta o in quanto cessata»), richiesto dall'art. 3, primo comma, per il trattamento di integrazione salariale ⁽³⁹⁾.

La concessione del trattamento per crisi aziendale, invece, presuppone l'elaborazione da parte del datore di lavoro di un (plausibile) programma imprenditoriale volto a fronteggiare le esigenze economico-sociali della crisi che, approvato dal Ministero del lavoro e delle Politiche Sociali (art. 1, secondo comma, D.L. 16 maggio 1994, n. 229, convertito nella Legge 19 luglio 1994, n. 451), è poi soggetto a controllo periodico sotto il profilo della sua attuazione (art. 1, secondo comma; art. 2, commi primo e terzo, Legge n. 223 del 1991) ⁽⁴⁰⁾.

3.4.1. La discrezionalità dell'organo della procedura nella richiesta di ammissione al beneficio e l'automatismo della concessione.

Si è già accennato, in altra sede, al fatto che l'esercizio del potere del datore di lavoro, assorbito dagli organi concorsuali, risulti modificato dalla necessità di valutare interessi diversi rispetto a quelli che hanno normalmente rilievo nell'amministrazione del rapporto di lavoro e tra i quali la legge impone un bilanciamento.

L'effetto prodotto dall'intervento salariale straordinario, laddove sia aperta una procedura fallimentare, è quello di sollevare la massa dagli oneri prodotti dalla continuazione dei rapporti di lavoro; il fallimento, dunque, viene sostenuto economicamente, affinché non proceda alla immediata liquidazione dell'attivo ⁽⁴¹⁾. La conservazione dei rapporti di lavoro dopo l'apertura della procedura grava non sul fallimento, bensì sull'ente previdenziale che eroga il contributo, senza che tale concessione comporti un impoverimento delle risorse destinate al soddisfacimento di altri debiti.

La ripresa dell'attività produttiva ed il conseguente mantenimento dei livelli occupazionali mediante cessione dell'azienda nella sua tendenziale unitarietà, infatti, sono obiettivi di rilevanza

⁽³⁹⁾ Allo stato attuale, non sembra possibile richiedere il trattamento di integrazione salariale straordinario (ex art. 3), dal momento che l'attuale forma di concordato presuppone la crisi e si sostanzia, sebbene in alternativa, «nella possibilità, per il debitore, della attribuzione delle attività delle imprese ad esso interessate ad un assuntore e, soprattutto, perché, nell'ipotesi di approvazione ed omologazione, essendo previsto il deposito delle somme spettanti ai creditori contestati, condizionali o irreperibili, deve ritenersi che i crediti pregressi dovranno essere integralmente soddisfatti, e che, naturalmente, altrettanto dovrà avvenire per quelli che matureranno in corso di procedura, con la conseguenza che qualora l'attività sia cessata prima della presentazione della domanda, l'impresa dovrebbe essere ammessa alla c.i.g.s. per crisi aziendale disciplinata dall'art. 1 della legge 223 del 1991, non potendo, ormai più, beneficiare, per il personale occupato, del trattamento previsto dall'art. 3 della stessa legge» (A. CAIAFA, *La legge fallimentare riformata e corretta*, Padova, 2008, cit., pag. 727).

⁽⁴⁰⁾ Il programma è approvato dal Ministero del lavoro e delle Politiche Sociali (art. 1, secondo comma, d.l. 16 maggio 1994, n. 229, convertito nella legge 19 luglio 1994, n. 451), è poi soggetto a controllo periodico sotto il profilo della sua attuazione (art. 1, secondo comma; art. 2, commi primo e terzo, Legge n. 223 del 1991).

⁽⁴¹⁾ A. TOPO, *La gestione dei rapporti di lavoro nelle procedure concorsuali*, in *Mer. Dir. Lav.*, 2005, spec. pag. 94.

pubblicistica come dimostrato, tra l'altro, dal conferimento del diritto di prelazione in favore dell'affittuario dell'azienda del fallito, nell'ottica di incentivare la conservazione del valore "azienda", nel corso della procedura concorsuale in vista della sua liquidazione, come si è già avuto modo di segnalare (art. 3, comma quarto, L. n. 223 del 1991) ⁽⁴²⁾.

Uno dei problemi affrontati in dottrina, e che non sembra aver trovato soluzione, riguarda la possibilità che la concessione "originaria" del trattamento concorsuale (alla quale può far seguito un'eventuale proroga) possa prescindere da qualsiasi considerazione circa le prospettive di salvataggio del complesso aziendale. È dall'attribuzione di un carattere "automatico" all'ammissione al beneficio che deriverebbe una sorta di "obbligatorietà" in capo al curatore con la conseguenza che, laddove l'erogazione del trattamento non avvenisse per sua inerzia, egli sarebbe tenuto a risarcire i lavoratori del danno derivante dalla mancata fruizione del beneficio ⁽⁴³⁾ ⁽⁴⁴⁾.

Se, per quanto concerne le cause di intervento per le imprese *in bonis* (ristrutturazione, riorganizzazione aziendale, riconversione o crisi aziendale), il trattamento è erogabile discrezionalmente a seguito di un esame operato dal competente organo amministrativo del relativo piano aziendale, dal tenore letterale dell'art. 3, L. n. 223 del 1991, invece, si evincerebbe che nel caso di fallimento la verifica delle condizioni per l'ammissione al beneficio sia rimessa all'organo della

⁽⁴²⁾ Il diritto di prelazione nell'acquisto dell'azienda da parte dell'imprenditore che abbia assunto la gestione - anche parziale - a titolo di affitto, di aziende appartenenti ad imprese assoggettate all'ipotesi di intervento straordinario si esercita una volta esaurite le procedure previste dalle norme vigenti per la definitiva determinazione del prezzo di vendita dell'azienda. Il diritto di prelazione costituisce uno speciale incentivo per il solo caso in cui l'intervento dell'affittuario, garantendo la continuazione dell'attività lavorativa, riesca ad evitare l'erogazione da parte dello Stato della Cassa integrazione guadagni, secondo Corte Cass., 3 novembre, 1994, n. 9052, in *Giust. Civ.*, 1995, I, pag. 963 e segg., con nota di L. LO CASCIO, *Cassa integrazione alle imprese in procedura concorsuale e prelazione dell'affittuario*, chiamata a pronunciarsi su di un caso in cui l'impresa non aveva i requisiti dimensionali per l'ammissione al trattamento straordinario. Secondo Corte Cass., 25 marzo 1995, n. 3579, in *Fall.*, 1996, pag. 26, con nota di M. NALDINI, *Prelazione dell'affittuario: prime osservazioni della Cassazione*. Unica condizione all'esercizio del diritto sembra essere la permanenza del rapporto di affitto all'atto della definitiva determinazione del prezzo di vendita, secondo Corte Cass., 10 febbraio 1999, n. 1124, in *Fall.*, 2000, pag. 293.

⁽⁴³⁾ Cfr. Corte Cost., 23 gennaio 2001, n. 18, in *Dir. Lav.* 2002, pag. 773 e segg., secondo la quale in presenza dei suindicati requisiti la Cassa integrazione straordinaria concorsuale debba sempre essere richiesta ed attuata secondo il principio di automaticità e obbligatorietà, diversamente dalla sua proroga legata alla circostanza che vengano rispettati i requisiti *ex art. 3*, secondo comma, L. n. 223 del 1991, ovvero quando sussistano fondate prospettive di continuazione o ripresa dell'attività e di salvaguardia dei livelli occupazionali tramite la cessione dell'azienda.

⁽⁴⁴⁾ Inoltre, si è evidenziato che, diversamente da quanto avviene nel caso di proroga, l'art. 3 primo comma, L. n. 223, non fa riferimento alla necessità di un'autorizzazione del giudice delegato per la richiesta di Cassa integrazione. In realtà, ove tale autorizzazione si ritenesse necessaria, essa non sarà dovuta dal giudice delegato ma semmai dal comitato dei creditori, sia in quanto organo al quale viene ora affidata la gestione delle procedure e l'emanazione di autorizzazioni e pareri, sia in quanto la maggior parte dei poteri di autorizzazione, in precedenza attribuiti al tribunale e al giudice delegato, è stata rimessa al comitato dei creditori. Peraltro, è ora competenza del comitato dei creditori l'autorizzazione necessaria al curatore per il subentro nei contratti in corso di esecuzione o il compimento degli atti di straordinaria amministrazione. Sulla necessità di un'autorizzazione anche per la concessione del primo periodo, S. NAPPI, *Sul ricorso alla cassa integrazione guadagni straordinaria nell'ambito delle procedure concorsuali*, nota a *Trib. Napoli*, 24 marzo 1997, in *Dir. Lav.*, 1997, II, pag. 582 e segg. Conforme G. FERRARO, *Le integrazioni salariali*, op. cit., pag. 3 e segg.

procedura, ovvero al rappresentante dell'impresa. Inoltre, se il periodo temporale da prendere in considerazione ai fini della valutazione sulla sussistenza del requisito necessario per l'accesso alla Cassa integrazione guadagni straordinaria, per le imprese *in bonis* è il semestre precedente alla data di presentazione della domanda (art. 1, comma primo, L. n. 223 del 1991), per il trattamento *ex art. 3*, L. n. 223 del 1991, il semestre è riferito alla data di adozione del provvedimento di assoggettamento della società ad una delle procedure concorsuali (art. 3 *bis*, D.L. n. 67 del 1997, convertito in L. n. 135 del 1997) ⁽⁴⁵⁾.

Orbene, l'art. 3 della Legge n. 223 del 1991, sembrerebbe imporre un intervento della Cassa integrazione straordinaria laddove l'utilizzo della stessa consegue, di norma, all'iniziativa unilaterale del datore di lavoro che, diversamente, dovrebbe corrispondere le retribuzioni nonostante la sospensione del lavoro ⁽⁴⁶⁾. La norma, infatti, sembra prevedere il riconoscimento del trattamento di integrazione salariale concorsuale (anche) in assenza di prospettive di salvataggio dei posti di lavoro, come si potrebbe desumere dalla possibilità di inoltrare la relativa domanda tutte le volte che non vi sia stata continuazione dell'attività, “*o perché non disposta o in quanto cessata*”.

⁽⁴⁵⁾ Critico su questo punto M. GENGHINI, *Intervento straordinario di integrazione salariale e procedure concorsuali*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1991, spec. pag. 716 e segg., in cui l'autore solleva dubbi sulla capacità degli organi fallimentari di valutare la crisi aziendale, reputando migliore una devoluzione della competenza al CIPI. *Contra*: G. PERA, *Fallimento e rapporti di lavoro*, in *Riv. It Dir. Lav.*, 1999, I, spec. pag. 246. Si segnala, inoltre, che il curatore, a differenza dell'imprenditore *in bonis*, non è tenuto a rispettare il termine dei venticinque giorni dalla fine del periodo di paga e non soggiace quindi alle rigorose conseguenze derivanti dal non rispetto di tale termine previste dall'art. 3, sesto comma, D.P.R. n. 218 del 2000. Ulteriore differenza consiste nel fatto che, nell'ipotesi di inoltro tardivo della richiesta, il curatore non sarà tenuto verso i dipendenti che dovessero risultare danneggiati, al pagamento in favore degli stessi di un importo pari al contributo loro spettante. L'art. 7, L. n. 164 del 1975 prevede infatti che in caso di domanda presentata in ritardo il datore è tenuto a corrispondere a titolo di risarcimento danni ai lavoratori stessi una somma pari all'integrazione salariale non percepita. Sul punto, A. CAIAFA, *I contratti di lavoro*, in *I rapporti giuridici pendenti*, Milano, 1998, spec. pag. 53. Per approfondimenti, AA.VV., *La nuova cassa integrazione guadagni e la mobilità*, op. cit. spec. pag. 126 e segg.; P. ALLEVA, *op. cit.*, 2000, 36. L'art. 1, Legge 24 dicembre 1993, n. 573 ha soppresso il CIPI, le cui competenze originarie sono state devolute a seguito dell'emanazione del d.p.r. 20 aprile 1994, n. 373, al Comitato Interministeriale per la Programmazione Economica.

⁽⁴⁶⁾ A sostegno di tale interpretazione viene richiamata la circostanza che la previsione di utilizzazione della Cassa durante il periodo che precede l'omologazione del concordato e la sua successiva detrazione dall'integrazione salariale fruibile a seguito del fallimento, G. VILLANI, *Relazioni industriali e procedure concorsuali*, Torino, 1996, spec. pag. 176. Conformi: F. SCARPELLI, *La nozione e il controllo del giudice*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind., I licenziamenti collettivi*, 1997, n. 19, spec. pag. 29 e segg.; P. RIZZO, *Intervento straordinario e procedure concorsuali*, nota a Trib. Napoli 24 marzo 1997, in *Dir. Giur.*, 1997, pag. 179 e segg.; A. CAIAFA, *I rapporti di lavoro nelle crisi d'impresa*, Padova, 2004, spec. pag. 38; L. CAIAFA, *Concordato preventivo e diritto all'indennità supplementare per licenziamento del dirigente*, in *Dir. Merc. Lav.*, 2005, 303, nota a Corte d'appello Aquila, 4 giugno 2004. In giurisprudenza si segnala Cassazione S.U., 29 settembre 1994, n. 7914, in *Foro It.*, 1994, I, col. 3012 e segg., nella quale la Corte facendo riferimento ad una fattispecie soggetta all'applicazione dell'art. 2, Legge n. 301 del 1979, ha affermato che la disciplina della Legge n. 223 del 1991 “prevede la prosecuzione dei rapporti di lavoro (pur sempre con la sospensione della prestazione e della retribuzione) e la possibilità del licenziamento soltanto all'esito dell'integrazione salariale”. A quanto consta, la giurisprudenza di legittimità (*ex plurimis*, Corte Cass., 29 settembre 1994, n. 7914, in *Foro It.*, 1994, I, col. 3012 e segg.), e la più recente giurisprudenza di merito (Trib. Palmi 25 marzo 2004, in *Fall.*, 2005, pagg. 193, secondo cui solo per la proroga è richiesto il presupposto della continuazione o della ripresa dell'attività o della cessazione dell'azienda) avvalorano la tesi dell'obbligatorietà ed automaticità.

L'unico potere riconosciuto all'organo della procedura consisterebbe nella determinazione del periodo di fruizione che non necessariamente dovrà estendersi al periodo massimo di dodici mesi, ben potendo essere sufficiente un tempo inferiore per valutare le potenzialità connesse alla situazione ed alla prospettiva di ripresa dell'attività. Il momento in cui tale soggetto sarà chiamato ad affrontare il problema delle eccedenze di personale è quindi differito al termine del periodo di Cassa integrazione guadagni straordinaria; solo in questo momento sarà possibile dar corso ai licenziamenti ⁽⁴⁷⁾.

Tuttavia, contro una visione assistenzialistica del trattamento, si è detto che la ragione dell'obbligatorietà va ricercata non nel pericolo di un aggravio dei costi della procedura, bensì alla luce della rilevanza pubblicistica attribuita al salvataggio dell'impresa; del resto, l'obiettivo della ripresa dell'attività produttiva ed il conseguente mantenimento dei livelli occupazionali attraverso la cessione dell'azienda permea tutto l'art. 3, L. n. 223 del 1991 ⁽⁴⁸⁾, fermo restando il potere del fallimento di recedere dai rapporti anche durante la sospensione del lavoro con intervento della Cassa integrazione. Il godimento del trattamento salariale da parte dei lavoratori dell'azienda dell'imprenditore decotto, infatti, non esclude – di per sé – il potere di recesso del fallimento, condizionato a valutazioni relative a fatti diversi che si possono verificare durante il periodo in cui il fallimento ed i lavoratori beneficiano dell'ausilio economico.

Difficilmente conciliabile con il carattere dell'obbligatorietà della concessione è la tesi che imporrebbe la stesura di un programma al curatore, al liquidatore o al commissario al pari di quanto avviene per l'imprenditore *in bonis* e senza nessuna distinzione nemmeno per il contenuto del programma da redigere ⁽⁴⁹⁾; se un programma non fosse possibile per la mancanza di prospettive di risanamento che lo giustificano, il curatore dovrebbe procedere subito al licenziamento ⁽⁵⁰⁾.

⁽⁴⁷⁾ A. CORRADO e D. CORRADO, *I rapporti di lavoro nel fallimento*, Torino, 2007, spec. pag. 57. M. MISCIONE, *I licenziamenti per riduzione del personale e la mobilità*, in F. CARINCI (a cura di), *La disciplina dei licenziamenti*, Napoli, 1991, 317. Sul fatto che l'unica modalità di licenziamento sarebbe il collocamento in mobilità, P. CHIECO, *La disciplina delle eccedenze di personale nelle procedure concorsuali*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2001, 186.

⁽⁴⁸⁾ A. TOPO, *La gestione dei rapporti di lavoro nelle procedure concorsuali*, in *Dir. merc. lav.*, 2005, 86. Non manca chi però, pur sostenendo l'obbligatorietà del ricorso alla CIGS e il conseguente divieto di licenziamento prima del trascorrere di tale periodo, ammette che la mobilità possa essere utilizzata immediatamente, senza previo ricorso alla CIGS, nei casi in cui questo sia utile ai fini della ricollocazione del personale, come ad esempio quando sia stato trovato un acquirente che condizioni la cessione alla previa messa in mobilità, M. MISCIONE, *L'indennità di mobilità*, Napoli, 1993, 47.

⁽⁴⁹⁾ L'art. 6, D.P.R. n. 218 del 2000, rinviando all'art. 2, estende ai casi di procedure concorsuali lo svolgimento di un esame congiunto con le rappresentanze sindacali che verterà sul programma che l'impresa intende attuare comprensivo della durata e del numero dei lavoratori interessati alla sospensione, nonché delle misure previste per la gestione di eventuali eccedenze di personale, i criteri di individuazione dei lavoratori da sospendere e le modalità della rotazione tra i lavoratori

⁽⁵⁰⁾ A. CAIAFA, *Nuove regole per la crisi d'impresa: risanamento e conservazione*, in *Dir. Lav.*, 2001, spec. pag. 67. *Contra*: A. CORRADO, D. CORRADO, *I rapporti di lavoro nel fallimento*, spec. pag. 81, secondo gli autori un'interpretazione in tal senso non potrebbe palesarsi in quanto in questo modo si sosterebbe una modifica, se non

Se non si vuol parlare di svista da parte del legislatore, si dovrà ritenere che si sia voluto prediligere una interpretazione restrittiva dell'art. 3 della Legge n. 223 del 1991, confermando che l'intervento straordinario è possibile solo in presenza di un risanamento e non in assenza di concrete prospettive di salvataggio dei posti di lavoro. Al di fuori dell'ipotesi di una vicenda circolatoria temporanea o definitiva dell'azienda o qualora all'apertura della procedura concorsuale segua la cessazione dell'attività produttiva, l'organo è tenuto alla risoluzione di tutti i rapporti di lavoro⁽⁵¹⁾.

A ben vedere, da un punto di vista pratico, il curatore sarà sempre spinto a presentare domanda di concessione del beneficio poiché, nel periodo di fruizione dello stesso egli potrà valutare attentamente le varie ipotesi sulla sorte del complesso aziendale e dei lavoratori, evitando di gravare sulla massa fallimentare e di incorrere nel rischio di dover gestire eventuali problematiche di carattere sindacale, in attesa che venga esperita la procedura prevista dagli artt. 4 e 24, Legge n. 223 del 1991, per attuare i licenziamenti collettivi⁽⁵²⁾.

Si ritiene, pertanto, che la valutazione delle condizioni aziendali debba essere fatta dal responsabile della procedura già al momento dell'apertura della stessa, essendo altrimenti inspiegabile il riferimento alla procedura di licenziamento *ex art. 24*⁽⁵³⁾.

l'abrogazione della Legge n. 223 del 1991 ad opera del D.P.R. n. 218 del 2000, fonte legislativa di rango inferiore. Il riferimento al programma dovrebbe invece ritenersi un difetto di coordinamento potendo l'esame congiunto con i sindacati limitarsi semplicemente a prendere atto dell'impossibilità di perseguire un piano di risanamento.

⁽⁵¹⁾ In dottrina, non manca chi, nonostante il rinvio dell'art. 6 all'art. 2, D.P.R. 218 del 2000, sostiene il carattere prettamente formale dell'esame congiunto in considerazione dell'obbligatorietà e automaticità dell'intervento, che deriverebbero direttamente dalla norma contenuta nella Legge n. 223 del 1991. L'esame congiunto non avrebbe quindi ad oggetto il programma che l'impresa intende attuare in quanto il presupposto oggettivo per la concessione è proprio l'intervenuta cessazione totale dell'attività. Ne deriverebbe che i riferimenti al numero dei dipendenti, ai metodi di rotazione e alla durata dell'intervento sarebbero privi di rilevanza nel caso di procedure concorsuali in quanto tutti i dipendenti saranno interessati alla procedura di cassa integrazione (A. CORRADO e D. CORRADO, *Op. ult. cit.*, 2007, spec. pag. 89).

⁽⁵²⁾ A. CORRADO e D. CORRADO, *Op. ult. cit.*, spec. pag. 86, critici nei confronti di quella giurisprudenza che ritiene che, in caso di ritenuta impossibilità di ripresa, anche parziale dell'attività produttiva, non sussisterebbe alcun obbligo per il curatore di richiedere la concessione del trattamento prima dell'intimazione dei licenziamenti collettivi (in particolare Trib. Napoli, 24 marzo 1997, in *Dir. Lav.*, 1997, pag. 582; Pret. Milano, 24 gennaio 1994, in *Orient. Giur. Lav.*, 1994, pag. 106 e segg.). Secondo i due Autori, pertanto, una volta intervenuto il fallimento e constatata l'impossibilità di essere autorizzato all'esercizio dell'impresa ai sensi dell'art. 104 L.F., al curatore di un'impresa che al momento della dichiarazione di fallimento (o nei sei mesi precedenti) occupasse mediamente più di quindici dipendenti (ovvero più di duecento nel caso di aziende appartenenti al settore commerciale), al fine di evitare la risoluzione dei rapporti di lavoro, non rimane che domandare l'intervento del trattamento straordinario.

⁽⁵³⁾ In linea con la non obbligatorietà si esprime anche la giurisprudenza di merito, secondo cui, in difetto di qualsiasi possibilità di ripresa non si verificherebbe la *ratio* propria dell'intervento straordinario con la conseguenza che non si palesa un obbligo del curatore a chiedere l'intervento, Trib. Napoli, 24 marzo 1997, cit. Sull'inesistenza di un obbligo a richiedere preventivamente l'integrazione salariale straordinaria, con la conseguenza che nel caso di impossibile ripresa dell'attività aziendale sarà necessario ricorrere immediatamente ai licenziamenti collettivi; la finalità della normativa sulla CIGS nelle procedure concorsuali, ovvero salvaguardare i livelli occupazionali, non può essere realizzata qualora l'attività sia definitivamente cessata e non vi siano possibilità di una cessione d'azienda (Pret. Milano 29 giugno 1994, in *Orient. Giur. Lav.*, 1994, 561; Pret. Milano, 24 gennaio 1994, in *Orient. Giur. Lav.*, 1994, pag. 106 e segg.; Trib. Roma 11 luglio 2002, in *Dir. Fall.*, 2002, II, pag. 880 e segg.). Sul fatto che il curatore ha facoltà di porre i lavoratori in Cassa integrazione guadagni straordinaria o, alternativamente, optare per il licenziamento imme-

Ne consegue che, in mancanza di prospettive di ripresa, si può dar luogo a licenziamenti collettivi sia dopo la concessione, quando cioè l'impresa non è più in grado di reimpiegare i lavoratori, sia senza una precedente concessione del trattamento straordinario di Cassa integrazione guadagni. Diversamente, si verificherebbe una ingiustificabile differenziazione di trattamento fra dipendenti di un'impresa sottoposta a fallimento e quelli di un'impresa sana che dia avvio ad un processo di ristrutturazione che comporta una riduzione dell'organico ⁽⁵⁴⁾.

Per quanto concerne la richiesta dell'eventuale proroga, la norma prevede che entro il termine di scadenza fissato in dodici mesi (ventiquattro, al ricorrere di determinate condizioni) ⁽⁵⁵⁾, qualora “(...) sussistano fondate prospettive di continuazione o ripresa dell'attività e di salvaguardia, anche parziale, dei livelli di occupazione tramite la cessione, a qualunque titolo, dell'azienda o di sue parti, il trattamento straordinario di integrazione salariale può essere prorogato, su domanda del curatore, del liquidatore o del commissario, previo accertamento da parte del CIPI, per un ulteriore periodo non superiore a sei mesi?” (art. 3, comma secondo, L. n. 223 del 1991) ⁽⁵⁶⁾.

L'eventuale richiesta di proroga, peraltro, risponde alla logica ordinaria dell'integrazione salariale, dal momento che il comma secondo dell'art. 3, L. n. 223 del 1991, prevede la presentazione di una domanda corredata da una relazione, approvata dal giudice delegato o dall'autorità che esercita il controllo, sulla prospettiva di cessione dell'azienda o di sue parti e sui riflessi della cessione sull'occupazione aziendale. Il programma è soggetto ad approvazione del CIPI (oggi CIPE, subentrato al primo dopo la soppressione *ex* art. 1, L. n. 537 del 1993) ed al Ministero del Lavoro ed alla valutazione discrezionale del Ministero del Lavoro in merito alla sussistenza di fondate prospettive di continuazione o di ripresa dell'attività e di salvaguardia (anche parziale) dei livelli occupazionali tramite la cessione dell'azienda o di sue parti ⁽⁵⁷⁾.

diato, ma non può licenziare i lavoratori nel momento in cui chiede il trattamento straordinario, sospendendo l'efficacia del recesso fino all'ultimazione del godimento del beneficio, Trib. Napoli 27 ottobre 1994, in *Fall.*, 1994, pag. 675; Trib. Napoli 13 novembre 1996, in *Fall.*, 1997, pag. 324.

⁽⁵⁴⁾ Da qui la facoltà del curatore alla richiesta in virtù del richiamo non solo all'art. 4 ma anche all'art. 24. Per approfondimenti, S. LIEBMAN, *Liquidazione e conservazione dell'impresa nelle procedure concorsuali: insolvenza dell'imprenditore e strumenti di tutela del lavoro subordinato*, in *Dir. Rel. Ind.*, 1995, spec. pag. 34 e segg. L'Autore tuttavia ritiene possibile che nel caso in cui il curatore decida immediatamente per i licenziamenti con conseguente applicazione della procedura *ex* art. 24 vi sia un intervento straordinario per il periodo necessario per il decorso della procedura. Ipotesi che viene avvalorata dall'orientamento giurisprudenziale che permette il decorso del periodo di preavviso di licenziamento intimato *ex* art. 4, Legge n. 223 del 1991 durante la sospensione per Cassa integrazione. In giurisprudenza, Corte Cass., 20 novembre 1997, n. 11569; Corte Cass., 23 dicembre 1997, n. 12989.

⁽⁵⁵⁾ Per un periodo maggiore nel caso in cui l'attività produttiva sia iniziata almeno ventiquattro mesi prima dell'avvio degli interventi di integrazione salariale, protrattisi per il periodo di riferimento, e sia continuata fino a dodici mesi antecedenti l'ammissione alla procedura concorsuale (cfr. art. 1, D.M. 20 agosto 2002, n. 31447).

⁽⁵⁶⁾ La domanda deve essere inoltrata allo stesso ufficio competente per la prima domanda, individuato nella Direzione generale della previdenza e assistenza sociale, individuato dall'art. 11, D.P.R. n. 218 del 2000.

⁽⁵⁷⁾ Il termine per la presentazione della domanda è fissato anteriormente alla scadenza del primo periodo di concessione del trattamento. La durata massima del periodo di proroga è di sei mesi, alla scadenza dei quali è possibile la presentazione di ulteriori domande di proroga. Ai sensi dell'art. 1, comma nono, L. n. 223 del 1991, il limite massimo di fruizione del trattamento straordinario di trentasei mesi nell'arco di un quinquennio può essere superato

3.4.2. Lo stato di “quiescenza” del rapporto di lavoro a seguito della dichiarazione di fallimento: l’art. 72 L.F.

Nel corso della trattazione si è già fatto cenno ad alcune delle conseguenze scaturenti dalla dichiarazione di fallimento sui rapporti di lavoro. Per effetto della riforma fallimentare, il nuovo art. 72 L.F., prevede che “*Se un contratto è ancora ineseguito o non compiutamente eseguito da entrambe le parti quando, nei confronti di una di esse, è dichiarato il fallimento, l’esecuzione del contratto, ..., rimane sospesa fino a quando il curatore, con l’autorizzazione del comitato dei creditori, dichiara di subentrare nel contratto in luogo del fallito, assumendo tutti i relativi obblighi, ovvero di sciogliersi dal medesimo*”⁽⁵⁸⁾.

Eliminato ogni riferimento all’art. 1470 e segg., Cod. Civ., l’art. 72, primo comma, L.F., è divenuto norma di carattere generale⁽⁵⁹⁾, riferita ai “rapporti pendenti”, ovvero a quei rapporti che risultino già perfezionati, opponibili alla procedura e non ancora compiutamente eseguiti, né dall’uno, né dall’altro contraente; proprio per il suo carattere generale, essa è applicabile ad ogni tipo di rapporto contrattuale a prestazioni corrispettive e, dunque, anche al rapporto di lavoro subordinato⁽⁶⁰⁾.

Stando all’attuale formulazione, e in assenza di diverse disposizioni di legge, la regola generale consiste nella sospensione dei rapporti giuridici pendenti, sino a che la procedura non decida di subentrare nel contratto sostituendosi al fallito o di sciogliersi dal vincolo contrattuale⁽⁶¹⁾.

nelle singole unità aziendali in cui siano in corso procedure concorsuali secondo modalità e condizioni determinate dal CIPI. Il D.M. 20 agosto 2002 ha previsto quale condizione che l’attività produttiva sia iniziata almeno ventiquattro mesi prima dell’avvio degli interventi di integrazione salariale e che l’attività sia continuata fino ai dodici mesi antecedenti l’ammissione alla procedura concorsuale.

⁽⁵⁸⁾ Questo è il testo dell’art. 72, primo comma, L. F., a seguito della miniriforma operata dal dall’art. 4 del D. Lgs. 12 settembre 2007, n. 169, con effetto dal 1 gennaio 2008. Soprattutto per effetto dell’intervento del decreto correttivo n. 169 del 12 settembre 2007, il comitato dei creditori ha assunto un ruolo rilevante in particolare nella gestione dei rapporti giuridici pendenti. Al giudice delegato è lasciata la sola funzione di vigilanza e di controllo; l’esercizio nella discrezionalità delle scelte è lasciato al comitato dei creditori, D. PLENTEDA, *I rapporti giuridici pendenti nel fallimento riformato*, 2008.

⁽⁵⁹⁾ Prima della riforma, dottrina e giurisprudenza erano giunte ad affermare che la disciplina dettata dall’art. 72 L.F., per il contratto di compravendita, dovesse essere ritenuta di portata generale e, dunque, applicabile a tutte le fattispecie non espressamente regolate dalla legge fallimentare e dalla legislazione speciale. *Ex plurimis*, Corte Cass., 9 aprile 2003, n. 5552, in *Foro It.*, 2004, I, col. 215 e segg.

⁽⁶⁰⁾ Per un commento al contenuto dell’articolo, si rinvia, tra gli altri, a L. GUGLIELMUCCI, *Art. 72*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, in A. JORIO (diretto da), Bologna, 2007, spec. pag. 1120 e segg. In generale, per approfondimenti, A. CORRADO, *La riforma del diritto fallimentare: implicazioni giuslavoristiche del d. leg. 5/06; parte prima: aspetti generali ed effetti del fallimento sui rapporti di lavoro pendenti*, in *Riv. Critica Dir. Lav.*, 2006, spec. pag. 27, al quale si rinvia per la ricostruzione dei tre distinti indirizzi che si sono fronteggiati in dottrina e in giurisprudenza nel silenzio della legge. La giurisprudenza, in ragione di questo stato di “quiescenza attiva”, escludeva che per i lavoratori potessero scaturire diritti in prededuzione, ritenendo invece che da tale stato nascessero utilità quali la ripresa del lavoro (in relazione ad un’eventuale ripresa dell’attività d’impresa o cessione) o l’ammissione ad una serie benefici previdenziali quali l’indennità di cassa integrazione guadagni, di disoccupazione, di mobilità.

⁽⁶¹⁾ Per espressa previsione dell’art. 72 L.F., la decisione di subentrare nel rapporto deve essere preceduta dall’autorizzazione del comitato dei creditori, che ha sostituito in tale compito il giudice delegato. Dubbi sulle neces-

A ben vedere, tale norma va letta congiuntamente all'art. 2119, secondo comma, Cod. Civ., secondo il quale non costituiscono giusta causa di risoluzione del contratto di lavoro il fallimento dell'impresa e la liquidazione coatta amministrativa dell'azienda.

Tale norma ha acquistato concreta rilevanza con l'introduzione del regime di stabilità obbligatoria (art. 8, L. n. 604 del 1966) e, soprattutto, con l'introduzione del regime di stabilità reale (art. 18, L. n. 300 del 1970, e successiva modificazione), dal momento che, in precedenza, le norme codicistiche consentivano comunque il recesso *ad nutum* al modesto costo del preavviso. Nel corso degli anni, tuttavia, si è affermata la tesi interpretativa secondo la quale la cessazione del rapporto di lavoro era piuttosto effetto del licenziamento operato dal curatore (o dal liquidatore) o della dissoluzione della realtà aziendale che non si riconnette necessariamente alla mancata continuazione temporanea dell'esercizio dell'impresa, in quanto il bene giuridico azienda potrebbe sopravvivere alla mera cessazione dell'attività per un periodo più o meno lungo ⁽⁶²⁾.

Orbene, dalla lettura congiunta dell'art. 2119, secondo comma, Cod. Civ., che stabilisce la regola del perdurare del rapporto di lavoro anche dopo la dichiarazione di fallimento, e dell'art. 72 L.F., che invece interviene sugli effetti economici al fine di impedire che la mancata prestazione del lavoratore possa dar luogo ad un credito prededucibile, si evince che per il rapporto di lavoro si determina uno stato di cosiddetta "quiescenza" attiva ⁽⁶³⁾, dalla quale possono scaturire per il lavoratore utilità quali la ripresa del lavoro (in relazione a un'eventuale ripresa dell'attività dell'impresa o a una cessione in blocco) o l'ammissione a una serie di benefici previdenziali (indennità di Cassa integrazione, di disoccupazione, di mobilità) ⁽⁶⁴⁾.

A ben vedere, anche se caratterizzati dalla totale sospensione della prestazione lavorativa (art. 72 L.F.), i rapporti di lavoro sono ancora pendenti e durante tale periodo la mancata prestazione lavorativa non può essere qualificata come inadempimento ⁽⁶⁵⁾. Essi sono destinati a rima-

sarie competenze giuridiche che in genere mancano al comitato dei creditori, C. MASCARELLO, *I rapporti giuridici pendenti nella riforma del fallimento (art. 72 e 72 bis Legge Fallim.)*, in *Dir. Fall.*, 2007, I, spec. pag. 292; B. INZITARI, *Sospensione del contratto per sopravvenuto fallimento ed incerti poteri autorizzativi del comitato dei creditori*, *ivi*, spec. pag. 317 e segg.; tra coloro i quali ritengono che l'autorizzazione del comitato sia richiesta anche in caso di decisione del curatore di sciogliersi dal rapporto: M. R. GROSSI, *La riforma della legge fallimentare*, Milano, 2006. Nel previgente sistema, Corte Cass., 25 agosto 2004, n. 16860, in *Guida Dir.*, 2004, n. 37, pag. 73; Corte Cass., Sez. Un., 14 aprile 1999, n. 239.

⁽⁶²⁾ La giurisprudenza ha altresì ritenuto che, per effetto del fallimento dell'imprenditore, il rapporto di lavoro non si risolve di diritto, potendo però il fallimento integrare il giustificato motivo di recesso, secondo le circostanze del caso, sempre nel rispetto del diritto del dipendente al preavviso (Corte Cass., 2 maggio 1996, n. 3961, in *Foro It.*, 1996, I, col. 2805 e segg.).

⁽⁶³⁾ Tale fase permette alla curatela di valutare la convenienza di ciascun rapporto contrattuale pendente per la massa ed alla controparte di non eseguire la propria prestazione senza per questo risultare inadempiente.

⁽⁶⁴⁾ A. CORRADO, *La riforma del diritto fallimentare: implicazioni giuslavoristiche del d. leg. 5/06; parte prima*, op. cit., pag. 26.

⁽⁶⁵⁾ Nel sistema previgente, nello stesso senso, App. Napoli, 21 gennaio 2004, in *Dir. Fall.*, 2006, II, pag. 89 e segg.; Trib. Milano, 14 novembre 2005, in *Fall.*, 2006, pag. 974; Trib. Milano, 4 marzo 2004, in *Fall.*, 2004, pag. 1056; Trib. Roma, 12 settembre 2000, in *Fall.*, 12 settembre 2000, in *Fall.*, 2001, pag. 357. In dottrina, G. PRINZIVALLI,

nere sospesi, con conseguente stato di quiescenza dei diritti e degli obblighi reciproci (prestazione-retribuzione), sino al momento in cui il curatore non manifesti espressamente la volontà di proseguire l'attività e quindi di subentrare negli stessi o di sciogliersi dai relativi vincoli.

Pertanto, laddove il curatore decida di porre fine al rapporto, al dipendente compete il preavviso, con la prededucibilità del relativo credito se il preavviso stesso venga lavorato; l'indennità sostitutiva accettata, invece, è credito concorsuale, come del resto anche il trattamento di fine rapporto ⁽⁶⁶⁾. Parimenti, il mancato subentro del curatore comporta la risoluzione del rapporto di lavoro nelle forme previste dalla L. n. 604 del 1966 e dalla L. n. 223 del 1991, con effetto dalla data di dichiarazione del fallimento ⁽⁶⁷⁾.

Come si è già avuto modo di segnalare, se l'attività è cessata o non continuata, il curatore è tenuto a presentare la domanda per l'ammissione al trattamento di integrazione salariale concesso con decreto del Ministero del lavoro e della previdenza sociale (oggi ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali) per un periodo di dodici mesi, e prorogabile su istanza del curatore (per ulteriori sei mesi), in presenza di buone prospettive di ripresa dell'attività o quando sia possibile salvaguardare i livelli occupazionali mediante la realizzazione di una vicenda circolatoria dell'azienda, ovvero mediante trasferimento o affitto ⁽⁶⁸⁾.

Quando la continuazione dell'attività non sia possibile, o quando i livelli occupazionali possano essere salvaguardati solo parzialmente, è possibile collocare in mobilità i lavoratori ecceden-

Gli effetti del fallimento sul contratto di lavoro subordinato, in *Dir. Fall.*, 1989, I, spec. pag. 317. *Contra*, tra coloro i quali ritenevano che il curatore subentrasse *ipso iure* nel rapporto, potendosi liberare soltanto con un atto di licenziamento Trib. Roma, 12 ottobre 1991, in *Fall.*, 1992, pag. 606; Trib. Genova, 27 dicembre 1974, in *Giur. Comm.*, 1975, II, pag. 713. Secondo taluni, tale atto, visto anche l'art. 3, L. n. 604 del 1966, sarebbe stato ammissibile solo per giustificato motivo oggettivo (Trib. Torino, 27 agosto 1992, in *Fall.*, 1993, pag. 318; in dottrina, A. M. BUZZONI ZOCCOLA, *La continuità dei rapporti di lavoro nel fallimento*, in *Giur. Comm.*, 1976, II, pag. 222 e segg).

⁽⁶⁶⁾ L. DE ANGELIS, *Fallimento e rapporti di lavoro*, op. cit., cit. pag. 88. Nell'ipotesi di subentro nel rapporto, il curatore potrà intimare il licenziamento al lavoratore, senza poter invocare quale giusta causa il fatto in sé dell'apertura del fallimento. Secondo Corte Cass., Sez. Un., 29 settembre 1994, n. 7914, in *Foro It.*, 1994, I, col. 3012 e segg.; Corte Cass., 29 luglio 1989, n. 3556, in *Inf. Prev.*, 1989, pag. 1732 e segg.; *contra*, Corte Cass., 4 dicembre 1993, n. 12046, in *Dir. Fall.*, 1994, II, pag. 744; Corte Cass., 19 agosto 1993, n. 8766, in *Fall.*, 1994, pag. 141; Corte Cass., 28 maggio 1992, n. 6406, in *Foro It.*, 1993, I, col. 1957 e segg.

⁽⁶⁷⁾ In passato era opinione dominante che dovessero essere considerati debiti di massa solamente quelli relativi alla parte dell'indennità di anzianità e delle retribuzioni riferibili alle prestazioni eseguite dopo la dichiarazione di fallimento, mentre, quelli relativi al periodo anteriore, si ritenevano soggetti alla legge del concorso, in deroga al principio della non frazionabilità dell'indennità di anzianità. Oggi, al contrario, la regola generale dettata dall'art. 74 L.F., conduce a dubitare di tale conclusione. E. PINNA, *Effetti del fallimento sui rapporti di lavoro subordinato pendenti*, in *Dir. Fall.*, 1977, I, spec. pag. 81. *Contra*, A. CAIAFA, *Licenziamento del lavoratore subordinato e diritto all'indennità sostitutiva del preavviso*, in *Fall.*, 1993, pag. 318 e segg. (nota a Trib. Torino, 27 agosto 1992); Trib. Roma, 1 febbraio 1982, in *Giur. Comm.*, 83, II, pag. 104 e segg. si segnala che, recependo alcune soluzioni emerse in sede di lavori preparatori, il D. Lgs. 12 settembre 2007, n. 169, al comma quarto dell'art. 72 L.F., prevede che qualora gli organi della procedura decidessero di sciogliere il contratto, il contraente *in bonis* non avrà diritto al risarcimento del danno (es. lucro cessante), fermo restando il proprio "diritto di far valere nel passivo il credito conseguente al mancato adempimento" (art. 72, comma quarto, L.F.).

⁽⁶⁸⁾ A. CAIAFA, *La legge fallimentare riformata e corretta*, spec. pagg. 465 e 500. La domanda deve essere corredata da una relazione approvata dal giudice delegato o dall'autorità che vigila sulla procedura, e previo accertamento da parte del CIPI.

ti, seguendo la procedura di cui agli artt. 4 e 24, L. n. 223 del 1991, senza che sia previsto il contributo a carico dell'impresa per i lavoratori in mobilità dall'art. 5, comma quarto. Se i lavoratori collocati in mobilità sono in possesso dei requisiti di anzianità aziendale *ex art.* 16, essi hanno tuttavia diritto all'indennità di mobilità di cui all'art. 7.

Non è escluso, a ben vedere, che il curatore si trovi a dover gestire una situazione di crisi in cui i rapporti di lavoro siano già sospesi in Cassa integrazione guadagni straordinaria dall'imprenditore *in bonis*, poiché, generalmente, al momento della dichiarazione di fallimento l'attività dell'impresa è cessata da tempo. Se il tribunale (art. 104, comma primo, L.F.) o il giudice delegato (art. 104, comma secondo, L.F.) non dispongono l'esercizio provvisorio, il curatore può richiedere l'intervento della Cassa integrazione straordinaria concorsuale che, dunque, coerentemente con la natura della stessa, decorrerà per intero senza che assuma rilievo alcuno l'eventuale periodo fruito prima del fallimento.

Poiché a seguito dell'autorizzazione il trattamento speciale retroagisce al momento della dichiarazione di fallimento ⁽⁶⁹⁾, una volta intervenuto il fallimento di un'impresa in possesso dei requisiti per la concessione del medesimo, il curatore può sospendere immediatamente i rapporti di lavoro in attesa della concessione ⁽⁷⁰⁾.

3.4.2.1. Analogie e differenze rispetto alla disciplina dell'amministrazione straordinaria.

Per quanto concerne la procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, l'art. 50, D. Lgs. n. 270 del 1999, detta la disciplina dei rapporti contrattuali in corso alla data di apertura dell'amministrazione straordinaria che, ai sensi dell'art. 30, deve essere fatta coincidere con la data di emanazione del decreto del tribunale attraverso cui, a seguito della verifica dei requisiti di cui all'art. 27, l'imprenditore insolvente è ammesso alla procedura.

La locuzione "contratti in corso", utilizzata per rubricare l'art. 50, D. Lgs. n. 270 del 1999, dovrebbe essere assimilata a quella dettata dall'art. 72 L. F. per i rapporti giuridici pendenti, trat-

⁽⁶⁹⁾ Al fine di non pregiudicare i diritti dei lavoratori coinvolti, la direttiva ministeriale del 28 maggio 1992, n. 68529, ha stabilito che per le imprese assoggettate alle procedure concorsuali di cui alla L. n. 223 del 1991 e all'amministrazione straordinaria con esercizio di impresa, il periodo di integrazione salariale straordinaria inizia a decorrere dalla data della sentenza dichiarativa di fallimento. Si veda altresì, Circolare n. 64/2000.

⁽⁷⁰⁾ Si veda, Trib. Roma, 17 novembre 2001, in *Dir. Fall.*, 2002, II, pag. 314, ha ritenuto legittimo il licenziamento intimato dal curatore condizionato al provvedimento di autorizzazione da parte del Ministero del Lavoro di un ulteriore periodo di proroga del trattamento ai lavoratori di una società fallita.

tandosi in entrambi i casi di rapporti negoziali non ancora compiutamente eseguiti né dall'uno, né dall'altro contraente ⁽⁷¹⁾.

L'art. 50, D. Lgs. n. 270 del 1999, prevede la continuazione dei rapporti in corso sino a quando il commissario straordinario non eserciti la facoltà di scioglimento attribuitagli dal comma primo o non dichiari di subentrare nel rapporto; ipotesi quest'ultima in cui troverà applicazione la disciplina dettata dall'art. 51 ⁽⁷²⁾.

Per quanto concerne i rapporti di lavoro ⁽⁷³⁾, il rinvio alla disciplina speciale sembra comportare l'applicazione analogica all'amministrazione straordinaria dell'art. 2119 Cod. Civ., in virtù del quale il fallimento del datore di lavoro non costituisce giusta causa di risoluzione dal contratto. Il rapporto di lavoro, pertanto, continua con il commissario straordinario che potrà avvalersi della normativa dettata dalle leggi speciali in materia di Cassa integrazioni guadagni straordinaria, di mobilità e di licenziamenti ⁽⁷⁴⁾.

Orbene, dalla normativa in materia di contratti pendenti nel fallimento (artt. 72 e segg., L.F.) e nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese (artt. 50 e segg., D. Lgs. n. 270 del 1999), emerge che gli organi della procedura, nella maggior parte dei casi, dispongono della facoltà di scegliere circa la prosecuzione o meno del contratto stipulato dal debitore ⁽⁷⁵⁾.

3.4.3. La prosecuzione dei rapporti di lavoro nell'ipotesi di esercizio provvisorio: Part. 104, comma ottavo, L.F.

L'art. 104 L.F. – che regola l'esercizio provvisorio dell'impresa del fallito – è frutto del rinnovato modo di interpretare la funzione dell'esecuzione forzata collettiva. L'istituto, a differenza di quanto previsto dall'art. 90 del R.D. del 1942, non risponde più al solo interesse privatistico di

⁽⁷¹⁾ G. GUERRIERI, *Art. 50*, in A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2009, spec. pag. 1484.

⁽⁷²⁾ Per alcune riflessioni sul carattere *ex nunc* dell'eventuale scioglimento del rapporto, indiscutibile per i contratti a esecuzione continuata o periodica, nonché sul fatto che non sia richiesta alcuna autorizzazione qualora il commissario straordinario decida di sciogliersi dai rapporti contrattuali pendenti, così come per subentrare nel rapporto, fatta eccezione per l'ipotesi in cui il subingresso comporti il compimento di atti rientranti nell'ambito di applicazione dell'art. 42, dovendosi in questo caso sentire il comitato di sorveglianza ed ottenere l'autorizzazione del Ministero, G. GUERRIERI, *Art. 50*, op. cit., spec. pag. 1484.

⁽⁷³⁾ In realtà, l'esclusione riguarda altresì i contratti di locazione di immobili nei quali il commissario straordinario subentra, salvo patto contrario, se sottoposto a procedura è il locatore. Per approfondimenti, F. FIMMANÒ, *Gli effetti del concordato preventivo sui contratti in corso di esecuzione*, in *Fall.*, 2006, pag. 1050 e segg.

⁽⁷⁴⁾ Sebbene anteriori all'emanazione del D. Lgs. n. 270 del 1999, si rinvia alle riflessioni di S. LIEBMAN, *Il rapporto di lavoro nell'amministrazione straordinaria della grande impresa in crisi e nel fallimento (un confronto)*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1998, pag. 968 e segg.

⁽⁷⁵⁾ Essi, pertanto, sarebbero tenuti a pagare integralmente le spettanze del contraente *in bonis*, anche per la parte che si riferisca a crediti anteriori all'apertura della procedura (artt. 74 e 82, comma secondo, L.F.) se gli organi decidessero di subentrarvi. In proposito, si esprime in termini di prededucibilità "anomala", in quanto non riferibile all'operato degli organi della procedura, ma eventualmente concessa solo per ragioni di equità non sempre evidenti, L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, Bologna, 2007, spec. pag. 107.

consentire un miglior risultato della liquidazione concorsuale, ma è aperto a quello pubblicistico di utile conservazione dell'impresa ceduta, nella sua integrità o in parte, sempre che il ceto creditore non ritenga di trarne nocumento.

La sospensione dell'esecuzione dei contratti prevista dalla norma di chiusura del sistema di rapporti giuridici preesistenti nel fallimento e ad oggi codificata dall'art. 72 L.F. novellato, a ben vedere, si rivelerebbe scarsamente compatibile con l'esercizio provvisorio dell'impresa. In mancanza di un rinvio delle norme sul concordato preventivo a quelle del fallimento, l'art. 72 L. F., non risulta applicabile.

Diversamente, rispetto all'art. 72, LF, l'art. 104, comma otto, afferma che “*durante l'esercizio provvisorio i contratti di lavoro pendenti proseguono, salvo che il curatore non intenda sospenderne l'esecuzione o scioglierli?*”. Proprio il fatto di supporre che dalla interruzione possa derivare danno grave, comporta in via immediata la prosecuzione del rapporto e rimette al curatore la scelta tra scioglimento e sospensione, la quale interviene, pertanto, solo in seguito, con conseguente inversione del criterio generale dell'art. 72, comma primo, L.F. ⁽⁷⁶⁾.

Orbene, se l'esercizio provvisorio è disposto con sentenza dichiarativa di fallimento (art. 104, primo comma, L.F.) ⁽⁷⁷⁾, l'applicazione della norma che prevede la prosecuzione dei contratti pendenti non presenta alcuna difficoltà; diversamente, se l'esercizio provvisorio viene disposto successivamente (art. 104, secondo comma, L.F.), la sospensione dell'esecuzione troverà applicazione sino a quando non verrà disposto l'esercizio provvisorio.

Qualora ai sensi del primo comma, il tribunale o il giudice delegato ai sensi del secondo comma dell'art. 104, L.F., autorizzino l'esercizio provvisorio e quindi la continuazione dell'impresa, il curatore dovrà comunicare ai dipendenti la volontà di subentrare nei rapporti di lavoro in corso. Ne consegue che questi passeranno in carico alla curatela senza soluzione di continuità producendo obbligazioni (retributive, previdenziali e fiscali) da assolvere in prededuzione solo per la parte maturata per il periodo successivo alla dichiarazione di fallimento quali debiti contratti per l'amministrazione del fallimento e per la continuazione dell'esercizio dell'impresa (art. 111, primo comma, n. 1, L.F.); per i crediti derivanti da stipendi arretrati alla data del fallimento vige il regime di privilegio *ex art. 2751 bis*, n. 1, Cod. Civ., per il pagamento dei quali i lavoratori dovranno insinuarsi nel passivo fallimentare.

⁽⁷⁶⁾ A. CAIAFA, *La legge fallimentare riformata e corretta*, op. cit., cit. pag. 46. L'art. 104, comma ottavo, al fine di evitare di compromettere l'esercizio dell'impresa, soprattutto per quanto riguarda i contratti per i quali è previsto lo scioglimento automatico (dal momento che il curatore si sarebbe sempre potuto assicurare le prestazioni derivanti dagli altri contratti attraverso l'esercizio della facoltà di subentro), pertanto, ha escluso l'applicazione della norma generale che prevede la sospensione automatica dei contratti, oltre che delle norme che prevedono lo scioglimento *ex lege* di determinati contratti.

⁽⁷⁷⁾ Per un commento all'art. 104, L.F., si rinvia a F. FIMMANÒ, *Art. 104*, in *Il Nuovo diritto fallimentare*, (Diretto da A. JORIO), op. cit., pag. 1575 e segg.

Nella prassi consolidatasi sotto la disciplina vigente fino all'entrata in vigore della riforma fallimentare (15 luglio 2006), all'esercizio provvisorio si è pressoché preferito sempre l'affitto dell'azienda, sebbene non espressamente disciplinato. Esso consente di perseguire i medesimi scopi, comportando meno rischi per la massa in quanto non sorgono crediti prededucibili.

Risolvendo l'antica questione se l'affitto dell'azienda costituisse atto ammissibile in una procedura destinata alla liquidazione dei cespiti, l'art. 104 *bis* L.F. prevede che l'affitto d'azienda o di suoi rami deve essere disposto quando “*appaia utile al fine della più proficua vendita dell'azienda o di parti della stessa*”⁽⁷⁸⁾.

3.4.4. L'accesso alla Cassa integrazione straordinaria nel nuovo concordato preventivo.

Con la riforma del concordato preventivo (D.L. n. 35 del 14 marzo 2005, convertito in Legge 14 maggio 2005, n. 80), il legislatore ha voluto ampliare gli strumenti attraverso i quali l'imprenditore in stato di crisi può perseguire le finalità di risanamento e la salvaguardia del complesso aziendale⁽⁷⁹⁾.

L'apertura della procedura, a seguito dell'ampliamento dei poteri e degli spazi attribuiti all'autonomia privata nell'articolazione della domanda di concordato preventivo, non incide sulla continuazione dei rapporti giuridici rimasti in tutto o in parte ineseguiti; permarranno inoltre gli obblighi di pagamento delle retribuzioni maturate successivamente alla pronunciata ammissione⁽⁸⁰⁾.

⁽⁷⁸⁾ Si ricorda, ma il tema è già stato affrontato nel capitolo precedente, che la scelta dell'affittuario è rimessa al curatore per il tramite di una procedura competitiva, *ex art.* 107 L.F.. Il dilemma sulla prelazione dell'affittuario nell'acquisto dell'azienda viene risolto con la riforma che prevede che tale prelazione possa essere convenzionalmente prevista all'interno del contratto, divenendo argomento di trattativa tra le parti. La prelazione potrà essere concessa solo previa autorizzazione del giudice delegato e previo parere favorevole del comitato dei creditori. In assenza di qualsivoglia esplicito riferimento alla procedura prevista dall'art. 47, L. 428 n. 1990, fatta eccezione per un timido riferimento alla necessità di attivare la procedura di consultazione sindacale in caso di trasferimento d'azienda contenuto nell'art. 105, comma terzo, D. Lgs. n. 5 del 2006, si ritiene che tale normativa debba continuare a trovare applicazione in modo invariato.

⁽⁷⁹⁾ Possibilità di soddisfare i crediti chirografari senza limiti minimi, prevedere accordi di ristrutturazione dei debiti, attribuire ai creditori – nonché a società da questi partecipate – azioni, quote, obbligazioni o altri strumenti finanziari e titoli di debito, attribuzione ad un assuntore delle attività delle imprese interessate dalla proposta di concordato; attuare trattamenti differenziati tra i creditori appartenenti a classi diverse, falciare i crediti privilegiati speciali.

⁽⁸⁰⁾ Dal punto di vista della tutela del reddito, il problema non dovrebbe porsi se si considera che la procedura (concordato preventivo) non ha alcuna incidenza sui crediti di lavoro, in quanto privilegiati, proponendo il concordato l'integrale soddisfacimento di essi; in caso contrario è prevista la risoluzione e l'apertura del fallimento (LO CASCIO L., *La procedura di composizione concordata della crisi*, in *Fall.*, 2004, spec. pag. 945).

La finalità satisfattiva e conservativa alla base del concordato preventivo, inoltre, fa sì che l'imprenditore manterrà la titolarità del potere di amministrare sino al momento in cui non interverrà il provvedimento di omologazione.

Ne discende altresì che, nel caso in cui il "piano" ex art. 160 L.F. illustri l'esigenza di ridimensionare la forza lavoro, il debitore – non potendo relazionare la causa dei preventivati licenziamenti unicamente alla ammissione alla procedura concorsuale - dovrà ricondurre i preventivati recessi, ora "all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro ed al regolare funzionamento di essa", ora alla "riduzione o trasformazione di attività o di lavoro", secondo che si renda necessario il ricorso ai licenziamenti individuali (ex art. 3, Legge n. 604 del 1966), ovvero a quelli collettivi (ex artt. 4 e 24, Legge n. 223 del 1991), subordinatamente alla sussistenza dell'idoneo requisito dimensionale e del numero di risoluzioni da intimare.

Inoltre, se è vero che il sindacato giudiziale devoluto al giudice del lavoro in sede di contenzioso si soffermerà in primo luogo, ora sugli specifici motivi della riduzione allegati nella lettera di licenziamento individuale (o in quella successiva sollecitata dal prestatore di lavoro ai sensi dell'art. 2, comma 2 c.c.), ora sulla correttezza procedurale dei licenziamenti collettivi, la completezza e l'oggettività delle informazioni contenute nel piano (ed eventualmente nella relazione del professionista che ne attesti la *fallibilità*) potranno contribuire a sottrarre gli atti di recesso ad eventuali censure di arbitrarietà e discriminatorietà ⁽⁸¹⁾.

Prima della riforma attuata dal D. L. n. 35 del 2005, convertito con L. n. 80 del 2005, la possibilità di accedere al trattamento straordinario di integrazione salariale per i lavoratori di imprese ammesse alla procedura di concordato preventivo era del tutto pacifica; tuttavia, si operava una distinzione tra l'ipotesi prevista per le imprese *in bonis* (art. 1, L. n. 223 del 1991) e quella a favore delle procedure concorsuali (art. 3), a seconda della finalità (conservativa o liquidatoria) perseguita dal debitore.

Come si è già visto nei precedenti paragrafi, le procedure concorsuali non sono assoggettate alla presentazione di un programma contenente il riferimento alle condizioni richieste per l'accesso nei casi di crisi, riorganizzazione e "ristrutturazione" aziendale, al punto che la concessione del trattamento viene ritenuta sostanzialmente automatica, quantomeno per i primi dodici mesi ⁽⁸²⁾.

⁽⁸¹⁾ A. CORRADO, *I rapporti di lavoro e gli ammortizzatori sociali nel nuovo concordato preventivo*, in *Nuovo Dir. Soc.*, 2008, n. 12, cit., pagg. 77-78; in questi termini, altresì, F. FIMMANÒ, *Gli effetti del nuovo concordato preventivo sui rapporti in corso di esecuzione*, in *www.ilcaso.it*, 17 gennaio 2007, documento n. 49.

⁽⁸²⁾ Le imprese ammesse a procedure concorsuali non sono tenute al versamento del contributo addizionale di cui all'art. 8, D. L. n. 86 del 1988 per il finanziamento della Cassa. Parimenti, non sono tenute a corrispondere ai lavoratori una somma di importo equivalente all'integrazione salariale perduta in caso di omessa o tardiva presentazione della domanda di concessione del trattamento. Per approfondimenti, A. CORRADO, *I rapporti di lavoro e gli ammortizzatori sociali nel nuovo concordato preventivo*, in *Nuovo Dir. Soc.*, 2008, n. 12, pag. 80. Sulla sussistenza di un vero e

Il problema, dunque, è coordinare il testo della norma di cui all'art. 3, L. n. 223 del 1991, forgiato sulle norme del r.d. 16 marzo 1942, n. 267, nella sua versione ante riforma, riferito al concordato preventivo con cessione dei beni (e non sul concordato con garanzia), con la nuova procedura scevra da qualsiasi vincolo di tipicità.

Infatti, poiché l'art. 3 della Legge n. 223 del 1991 prevede il solo concordato per cessione dei beni, al fine di garantire il mantenimento in vita del complesso produttivo nell'attesa di reperire valide e proficue possibilità liquidatorie tramite il successivo trasferimento d'azienda, la disciplina in esso contenuta non trovava applicazione nei confronti del concordato preventivo proposto dal debitore mediante l'offerta di garanzie reali o personali per il pagamento del quaranta per cento dell'ammontare dei crediti chirografari, entro sei mesi dalla data di omologazione del concordato (art. 160, secondo comma, n. 1, L.F.), poiché era richiesta, in tale ipotesi, l'elaborazione da parte dell'imprenditore di un adeguato piano di ristrutturazione per il superamento della crisi nell'interesse dei creditori⁽⁸³⁾.

La dottrina che esclude una lettura estensiva del trattamento di integrazione salariale concorsuale, ex art. 3, L. n. 223 del 1991, si richiama al fatto che il legislatore ha voluto riconoscere tale trattamento proprio nel caso di ammissione alla procedura del concordato preventivo con cessione dei beni, con ricorrenza del presupposto oggettivo della intervenuta cessazione e non continuazione dell'attività; per evitare che a carico dell'impresa potessero esservi oneri da riconoscere, ha previsto la relativa esenzione dal pagamento del corrispondente contributo⁽⁸⁴⁾.

Alcune circostanze hanno portato a dubitare della possibilità di far ricorso al trattamento straordinario di Cassa integrazione "concorsuale" in attesa di una modifica dell'art. 3, L. n. 223 del 1991. In primo luogo, il fatto che il concordato preventivo attuale non presupporrebbe più lo stato di insolvenza, bensì il meno grave stato di crisi dell'imprenditore; in secondo luogo, la circostanza che le sue spiccate finalità di risanamento sarebbero attuabili anche attraverso l'attribuzione ad un assuntore delle attività dell'impresa; infine, la circostanza che il concordato preventivo sarebbe idoneo a garantire (mediante il deposito delle somme spettanti ai creditori contestati, condizionali o irreperibili) la soddisfazione dei crediti pregressi, nonché di quelli che vengono a maturazione nel corso della procedura⁽⁸⁵⁾.

proprio obbligo per il curatore, liquidatore o commissario di richiedere l'intervento di integrazione salariale, M. MISCIONE, *Dialoghi di diritto del lavoro*, Milano, 2001, pag. 321; SANTORO PASSARELLI, *Sub art. 3*, in M. PERSIANI (a cura di), op. cit., pag. 906; F. FIMMANÒ, *Fallimento e circolazione dell'azienda socialmente rilevante*, Milano, 2000, pag. 104. *Contra*, S. LIEBMAN, *Liquidazione o conservazione dell'impresa*, op. cit., pag. 34; E. GHERA, *Diritto del lavoro*, Bari, 2002, spec. pag. 740.

⁽⁸³⁾ Per approfondimenti, A. CAIAFA, *I rapporti di lavoro nelle crisi di impresa*, op. cit., spec. pag. 250.

⁽⁸⁴⁾ A. CAIAFA, *La legge fallimentare riformata e corretta*, op. cit., spec., pag. 729.

⁽⁸⁵⁾ A. CAIAFA, *Il nuovo concordato preventivo: profili comunitari e tutela dei lavoratori*, in *Dir. Fall.*, 2005, pagg. 882-909. Si ricorda che nel quadro normativo precedente, l'erogazione del beneficio era prevista solo a favore di imprese fallite. Nell'ipotesi in cui l'attività non proseguisse, essi venivano licenziati dal curatore, sebbene l'efficacia degli atti di

A ben vedere, ai sensi dell'art. 36, D.L. 30 dicembre 2005, n. 273, che ha aggiunto il comma terzo all'art. 160 L.F., stato di crisi e stato di insolvenza sono concetti sostanzialmente omogenei, la cui unica differenza consisterebbe nel carattere reversibile della prima situazione, correlata alla riuscita del piano ed al consenso dei creditori ⁽⁸⁶⁾.

Diversamente, proprio perché l'art. 3, L. n. 223 del 1991, non contiene alcun riferimento testuale né all'insolvenza, né allo stato di crisi ⁽⁸⁷⁾, e poiché richiede che la “*continuazione dell'attività non sia stata disposta o sia cessata*”, si è giunti ad estendere l'area di applicazione dell'art. 3, L. n. 223 del 1991, non solo alle procedure concorsuali con finalità liquidatoria, ma anche a quelle tra tali procedure la cui eventuale provvisoria residua attività prosegua con prospettive ben diverse dal risanamento ⁽⁸⁸⁾ ⁽⁸⁹⁾.

La sussistenza della finalità liquidatoria, pertanto, può essere invocata quale criterio di collegamento necessario e sufficiente a giustificare il trattamento *ex* art. 3, L. n. 223 del 1991. In altri

recesso venisse sospesa per un periodo massimo di ventiquattro mesi, al fine di consentire il godimento dell'integrazione salariale per crisi aziendale dichiarata ai sensi dell'art. 2, L. n. 675 del 1977. Non di rado, i lavoratori alle dipendenze dell'imprenditore ammesso al concordato preventivo esprimevano – nell'apposita adunanza – il proprio voto contrario alla proposta di concordato. La rinuncia al privilegio spettante sui crediti retributivi era controbilanciata dal fatto che, con la dichiarazione di fallimento dell'impresa, i lavoratori conseguivano il titolo per accedere al trattamento speciale di Cassa integrazione guadagni; ne derivava la disgregazione di complessi aziendali di imprese che avrebbero potuto superare la crisi anche mediante la loro cessione a terzi. Sul punto, M. MACCHIA, *Lavoro e previdenza nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 1999, spec. pag. 733.

⁽⁸⁶⁾ Sulla circostanza che tale ipotesi verrebbe suffragata dal contenuto dell'art. 2221 Cod. Civ., nonché delle norme della legge fallimentare che disciplinano la conversione del concordato preventivo in fallimento (artt. 162, comma secondo; art. 173; art. 179, L.F.), S. BONFATTI – P. F. CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2007, pagg. 415-416. In giurisprudenza, Trib. Palermo, decr., 18 maggio 2007, in *Fall.*, 2008, pag. 75, lo stato di crisi si sostanzia in un’*“impotenza economica funzionale e non transitoria per la quale l'imprenditore non è più in grado di far fronte regolarmente e con mezzi normali alle proprie obbligazioni per il venir meno delle condizioni di liquidità e di credito necessarie alla propria attività, ma può altresì atteggiarsi con connotati di minore gravità, riguardando tutte quelle situazioni che sono potenzialmente idonee a sfociare nell'insolvenza medesima”*.

⁽⁸⁷⁾ In quest'ultimo caso, mancando il provvedimento di omologazione, il periodo di integrazione salariale fruito dai lavoratori viene detratto da quello previsto nel caso di dichiarazione di fallimento.

⁽⁸⁸⁾ S. LIEBMAN, *Liquidazione o conservazione dell'impresa nelle procedure concorsuali: insolvenza dell'imprenditore e strumenti di tutela del lavoro subordinato*, in *Dir. Rel. Ind.*, 1995, pag. 33; G. SANTORO PASSARELLI, *Sub art. 3*, in M. PERSIANI (a cura di), *Norme in materia di Cassa integrazione, mobilità, trattamento di disoccupazione, attuazione di direttive della Comunità Europea, avviamento al lavoro ed altre disposizioni in materia di mercato del lavoro*, in *nuove Leggi Civ. Comm.*, 1994, pag. 904. «Tale interpretazione spiega anche la mancata menzione della (ora abrogata) amministrazione controllata e del concordato preventivo *con garanzia*, procedure che – presupponendo la prima un *iter* finalizzato al reperimento di risorse per il recupero della solvibilità dell'impresa ed il secondo il soddisfacimento dei creditori perseguito e realizzato attraverso pagamenti eseguiti dal debitore medesimo o dai suoi garanti in un'ottica conservativa – potevano contare sull'intervento della Cigs ai sensi dell'art. 1, l. 223/91 previsto per l'attuazione di un “programma” di ristrutturazione, riorganizzazione o conservazione aziendale, ovvero per fronteggiare uno *stato di crisi*» (A. CORRADO, *I rapporti di lavoro e gli ammortizzatori sociali nel nuovo concordato preventivo*, in *Nuovo Dir. Soc.*, 2008, n. 12, cit., pagg. 79-80).

⁽⁸⁹⁾ Ancorché condizionatamente alla sussistenza del requisito oggettivo dell'intervenuta cessazione dell'attività e dei presupposti soggettivi previsti dalla norma, il meccanismo di tutela delineato dall'art. 3, ha trovato automatica applicazione. In ordine all'obbligatorietà o meno del meccanismo descritto si rinvia A. CAIAFA, *Insolvenza del datore di lavoro e tutela dei dipendenti*, in *Fall.*, 1992, spec. pag. 560. Nella giurisprudenza costituzionale, tra le altre, Corte Cost., 21 gennaio 1999, n. 6, in *Mass. Giur. Lav.*, 1999, pag. 438; Corte Cost., 13 giugno 2000, n. 190, *ivi*, 2000, pag. 1071; tra la giurisprudenza di legittimità, Corte Cass., 2 marzo 2001, n. 3063, in *Mass. Giur. Lav.*, 2001, pag. 602; Corte Cass., 20 novembre 1996, n. 1087, in *Notiz. Giur. Lav.*, 1996, pag. 994 e segg.

termini, l'accesso alla Cassa integrazione guadagni straordinaria di tipo concorsuale sarà possibile qualora il piano abbia finalità liquidatorie. Questa interpretazione, peraltro, sembra coerente con l'indicazione proveniente dal Consiglio dell'Unione europea, nella direttiva 12 marzo 2001, n. 23, che all'art. 5, comma primo, consente di derogare alle norme che garantiscono il mantenimento dei diritti dei lavoratori nei casi di trasferimento di un'impresa, di uno stabilimento o di una parte di stabilimento o di impresa, quando *“il cedente sia oggetto (...) di una procedura di insolvenza analoga aperta in vista della liquidazione dei beni del cedente stesso”*.

In presenza dei requisiti dimensionali richiesti dal legislatore, inoltre, l'imprenditore che formuli ai propri creditori una proposta concordataria per la cessione o liquidazione dei beni e voglia ottenere l'ammissione al trattamento straordinario di Cassa integrazione guadagni *ex art. 3*, L. n. 223 del 1991, potrà, nella domanda, sollecitare il tribunale ad esplicitare (nel relativo decreto *ex art. 163 L.F.*) le condizioni in cui versa la società, facendo riferimento non solo alla situazione economica, patrimoniale e finanziaria, ma anche e soprattutto alla eventuale cessazione dell'attività dell'impresa, o ad una sua provvisoria residua continuazione specificando, laddove possibile, se si sia in presenza di finalità conservative o liquidatorie ⁽⁹⁰⁾.

È stato tuttavia evidenziato che la piena libertà dell'imprenditore che faccia richiesta di ammissione al concordato nell'articolazione della proposta al di fuori di schemi legali predefiniti, nel corso della procedura, può dar luogo ad una modifica del contenuto della proposta stessa, così da prevedere la continuazione dell'attività dell'impresa, in luogo dell'originaria cessione dei beni ai creditori. In tali ipotesi sarà necessario verificare la compatibilità dell'eventuale provvedimento autorizzativo alla Cassa integrazione guadagni straordinaria *ex art. 3*, L. n. 223 del 1991, con lo svolgimento dell'attività dell'impresa anche sotto il profilo degli oneri economici previsti dall'art. 8, D. L. n. 86 del 1988 per il finanziamento della Cassa per le fattispecie previste dall'art. 1, L. n. 223 del 1991.

Per quanto concerne la concessione del trattamento straordinario di integrazione salariale in relazione all'intervento (o meno) dell'omologa, va precisato che l'art. 3, L. n. 223 del 1991, riconosce come beneficiari – tra gli altri – i lavoratori dell'impresa ammessi alla procedura di concordato preventivo, consistente nella cessione dei beni, atteso l'effetto sospensivo del rapporto

⁽⁹⁰⁾ A. CORRADO, *I rapporti di lavoro e gli ammortizzatori sociali nel nuovo concordato preventivo*, in *Nuovo Dir. Soc.*, 2008, n. 12, cit., pag. 83, al quale si rinvia per alcune riflessioni sulla differenza nel passaggio da una gestione per fini di produzione ad una gestione per fini di liquidazione tra un'impresa industriale ed una commerciale. Tra gli atti e gli indici extraconcorsuali che consentono di valutare la sussistenza della finalità liquidatoria, la deliberazione assembleare con la quale vengono nominati i liquidatori ai sensi dell'art. 2487 Cod. Civ. e tutta una serie di operazioni da questi poste in essere per la realizzazione della finalità liquidatoria; tra gli indici e gli atti di natura endoconcorsuale, assumerà rilevanza il contenuto concreto del piano con il quale il debitore sollecita ai creditori l'adesione alla proposta concordataria, nonché la relazione dell'esperto sulla sua fattibilità. Secondo Trib. Palermo, decr., 17 febbraio 2006, in *Fall.*, 2006, pag. 560, tale relazione, dovendo esporre i dati di bilancio ed essere idonea a rappresentare le condizioni dell'impresa al momento della formulazione del piano, potrà fornire indicazioni più chiare sul punto.

per il periodo intercorrente tra l'ammissione e l'omologazione. Nel caso in cui il giudizio di omologazione non giunga ad un esito positivo, il periodo già usufruito viene detratto da quello previsto in caso di dichiarazione di fallimento; quanto ricevuto dai lavoratori in precedenza diviene un'anticipazione del periodo concesso in conseguenza del fallimento ⁽⁹¹⁾.

Infatti, l'art. 7, ottavo comma, della Legge 19 luglio 1993, n. 236, di conversione del decreto legge 20 maggio 1993, n. 148, recante interventi urgenti a sostegno dell'occupazione, ha sostituito l'espressione "omologazione", con quella di "ammissione", con l'obiettivo di garantire l'utilizzo immediato dell'ammortizzatore sociale quale mezzo di sostegno del salario e dell'occupazione.

Venuta meno l'automaticità del fallimento in caso di diniego di omologa, in seguito all'introduzione del D. L. 14 marzo 2005, n. 35, convertito nella Legge 4 maggio 2005, n. 80 di riforma del concordato preventivo, sorgono alcune perplessità. A ben vedere, la riforma del 2005 ha definitivamente superato la concezione del concordato preventivo come beneficio per l'imprenditore, eliminato i requisiti di ammissibilità previsti originariamente dall'art. 160 L.F., nonché il requisito della meritevolezza, facendo emergere la prioritaria esigenza dei creditori a scendere a patti con il debitore. Il riconoscimento della massima libertà ed autonomia alle pattuizioni concordatarie si accompagna all'ampliamento della loro sfera di applicazione, non essendo più necessaria la presenza di una vera e propria insolvenza ma essendo sufficiente un più generico "stato di crisi".

Il venir meno del binomio "mancata omologazione-dichiarazione di fallimento", tuttavia, pone il problema della legittimità della concessione della Cassa integrazione precedente all'omologa ove questa non venga poi raggiunta e non vi sia una successiva dichiarazione di fallimento.

Nell'attuale assetto normativo, pertanto, la legittimità di tale concessione può essere sostenuta ipotizzando che con la Legge n. 236 del 1993, si sia voluto solamente spostare il profilo temporale dall'omologa all'apertura, senza cioè considerare l'omologa quale presupposto fondamentale per la concessione del beneficio.

3.5. Strumenti convenzionali alternativi alla Cassa integrazione.

Nonostante l'estensione progressivamente realizzata ad opera del legislatore in favore di altri settori ⁽⁹²⁾, la Cassa integrazione continua ad essere una misura calibrata sulle esigenze delle imprese industriali e ben lungi dal rappresentare una provvidenza di carattere universale. Emer-

⁽⁹¹⁾ A. CAIAFA, *La legge fallimentare riformata e corretta*, op. cit., pag. 727. Sul punto, ID., *I rapporti di lavoro nelle crisi di impresa*, op. cit., spec. pag. 243.

⁽⁹²⁾ Sotto il profilo dei potenziali beneficiari, da ultimo, si rinvia a L. n. 2 del 2009.

gono, dunque, sperequazioni tra vari settori economici ed all'interno del medesimo settore tra imprese sulla base del criterio dimensionale. La procedura di informazione e consultazione sindacale, peraltro, è stata esclusa per le imprese minori, dove il lavoratore è più debole ed urge un controllo esterno sulle scelte imprenditoriali.

Non di poco conto, infatti, sono i benefici connessi alla fruizione del trattamento straordinario di Cassa integrazione guadagni. In primo luogo, la sospensione in Cassa integrazione comporta la permanenza del rapporto dipendente ⁽⁹³⁾; inoltre, periodi di sospensione per i quali è ammessa l'integrazione salariale sono riconosciuti utili d'ufficio per il conseguimento del diritto alla pensione di anzianità, per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti ⁽⁹⁴⁾.

La normativa vigente consente ai lavoratori in Cassa integrazione guadagni straordinaria l'instaurazione di rapporti di lavoro a tempo determinato. Nel corso dello svolgimento di tale rapporto, però, l'erogazione dell'integrazione salariale da parte dell'Inps sarà sospesa ⁽⁹⁵⁾.

Ai lavoratori beneficiari del trattamento di Cassa integrazione o di indennità di mobilità, tuttavia, si richiede un comportamento collaborativo volto a ridimensionare il carattere assistenziale dei trattamenti erogati, pena la cancellazione dalla lista. In primo luogo, il lavoratore beneficiario del trattamento straordinario di Cassa integrazione guadagni, è tenuto a dare comunicazione preventiva all'INPS in merito allo svolgimento di un'attività lavorativa, a pena di decadenza dal beneficio dell'integrazione salariale ⁽⁹⁶⁾ ⁽⁹⁷⁾.

⁽⁹³⁾ Art. 8, commi 4, 5 e 6, L. n. 160 del 1988; circolare INPS n. 179 del 2002.

⁽⁹⁴⁾ Rispetto a tali periodi, il contributo è calcolato sulla base della retribuzione cui è riferita l'integrazione salariale art. 8, c. 4, L. n. 155 del 1981. I periodi di integrazione salariale sono equiparati a quelli di effettivo lavoro per quanto concerne il conseguimento del diritto alla pensione e per la determinazione della sua misura. Occorre precisare che, a decorrere dall'11 gennaio 1993 e limitatamente a quei lavoratori che non hanno periodi di contribuzione antecedenti al 31 dicembre 1993, l'accredito figurativo è riconosciuto nel limite di 5 anni complessivi (art. 15, c. 1, d. lgs. n. 503/92).

⁽⁹⁵⁾ L'INPS, in varie occasioni, ha affermato alcuni principi che sembrano ribadire l'incumulabilità assoluta, ed altri che affermano l'incumulabilità relativa, allorché si tratti di attività lavorative a tempo parziale. L'incumulabilità non opererà affatto se tale attività part time non coincida temporalmente con quella sospesa. Anche il reddito da lavoro autonomo può essere cumulato parzialmente con l'integrazione salariale. In particolare, Circolare Inps del 2002 (n. 179).

⁽⁹⁶⁾ Il lavoratore percettore del trattamento straordinario decaduto dal diritto di godimento del trattamento previdenziale, perde il diritto a qualsiasi erogazione a carattere retributivo o previdenziale a carico del datore di lavoro, salvi i diritti già maturati (art. 1, comma 3, Legge 3 dicembre 2004, n. 291). In base all'art. 8, commi 4 e 5, L. n. 160 del 1988, *"Il lavoratore che svolga attività di lavoro autonomo o subordinato durante il periodo di integrazione salariale non ha diritto al trattamento per le giornate di lavoro effettuate. Il lavoratore decade dal diritto al trattamento di integrazione salariale nel caso in cui non abbia provveduto a dare preventiva comunicazione alla sede provinciale dell'Istituto nazionale della previdenza sociale dello svolgimento della predetta attività"*. Il lavoratore decade dal trattamento quando: *"a) rifiuti di essere avviato ad un progetto individuale di inserimento nel mercato del lavoro, ovvero ad un corso di formazione o di riqualificazione o non lo frequenti regolarmente; b) non accetti l'offerta di un lavoro inquadrato in un livello retributivo non inferiore del 20 per cento rispetto a quello delle mansioni di provenienza"*. Tali disposizioni si applicano quando le attività lavorative o di formazione ovvero di riqualificazione si svolgono in un luogo che non dista più di 50 chilometri dalla residenza del lavoratore o comunque raggiungibile mediamente in 80 minuti con i mezzi di trasporto pubblici (Legge 3 dicembre 2004, n. 291, art. 1 - *quinquies*). Cfr. Circolare n. 5 del 22 febbraio 2006. Si considera non rispettato l'obbligo di accettazione dell'offerta, configurando quindi un rifiuto della stessa, anche nel caso in cui il lavoratore, pur accettando inizialmente la proposta di lavoro, abbia succes-

Orbene, al di fuori delle ipotesi previste dalla legge, l'obiettivo della stabilità del livello di reddito e della sua continuità in situazioni di crisi di impresa è stato perseguito attraverso la previsione di forme di integrazione salariale negoziate, capaci di supplire alle esclusioni fissate sul piano legislativo, che hanno incentivato il ruolo dell'autonomia collettiva nella gestione della crisi di impresa. Si è già visto come il legislatore ⁽⁹⁸⁾ abbia provveduto ad estendere la possibilità di stipulare contratti di solidarietà anche alle imprese non rientranti nel campo di applicazione della Cassa integrazione guadagni straordinaria (ad esempio le imprese artigiane con meno di sedici dipendenti), a condizione che i lavoratori ad orario ridotto fruiscono di una prestazione a carico degli enti bilaterali almeno pari alla metà del contributo pubblico destinato ai lavoratori.

A fondamento del meccanismo della bilateralità è riscontrabile il principio attraverso il quale le parti sociali decidono di affrontare e risolvere determinate questioni oggetto di confronto. Uno dei principali ambiti di intervento è proprio il sostegno al reddito nei periodi di sospensione dell'attività lavorativa. Nell'esperienza italiana tale sostegno ha riguardato non solo la gestione mutualistica di prestazioni integrative di welfare, come ad esempio nel caso di disoccupazione temporanea, ma anche la mutualizzazione di alcuni istituti retributivi derivanti dal contratto di lavoro (ferie, festività, tredicesima mensilità), la formazione professionale, la sicurezza dell'ambiente di lavoro, i servizi sociali supplementari. La copertura e la qualità delle prestazioni erogate dipende da vari fattori quali l'entità dei contributi, il numero dei contribuenti, l'effettività dei versamenti, l'efficienza nella gestione delle risorse, e dell'ente.

sivamente rifiutato la stipula del contratto di lavoro o si sia dimesso durante il periodo di prova, salvo dimissioni motivate per giusta causa. Da ultimo, la scelta dell'art. 19, comma 10, della L. 28 gennaio 2009, n. 2, in linea con le politiche europee di *workfare*, consiste nel richiedere al lavoratore di sottoscrivere la dichiarazione di immediata disponibilità al lavoro e ad un percorso di riqualificazione professionale; a seguito della sottoscrizione, in caso di rifiuto di un percorso di riqualificazione professionale o di un lavoro "congruo" definito ai sensi dell'art. 1-quinquies, D. L. 5 ottobre 2004, n. 249, il lavoratore decade dal diritto. Parimenti, il lavoratore decade dal trattamento di Cassa integrazione guadagni straordinaria, di mobilità, di disoccupazione ordinaria o speciale, o da altra indennità o sussidio qualora non accetti di essere impiegato in opere o servizi di pubblica utilità e quando rifiuti un'offerta di lavoro nella pubblica amministrazione senza giustificato motivo.

⁽⁹⁷⁾ L'Inps, con circolare n. 73 dell'11 luglio 2008, ha fornito informazioni sull'estensione del trattamento di integrazione salariale straordinaria e trattamento di mobilità al personale, anche navigante, dei vettori aerei e delle società da questi derivanti a seguito di processi di riorganizzazione o trasformazioni societarie. L'Inps ha precisato che solo in presenza di preventiva comunicazione all'Istituto, il lavoratore potrà godere della possibilità di cumulare, anche parzialmente, il reddito da lavoro con il trattamento di integrazione salariale percepito, o, nel caso di trattamento di mobilità, di esperire la facoltà di svolgere attività di lavoro subordinato, a tempo parziale, o a tempo determinato, mantenendo l'iscrizione nella lista di mobilità, ma con la sospensione della relativa indennità. Il cassaintegrato perde il diritto al trattamento nel caso in cui svolga attività di lavoro autonomo o subordinato, dal momento che è esentato dal prestare l'attività lavorativa dedotta in contratto. Durante tale periodo, al contrario, deve mantenersi disponibile per partecipare a corsi di formazione o svolgere lavori socialmente utili. L'art.1-bis della legge 3 dicembre 2004 n. 291, ha previsto che in caso di crisi occupazionale, di ristrutturazione aziendale, di riduzione o trasformazione di attività il Ministro del Lavoro e delle Politiche sociali possa concedere, sulla base di specifici accordi in sede governativa, il trattamento di integrazione salariale straordinaria per 24 mesi. I dipendenti delle suddette imprese, inoltre, a partire dal 1 gennaio 2005 possono essere ammessi al trattamento di mobilità.

⁽⁹⁸⁾ Art. 5, comma ottavo, Legge 19 luglio 1993, n. 236, come sostituito dall'art. 4, comma secondo, Legge n. 451 del 1994.

È ormai tendenza consolidata l'acquisizione da parte del sindacato di spazi di partecipazione istituzionale, organica e/o procedimentale, in seno o a fianco di enti o amministrazioni di diritto pubblico, in materia di integrazioni salariali, in settori tradizionalmente frammentati dal punto di vista produttivo (edilizia, artigianato, agricoltura, commercio e turismo), instabili sotto il profilo dell'impiego e del reddito e caratterizzati da un'elevata debolezza associativa e negoziale del sindacato nei luoghi di lavoro. Proprio in tali settori, nei quali non era riproducibile il modello di rappresentanza delle OO.SS. valido per le medie e grandi imprese, si avverte la necessità di istituzionalizzare per via contrattuale un articolato sistema di relazioni industriali capace di surrogare istituti e procedure collettive altrimenti difficilmente praticabili.

In alcuni settori produttivi, quali l'artigianato ⁽⁹⁹⁾, sulla base di accordi sindacali aziendali stipulati in presenza di eventi transitori che pongono l'impresa in una situazione di difficoltà congiunturale, come ad esempio la crisi produttiva determinata da una contrazione degli ordini da parte della clientela, le imprese hanno potuto procedere a sospensioni dal lavoro o riduzioni dell'orario di lavoro dei propri dipendenti, assicurando loro una forma di sostegno del reddito a carico di un fondo amministrativo da Enti bilaterali (istituito a livello regionale) ed alimentato da una contribuzione versata dalle imprese medesime.

3.5.1. I Fondi di Solidarietà alla luce dei recenti interventi legislativi.

I Fondi di Solidarietà, disciplinati dalla Legge n. 662 del 1996 (art. 2, comma 28), sono uno strumento che permette alle imprese sprovviste di un sistema di ammortizzatori sociali di erogare ai lavoratori, nell'ambito di processi di ristrutturazione e riorganizzazione aziendale, due tipologie di prestazioni. Tra le prestazioni "ordinarie" rientrano il finanziamento di programmi formativi di riconversione o riqualificazione professionale, anche in concorso con gli appositi fondi nazionali o comunitari previsti dalla legislazione vigente ed il finanziamento di specifici trattamenti a favore dei lavoratori interessati da riduzioni dell'orario di lavoro o da sospensione temporanea dell'attività lavorativa; mentre, tra le prestazioni "straordinarie", rientrano le erogazioni di assegni

⁽⁹⁹⁾ A partire dagli anni Ottanta, le imprese artigiane, non rientranti nei campi di applicazione della Cassa integrazione guadagni straordinaria, hanno per prime concordato – per via negoziale – la sperimentazione di un peculiare sistema di integrazioni salariali. L'Accordo interconfederale del 22 dicembre 1983, all'art. 4, prevedeva l'istituzione di Enti bilaterali, costituiti a livello regionale, su base volontaria, a gestione mista, con il compito di erogare prestazioni integrative contrattualmente dovute ai lavoratori (malattia, maternità, infortunio). Il successivo Accordo interconfederale del 21 luglio 1988 aveva previsto l'istituzione presso gli Enti bilaterali di un apposito fondo da utilizzare per interventi di sostegno al reddito dei lavoratori nelle ipotesi di sospensione dell'attività lavorativa dovute ad eventi fortuiti non imputabili all'impresa e nei casi di crisi che richiedessero una temporanea sospensione dei lavoratori. L'Accordo del 22 giugno 1983 ha poi esteso l'intervento delle prestazioni a carico del fondo alle ipotesi di crisi congiunturale dell'impresa. R. SCIOTTI, *Sull'autonomia collettiva nelle crisi d'impresa*, in *Merc. Dir. Lav.*, 2005, cit., pagg. 192-193.

straordinari per il sostegno a favore dei lavoratori ammessi a fruirne nel quadro dei processi di agevolazione all'esodo ⁽¹⁰⁰⁾.

L'accesso ad entrambe le prestazioni presuppone un preventivo coinvolgimento della contrattazione collettiva in qualità di fonte istitutiva che partecipa ai programmi di selezione degli interventi ordinari e dei lavoratori coinvolti ⁽¹⁰¹⁾.

Il preventivo esperimento della procedura di informazione e di esame congiunto con i rappresentanti sindacali, come del resto per le imprese rientranti nel campo di applicazione della L. n. 223 del 1991, è condizione di legittimità della domanda di concessione dei trattamenti. Ciascuna azienda che intendesse attivare gli interventi ordinari offerti dai Fondi di settore dovrà dar corso a tale procedura. Destinatarie dell'informazione sono le r.s.a. o le r.s.u. o, in mancanza di queste, le organizzazioni sindacali di categoria più rappresentative operanti nella provincia interessata, per il tramite dell'associazione territoriale dei datori di lavoro cui l'impresa aderisce o conferisce mandato.

Si ritiene che i soggetti destinatari della procedura, stando all'interpretazione giurisprudenziale formatasi dopo il referendum dell'11 giugno 1995, che ha modificato l'art. 19 della Legge n. 330 del 1970, siano le sole rappresentanze costituite nell'ambito delle associazioni sindacali in possesso del requisito richiesto dalla norma, ovvero quelle firmatarie di contratti collettivi applicati nell'unità produttiva ⁽¹⁰²⁾.

La delega alla contrattazione collettiva per l'istituzione dei Fondi di solidarietà, riapre la *venaxata quaestio* sull'efficacia soggettiva del contratto collettivo.

In realtà, se è devoluta all'autonomia collettiva la funzione di predisporre un sistema di garanzie del reddito per i lavoratori in esubero, è il Governo che predispose una disciplina degli ammortizzatori sociali da applicare al settore economico considerato, in quanto i Fondi vengono costituiti successivamente all'esercizio della potestà regolamentare del Governo, determinando

⁽¹⁰⁰⁾ Sotto il profilo storico-evolutivo, il fenomeno dell'espansione della tutela della disoccupazione attraverso il bilateralismo, D. GAROFALO, *La riforma degli ammortizzatori sociali: l'ipotesi "neocostituzionalista"*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2008, spec. pag. 975 e segg. Tali Fondi, ad esempio, nel settore dell'edilizia o dell'artigianato offrono garanzie contro le sospensioni dal lavoro dovute a crisi aziendali o a contrazioni dell'attività produttiva in settori non compresi dall'intervento ordinario della Cassa integrazioni guadagni, come ad esempio ove è prevista la costituzione di fondi bilaterali regionali, cogestiti dalle associazioni sindacali e imprenditoriali e finanziati da imprese del settore. Sul fatto che l'istituzione dei Fondi di settore per il sostegno del reddito e dell'occupazione contribuisca a creare spazio per la gestione di interessi di natura pubblicistica (bisogni identificati o identificabili come socialmente rilevanti) affidata alle parti sociali, nell'ambito dei "bisogni soggettivamente esistenti ed oggettivamente accertati per un'esistenza libera e dignitosa, di cui al 2° comma dell'art. 38 Cost., riferiti e riferibili a tutti i lavoratori", si rinvia a G. SIGILLÒ MASSARA, *Fondi di solidarietà e sistema previdenziale*, in *Inf. Prev.*, 2008, pag. 1 e segg.

⁽¹⁰¹⁾ G. SIGILLÒ MASSARA, *Fondi di solidarietà e sistema previdenziale*, op. cit., cit., pag. 58. Alcuni spunti di riflessione sul fatto che gli enti bilaterali sotto il profilo della formazione professionale e dell'intermediazione di lavoro dispongono di un obiettivo vantaggio competitivo, S. LEONARDI, *Gli enti bilaterali tra autonomia e sostegno normativo*, in *Giorn. Dir. Lav.*, 2004, spec. pagg. 481-483.

⁽¹⁰²⁾ Per una ricostruzione si rinvia a M. DEL CONTE e C. GULLOTTA, *Informazione consultazione dei lavoratori, il quadro normativo*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2006, n. 2, spec. pag. 11 e segg.

così un'applicazione generalizzata del sistema di garanzia del reddito predisposto dal contratto collettivo.

Il decreto ministeriale 27 novembre 1997, n. 447, infatti, attribuisce alla legge ordinaria il compito di delineare il quadro generale ed ai contratti collettivi l'individuazione dei principi e dei criteri direttivi da seguire per la costituzione dei Fondi, validi ai fini dell'esercizio del potere regolamentare. È dunque la fonte regolamentare che recepisce il presupposto delineato dall'autonomia collettiva. Il loro carattere ibrido è riconducibile al fatto che essi si collocano a metà strada tra un'associazione ed una gestione previdenziale, dal momento che una volta costituiti, essi sono sottratti all'arbitrio delle fonti istitutive per essere incardinati presso un ente pubblico che vigila sui fini garantendo l'indistrainabilità delle fonti dagli stessi ⁽¹⁰³⁾.

Nell'esperienza italiana, il fenomeno dei Fondi di solidarietà di sostegno al reddito ⁽¹⁰⁴⁾ non si è limitato alla gestione di situazioni di emergenza occupazionale concentrate in un determinato periodo storico; al contrario, la tecnica di tutela da essi prefigurata ha acquistato un livello di autonomia tale da inquadrarli tra gli strumenti di sostegno al reddito predisposti allo svolgimento di quel compito pubblicistico delineato dall'art. 38 Cost. ⁽¹⁰⁵⁾. Essi delineano un modello privatistico di ammortizzatore sociale gestito esclusivamente dalle organizzazioni sindacali firmatarie del contratto collettivo istitutivo dell'ente, finanziato dalle somme versate dai datori di lavoro e dai lavoratori in una percentuale che varia a seconda dei contratti collettivi istitutivi.

La progressiva riduzione dei finanziamenti degli istituti di natura previdenziale da parte dello Stato riconducibile all'espansione del deficit pubblico, nonché ai vincoli imposti all'Italia dall'appartenenza all'Unione europea, insieme ai problemi di ristrutturazione e crisi aziendale che

⁽¹⁰³⁾ G. SIGILLÒ MASSARA, *Fondi di solidarietà e sistema previdenziale*, op. cit., spec. pag. 40. Con riferimento ai Fondi di sostegno al reddito, ha parlato di "forma radicale di deregolamentazione", O. MAZZOTTA, *Il diritto del lavoro e le sue fonti*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2001, I, pag. 219 e segg. Presupposto imprescindibile per la loro istituzione è la sottoscrizione di un accordo collettivo nazionale, che deve successivamente essere recepito da uno specifico decreto interministeriale, emanato di concerto dal Ministro del lavoro, della salute e delle politiche sociali e dal Ministro dell'economia e delle finanze.

⁽¹⁰⁴⁾ G. SIGILLÒ MASSARA, *Fondi di solidarietà e sistema previdenziale*, op. cit.; M. LAI, *Appunti sulla bilateralità*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2006, pag. 1020 e segg.; T. TREU, *Diritto del lavoro: discontinuità e interdipendenze*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2005, pag. 27 e segg.; D. GAROFALO, *La riforma degli ammortizzatori sociali*, op. cit., pag. 957 e segg.; V. BAVARO, *Note su enti bilaterali e libertà contrattuale*, in *Lav. Giur.*, 2007, pag. 1169 e segg.; M. G. GRECO, *Gli enti bilaterali dopo la riforma del mercato del lavoro*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2009, pag. 71 e segg., alla quale si rinvia per una puntuale panoramica sulle funzioni attribuite agli enti bilaterali, in particolare in seguito all'entrata in vigore del D. Lgs. n. 276 del 2003 e del d.l. n. 185 del 2008, convertito in legge n. 2 del 28 gennaio 2009, nonché per alcune riflessioni su possibili interferenze, in materia di formazione in relazione al ruolo degli enti bilaterali, tra le competenze Stato-Regione; G. PROIA, *Enti bilaterali e riforma del mercato del lavoro*, in *Dir. Lav.*, 2003, pag. 647 e segg.; S. LEONARDI, *Gli enti bilaterali tra autonomia e sostegno normativo*, op. cit., pag. 443 e segg.

⁽¹⁰⁵⁾ Si è detto che si tratta di prestazioni che mutuano caratteristiche proprie sia dei trattamenti ordinari, con i quali condividono la certezza dell'ammissione al servizio, sia straordinarie, ovvero le cause integrabili. Sulle cause integrabili della Cassa integrazioni guadagni straordinaria e sui Fondi di settore, M. PERSIANI (a cura di), *Commentario alla legge n. 223 del 1991*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 1994; M. BIAGI, *Nuove regole in tema di licenziamenti collettivi*, in *Dir. Prat. Lav.*, 1992, n. 25, pag. 1664 e segg.

hanno fatto seguito ai processi di liberalizzazione e privatizzazione nel settore dei servizi, hanno rilanciato l'esigenza di un ripensamento del sistema di sostegno al reddito attraverso forme decentrate ed autogestite di assicurazione.

Volgendo lo sguardo ai più recenti interventi legislativi in materia, in base a quanto previsto dalla Legge 14 febbraio 2003, n. 30, e soprattutto con il D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276, gli Enti bilaterali si atteggiavano a “sedi privilegiate” per coniugare le esigenze di giustizia sociale con quelle di maggiore competitività delle imprese, come si evince dall'art. 2, comma primo, lett. b), D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276, che li definisce organismi “*costituiti ad iniziativa di una o più associazioni dei datori di lavoro e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative*”; ad essi è attribuito il compito di favorire una nuova regolamentazione del mercato del lavoro, sia attraverso l'attribuzione di nuove prerogative, sia confermando quelle già acquisite da tempo (come la gestione mutualistica di fondi per la formazione e l'integrazione del reddito) ⁽¹⁰⁶⁾.

Per sopperire alle esigenze di settori non coperti dai trattamenti di integrazione salariale, l'art. 19, d.l. novembre 2008, n. 185, convertito in L. n. 2 del 28 gennaio 2009 - nell'ottica di un potenziamento del meccanismo individuato nel D.L. 14 marzo 2005, n. 35 - prevede l'utilizzo dell'indennità di disoccupazione in luogo dell'integrazione salariale, nonché la possibilità di erogare l'indennità di disoccupazione anche in situazioni di sospensione del rapporto di lavoro in caso di crisi aziendali o occupazionali per un periodo massimo di novanta giorni.

La sospensione del rapporto di lavoro, tuttavia, è indennizzabile solo a condizione di un intervento integrativo (pari al venti per cento dell'indennità medesima) ad opera degli enti bilaterali che lascia intendere la volontà del legislatore ad aprire l'ordinamento al ruolo degli enti bilaterali ⁽¹⁰⁷⁾.

⁽¹⁰⁶⁾ Secondo taluni, la valorizzazione dei tali organismi può comportare la svalutazione della contrattazione collettiva e reprimere il conflitto, cfr. S. LEONARDI, *Gli enti bilaterali tra autonomia e sostegno normativo*, spec. pag. 487. In generale, sul tema, F. CARINCI, *Il casus belli degli Enti bilaterali*, in *Lav. Dir.*, 2003, pag. 199 e segg.; L. MARIUCCI, *Interrogativi sugli enti bilaterali*, *ivi*, pag. 163 e segg.; G. MARTINENGO, *Enti bilaterali: appunti per la discussione*, *ivi*, pag. 175 e segg.; G. ZILIO GRANDI, *Enti bilaterali e problemi di rappresentanza sindacale nella legge delega n. 30/2003*, *ivi*, pag. 185 e segg.; S. SCARPONI, *Gli Enti bilaterali nel disegno della riforma e nuove questioni circa la funzione dei «sindacati comparativamente più rappresentativi»*, *ivi*, pag. 223 e segg.; U. ROMAGNOLI, *Enti bilaterali: possibili risposte*, *ivi*, 2003, pag. 261 e segg.; G. PROIA, *Enti bilaterali e riforma del mercato del lavoro*, op. cit.; F. LISO, *La galassia normativa dopo la legge n. 223/1991*, op. cit., spec. pag. 27 e segg.; B. CARUSO, *Verso un insolito (evitabile?) destino: la postdemocrazia sindacale*, op. cit.

⁽¹⁰⁷⁾ Per approfondimenti, G. SIGILLÒ MASSARA, *Ammortizzatori sociali ed interventi di sostegno al reddito «al tempo della crisi»*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2009, n. 5, pag. 350 e segg.; F. LISO, *Brevi note sull'art. 19 del recente decreto legge 185 intervenuto sulla materia degli ammortizzatori sociali*, in *Working Paper Adapt*, 2008, n. 68, pag. 4 e segg., che sottolinea come tale scelta si collochi in una prospettiva di continuità rispetto alla valorizzazione degli enti bilaterali in funzione integrativa già presente nel Protocollo sul welfare del 23 luglio 2007 e nella legge 24 dicembre 2007, n. 247. Sui problemi legati alla contribuzione agli enti bilaterali ed alla loro diffusione in tutti i settori economici, G. LUDOVICO, *L'estensione indiretta del contratto collettivo per le imprese artigiane, commerciali e del turismo*, in M. T. CARINCI (a cura di), *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, Milano, 2003, spec., pag. 305 e segg.; D. GAROFALO, *Benefici contributivi e condizioni: la contribuzione agli Enti Bilaterali artigiani. La legge n. 30/2003 azzerà gli effetti di Cass. n. 6530/2001*, in *Lav. Giur.*, 2004, pag. 12 e segg. Sul ruolo ineludibile del vincolo economico in materia di ammortizzatori sociali,

Non poche sono le perplessità sollevate sul punto in dottrina. Sebbene in sede di conversione è stato previsto che l'indennità a sostegno del reddito “*può essere concessa anche senza necessità dell'intervento integrativo degli enti bilaterali?*” nella fase transitoria che dura fino alla data di entrata in vigore del decreto ministeriale di cui all'art. 19, comma terzo, L. n. 2 del 2009, l'intervento complementare degli enti bilaterali (nei limiti del 20% dell'indennità da erogare) è previsto come un elemento prioritario e vincolante e non come aggiuntivo e successivo all'intervento pubblico, ponendo seri dubbi di coerenza con l'art. 38 Cost. ⁽¹⁰⁸⁾.

La contrattazione collettiva ha delineato un insieme di enti tutt'altro che omogeneo. Potrebbe accadere, dunque, che manchi la previsione di un ente bilaterale nella contrattazione collettiva applicabile o che il contratto collettivo istitutivo dell'ente non sia applicabile al lavoratore interessato al sostegno del reddito. Il lavoratore, non potendo usufruire del trattamento integrativo di un ente bilaterale nella misura stabilita, sconta una ingiustificata disparità di trattamento perché totalmente privato degli strumenti a sostegno del redditi previsti dalla norma in esame.

Condizionando l'erogazione statale alla prioritaria erogazione di una quota da parte degli enti bilaterali, la norma spinge le organizzazioni a prevedere nei contratti collettivi tali enti; laddove esistenti, la contrattazione collettiva sarebbe indotta a riprogrammare la propria attività distogliendo risorse economiche da altri settori per concentrarle nel Fondo destinato all'intervento “integrativo”.

Per ovviare al consistente dispendio di tempo dovuto al complesso *iter* burocratico al quale è subordinata l'operatività dei Fondi ⁽¹⁰⁹⁾, generando enormi difficoltà a quelle imprese in crisi che, volendo avvalersi di tale strumento, (soprattutto della prestazione straordinaria, il cosiddetto assegno straordinario), devono aspettare troppo tempo prima di poter attivare le procedure di legge necessarie all'utilizzo delle prestazioni, all'interno della legge 3 agosto 2009, n. 102 (“pacchetto anticrisi”), è stata inserita una norma nella quale si prevede che, in casi urgenti, i Ministri del Lavoro e delle Finanze possano evitare l'*iter*, emanando norme eccezionali in deroga ai regolamenti dei Fondi ⁽¹¹⁰⁾.

M. TIRABOSCHI, *L'estensione degli ammortizzatori sociali per completare le riforme sulla flessibilità del lavoro*, in *Boll. Adapt*, 25 novembre 2008, n. 37. S. LEONARDI, *Ammortizzatori sociali ed enti bilaterali: una rassegna di norme e accordi collettivi*, in *Riv. Pol. Soc.*, 2008, pag. 269 e segg.; G. SIGILLÒ MASSARA, *Ammortizzatori sociali di fonte collettiva e fondi di solidarietà nella riforma del welfare*, Padova, 2008.

⁽¹⁰⁸⁾ M. G. GRECO, *Gli enti bilaterali dopo la riforma del mercato del lavoro*, op. cit., 2009, cit., pag. 88.

⁽¹⁰⁹⁾ La piena operatività dei Fondi di Solidarietà, infatti, è subordinata un lungo iter amministrativo che comporta, tra la firma dell'accordo sindacale e l'emanazione del decreto interministeriale di recepimento dello stesso, un periodo che varia dai 18 ai 24 mesi; è necessario un passaggio agli uffici legislativi del Ministero del lavoro e dell'Economia, il parere positivo del Consiglio di Stato e, infine, il *placet* del Parlamento, attraverso le competenti Commissioni parlamentari di Camera e Senato.

⁽¹¹⁰⁾ Nello specifico, l'art. 1-bis (Disposizioni urgenti in materia di ammortizzatori per i settori non coperti dalla cassa integrazione guadagni), recita che “*entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, con decreto di natura non regolamentare del Ministro del lavoro, della salute e delle politiche sociali, di concerto con il*

In realtà, tale norma, modificata dal Parlamento rispetto alla sua originaria formulazione, presenta tuttavia dei limiti e non risolve totalmente i problemi sopra rappresentati, sia in quanto limitata al biennio 2009-2010, sia perché, essendo applicabile solamente ai regolamenti già operativi, non può riguardare la prima istituzione di un Fondo, sia perché si tratta di una eventualità “eccezionale”, discrezionalmente valutata dai Ministri competenti e non determina, pertanto, alcuna automaticità.

A ben vedere, ciò che emerge dagli ultimi interventi legislativi è la tendenza a perpetuare la segmentazione degli strumenti di protezione sociale, con le conseguenti problematiche connesse al tema della compatibilità con il divieto di aiuti di Stato (art. 87 TCE), dal momento che, neppure il fine di protezione sociale alla base di tali trattamenti giustificerebbe una deroga a tale divieto⁽¹¹¹⁾.

Ministro dell'economia e delle finanze, possono essere eccezionalmente emanate, per il biennio 2009-2010, norme in deroga a singole disposizioni dei regolamenti previsti dall'articolo 1, comma 1, del decreto del Ministro del lavoro e della previdenza sociale 27 novembre 1997, n. 477”.

⁽¹¹¹⁾ Cfr. Corte Giust., 7 marzo 2002, C - 310/99, *Italia c. Commissione*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2002, II, pag. 43 e segg.; Corte Giust., 12 dicembre 2002, C - 5/01, *Belgio c. Commissione*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2003, II, pag. 709 e segg.; Corte Giust., 17 giugno 1999, C - 75/97, *Belgio c. Commissione* (“Maribel bis/ter”), in *Racc.* 1999, pag. 3671; Corte Giust., 5 ottobre 1999, C - 251/97, *Francia c. Commissione*, in *Racc.*, 1999, pag. 6639; Corte Giust., 26 giugno 1996, C - 241/94, *Francia c. Commissione* (“Kimberly Clark”), in *Racc.* 1996, pag. 4551.

CAPITOLO IV

ESIGENZE PRODUTTIVE ED ESTINZIONE DEL RAPPORTO DI LAVORO

Sommario: 4.1. La gestione delle eccedenze di carattere definitivo: uno sguardo d'insieme alla normativa vigente. - 4.1.1. Il campo di applicazione "soggettivo". - 4.1.2. Il campo di applicazione "oggettivo". - 4.2. La rilevanza dell'*an* nell'esercizio del potere di recesso. - 4.2.1. La gestione degli esuberi nell'ipotesi di procedure concorsuali in atto. La cessazione dell'attività. - 4.3. Licenziamenti collettivi e licenziamenti (plurimi) per giustificato motivo oggettivo a confronto: la comune matrice economico-produttiva e la rilevanza del profilo causale. - 4.3.1. L'"utilità" di distinguere tra esigenze di riduzione del personale e di riorganizzazione aziendale. - 4.3.2. Il discrimine del requisito dimensionale. L'ipotesi della "conversione". - 4.3.3. Contenuti e limiti del controllo giudiziale sulle esigenze tecnico-produttive ed organizzative. - 4.3.3.1. L'obbligo di *repêchage* e la sua dimensione spaziale. - 4.3.3.2. Contenuti e limiti del potere di controllo del giudice nel licenziamento collettivo. - 4.3.3.3. La rilevanza del comportamento del datore di lavoro successivo alla riduzione di personale. - 4.4. La procedimentalizzazione del potere di recesso del datore di lavoro. - 4.4.1. Il ruolo delle comunicazioni nella gestione delle eccedenze di carattere definitivo. - 4.4.2. La selezione dei lavoratori da espellere: la valorizzazione della contrattazione collettiva. - 4.4.3. La comunicazione dei criteri di scelta. - 4.4.3.1. La possibile inadeguatezza del criterio di scelta. - 4.4.4. Il criterio della pensionabilità: alcuni profili problematici. Il rischio latente di discriminazione. - 4.4.5. Le esigenze aziendali quale criterio convenzionale unico. - 4.5. Misure alternative all'estinzione del rapporto di lavoro: il reiterato ricorso alla Cassa integrazione guadagni straordinaria. - 4.5.1. - (*segue*) L'anticipazione del pensionamento. - 4.5.2. (*segue*) Le dimissioni incentivate. - 4.5.3. (*segue*) Il distacco collettivo. - 4.5.4. (*segue*) Incentivi alle imprese ai fini della ricollocazione. - 4.6. Diritti e doveri dei lavoratori in mobilità. - 4.7. La tutela dei crediti nell'ipotesi di insolvenza del datore di lavoro: il Fondo di Garanzia.

4.1. La gestione delle eccedenze di carattere definitivo: uno sguardo d'insieme alla normativa vigente.

L'esigenza di contemperamento delle istanze del diritto del lavoro con quelle dell'economia è quanto mai forte, a fronte di una scelta imprenditoriale che si traduca nella necessità di gestire eccedenze di personale di carattere definitivo.

Nel sistema di protezione dei lavoratori anteriore alla Legge 23 luglio 1991, n. 223 ⁽¹⁾, le due distinte figure del licenziamento "individuale", relativo a "motivi inerenti alla persona che l'imprenditore intende sostituire" e del licenziamento "per riduzione di personale", erano ritenute alternative: il discrimine basato sui presupposti invocati dal datore consentiva di ricomprendere

⁽¹⁾ La Legge n. 223 del 1991, veniva emanata sotto la spinta di due condanne da parte della Corte di Giustizia. Infatti, L'Italia veniva condannata prima ai sensi dell'art. 169 del Trattato di Roma, per il mancato adeguamento alla disciplina europea (Corte Giust. CE, 8 giugno 1982, C - 91/81, in *Foro It.*, 1982, IV, col. 353 e segg., con nota di O. MAZZOTTA, *L'Italia, la Cee e i licenziamenti collettivi*), e successivamente, anche *ex art.* 171, per la mancata conformazione dell'ordinamento interno alla precedente condanna (Corte Giust. CE, 6 novembre 1985, C - 131/84, in *Foro It.*, 1986, IV, col. 111 e segg., con nota di M. DE LUCA, *Licenziamenti collettivi, trasferimenti d'azienda, crisi dell'impresa, procedure concorsuali e "tutele" dei lavoratori nel diritto comunitario. Brevissime note sullo stato di "conformazione" dell'ordinamento italiano*).

nella nozione di licenziamento per riduzione del personale anche licenziamenti relativi a poche unità, addirittura individuali ⁽²⁾.

Nella Legge 15 luglio 1966, n. 604, in materia di licenziamenti, alla previsione di un presupposto causale non si accompagna l'esatta precisazione del campo di applicazione della nuova disciplina; il comma secondo (ora unico, a seguito dell'abrogazione del primo ad opera della L. 11 maggio 1990, n. 108) dell'art. 11, si limita a prevedere l'esclusione della materia dei licenziamenti collettivi dalle disposizioni della legge.

Per ovviare al rischio che il datore licenziasse due lavoratori in un sol colpo sottraendosi all'obbligo di motivazione previsto dall'art. 1, L. n. 604 del 1966, la giurisprudenza ha coniato una nozione "ontologica" di licenziamento collettivo; secondo tale nozione, l'esenzione dall'applicazione della L. n. 604 del 1966, poteva darsi solo per le ipotesi in cui sussistesse una reale soppressione o riduzione di attività o di lavoro ⁽³⁾. In questo modo, la giurisprudenza contribuiva ad una costruzione *a contrariis* della fattispecie di licenziamento collettivo, con conseguente estensione della stessa oltre l'area di applicazione degli accordi interconfederali.

È proprio in questo contesto che, accanto alla fattispecie del licenziamento collettivo, si sviluppa quella del licenziamento individuale plurimo per giustificato motivo oggettivo; essa ricorre in tutte quelle ipotesi in cui il licenziamento di più di un lavoratore, per motivi non attinenti alla sua persona, non possa dirsi motivato dalla presenza di una riduzione di attività o di lavoro, ma da una nuova "organizzazione" dei fattori produttivi ⁽⁴⁾.

Conformandosi all'impostazione che sino a quel momento era stata data alla questione, il legislatore del 1991 prevede due fattispecie: quella generale di licenziamenti collettivi, ovvero il licenziamento collettivo per riduzione di personale (art. 24, comma 1), e quella del collocamento in mobilità (art. 4, comma 1), entrambe finalizzate alla definitiva espulsione dei lavoratori in esubero, in quanto sbocchi inevitabili di una situazione di crisi priva di alternative.

Mentre la prima fattispecie ricorre allorché l'impresa, che occupi più di quindici dipendenti, in conseguenza di una riduzione o trasformazione di attività o di lavoro, intenda effettuare almeno cinque licenziamenti nell'arco di centoventi giorni, in ciascuna unità produttiva o in più unità produttive della stessa provincia, ed i suddetti licenziamenti siano comunque riconducibili alla medesima riduzione trasformazione (art. 24, comma 1) ⁽⁵⁾, la "specialità" dell'ipotesi di cui all'art. 4 consiste sia nella circostanza che a licenziare sia un'impresa che ha beneficiato

⁽²⁾ Per approfondimenti sul tema e sui relativi riferimenti giurisprudenziali, V. FERRANTE, *Integrazioni alla disciplina dei licenziamenti collettivi*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2004, n. 3, pag. 449 e segg.

⁽³⁾ Cfr. Corte Cass., 27 febbraio 1979, n. 1207, in *Foro It.*, 1979, I, col. 605. Tale orientamento viene consacrato nella giurisprudenza costituzionale, cfr. ord. 28 giugno 1985, n. 191, in *Mass. Giur. Lav.*, 1985, pag. 277.

⁽⁴⁾ Cfr. Corte Cass., 28 giugno 1979, n. 3648, in *Riv. Giur. Lav.*, 1980, II, pag. 42.

⁽⁵⁾ L'art. 24, L. n. 223 del 1991, ricalca lo schema della direttiva comunitaria CEE 75/129 (successivamente modificata dalle direttive 96/56 e 98/58/CEE).

dell'intervento pubblico della Cassa integrazione guadagni straordinaria, sia nella esclusione di quei requisiti numerici, spaziali e temporali richiesti per la prima fattispecie ⁽⁶⁾.

La prima ipotesi, dunque, si configura quando non ci sia stato un precedente intervento della Cassa integrazioni guadagni, o perché l'impresa non rientra nel campo di applicazione della medesima, o perché, pur rientrando in quel campo, ha ritenuto di non doversene avvalere e di dover invece procedere direttamente alla riduzione del personale ⁽⁷⁾.

La fattispecie della "riduzione o trasformazione di attività o di lavoro", regolata dalla L. n. 223 del 1991, non presuppone necessariamente una crisi aziendale, e neppure un ridimensionamento strutturale dell'attività produttiva, potendo essa ravvisarsi nella decisione di modificare l'organizzazione produttiva anche soltanto con la contrazione della forza lavoro, con incidenza effettiva e non temporanea sul solo elemento personale dell'azienda ⁽⁸⁾. Nell'attuale assetto normativo, infatti, non è rintracciabile alcuna norma che escluda la legittimità di un licenziamento collettivo (o individuale, come si vedrà nel prosieguo) intimato per l'abbattimento del costo del lavoro, o per l'aumento dei profitti ⁽⁹⁾.

Come chiarito dal legislatore nel quinto comma dell'art. 24, la disciplina dettata per i licenziamenti individuali non è cumulabile con quella dettata dalla L. n. 223 del 1991 per i licenzia-

⁽⁶⁾ Ne deriva, pertanto, il rispetto dei vincoli procedurali anche per il licenziamento di un solo lavoratore. U. CARABELLI, *La disciplina sui licenziamenti collettivi contenuta nella L. n. 223 del 1991: alcuni problemi interpretativi ancora aperti*, in AA. VV., *Percorsi di diritto del lavoro*, Bari, 2006, pag. 475 e segg.; in giurisprudenza, si segnala Cass. 17 ottobre 2002, n. 14736, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2003, n. 1, II, pag. 133 e segg., con nota di P. ICHINO, *Due questioni in materia di estensione del campo di applicazione della disciplina dei licenziamenti collettivi*.

⁽⁷⁾ P. ICHINO, *Due questioni in materia di estensione del campo di applicazione della disciplina dei licenziamenti collettivi*, op. cit. In questo senso è orientata la dottrina largamente prevalente: v. tra gli altri G. PERA, *Le novità nella disciplina dei licenziamenti*, Padova, 1993, spec. pagg. 37 e 38; U. CARABELLI, *I licenziamenti per riduzione del personale*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1994, pag. 213 e segg.; D. GOTTARDI, *Legge e sindacato nelle crisi occupazionali*, Padova, 1995, spec. pagg. 98-108; A. TOPO, *I poteri dell'imprenditore nelle riduzioni di personale*, Padova, 1996, spec. pagg. 53-57; S. MAGRINI, *Il licenziamento collettivo nella giurisprudenza sulla l. 223/1991*, *Lav. Inf.*, 1997, n. 2, spec. pagg. 6-7. In senso contrario — per cui il licenziamento dei lavoratori precedentemente collocati in Cassa integrazione guadagni sarebbe soggetto alla procedura di mobilità soltanto in quanto esso risponda ai requisiti di cui all'art. 24. In dottrina, cfr. R. DEL PUNTA, *Sulla fattispecie di licenziamento collettivo*, in M. CINELLI (a cura di) *Il fattore occupazionale nelle crisi di impresa*, Torino, 1993, spec. pag. 129; ID., *I licenziamenti collettivi*, in M. PAPALEONI, R. DEL PUNTA, M. MARIANI, *La nuova Cassa integrazione guadagni e la mobilità*, Padova, 1993, spec. pag. 241. In giurisprudenza, sulla specialità della fattispecie ex art. 4, primo comma, rispetto a quella di cui all'art. 24, v. Corte Cass., 11 novembre 1998, n. 11387, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1999, II, pag. 665 e segg., con nota di M. PALLA, *Impossibilità di garantire il reimpiego ai lavoratori in C.i.g. e scelta dei dipendenti da porre in mobilità*.

⁽⁸⁾ Corte Cass., 27 aprile 1992, n. 5010, in *Notiz. Giur. Lav.*, 1992, pag. 685 e segg.; Corte Cass., 5 maggio 1995, n. 4874, in *Foro It.*, 1995, I, col. 2107 e segg., in *Orient. Giur. Lav.*, 1995, pag. 664 e segg.; Sulla stessa linea, Corte Cass., 10 febbraio 2009, n. 3261, cit.

⁽⁹⁾ Tra la giurisprudenza contraria ai licenziamenti per scopo di profitto, si segnala *ex plurimis*, Corte Cass., 2 ottobre 2006, n. 21282; in dottrina, E. GRAGNOLI, *La riduzione di personale fra licenziamenti individuali e collettivi*, in F. GALGANO, R. GENGHINI (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2006, spec. pag. 185 e, per il licenziamento individuale, spec. pagg. 100-105.

menti collettivi; trattandosi di campi di applicazione perfettamente complementari, l'applicazione della prima esclude l'applicazione della seconda, e viceversa ⁽¹⁰⁾.

Dottrina e giurisprudenza prevalenti sono orientate nel senso per cui anche un solo licenziamento per motivi oggettivi dovrebbe qualificarsi come licenziamento collettivo, qualora il datore di lavoro abbia avviato la procedura, manifestando l'«intendimento» di ottenere la cessazione di almeno cinque rapporti ⁽¹¹⁾. All'imprenditore, dunque, basterebbe avviare la procedura per la riduzione del personale, dichiarando l'intenzione di licenziare più di quattro lavoratori, limitandosi poi a licenziarne soltanto uno o due, sottraendo tali licenziamenti all'applicazione della Legge n. 604 del 1966.

Per quanto concerne il rapporto tra Cassa integrazione guadagni straordinaria e mobilità, sebbene nella realtà dei fatti, in genere, il ricorso alla Cassa integrazione guadagni straordinaria sfoci nell'avvio della procedura di mobilità, quest'ultima non è diretta e necessaria conseguenza della prima; infatti, l'ambito della verifica da effettuare per disporre la collocazione in mobilità può estendersi anche a posizioni lavorative non interessate al trattamento di integrazione salariale.

Inoltre, è riconosciuta anche in caso di licenziamento per riduzione di personale, effettuato senza ricorrere preventivamente alla Cassa integrazione (art. 16, L. n. 223 del 1991) ⁽¹²⁾.

4.1.1. Il campo di applicazione “soggettivo”.

Mentre la legge sui licenziamenti individuali (Legge 15 luglio 1966, n. 604), non opera alcuna distinzione tra datori di lavoro imprenditori e non, per quanto concerne il profilo dei licenziamenti collettivi, si rendono necessarie alcune precisazioni.

A seguito della condanna dello Stato italiano da parte della Corte di Giustizia delle Comunità europee ⁽¹³⁾ per la parziale trasposizione della Direttiva del Consiglio 20 luglio 1998,

⁽¹⁰⁾ In questo senso, v. R. DEL PUNTA, *I licenziamenti per riduzione del personale: un primo bilancio giurisprudenziale*, *Lav. Dir.*, 1994, spec. pagg. 131-132.

⁽¹¹⁾ P. ICHINO, *Due questioni in materia di estensione del campo di applicazione della disciplina dei licenziamenti collettivi*, op. cit.; così, tra gli altri, S. MAGRINI, *Il licenziamento collettivo nella giurisprudenza sulla l. 223/1991*, op. cit.; O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro*, Milano, 2002, spec. pag. 649 e segg. Nello stesso senso, Pret. Milano, 16 gennaio 1996, *Riv. It. Dir. Lav.*, 1997, II, pag. 197 e segg., con nota adesiva di G. CONTE, *Sulla rilevanza dell'intenzione iniziale del datore di lavoro ai fini dell'identificazione del licenziamento collettivo*; Trib. Trani, 15 febbraio 2002, in *Lav. Giur.*, 2002, pag. 448 e segg., con nota di D. CARPAGNANO, *Sull'impossibilità di modificare la natura del licenziamento da collettivo a individuale*.

⁽¹²⁾ Si è detto che «l'indennità di mobilità è un trattamento di disoccupazione dovuto ai lavoratori licenziati collettivamente da imprese di determinate dimensioni, di determinati settori e con determinate caratteristiche, anche in assenza del previo intervento della Cassa integrazione, e sostituisce ogni altra prestazione di disoccupazione (art. 7, comma 8, L. n. 223 del 1991). L'art. 7, comma 7, L. n. 223 del 1991, fa espresso riferimento alle sole imprese che esercitano attività di intermediazione nella circolazione dei beni (Corte Cass., 2 marzo 2005, n. 4375, esclude la possibilità di accedere a tale beneficio per le imprese di produzione di servizi).

98/59/CE, sulla base del fatto che la disciplina interna in tema di licenziamenti collettivi (L. n. 223 del 1991) non trovasse applicazione nei confronti dei datori di lavoro “che nell’ambito delle loro attività non perseguono fini di lucro”, limitandosi ai licenziamenti effettuati dalle “imprese ovvero dai soggetti economici qualificabili come “imprenditori” ai sensi dell’art. 2082 del codice civile italiano” (par. 17 sent.), il legislatore, utilizzando la delega legislativa contenuta all’art. 20 della Legge comunitaria per il 2002 (Legge 3 febbraio 2003, n. 14), ha provveduto ad integrare il testo della L. n. 223 del 1991, conformandolo alla normativa comunitaria.

La “lacuna”, a ben vedere, era effetto della trasposizione in legge dell’assetto normativo frutto della progressiva stratificazione degli accordi collettivi intervenuti a disciplinare la materia dal dopoguerra e che, come noto, non trovavano applicazione ai soggetti privi della qualifica imprenditoriale ⁽¹⁴⁾.

Per effetto dell’estensione delle disposizioni in tema di licenziamenti collettivi ai “privati datori di lavoro non imprenditori”, ad opera del D. Lgs. 8 aprile 2004, n. 110, anche questi ultimi beneficiano dell’applicazione delle norme relative all’individuazione dei presupposti (art. 24, L. n. 223 del 1991), di quelle che prevedono la consultazione con i rappresentanti sindacali nel periodo antecedente l’intimazione del licenziamento (art. 4, L. n. 223 del 1991) e di quelle che individuano i criteri da adottare al fine dell’individuazione dei lavoratori da licenziare (art. 5); il comma 1° bis, seconda parte, art. 24, inoltre, prevede che i lavoratori licenziati da datori di lavoro non imprenditori vengano iscritti nella lista di mobilità di cui all’art. 6, L. n. 223 del 1991, ma senza diritto all’indennità corrisposta dall’INPS.

Restano applicabili ai soli imprenditori le disposizioni che regolano gli obblighi contributivi a carico dei soggetti in crisi (art. 5, commi quarto e quinto, L. n. 223 del 1991) e non sono previsti sgravi per le imprese che provvedano ad assumere i lavoratori licenziati da datori di lavoro non imprenditori (art. 8, L. n. 223 del 1991).

⁽¹³⁾ Corte Giust. CE, Sez. II, 16 ottobre 2003, causa C-32/02, in *Lav. Giur.*, 2003, pag. 1124 e segg. Secondo MAZZIOTTI, *Riduzioni di personale e messa in mobilità*, in G. FERRARO, F. MAZZIOTTI e F. SANTONI, *Integrazioni salariali eccedenze di personale e mercato del lavoro*, Napoli, 1992, pag. 101, tale estensione appare possibile già dall’originario tenore della L. n. 223 del 1991. L’applicazione delle norme della L. n. 223 del 1991 ai soli imprenditori era sostenuta, tra gli altri, da A. VALLEBONA, *Il licenziamento collettivo per riduzione del personale*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1992, pag. 429.

⁽¹⁴⁾ V. FERRANTE, *Integrazioni alla disciplina dei licenziamenti collettivi*, op. cit. L’operazione di adattamento del sistema legislativo su quello negoziale rivelò non pochi profili di criticità: accettata l’autonomia della figura in senso concettuale e non meramente dimensionale, la giurisprudenza si trovò a dover delimitare i confini tra licenziamento per giustificato motivo oggettivo di cui alla L. n. 604 del 1966, da un lato, e le nozioni di causa “integrabile”, via via individuate dalla legislazione al fine di consentire l’intervento straordinario della Cassa integrazione guadagni, dall’altro. Sul fatto che la giurisprudenza non avesse chiarito le regole da applicare nei casi in cui non si realizzasse la sola riduzione dell’elemento personale, come nei casi di introduzione di nuovi mezzi tecnologici, di concessione in appalto ad aziende esterne di segmenti produttivi, la riduzione numerica del personale con contestuale intensificazione dei ritmi lavorativi del personale rimasto, di riorganizzazione della forza lavoro a seguito di nuove assunzioni successive ai licenziamenti, P. ICHINO, *Sulla nozione di g.m.o. di licenziamento*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2002, I, pag. 472 e segg.

A suscitare maggiori perplessità, tuttavia, è la previsione di una diversa disciplina sanzionatoria, in luogo di quella ordinariamente prevista per le imprese di grandi dimensioni, sia sul piano della ragionevolezza della differenziazione, sia alla luce della dichiarata intenzione del legislatore delegato di conformarsi all'ordinamento comunitario.

Ricalcando quasi alla lettera il contenuto dell'art. 4, comma primo, seconda parte, della L. 11 maggio 1990, n. 108, i commi *ter* e *quater* dell'art. 24, L. n. 223 del 1991, prevedono che nel caso in cui il giudice rilevi l'illegittimità del licenziamento, ai datori di lavoro non imprenditori “che svolgono, senza fini di lucro, attività di natura politica, sindacale, culturale, di istruzione ovvero di religione o di culto”, non trovi applicazione la cosiddetta “tutela reale”, ex art. 18, L. n. 300 del 1970, ma solo quella “obbligatoria”, di cui alla L. n. 604 del 1966.

Senonché, la previsione di una tutela fortemente differenziata a svantaggio dei lavoratori licenziati da datori di lavoro non imprenditori – quando il fenomeno si presenti come collettivo, e dunque, riguardi almeno cinque lavoratori licenziati in un arco di centoventi giorni - è indice di una non corretta trasposizione della disciplina comunitaria, dal momento che l'art. 6, Dir. n. 98/59, affida agli Stati membri il compito di provvedere “affinché i rappresentanti dei lavoratori e/o i lavoratori dispongano di procedure amministrative e/o giurisdizionali per far rispettare gli obblighi” derivanti dalla Direttiva ⁽¹⁵⁾.

4.1.2. Il campo di applicazione “oggettivo”.

Al di là delle indicazioni precedentemente fornite in merito ai requisiti spaziali e temporali previsti dalla normativa sui licenziamenti collettivi, a suscitare perplessità è la disposizione di cui all'art. 24, comma 4, L. n. 223 del 1991, secondo cui “Le disposizioni di cui al presente articolo non si applicano nei casi di scadenza dei rapporti di lavoro a termine, di fine lavoro nelle costruzioni edili e nei casi di attività stagionali o saltuarie”, essendo, in tali casi, esclusa ogni possibilità di scelta da parte del datore di lavoro di favorire o penalizzare un lavoratore rispetto ad un altro.

Per effetto di tale deroga, fisiologicamente connaturata alla ciclicità dell'organizzazione del lavoro nei cantieri, una volta esaurita la fase lavorativa o la commessa che aveva richiesto l'intervento del dipendente specializzato, il licenziamento viene inquadrato come licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

Sul punto, tuttavia, i Giudici di legittimità hanno più volte affermato il principio di diritto secondo cui “la esclusione dell'obbligo di osservare le procedure dettate per i licenziamenti collettivi, prevista dall'art. 24, comma 4, della legge 23 luglio 1991, n. 223, fra l'altro, per la fine lavoro nelle costruzioni edili,

⁽¹⁵⁾ Sulla difficoltà a giustificare tale disparità di trattamento, V. FERRANTE, *Integrazioni alla disciplina dei licenziamenti collettivi*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2004, n. 3, spec. pagg. 454-455.

motivata dalla impossibilità assoluta di una ulteriore utilizzazione dei lavoratori destinatari dei provvedimenti di recesso, opera anche nel caso di esaurimento di una singola fase di lavoro, che abbia richiesto specifiche professionalità, non utilizzabili successivamente; non opera, invece, quando la fase lavorativa non sia ultimata, ma sia in corso di graduale esaurimento, atteso che in tal caso si rende necessaria una scelta fra lavoratori da licenziare e lavoratori da adibire alla ultimazione dei lavori, scelta che deve seguire le regole di cui agli artt. 4 e 5 della legge n. 223 del 1991” ⁽¹⁶⁾.

L'ipotesi del graduale esaurimento di una singola fase lavorativa non comporta il licenziamento di tutti i lavoratori impiegati in tale fase, bensì solo di una percentuale, ed è pertanto necessario accertarsi che i licenziamenti avvengano secondo criteri di scelta predeterminati e resi noti dall'imprenditore a soggetti istituzionali ed alle associazioni di categoria, indicando contestualmente le modalità applicative di tali criteri (art. 4, comma nono, L. n. 223 del 1991) ⁽¹⁷⁾.

L'operatività della deroga è vincolata sia al fatto che il licenziamento sia legato all'evento fisiologico sotto il profilo causale, non dovuto a situazioni di crisi aziendale per contrazione dell'attività ⁽¹⁸⁾, sia al fatto che sia intimato nei confronti di dipendenti che non compongono in modo stabile l'organico aziendale ⁽¹⁹⁾.

4.2. La rilevanza dell'an nell'esercizio del potere di recesso.

⁽¹⁶⁾ Corte Cass., 6 febbraio 2008, n. 2782, in *Riv. Giur. Lav.*, 2008, n. 3, II, pag. 563 e segg., con nota di L. VALENTE, *Fine lavoro nelle costruzioni edili e licenziamenti collettivi*, nonché in *Dir. Rel. Ind.*, 2008, n. 4, pag. 1163.

⁽¹⁷⁾ Accoglie una interpretazione restrittiva, Corte Cass. 26 settembre 1998, n. 9657, peraltro citata da Corte Cass., 6 febbraio 2008, n. 2782, cit., secondo cui per fine lavoro nelle costruzioni edili non si deve intendere la “cessazione dell'attività dell'impresa” o il “compimento dell'opera”, bensì ci si deve riferire all’“esaurimento di una fase dei lavori in relazione all'esecuzione dei quali i lavoratori, anche per le loro peculiari professionalità, erano stati assunti”, venendo meno in tale circostanza, l'utilità del loro apporto all'attività dell'impresa. *Contra*, la giurisprudenza che si esprime favorevolmente nei confronti di una interpretazione estensiva, tale da ricomprendere anche le ipotesi di graduale esaurimento di singole fasi lavorative nella nozione di fine lavoro (Corte Cass., 22 giugno 2000, n. 8506, in *Riv. It. Dir. Lav.*, II, 2001, pag. 377, con nota di MARINELLI, *Licenziamento per fine lavoro nell'edilizia*; tra la giurisprudenza più risalente, Corte Cass., 14 gennaio 1987, n. 222, in *Riv. Giur. Lav.*, 1987, II, 1097).

⁽¹⁸⁾ Corte Cass., 26 settembre 1998, n. 9657, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1999, II, 407, con nota di A. PIZZOFERRATO, *Il licenziamento per fine lavoro nelle costruzioni edili*.

⁽¹⁹⁾ Per una riflessione sul giustificato motivo, M. PAPALEONI, *Licenziamento per giusta causa o motivo*, Padova, 1998, II, pag. 188 e segg.; in materia di licenziamenti individuali e collettivi, E. GRAGNOLI, *La riduzione di personale fra licenziamenti individuali e collettivi*, in F. GALGANO, R. GENGHINI (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2006, pag. 133 e segg. Sulle perplessità relative all'art. 7, comma 4-bis, della legge 28 febbraio 2008, n. 31, che prevede che i licenziamenti derivanti da una cessazione d'appalto non devono passare attraverso la procedura della legge n. 223, a condizione che il datore di lavoro subentrante riassuma tutti i lavoratori ed offra pari condizioni economico- normative previste dai contratti collettivi nazionali di settore stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative o a seguito di accordi collettivi stipulati con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative, L. VALENTE, *Fine lavoro nelle costruzioni edili e licenziamenti collettivi*, op. cit.

In virtù del principio di libertà di iniziativa economica *ex art. 41 Cost.*, l'imprenditore sembra vincolato non già nell'*an* della decisione bensì nel *quomodo*, in particolare quando il progetto di riduzione del personale sia accompagnato da rilevanti effetti sociali.

Per quanto concerne il momento nel quale si verificano gli effetti della decisione imprenditoriale, la Suprema Corte ha affermato che il licenziamento giustificato da esigenze relative ad una riorganizzazione aziendale finalizzata ad una più economica gestione deve necessariamente precedere, e non seguire, il nuovo assetto finale dell'impresa; ne consegue che dovrà ritenersi legittimo e giustificato il licenziamento intimato in vista del futuro riassetto aziendale anche se tale riassetto sopravvenga nel corso o al termine del periodo di preavviso ⁽²⁰⁾.

In merito all'esercizio del potere di recesso da parte del datore di lavoro, rispetto all'adozione di una scelta imprenditoriale che si traduca in un processo di esternalizzazione, si è già visto nel capitolo II come la giurisprudenza ritenga che, nonostante il trasferimento d'azienda non sia di per sé idoneo a giustificare l'atto espulsivo, nondimeno il datore di lavoro alienante possa adottare, prima dell'attuazione della decisione traslativa, un licenziamento per "ragioni economiche", sorretto da una causa autonoma rispetto al trasferimento, ovvero fondato su motivi idonei a giustificarlo, diversi da quest'ultimo ⁽²¹⁾. Allo stesso modo, l'imprenditore acquirente può, una volta avvenuta la cessione, adottare misure espulsive richieste dalla situazione aziendale o da eventuali riorganizzazioni produttive ⁽²²⁾.

L'interpretazione dominante, che ritiene legittimo il licenziamento intimato dall'alienante in previsione di mutamenti organizzativi già programmati dall'acquirente ⁽²³⁾, tuttavia, incontra, resistenze in dottrina ⁽²⁴⁾.

Altrettanto delicata è l'ipotesi di successione di appalti. Il fenomeno della successione di un imprenditore ad un altro nella gestione del servizio (in particolare servizi di gestione di mense aziendali, di pulizia dei locali, di smaltimento dei rifiuti solidi urbani) concesso in appalto, infatti, può determinare il licenziamento dei lavoratori (o di parte di essi) inizialmente addetti.

A ben vedere, in merito alla possibilità che la perdita di un appalto da parte di un'impresa di servizi possa integrare la causale del licenziamento collettivo, in ragione del calo produttivo correlato al venir meno della commessa, sembra doversi escludere che la prova della perdita

⁽²⁰⁾ Corte Cass., 24 febbraio 2005, n. 3848, in *Notiz. Giur. Lav.*, 2005, n. 4, pag. 502 e segg.

⁽²¹⁾ Corte Cass., 6 marzo 1998, n. 2521, in *Mass. Giur. Lav.*, 1998, 432, in *Notiz. Giur. Lav.*, 1998, 320.

⁽²²⁾ L'interpretazione dominante ritiene legittimo il licenziamento intimato dall'alienante in previsione di mutamenti organizzativi già programmati dall'acquirente (Cass. 19 agosto 1995, n. 1995) è però contestata da autorevole dottrina (M. TATARELLI, *Il licenziamento individuale e collettivo*, Padova, 2006, spec. pag. 262).

⁽²³⁾ Corte Cass., 19 agosto 1995, n. 1995, cit.

⁽²⁴⁾ M. TATARELLI, *Il licenziamento individuale e collettivo*, op. cit., spec. pag. 262.

dell'appalto sia sufficiente a concretare un giustificato motivo di licenziamento, richiedendosi al contrario la prova della mancata conclusione o del mancato rinnovo di altri contratti ⁽²⁵⁾.

Ove il contratto collettivo preveda, per l'ipotesi di cessazione dell'appalto, un sistema di procedure idonee a consentire il passaggio diretto e immediato alle dipendenze dell'impresa subentrante, dei lavoratori precedentemente adibiti, a seguito della cessazione del rapporto instaurato con l'originario datore di lavoro e mediante la costituzione *ex novo* di un rapporto di lavoro con un diverso soggetto, sembra potersi escludere che detta tutela sia in grado di incidere sul diritto del lavoratore di impugnare il licenziamento intimatogli per ottenere il riconoscimento della continuità giuridica del rapporto originario. Né la scelta effettuata per la costituzione di un nuovo rapporto implica, di per sé, rinuncia all'impugnazione dell'atto di recesso ⁽²⁶⁾.

Ulteriori problemi sorgono qualora il lavoratore intendesse continuare il proprio rapporto di lavoro alle dipendenze del datore di lavoro originario, non giovandosi della clausola contrattuale o, al contrario, qualora fosse l'imprenditore subentrante a rifiutarsi di adempiere all'obbligo di assunzione del lavoratore. Nel primo caso, l'impugnazione dell'atto espulsivo da parte del dipendente sarebbe idonea ad introdurre nei confronti del datore di lavoro cessante un ordinario giudizio.

Tali questioni, peraltro, sono enfatizzate dal fatto che si tratterebbe di un contratto collettivo che esplica la propria efficacia su di un soggetto diverso dall'originario stipulante.

Inoltre, sempre in tema di successione di appalti, si ritiene che nell'ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, un vizio del recesso possa ipotizzarsi solo per effetto del mancato assolvimento dell'onere della prova dell'impossibilità del *repêchage* ⁽²⁷⁾, e, nel caso di licenziamento collettivo, per l'inosservanza o per la violazione della procedura di attuazione di cui alla legge del 1991.

Per quanto concerne la prima ipotesi di recesso, la Suprema Corte ha più volte ribadito che *“nel caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo costituito dalla cessazione di un appalto, l'onere dell'imprenditore di dimostrare l'impossibilità di un'altra utilizzazione (nella propria organizzazione) dei lavoratori licenziati non è escluso dall'applicabilità di norme collettive tese a garantire la rioccupazione del lavoratore presso l'impresa subentrante nell'appalto, atteso il carattere inderogabile della disciplina legislativa in tema di licenziamenti individuali, la quale, considerando giustificato il licenziamento solo se questo costituisca una extrema ratio, impone all'imprenditore l'obbligo primario di ricercare ogni possibilità di riutilizzazione dei dipendenti i cui*

⁽²⁵⁾ Corte Cass., 26 luglio 2004, n. 14034, in *Orient. Giur. Lav.*, 2004, I, pag. 678 e segg.

⁽²⁶⁾ Corte Cass., 29 maggio 2007, n. 12613, in *Notiz. Giur. Lav.*, 2007, pag. 521 e segg.

⁽²⁷⁾ *Ex plurimis*, Corte Cass., 9 giugno 2005, n. 12136, cit.

posti di lavoro siano venuti meno (cfr., per un'enunciazione del principio a proposito di appalti concernenti la gestione di mense aziendali, Cassazione, 2881/1992; Cassazione 2550/1990)"⁽²⁸⁾.

4.2.1. La gestione degli esuberanti nell'ipotesi di procedure concorsuali in atto. La cessazione dell'attività.

Il fatto di accedere ad una procedura concorsuale comporta – come già segnalato - una rilevante modificazione del potere di licenziamento, assoggettato ai limiti non perfettamente coincidenti con quelli normalmente applicabili al licenziamento collettivo o alla messa in mobilità.

Come noto, la dichiarazione di fallimento non determina *ipso iure* l'estinzione del rapporto di lavoro, ben potendo l'attività dell'impresa continuare in sede di esercizio provvisorio. Il fallimento, di per sé, inoltre, non crea alcuna presunzione di cessazione dell'attività dell'impresa⁽²⁹⁾.

L'art. 24, comma secondo, L. n. 223 del 1991, ha previsto che le disposizioni fissate per la ricollocazione in mobilità del personale in esubero (artt. 4 e 5, L. n. 223 del 1991) debbano applicarsi anche quando l'impresa *in bonis* intenda cessare l'attività. La giurisprudenza di legittimità⁽³⁰⁾, in proposito, ha precisato che il datore di lavoro in tali casi non è obbligato a specificare nella comunicazione *ex art. 4*, i motivi del mancato ricorso ad altre forme occupazionali, dal momento che tale informazione si giustifica solo in relazione ad un effettivo possibile reimpiego dei lavoratori in alternativa al ricorso alla mobilità, ovvero nella prospettiva di una mera riduzione di personale.

Non è rinvenibile un orientamento univoco, né in dottrina, né in giurisprudenza⁽³¹⁾, circa l'obbligatorietà o meno della procedura prevista dall'art. 4 della Legge 23 luglio 1991, n. 223, nell'ambito di una procedura concorsuale, qualora risulti impossibile la continuazione dell'attività

⁽²⁸⁾ Corte Cass., 9 giugno 2005, n. 12136, cit.

⁽²⁹⁾ Corte Cass., 3 marzo 2003, n. 3129, in *Notiz. Giur. Lav.*, 2003, pag. 532 e segg.

⁽³⁰⁾ Corte Cass., 4 novembre 2000, n. 14416.

⁽³¹⁾ A. CAIAFA, *Fallimento, licenziamenti ed ordinamento comunitario*, in *Dir. Fall.*, 2005, pag. 658 e segg., nota a Corte Cass., 8 luglio 2004, n. 12645, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2005, II, pag. 217 e segg., con nota di C. FALERI, *Cessazione dell'attività aziendale per fallimento del datore di lavoro e obblighi procedurali relativi al conseguente licenziamento collettivo*, in *Dir. Fall.*, 2005, pag. 658 e segg. Per l'Autore è errato ritenere obbligatoria la procedura nell'ambito del fallimento quando gli organi della procedura intendessero cessare l'attività, in assenza di qualsiasi alternativa sociale; il curatore dovrà tener conto, in particolare ed in modo esclusivo, degli interessi dei creditori. Secondo la giurisprudenza, l'apertura del procedimento fallimentare nei confronti dell'appaltatore non comporta l'improcedibilità dell'azione precedentemente esperita dai dipendenti nei confronti del committente, ai sensi dell'art. 1676 Cod. Civ., per il recupero dei loro crediti verso l'appaltatore-datore di lavoro, atteso che la previsione normativa di una tale azione risponde proprio all'esigenza di sottrarre il soddisfacimento dei crediti retributivi al rischio dell'insolvenza del debitore (Corte Cass., 24 ottobre 2007, n. 22304, in *Notiz. Giur. Lav.*, 2008, pag. 467 e segg.). Viene così evidenziata l'esigenza di garantire agli ausiliari dell'appaltatore il pagamento della retribuzione dovuta per l'attività lavorativa prestata per l'esecuzione dell'opera o del servizio appaltati al loro datore di lavoro, è stata evidenziata dalla giurisprudenza.

aziendale e l'organo concorsuale intenda procedere alla risoluzione dei rapporti di lavoro di tutto il personale in organico.

Allo stesso modo, non è chiaro se nell'ipotesi contemplata nell'art. 24, L. n. 223 del 1991, rientri anche il caso di cessazione conseguente all'apertura di una procedura concorsuale, specialmente se ha carattere liquidatorio.

La Direttiva comunitaria n. 98/59/CE ⁽³²⁾ ha ribadito la necessaria applicazione, nonché il rispetto, degli obblighi da essa derivanti, anche qualora il licenziamento sia determinato dalla cessazione dell'attività e questa risulti da una decisione giudiziaria, essendo consentita una deroga unicamente dalla congiunta applicazione dell'art. 3, comma primo e quarto, e dell'art. 4, comma primo.

Un recente orientamento della Corte di Cassazione ⁽³³⁾ ha sottolineato come la procedura prevista per la riduzione di personale debba essere rispettata anche in caso di licenziamento collettivo per cessazione di attività dell'impresa fallita. In buona sostanza, stando alle indicazioni della Suprema Corte, nel bilanciamento tra interessi meritevoli di tutela giuridica, seppur contrapposti, la tutela del diritto al lavoro deve prevalere su quella dei creditori. Il curatore, che ha l'obbligo di salvaguardare gli interessi della procedura, non può mai far prevalere la tutela dei creditori su quella di garantire la conservazione del posto di lavoro. Conseguentemente, i dipendenti licenziati dall'impresa fallita senza il rispetto della procedura prevista dalla L. 223 del 1991, hanno interesse ad impugnare il licenziamento. Dopo il fallimento, l'azienda sopravvive nella sua unitarietà, ma sopravvive anche il rapporto di lavoro (art. 2119 Cod. Civ.), autonomamente rispetto al materiale esercizio dell'attività imprenditoriale.

Questa interpretazione, peraltro, sarebbe in linea con quell'orientamento giurisprudenziale secondo il quale la Legge n. 223 del 1991, ha come finalità la tutela dei lavoratori che, per suo specifico contenuto e per il suo rilievo costituzionale (artt. 1 e 4 Cost.), prevale sulle pur rilevanti finalità alla base della disciplina del fallimento. È dunque la Legge n. 223 del 1991 che opera nei confronti della disciplina del fallimento come norma speciale, con la conseguenza che l'obbligo del curatore di tutelare gli interessi del fallimento non escluderebbe il suo obbligo di osservare le procedure previste dalla legge.

⁽³²⁾ La Direttiva europea 75/129 CEE del 17 febbraio 1975 che prevedeva espressamente l'esclusione dall'obbligo della procedura per i licenziamenti derivanti da cessazione dell'attività in conseguenza di decisione giudiziaria è stata espressamente modificata dalla Direttiva 92/56 CEE del 24 giugno 1992 la quale, non prevede più un esonero in tal senso. L'applicazione della disciplina in esame ai licenziamenti derivanti da decisione dell'autorità giudiziaria è stata espressamente esclusa nel corso dei lavori parlamentari sul disegno di legge che avrebbe poi dato origine alla Legge n. 223 del 1991.

⁽³³⁾ Corte Cass., 27 aprile 2004, n. 8047; in termini simili Corte Cass., 8 luglio 2004, n. 12645, cit. Il precedente e contrario orientamento era espresso da Cass. 12 maggio 1997, n. 4146, cit. Da ultimo, Corte Cass., 2 marzo 2009, n. 5032.

Parte della dottrina ⁽³⁴⁾, tuttavia, sostiene che se il curatore provvede al licenziamento totale, egli non sarebbe tenuto a seguire il procedimento di consultazione sindacale disciplinato *ex art.* 4 della Legge n. 223 del 1991, richiamato dall'art. 24, L. n. 223 del 1991, in quanto esso, avendo lo scopo di far tornare sulle sue decisioni l'imprenditore *in bonis*, non trova fondamento nell'ipotesi prospettata.

Pertanto, si è ritenuto che se i licenziamenti riguardano l'intera forza lavoro, essi dovranno essere sempre considerati come licenziamenti individuali e non collettivi con applicazione dell'art. 3 della legge n. 604 del 1966, che impone al curatore di indicare, all'atto di licenziamento, i motivi per i quali si ritiene antieconomica la prosecuzione dell'attività, nonché i motivi del licenziamento ⁽³⁵⁾. Ne deriva che, laddove il curatore non ravvisasse i presupposti per la continuazione dell'attività, egli non sarebbe tenuto né a chiedere l'intervento della Cassa, né ad ottemperare alla procedura prevista dall'art. 24, trattandosi di una fattispecie di licenziamento individuale plurimo per giustificato motivo oggettivo ⁽³⁶⁾.

Secondo l'interpretazione fornita da alcune pronunce giurisprudenziali, l'*iter* procedurale fissato dall'art. 4 della Legge n. 223 del 1991, e l'avvio di una fase di consultazione, appare logico in due occasioni: qualora sia stato attuato un trasferimento dell'azienda che non abbia consentito l'integrale mantenimento dei livelli occupazionali; o quando l'attività sia temporaneamente proseguita, pur se ai fini di una migliore realizzazione dell'attivo, e si verifichi la necessità di ridurre il personale occupato ⁽³⁷⁾.

Orbene, all'interno dell'orientamento favorevole all'"obbligatorietà", una corrente che incontra consensi, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, ritiene invece vi sia un dovere del curatore di procedere ai sensi dell'art. 4, Legge 223 del 1991, in quanto previsto espressamente

⁽³⁴⁾ A. CAIAFA, *Sopravvivenza dell'impresa nelle procedure concorsuali e sorte dei rapporti di lavoro*, in *Dir. Fall.*, 1992, pag. 597 e segg.

⁽³⁵⁾ A. CAIAFA, *Fallimento del datore di lavoro e licenziamenti collettivi per riduzione di personale: competenza del giudice del lavoro o del tribunale fallimentare?*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1997, pag. 919 e segg.

⁽³⁶⁾ E. FORGILLO, *Il salvataggio dell'impresa e la tutela dei livelli occupazionali quali interessi prevalenti rispetto alla tutela dei creditori*, in *Dir. Merc. Lav.*, 2004, spec. pag. 512. Trattandosi di licenziamento individuale plurimo per giustificato motivo oggettivo, il curatore dovrà dimostrare la sussistenza del giustificato motivo oggettivo e delle ragioni poste a fondamento del recesso, ma non dovrà dimostrare l'impossibilità di utilizzare i lavoratori in mansioni equivalenti, così come non dovrà dimostrare il nesso di causalità fra le esigenze richiamate e la risoluzione di alcuni rapporti di lavoro, poiché la risoluzione investe tutto il personale. *Ex plurimis*, Corte Cass., 3 ottobre 1996, n. 8670, in *Fall.*, 1997, pag. 402. Tra la giurisprudenza di merito, Trib. Napoli 14 luglio 2000, in *Dir. Fall.*, 2001, pag. 30 e segg.; Trib. Roma 17 novembre 2001, in *Dir. Fall.*, 2002, pag. 317 e segg.

⁽³⁷⁾ Corte Cass., 12 maggio 1997, n. 4146, in *Foro It.*, 1997, I, col. 2490 e segg. In dottrina, A. CAIAFA, *Fallimenti, cigs e mobilità: un nodo ancora da sciogliere*, in *Dir. Fall.*, 2002, II, pag. 881 e segg., nota a Trib. Roma, 11 luglio 2002; ID., *Fallimento e risoluzione condizionata dei rapporti di lavoro*, in *Dir. Fall.*, 2002, II, 317, nota a Trib. Roma, 17 novembre 2001. La mobilità (così come il licenziamento collettivo) potrà essere concessa solo nel caso in cui l'impresa sia ancora attiva, per eliminare il personale eccedente o per consentire il generale licenziamento, e non quando l'attività sia definitivamente cessata e non vi siano prospettive di una sua ripresa o di cessione. Trib. Roma 11 luglio 2002, in *Dir. Fall.*, 2002, II, cit.

dalla legge e quindi non derogabile ⁽³⁸⁾. Il curatore, il liquidatore o il commissario nel mettere in mobilità i lavoratori eccedenti dovrebbero procedere alla consultazione prevista dall'art. 4 della Legge n. 223 del 1991, con tempi ridotti (da quarantacinque a trenta giorni) superati i quali ai lavoratori va comunicato il recesso nel rispetto dei termini di preavviso (ai sensi dell'art. 2118 Cod. Civ.) ⁽³⁹⁾.

Ad ogni modo, qualora l'impresa non rientrasse nel campo di applicazione dei licenziamenti collettivi, o perché ha meno di quindici dipendenti o perché anche avendone più di quindici debba licenziare meno di cinque dipendenti nell'arco di centoventi giorni senza aver precedentemente richiesto l'intervento della Cassa integrazione per gli stessi, ricorrerebbe l'ipotesi di un licenziamento per giustificato motivo oggettivo con preavviso.

Il licenziamento, pertanto, non trae il suo fondamento nella dichiarazione di fallimento, poiché non necessariamente essa porta alla cessazione dell'attività (vista l'opportunità dell'esercizio provvisorio o di un trasferimento d'azienda), bensì nelle ragioni organizzative ex art. 3 della Legge n. 604 del 1966. In altri termini, il fallimento, pur non essendo causa del licenziamento, può determinare modificazioni dell'attività dovute al fatto che con l'apertura della procedura si ha un passaggio dalla fase di produzione alla fase di liquidazione. La cessazione dell'attività aziendale potrà integrare gli estremi del giustificato motivo soltanto se effettiva e definitiva, ovvero tale da determinare la reale soppressione delle posizioni di lavoro ⁽⁴⁰⁾.

⁽³⁸⁾ A. CORRADO e D. CORRADO, *I rapporti di lavoro nel fallimento*, Torino, 2007, spec. pag. 113.

⁽³⁹⁾ M. RICCI, *Trasferimento di azienda in crisi e rapporti di lavoro*, in F. CARINCI (diretto da), *Dialoghi fra dottrina e giurisprudenza*, Vol II, Milano, 2004, spec. pag. 246 e segg. Secondo l'orientamento della Cassazione (Corte Cass., 29 settembre 1994, n. 7914, in *Foro it.*, 1994, I, col. 3012 e segg.) l'indennità di mancato preavviso non è cumulabile con il trattamento di integrazione salariale in quanto "per effetto della sospensione del licenziamento l'indennità sostitutiva del preavviso assume un carattere assimilabile ad un preavviso con dispensa della prestazione di lavoro". Quindi, secondo la Cassazione il fatto che si verifichi in quel periodo lo svolgimento di un'attività remunerata impedisce la contemporanea corresponsione dell'integrazione straordinaria. Si rinvia altresì a P. CHIECO, *La disciplina delle eccedenze di personale nelle procedure concorsuali*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2001, spec. pag. 193. Corte Cass., 8 luglio 2004, n. 12645, cit. Nello stesso senso: M. TATARELLI, *Licenziamento individuale e collettivo*, Padova, 2006, spec. pag. 461.

⁽⁴⁰⁾ G. LUDOVICO, *Impugnazione del licenziamento e fallimento: questioni in tema di continuità del rapporto di lavoro e di competenza*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2005, II, pag. 245 e segg. (nota a Corte Cass., 27 febbraio 2004, n. 4051). Stando all'orientamento predominante, il recesso da parte del curatore dovrà avvenire con un vero e proprio atto di licenziamento, in virtù del quale il licenziamento per giustificato motivo è determinato da ragioni inerenti all'attività produttiva e produce sia un obbligo del preavviso, sia l'obbligo di provare l'esistenza delle circostanze oggettive sulle quali il giustificato motivo si fonda. La motivazione addotta dal curatore potrà essere incentrata sull'impossibilità di ripresa dell'attività (S. ALVARO, A. CAIAFA, *I rapporti di lavoro subordinato*, in L. PANZANI (diretto da), *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, 2000, pag. 202 e segg.), oppure sulla constatazione che il danno derivante dalla prosecuzione dei rapporti a carico della massa è superiore all'interesse dei lavoratori al mantenimento del posto (G. NARDO, M. LAZZARA, A. BUONSIGNORI, *I contratti nelle procedure concorsuali*, Milano, 1992, spec. pag. 737). Il curatore può liberamente decidere di proseguire o no il rapporto senza l'obbligo di motivazione, essendo il giustificato motivo intrinseco al dissolvimento aziendale dovuto alla dichiarazione di fallimento. Tale tesi è sostenuta da quella parte della dottrina (P. ALLEVA, *Sorte del rapporto di lavoro nelle procedure concorsuali*, in *Dir. Fall.*, 2000, pag. 676 e segg.).

Parte della dottrina ritiene che lo scioglimento da parte del curatore non comporti oneri risarcitori a carico della massa, facendo sorgere il diritto del lavoratore al preavviso (e quindi, ove non lavorato, all'indennità sostitutiva) che ha natura di credito concorsuale ⁽⁴¹⁾.

Poiché la massa non è mai subentrata, grazie allo scioglimento operato dal curatore, si tratterà di un credito concorsuale che deve essere ammesso allo stato passivo in via privilegiata ai sensi dell'art. 2751 *bis* n. 1 Cod. Civ. ⁽⁴²⁾.

Non mancano tuttavia voci favorevoli alla prededucibilità dell'indennità di preavviso, argomentata sulla base della prosecuzione automatica del rapporto di lavoro ⁽⁴³⁾.

4.3. Licenziamenti collettivi e licenziamenti (plurimi) per giustificato motivo oggettivo a confronto: la comune matrice economico-produttiva e la rilevanza del profilo causale.

La comune matrice economico-produttiva a fondamento tanto del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, quanto del licenziamento collettivo, nulla toglie al fatto che quest'ultimo possa ormai essere considerato un istituto giuridico autonomo legato alle dimensioni occupazionali dell'impresa, al numero dei lavoratori da licenziare, all'arco temporale entro il quale devono essere effettuati i licenziamenti e, in secondo luogo, al controllo preventivo (e non successivo) sindacale e pubblico, alle operazioni imprenditoriali di ridimensionamento della struttura aziendale ⁽⁴⁴⁾.

Alcuni filoni dell'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale, negando la diversità ontologica del licenziamento per riduzione del personale rispetto a quello individuale (plurimo) per giustificato motivo oggettivo, tendono ad avvicinare i due modelli di tutela giudiziale e sindacale previsti per i licenziamenti motivati da ragioni economiche, ricorrendo ora all'applicazione analo-

⁽⁴¹⁾ L. PANZANI (diretto da), *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, op. cit., pag. 395. È stato infatti sostenuto come tale credito, pur sorgendo cronologicamente dopo il fallimento, ha la propria radice causale nel rapporto di lavoro intrattenuto dal lavoratore con il fallito.

⁽⁴²⁾ Trib. Torino, 27 agosto 1992, in *Fall.*, 1993, pag. 318 e segg., con nota di A. CAIAFA, *Licenziamento del lavoratore subordinato e diritto all'indennità sostitutiva del preavviso*. Si dovrebbe quindi escludere la collocazione in prededuzione in quanto la legge fallimentare definisce crediti prededucibili quelli "contratti per l'amministrazione dell'esercizio dell'impresa se questo è stato autorizzato" (art. 111 L.F.), e non è questo il caso dei lavoratori licenziati a seguito della dichiarazione di fallimento, dato che il curatore non è subentrato nel rapporto *ex art.* 72 L.F.

⁽⁴³⁾ In questo senso, E. PINNA, *Effetti del fallimento sui rapporti di lavoro subordinato*, in *Dir. Fall.*, 1977, I, 70. Secondo Corte Cass., 9 gennaio 1987, n. 71, in *Dir. Fall.*, 1987, II, pag. 351 e segg., per determinare la natura dell'indennità ha esclusiva rilevanza il momento in cui sorge il diritto a tale indennità, ovvero la risoluzione del contratto, con la conseguenza che l'indennità risulta prededucibile *ex art.* 111 legge L.F.; non rileva invece il momento della stipula del contratto. Diversamente, Trib. Torino, 27 agosto 1992, in *Fall.*, 1993, pag. 318 e segg., dove si afferma che il licenziamento non è fonte di risarcimento dei danni. Si sostiene la facoltà del curatore di scegliere il rapporto di lavoro per giustificato motivo oggettivo senza che questo comporti oneri per la massa.

⁽⁴⁴⁾ Corte Cass. 23 marzo 2004, n. 5794, in *Notiz. Giur. Lav.*, 2004, pag. 676 e segg.

gica dei criteri di scelta di cui alla L. n. 223 del 1991 anche ai licenziamenti individuali plurimi, ora ad altri procedimenti interpretativi come all'utilizzo delle clausole generali ⁽⁴⁵⁾.

In seguito all'entrata in vigore della L. n. 223 del 1991, la dottrina concorda nel ritenere che la materia dei licenziamenti collettivi è oggi disciplinata nel senso che qualora si superi la soglia di un certo numero di licenziamenti per motivi organizzativi, in un determinato ambito spaziale e temporale, non è sufficiente che per tali licenziamenti sussista una legittima motivazione, dovendosi anche osservare una complessa disciplina procedurale ⁽⁴⁶⁾.

La giurisprudenza si dimostra propensa ad accogliere una nozione ampia di licenziamento collettivo facendo rientrare nella riduzione o trasformazione di attività o lavoro le situazioni di crisi, le trasformazioni strutturali dell'impresa, le modificazioni dell'organizzazione che non comportino soppressione di uffici o reparti, le semplici contrazioni della forza lavoro divenuta esuberante, rispetto alle mutate esigenze aziendali, a causa dell'introduzione di nuove tecnologie ⁽⁴⁷⁾.

Essa, inoltre, sembra far proprio quell'orientamento presente in dottrina ⁽⁴⁸⁾ secondo cui il rilievo assegnato dalla Legge n. 223 alla procedura prevista in caso di licenziamento collettivo depotenzia il problema della giustificazione sostanziale del recesso.

Non a caso si è parlato di natura "a-causale" dei licenziamenti collettivi, ritenendosi rilevante la sola regolarità della procedura, nell'intento di ricercare un equilibrio tra interessi individuali e interessi collettivi.

Del resto, la medesima procedura sindacale è applicata sia nell'ipotesi di *riduzione di personale* di cui all'art. 24, sia di *collocamento in mobilità*, di cui all'art. 4, L. n. 223 del 1991, ovvero all'esito

⁽⁴⁵⁾ Tra i sostenitori della tesi secondo cui nel nostro ordinamento esiste una pluralità di nozioni di licenziamento per ragioni economiche oggettive, R. DEL PUNTA, *Verso il tramonto della tesi dell'autonomia ontologica del licenziamento collettivo*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1987, II, pag. 602 e segg., nota a Corte Cass., 2 settembre 1986, n. 5384; U. CARABELLI, *I licenziamenti per riduzione di personale*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1994, spec. pag. 225 e segg. Inoltre, secondo L. SPAGNUOLO VIGORITA, L. GUAGLIONE, F. SCARPELLI, *Sub art. 24*, in *Commentario della legge 223/91*, a cura di M. PERSIANI, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 1994, II, pagg. 1100-1101; M. MISCIONE, *I licenziamenti per riduzione del personale e la mobilità*, in *La disciplina dei licenziamenti dopo le leggi 223/91 e 108/90*, a cura di F. CARINCI, Napoli, 1991, pag. 299 e segg.; M. D'ANTONA, "Riduzione di personale" e licenziamenti: la rivoluzione copernicana della legge 223/91, in *Foro It.*, 1993, I, col. 2027 e segg., l'autonoma fattispecie del licenziamento collettivo sarebbe definita essenzialmente dalla disciplina procedurale per il preminente rilievo assegnato dalla legge all'interesse sociale e pubblico rispetto agli interessi individuali. *Contra*, M. NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Milano, 1980, pag. 258; ID., voce *Licenziamenti*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. Comm.*, vol. IX, Torino, 1993, pagg. 96 e segg.; S. VERGARI, *Licenziamenti per riduzione di personale e licenziamenti per motivi oggettivi: due nozioni da unificare*, in *Lav Dir.*, 1991, pag. 57 e segg. In giurisprudenza, Corte Cass., 26 aprile 1996, n. 3896, in *Notiz. Giur. Lav.*, 1996, pag. 567 e segg.; *Contra* Corte Cass. 27 maggio 1997, n. 4685; Corte Cass. 26 maggio 1995, 916, in *Notiz. Giur. Lav.*, 1995, pag. 90 e segg.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. F. SCARPELLI, *La nozione e il controllo del giudice*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1997, pag. 29 e segg., il quale afferma che i licenziamenti collettivi sono dei licenziamenti per giustificato motivo oggettivi cui si sovrappone la disciplina della legge 223. L. CALCATERRA, *La giustificazione causale del licenziamento per motivi oggettivi nella giurisprudenza di legittimità*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2005, pag. 621 e segg.

⁽⁴⁷⁾ Corte Cass., 18 novembre 1997, n. 11465, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1998, II, pag. 627 e segg., con nota di M. L. VALLAURI, *Controllo sulla giustificazione del licenziamento collettivo e ambito applicativo dei criteri di scelta*.

⁽⁴⁸⁾ Cfr. M. D'ANTONA, "Riduzione di personale" e licenziamenti, op. cit.

della procedura di collocamento in Cassa integrazione guadagni straordinaria quando non sia più possibile mantenere i lavoratori in azienda.

Inoltre, sebbene saranno oggetto di comunicazione sia i motivi che determinano la situazione di eccedenza, sia le esigenze tecniche, produttive ed organizzative per le quali si ritiene di non poter adottare misure idonee a porre rimedio a tale situazione, qualsiasi processo di trasformazione è produttivo di un nuovo assetto organizzativo, alla base del quale vi sia una motivazione gestionale. Su questa linea sembra attestarsi l'orientamento più recente della Corte di Cassazione ⁽⁴⁹⁾.

4.3.1. L'“utilità” di distinguere tra esigenze di riduzione del personale e di riorganizzazione aziendale.

Alla luce delle conseguenze che le scelte imprenditoriali possono comportare, è lecito domandarsi se sia utile distinguere tra “esigenze di riduzione del personale” e “riorganizzazione aziendale”.

La formula adottata dal legislatore del 1966, in virtù della quale il giustificato motivo oggettivo è costituito da “ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento della stessa”, non fornisce una definizione idonea a delimitare i confini dei vari concetti richiamati ⁽⁵⁰⁾.

L'affermarsi di quel filone giurisprudenziale ⁽⁵¹⁾ che include nella nozione di giustificato motivo oggettivo di licenziamento *ex art. 3*, Legge 15 luglio 1966, n. 604, l'ipotesi di un riassetto organizzativo dell'azienda attuato al fine di una più economica gestione, oltre a richiamare la necessità di fronteggiare situazioni, non meramente contingenti, in grado di incidere in modo deci-

⁽⁴⁹⁾ Corte Cass., 10 febbraio 2009, n. 3261, cit.

⁽⁵⁰⁾ Sul magmatico panorama giurisprudenziale, L. CALCATERRA, *La giustificazione causale del licenziamento per motivi oggettivi nella giurisprudenza di legittimità*, op. cit.

⁽⁵¹⁾ Corte Cass., 4 novembre 2004, n. 21121, in *Guida Dir.*, 2005, n. 2, pag. 74; Corte Cass., 10 maggio 2007, n. 10672, in *Arg. Dir. Lav.*, 2008, pag. 555 e segg., con nota di V. ANIBALLI, *Esigenze di economicità e giustificato motivo di licenziamento: brevi considerazioni*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2007, II, pag. 989 e segg., con nota di M. NOVELLA, *I concetti di costo contabile, costo-opportunità e di costo sociale nella problematica costruzione gius-economica del giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, secondo cui la necessità di ottimizzare efficienza e produttività è idonea a legittimare il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo. Il caso concreto riguarda il licenziamento intimato ad una lavoratrice e determinato da “una ristrutturazione della società finalizzata al contenimento dei costi”. La pronuncia della Suprema Corte si discosta da quel filone giurisprudenziale secondo cui la decisione organizzativa aziendale dalla quale deriva l'esubero di personale non può essere “meramente strumentale” all'incremento del profitto, ma deve essere dettata da necessità di mercato o dall'intento di migliorare l'efficienza o la produttività dell'impresa (tra le pronunce più recenti si rinvia a Corte Cass., 7 luglio 2004, n. 12514, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2004, II, pag. 838 e segg. con nota di P. ICHINO, *Alcuni interrogativi sulla giurisprudenza della Cassazione in materia di licenziamento per giustificato motivo oggettivo*; per quanto concerne la giurisprudenza di merito si segnala, *ex plurimis*, Trib. Milano 15 marzo 1997, in *Orient. Giur. Lav.*, 1997, pag. 162 e segg.).

sivo sulla normale attività produttiva ⁽⁵²⁾, sembrerebbe far sfumare tale distinzione laddove una riorganizzazione venga attuata mediante una riduzione di personale finalizzata ad un contenimento dei costi.

Ne deriva che la legittimazione a determinare la propria organizzazione produttiva, dunque, non solamente sotto il profilo dimensionale ma anche sotto l'aspetto della sua composizione, attribuisce in via esclusiva al datore di lavoro la valutazione del "costo-opportunità" del mantenimento in servizio del lavoratore, atteso che – proprio in virtù del principio *ex art. 41 Cost.* – l'organizzazione aziendale non può essere considerata un dato immanente o non modificabile ⁽⁵³⁾.

La scelta, peraltro, ben potrebbe materializzarsi – sempre in un'ottica di contenimento dei costi aziendali – nell'eliminazione di un profilo lavorativo non più necessario e nell'affidamento, ovvero nella distribuzione, ad altri soggetti (siano essi lavoratori dipendenti o meno della stessa impresa) delle mansioni assegnate al lavoratore licenziato.

Sembrerebbe pressoché impossibile rinvenire ipotesi di licenziamento per "ragioni di carattere produttivo-organizzativo" dietro le quali non si celi, al contempo, l'interesse imprenditoriale all'incremento del profitto. Ne discende l'irrelevanza della distinzione talvolta operata dalla giurisprudenza e secondo la quale il licenziamento sarebbe giustificato soltanto dall'intendimento di evitare una perdita, ma non da quello di conseguire un maggior profitto ⁽⁵⁴⁾.

È possibile, infatti, che – in riferimento all'esercizio in cui il licenziamento è intimato - il bilancio complessivo dell'impresa risulti in attivo e che pertanto il suo miglioramento consista in un aumento del profitto, oppure che il bilancio risulti in perdita e quindi il miglioramento consista in una riduzione della perdita d'esercizio.

4.3.2. Il discrimine del requisito dimensionale. L'ipotesi della "conversione".

⁽⁵²⁾ Corte Cass., 18 novembre 1998, n. 11646, in *Dir. Lav.*, 2000, II, pag. 31 e segg., con nota di A. LEPORE, *Giustificato motivo oggettivo di licenziamento, onere della prova e limiti al sindacato del giudice*; Corte Cass., 30 marzo 1994, n. 3128, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1995, II, pag. 173 e segg., con nota di G. BOLEGO, *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e insindacabilità delle scelte organizzative dell'imprenditore*. In alcune pronunce di merito, addirittura, il giudice ha ritenuto insufficiente l'intento di ridurre i costi, anche se determinato da un calo delle vendite; si veda in tal senso, Trib. Milano 23 luglio 1999, in *Lav. Giur.*, 1999, pagg. 1164 – 1165.

⁽⁵³⁾ P. ICHINO, *Alcuni interrogativi sulla giurisprudenza della Cassazione in materia di licenziamento per motivi economici*, op. cit.

⁽⁵⁴⁾ Si rinvia, in proposito, a Corte Cass., 24 giugno 1994 n. 6067, *Riv. Critica Dir. Lav.*, 1995, pag. 190; Corte Cass., 18 novembre 1998 n. 11646, cit. Trib. Milano 15 marzo 1997, cit. In proposito si è detto che in un mercato dei beni e dei servizi concorrenziale, da un lato, ogni rapporto di lavoro nell'impresa viene costituito, di regola, perché prevedibilmente produttivo di un *lucrum*; dall'altro, ogni rapporto di lavoro da cui ci si attenda una perdita rappresenta sempre un *damnum vitandum*, «indipendentemente dal fatto che il bilancio complessivo dell'impresa sia contingentemente positivo o negativo, circostanza in sé irrilevante ai fini della giustificazione del licenziamento», dal momento che si ritiene rilevante «solo la perdita che a tal fine ci si attenda dalla prosecuzione del singolo rapporto» (P. ICHINO, *Sulla nozione di giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, op. cit., cit., pag. 478).

Per quanto concerne il requisito numerico-temporale, la Corte di Cassazione ⁽⁵⁵⁾ ha fatto riferimento non già al criterio della media del semestre precedente la data di presentazione della richiesta di cui all'art. 1, L. n. 223 del 1991, bensì al criterio del numero complessivo dei dipendenti occupati dal complesso aziendale con riferimento a quel periodo ⁽⁵⁶⁾.

L'operazione di conversione del licenziamento collettivo in una pluralità di licenziamenti individuali attualmente non sembra possibile, in quanto, in caso di mancato rispetto degli oneri procedurali, il legislatore ha riservato esplicitamente la sanzione dell'inefficacia del recesso.

Il termine "conversione" nasce negli anni antecedenti alla Legge n. 223 del 1991 ⁽⁵⁷⁾ ed è utilizzato dalla dottrina per indicare quell'operazione con cui il giudice, accertata l'impossibilità per il datore di fornire la prova di un effettivo ridimensionamento aziendale (o riscontrata l'esistenza di vizi nella procedura sindacale), applica, ad un'ipotesi presentatagli come di licenziamento collettivo, la disciplina dettata per i licenziamenti individuali (Legge n. 604 del 1966), garantendosi in tal modo il sindacato sull'effettività dei motivi addotti a giustificazione del licenziamento, sul nesso causale e sull'inevitabilità dei recessi.

Si tratta di un'operazione di sussunzione all'interno dello schema giuridico del licenziamento individuale, di un recesso che ha visto come destinatario un molteplice numero di lavoratori. È la stessa costruzione degli accordi interconfederali a dare al giudice la possibilità di rinvenire non un'ipotesi di licenziamento collettivo, ma un'ipotesi di licenziamento individuale (benché plurimo).

Circa la possibilità di configurare una categoria di licenziamenti individuali plurimi quale categoria autonoma ovvero disgiunta da qualsivoglia operazione di conversione, alla luce degli attuali assetti normativi, val la pena precisare che tale possibilità si configura solo nel momento in cui la pluralità di recessi posti in essere dal datore di lavoro non sia tale da integrare il rispetto di tutti i requisiti quantitativi fissati dalla Legge n. 223 del 1991.

Prima di tale intervento normativo il datore aveva tutto l'interesse a qualificare l'effettuato licenziamento come collettivo, in quanto l'applicazione della disciplina convenzionale gli avrebbe

⁽⁵⁵⁾ Corte Cass., 24 febbraio 2003, n. 4274, in *Nuovo Dir.*, 2003, pag. 721 e segg., con nota di E. POLELLA, *In materia di licenziamenti il requisito dimensionale-occupazionale va considerato tenendo conto anche delle società collegate.*

⁽⁵⁶⁾ La giurisprudenza di merito e parte della dottrina fanno riferimento all'"intenzione" dell'imprenditore di licenziare (in conseguenza di una riduzione di attività o di lavoro) e, dunque, alla dichiarazione di esubero in sede di apertura della procedura di mobilità, indipendentemente dal numero (eventualmente inferiore) di licenziamenti successivamente intimati. Risulta invece prevalente la diversa lettura che assume come determinante il numero dei licenziamenti concretamente effettuati, indipendentemente dagli esuberi – che potrebbero rivelarsi in numero maggiore – già denunciati, escludendo dal computo ulteriori ipotesi risolutive, quali dimissioni, prepensionamenti, risoluzioni consensuali. In giurisprudenza, cfr. Corte Cass., 1 febbraio 2003, n. 1526, cit.; Corte Cass., 9 agosto 2003, n. 12037. Per approfondimenti, E. BALLETTI, *I licenziamenti per motivi economico-produttivi*, in *Dir. Mer. Lav.*, 2006, n. 3, spec. pag. 413. F. FONTANA, *Discrezionalità imprenditoriale e tutela giurisdizionale nei licenziamenti motivati da ragioni economiche*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2001, I, spec. pag. 341.

⁽⁵⁷⁾ G. SPINELLI, *Profilo causale dei licenziamenti collettivi e ruolo della procedura sindacale*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2006, spec. pag. 371 e segg.

evitato il peso dell'onere di giustificare i recessi, mentre interesse del lavoratore era quello di restare – anche mediante il meccanismo della conversione – nell'alveo dei licenziamenti individuali, al fine di usufruire delle tutele contenute nel modello di stabilità, designato dalla Legge n. 604 del 1966 e dalla Legge n. 300 del 1970. Nella vigenza dell'attuale disciplina, invece, il datore di lavoro ha tutto l'interesse a che la vicenda rimanga confinata nello schema del licenziamento individuale in modo da dover rispettare il solo obbligo di giustificare i recessi ma non anche quello di esperire la procedura con i sindacati.

Chiaramente, il giudice potrebbe trovarsi nella situazione di dover valutare *ex post* una vicenda presentata ai suoi occhi come licenziamento individuale, al fine di verificare se il datore abbia in maniera fraudolenta posto i recessi in modo da evitare di incappare nelle maglie della Legge n. 223 del 1991 e potrebbe essere chiamato a decidere su eventuali altre modalità di recesso (ad esempio le dimissioni incentivate) per vedere se queste siano causalmente riconducibili ai licenziamenti plurimi effettuati dal datore.

4.3.3. Contenuti e limiti del controllo giudiziale sulle esigenze tecnico-produttive ed organizzative.

Il dibattito dottrinale e la copiosa giurisprudenza anteriore all'emanazione della L. n. 223 del 1991, si sono sviluppati in modo sostanzialmente omogeneo, sia che si trattasse di licenziamento individuale, sia di licenziamento collettivo, lungo una direzione che vede il controllo del giudice limitato a verificare «l'effettività» dell'operazione imprenditoriale, nonché il nesso di causalità tra il progettato ridimensionamento e i conseguenti licenziamenti ⁽⁵⁸⁾.

Nonostante l'irrelevanza dei motivi economici per i quali l'imprenditore decide di modificare la propria organizzazione (situazione di crisi, introduzione di nuove tecnologie, esternalizzazione di alcune lavorazioni o di fasi di esse, realizzazione di operazioni societarie di fusione, scissione, ecc., mutamento del settore merceologico o del mercato di riferimento ecc), purché la causa integri il requisito della riduzione o trasformazione di attività o di lavoro ⁽⁵⁹⁾, è possibile riscon-

⁽⁵⁸⁾ Si rinvia, tra le tante, a Corte Cass., 7 gennaio 2002, n. 88, in *Orient. Giur. Lav.*, 2002, pag. 127 e segg.; Corte Cass. 18 novembre 1997, n. 11465, cit.

⁽⁵⁹⁾ I giudici talvolta non hanno riconosciuto legittimo il licenziamento collettivo poiché il ricorso allo straordinario era predisposto con criteri di normalità ed era provato che per l'entità degli straordinari e per la qualifica dei lavoratori licenziati, questi ultimi avrebbero potuto conservare il posto di lavoro senza pregiudizio per l'impresa. Tra le tante, cfr. P. Cagliari, 3 dicembre 1975, in *Riv. Giur. Lav.*, 1978, II, pag. 902; Trib. Genova, 7 giugno 1986, *Riv. Giur. Lav.*, 1986, pag. 408.

trare una ingerenza – di portata e di intensità diversificate a seconda che si tratti di licenziamento collettivo o di giustificato motivo oggettivo - nel motivo economico-organizzativo ⁽⁶⁰⁾.

È altresì nota la tendenza della Suprema Corte ad interpretare in modo rigido la nozione di “esigenze tecnico-produttive” di licenziamento per motivi economici, sia nei licenziamenti collettivi sia nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo, con conseguente esclusione di tutte le ragioni inerenti alla persona, coerentemente con le indicazioni comunitarie.

4.3.3.1. L'obbligo di repêchage e la sua dimensione spaziale.

Nel licenziamento individuale oggettivo, nel contemperamento tra l'interesse al mantenimento del posto di lavoro e quello del datore all'estinzione del rapporto, la dottrina ha affermato che è ammissibile un limite esterno al potere di licenziamento, nel senso che questo può essere esercitato quando lo giustificano le esigenze tecniche della produzione o la corretta applicazione delle regole dell'organizzazione del lavoro ⁽⁶¹⁾.

Rivolgendo l'attenzione alla rilevanza, sul piano “temporale”, delle motivazioni addotte a sostegno dell'atto di recesso, la necessità che il giudice si limiti ad una analisi circostanziata richiede che le ragioni che legittimano il licenziamento sussistano nel momento in cui esso viene intimato, non essendo il motivo oggettivo riconducibile ad un disagio futuro ed ipotetico arrecato all'organizzazione lavorativa. Esso, al contrario, dovrà identificarsi in una situazione di disagio attuale e suscettibile di verifica nel momento dell'intimazione del recesso, prendendo in considerazione le sole ragioni emerse all'atto della decisione espulsiva ⁽⁶²⁾.

L'orientamento favorevole ad un controllo “espansivo” ritiene che il giudice, nell'indagine sulla sussistenza di un giustificato motivo oggettivo di licenziamento, non possa rivolgere la sua attenzione alla sola situazione aziendale esistente alla data del licenziamento; soprattutto nei casi caratterizzati da profili di dubbia trasparenza ed interpretazione, egli dovrà estendere l'accertamento ad un arco temporale idoneo a svelare ogni eventuale predeterminazione di circostanze finalizzate ad un licenziamento effettuato al di fuori delle ipotesi consentite in caso di ristrutturazione aziendale ⁽⁶³⁾.

⁽⁶⁰⁾ Sul tema, diffusamente, M. NOVELLA, *Dubbi e osservazioni critiche sul principio di insindacabilità delle scelte economico-organizzative dell'imprenditore*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2004, II, 803-806, nota a conclusione del suo ampio commento a Corte Cass., 9 marzo 2004, n. 4790.

⁽⁶¹⁾ M. PERSIANI, *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto*, in G. MAZZONI, L. RIVA SANSEVERINO, *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, Padova, 1971, II, pag. 685.

⁽⁶²⁾ Corte Cass., 22 aprile 2000, n. 5301, in *Mass. Giur. Lav.*, 2000, n. 7, pag. 774; Cass. Cass., 14 luglio 2005, n. 14815, in *Mass. Giur. Lav.*, 2005, n. 12, pag. 939; Corte Cass., 20 agosto 2003, n. 12261, in *Mass. Giur. Lav.*, 2003, n. 12, pag. 940.

⁽⁶³⁾ Cfr. Corte Cass., 24 febbraio 2003, n. 2810.

Soprattutto in materia di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, si assiste, talvolta, ad un sostanziale sindacato del giudice anche su scelte aziendali di natura eminentemente organizzativa: ne sono un esempio le decisioni che negano la legittimità di licenziamenti in presenza di motivi economici qualificati come meramente strumentali all'incremento dei profitti ⁽⁶⁴⁾.

Tuttavia, da un orientamento oramai consolidato della Suprema Corte si evince che il motivo oggettivo di licenziamento determinato da ragioni inerenti all'attività produttiva, nel cui ambito rientra anche l'ipotesi di riassetto organizzativo attuato per una più economica gestione dell'impresa, è rimesso alla valutazione del datore di lavoro, senza che il giudice possa sindacare la scelta dei criteri di gestione dell'impresa; ne consegue che non è sindacabile nei suoi profili di congruità ed opportunità la scelta imprenditoriale che abbia comportato la soppressione del settore lavorativo o del reparto o del posto cui era addetto il dipendente licenziato, sempre che risulti l'effettività e la non pretestuosità del riassetto organizzativo operato ⁽⁶⁵⁾.

L'estensione del controllo del giudice sul corretto espletamento dell'obbligo di *repêchage*, che impone al datore di lavoro la prova di non poter utilmente reimpiegare il lavoratore in altra posizione, si iscrive a pieno titolo in quella tendenza interpretativa volta sovente al recupero, in sede di verifica del nesso di causalità, di un controllo sulle ragioni tecnico-organizzative del licenziamento ⁽⁶⁶⁾.

L'obbligo di *repêchage*, vale a dire quel preciso onere probatorio esistente a carico del datore in ordine alla dimostrazione degli "indici di ineluttabilità del licenziamento" ⁽⁶⁷⁾, ha trovato piena cittadinanza nella giurisprudenza tutte le volte in cui questa è chiamata ad applicare la Legge n. 604 del 1966, anche nelle ipotesi in cui tale legge – prima dell'entrata in vigore della Legge n. 223 del 1991 – veniva applicata a fattispecie presentate al giudice come casi di licenziamento collettivo allorché il datore di lavoro non riusciva a provare l'esistenza di un effettiva riduzione di personale.

⁽⁶⁴⁾ Non sono mancate pronunce che in materia di licenziamenti per motivi economici negano la legittimità di ragioni meramente legate all'incremento del profitto: cfr. Corte Cass., 17 marzo 2001, n. 3899, in *Lav. Prev. Oggi*, n. 10, 2001, pag. 1415 e segg.; Corte Cass., 7 luglio 2004, n. 11727, cit. Si rimanda, altresì a S. BERTOCCO, *Esigenze tecnico-produttive e contenimento dei costi nei licenziamenti collettivi*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2005, II, pag. 938 e segg., nota a Corte Cass., 1° settembre 2004, n. 17556.

⁽⁶⁵⁾ Corte Cass., 4 novembre 2004, n. 21121, cit.; Corte Cass., 10 maggio 2007, n. 10672, cit.

⁽⁶⁶⁾ G. FONTANA, *Discrezionalità imprenditoriale e tutela giurisdizionale nei licenziamenti motivati da ragioni economiche*, op. cit., spec. pag. 348.

⁽⁶⁷⁾ Cfr. C. OGRISEG, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento: prospettive interdisciplinari*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2003, pag. 500 e segg. Secondo l'Autrice essi sono: la stabile occupazione di tutti i posti residui equivalenti, l'assenza di nuove assunzioni nella stessa qualifica del dipendente licenziato per esigenze già esistenti o almeno prevedibili, il maggiore onere economico che dovrebbe sopportare il datore di lavoro per una diversa utilizzazione del lavoratore. Si ritiene pertanto che l'obbligo di *repêchage* rappresenti l'aspetto dinamico del c.d. "principio dell'*extrema ratio*" secondo cui la scelta di cessare il rapporto di lavoro deve essere adottata solo e soltanto come soluzione estrema alle sopraggiunte esigenze aziendali.

Per quanto riguarda il suo effettivo espletamento, sembra oramai in via di consolidamento quell'orientamento secondo il quale, ai fini della prova della sussistenza del giustificato motivo oggettivo del licenziamento, l'onere della dimostrazione della impossibilità di adibire il lavoratore allo svolgimento di altre mansioni analoghe a quelle svolte in precedenza, pur gravando interamente sul datore di lavoro e non potendo essere posto a carico del lavoratore, implica comunque per quest'ultimo un onere di deduzione e allegazione, tra gli elementi posti a fondamento dell'azione e tra i presupposti della sua domanda, di circostanze di fatto idonee almeno a far presumere l'esistenza in azienda di altri posti di lavoro, cui potrebbe essere utilmente adibito, allo scopo di sollecitare il relativo onere probatorio datoriale ⁽⁶⁸⁾.

Nella giurisprudenza di legittimità si è affermata la configurabilità di un obbligo per il datore di lavoro, nelle ipotesi di ristrutturazione aziendale, di recupero dei dipendenti nelle nuove posizioni lavorative che si siano rese disponibili nel nuovo contesto produttivo e organizzativo, anche attraverso corsi di addestramento che siano assorbibili nei normali costi della ristrutturazione ⁽⁶⁹⁾, in particolare laddove l'azienda attribuisca rilievo strategico alla formazione permanente secondo il profilarsi di nuovi modelli organizzativi, anche nel corso del normale svolgimento del rapporto di lavoro ⁽⁷⁰⁾.

Non di rado la giurisprudenza si è trovata ad affrontare la necessità di individuare i limiti "spaziali" dell'obbligo di *repêchage*, nell'ambito del gruppo di società. Ad una prima analisi, sia la giurisprudenza di legittimità ⁽⁷¹⁾ che di merito ⁽⁷²⁾ ritengono che l'impossibilità di utilizzare in altro modo il lavoratore licenziato debba essere dimostrata con riferimento all'intero complesso aziendale, ovvero a tutte le unità produttive in cui esso si articola sul territorio nazionale ed aggiunge che è sufficiente la limitazione all'unità di adibizione del lavoratore licenziato solo nel caso di preliminare rifiuto del dipendente di trasferirsi altrove ⁽⁷³⁾.

⁽⁶⁸⁾ Corte Cass., 16 giugno 2000, n. 8207, in *Orient. Giur. Lav.*, 2000, pag. 906 e segg. specifica che le modalità di assolvimento dell'onere della prova dell'impossibilità di una diversa utilizzazione operano in relazione all'allegazione da parte del lavoratore del posto di lavoro disponibile e dell'unità produttiva in cui esso si trova; si rinvia anche a Corte Cass., 20 gennaio 2003, n. 777 in *Notiz. Giur. Lav.*, 2003, pag. 355; Corte Cass., 23 ottobre 2001, n. 13021, cit. Cfr. la più recente, Corte Cass., 10 maggio 2007, n. 10672, cit.

⁽⁶⁹⁾ Tali corsi sarebbero doverosi per l'imprenditore in ragione dell'essenzialità della tutela della stabilità dell'occupazione, secondo Corte Cass., 7 settembre 1993, n. 9386, in *Riv. Giur. Lav.*, 1994, II, pag. 373 e segg., con nota di E. MANGANIELLO.

⁽⁷⁰⁾ In questo senso in dottrina G. GIUGNI, *Intervento in Aidlass*, "I licenziamenti nell'interesse dell'impresa", 103.

⁽⁷¹⁾ Corte Cass., 19 giugno 1993, n. 6814, in *Mass. Giur. Lav.*, 1993, pag. 464 e segg.; Corte Cass., 4 settembre 1997, n. 8505, in *Dir. Lav.*, 1998, II, pag. 178 e segg., con commento di G. DELLA ROCCA, *Oneri probatori nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo*.

⁽⁷²⁾ Pret. Lucca 28 gennaio 1999, in *Orient. Giur. Lav.*, 1999, pag. 775 e segg.; Trib. Milano 20 dicembre 2001, in *Riv. Critica Dir. Lav.*, 2002, pag. 433 e segg., con nota di A. BORDONE, *Unità produttiva e regime di licenziamento*.

⁽⁷³⁾ Corte Cass., 16 maggio 2003, n. 7717, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2003, II, pag. 819 e segg., con nota di V. A. POSO, *Brevi osservazioni sull'obbligo di repêchage nell'ambito del gruppo di società in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo*. Cfr. Corte Cass., 13

A ben guardare, la giurisprudenza, che ha a lungo escluso la rilevanza sotto il profilo giuridico (ma non economico) del gruppo di società collegate, fermo restando il limite della frode alla legge ⁽⁷⁴⁾, di recente ha affermato che è giuridicamente possibile concepire un'impresa unitaria che alimenta varie attività formalmente affidate ad una pluralità di società tra loro collegate, ritenendo, quindi, ammissibile un rapporto di lavoro unitario di un lavoratore con più datori di lavoro ⁽⁷⁵⁾.

La medesima giurisprudenza ⁽⁷⁶⁾ ha altresì precisato che determinate circostanze possono, di per sé, rappresentare indici rivelatori del carattere meramente apparente della pluralità della società, che in realtà cela la presenza di un'unica sottostante organizzazione di impresa, da intendersi come unico centro decisionale ⁽⁷⁷⁾.

Circa la necessità o meno di esplicitare le motivazioni di carattere economico-gestionale alla base di una certa determinazione aziendale, non mancano pronunce nelle quali il giudice non si limita affatto ad esigere dall'imprenditore l'assolvimento dell'onere della prova sull'effettività della scelta operata, ma si spinge a controllare il motivo economico-organizzativo della soppressione del posto, oppure l'entità del costo che all'azienda deriverebbe da una riutilizzazione del lavoratore in un'altra posizione ⁽⁷⁸⁾.

La dottrina favorevole ad un ridimensionamento della portata applicativa dell'obbligo di *re-pêchage* ritiene che dal principio di esecuzione del contratto secondo buona fede (art. 1375 Cod. Civ.) e dal principio che impone al creditore di collaborare all'adempimento della prestazione del debitore (art. 1206 Cod. Civ.) non ci si possa spingere oltre l'obbligo per il datore di lavoro di

novembre 2001, n. 14093, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2002, II, pag. 613 e segg., con nota di C. OGRISEG, *Libertà delle scelte economico-organizzative e licenziamento per g.m.o. del lavoratore a tempo parziale*.

⁽⁷⁴⁾ Si segnalano, tra le tante, Corte Cass., 29 marzo 1999, n. 3030, in *Orient. Giur. Lav.*, 1999, pag. 449 e segg.; Corte Cass., 1 aprile 1999, n. 3136, in *Orient. Giur. Lav.*, 1999, pag. 1133 e segg.

⁽⁷⁵⁾ Corte Cass., 24 marzo 2003, n. 4274, cit. Sul ridotto numero di norme che nel nostro ordinamento fanno riferimento ai gruppi di impresa, nonché sulla genericità e scarsa capacità descrittiva di alcune nozioni quali "complesso aziendale unico" o "unicità di impresa", si rinvia a quanto già detto nel capitolo I.

⁽⁷⁶⁾ Corte Cass., 23 marzo 2003, n. 4274, cit.

⁽⁷⁷⁾ Per quanto riguarda la giurisprudenza di merito pronunciatasi a favore della unitarietà ed omogeneità della struttura aziendale che coinvolge società formalmente distinte facenti capo allo stesso soggetto giuridico ed operanti sotto il profilo organizzativo-produttivo con modalità tali da evidenziarne la sostanziale unicità, si veda Trib. Milano 23 ottobre 2006, in *Riv. Critica Dir. Lav.*, 2006, pag. 226 e segg., con nota di A. BORDONE, *Presupposti e conseguenze del collegamento societario in materia di licenziamento*. Ad avviso della Suprema Corte (Corte Cass., 10 maggio 2007, n. 10672, cit.), solo la prova che titolare dei rapporti lavorativi fosse il gruppo, e non ciascuna delle società coinvolte, avrebbe potuto dar fondamento alla tesi sostenuta dal Giudice di prime cure nel caso *de quo* e secondo la quale la posizione della lavoratrice era riferita ad un gruppo di enti societari diversi. In realtà, asserisce la Corte, la lavoratrice, non avendo mai dedotto che era stato il "gruppo" e non la singola società il suo reale datore di lavoro, si era sempre "limitata a negare l'esistenza effettiva del giustificato motivo oggettivo di licenziamento determinato da una ristrutturazione di detta società, datrice di lavoro, finalizzata al contenimento dei costi".

⁽⁷⁸⁾ Sul fatto che, generalmente, le aziende sono nella prassi costrette, ad esplicitare nei giudizi non solo le decisioni organizzative poste alla base dei licenziamenti, ma anche i criteri gestionali che le hanno indotte, finendo per sottoporli inevitabilmente al vaglio del giudice, si rinvia a F. STOLFA, *Licenziamento per g.m.o.: i nodi irrisolti e le soluzioni possibili*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2003, I, pag. 109 e segg.

adibire il lavoratore in esubero a posizioni lavorative che siano non solo professionalmente equivalenti ma anche *sostanzialmente analoghe* a quella da lui precedentemente ricoperta ⁽⁷⁹⁾.

Non costituisce giustificato motivo oggettivo di licenziamento, il rifiuto, da parte del lavoratore la cui sede di lavoro sia stata chiusa, di passare alle dipendenze di una diversa società, seppur controllata dal datore di lavoro, in quanto quest'ultimo ha l'onere di provare l'impossibilità di una diversa collocazione del lavoratore all'interno dell'azienda ⁽⁸⁰⁾.

A ben vedere, è certo che l'affermarsi di un modello di gestione flessibile delle risorse umane e della filosofia di rotazione nella distribuzione delle mansioni, rende sempre più difficile connettere la classica "soppressione del posto di lavoro" al licenziamento del lavoratore che lo occupa. Ne deriva che la maggiore fungibilità professionale dei dipendenti tende ad estendere l'ambito della possibile ricollocazione del lavoratore licenziato e, quindi, ad aggravare la prova dell'*extrema ratio* ⁽⁸¹⁾. Il superamento del tradizionale concetto di "posto di lavoro" implica l'allargamento dell'area dell'equivalenza delle mansioni, agli effetti dell'art. 2103 Cod. Civ., con conseguente aggravio dell'obbligo di *repêchage* e restringimento dell'area del licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

4.3.3.2. Contenuti e limiti del potere di controllo del giudice nel licenziamento collettivo.

Prima dell'intervento del legislatore, gli accordi sindacali rappresentavano l'unico momento normativo dei licenziamenti collettivi. Essi basavano la distinzione tra licenziamenti collettivi e individuali esclusivamente sull'aspetto qualitativo/causale. Sulla scia di quanto sostenuto dalla dottrina maggioritaria, i giudici, nei casi in cui applicavano la Legge n. 604, ovvero quando il datore di lavoro non fosse riuscito a fornire la prova di un effettivo ridimensionamento aziendale, effettuavano un completo controllo sulla causale che comprendeva anche l'accertamento del nesso eziologico.

Nei casi in cui il datore fosse riuscito a dimostrare il ridimensionamento aziendale (elemento necessario alla dimostrazione dell'esistenza di una "riduzione di personale"), ritenuta inapplicabile la disciplina della Legge n. 604 al licenziamento collettivo, il controllo del giudice si focalizzava sul profilo procedurale; il sindacato sul nesso di causalità in ordine ai singoli recessi finiva

⁽⁷⁹⁾ F. STOLFA, *Licenziamento per g.m.o.*, op. cit., spec., pagg. 118 – 119.

⁽⁸⁰⁾ Corte Cass., 28 agosto 2003, n. 12645, cit. In questo caso, invece, l'offerta del datore di lavoro costituiva una proposta transattiva, consistente nella risoluzione del rapporto di lavoro esistente e nella costituzione, con il consenso di un terzo, di un nuovo rapporto di lavoro.

⁽⁸¹⁾ F. SCARPELLI, *Professionalità e nuovi modelli di organizzazione del lavoro: le mansioni*, in *Dir. Lav. Ind.*, 1994, pagg. 43 e segg.

per essere assorbito dal controllo dei criteri di scelta fissati nella disciplina convenzionale (ovvero, esigenze tecniche e produttive, anzianità e carichi di famiglia in concorso tra loro) ⁽⁸²⁾.

Nel licenziamento collettivo vi è a monte una scelta datoriale potenzialmente in grado di colpire un numero indefinito di lavoratori che dà vita ad un processo di individualizzazione di coloro che in concreto saranno destinatari del provvedimento espulsivo.

Per questo motivo, l'orientamento che afferma la diversità di presupposti sostanziali tra il licenziamento per riduzione del personale ed il licenziamento per giustificato motivo oggettivo ritiene che soltanto in questo secondo caso il datore di lavoro sarebbe chiamato a dimostrare l'impossibilità di reimpiegare proficuamente il dipendente licenziato in altre mansioni non inferiori ⁽⁸³⁾.

Da un punto di vista pratico, in realtà, la prova dell'inutilizzabilità del lavoratore licenziato nell'ambito di una procedura per messa in mobilità ai sensi della L. n. 223 del 1991, risulta un'implicazione necessaria della prova dell'effettività della trasformazione o riduzione dell'attività o del lavoro e della conseguente necessità e inevitabilità della riduzione di personale ⁽⁸⁴⁾.

Orbene, sembra plausibile affermare che per effetto del passaggio da un controllo giurisdizionale *ex post* tipico del precedente assetto ordinamentale, ad un controllo dell'iniziativa imprenditoriale, concernente il ridimensionamento dell'impresa, devoluto *ex ante* alle organizzazioni sindacali, si sia determinato un ridimensionamento degli spazi di controllo devoluti al giudice per quanto attiene alla verifica delle cause legittimanti la riduzione del personale ⁽⁸⁵⁾.

Attraverso la procedimentalizzazione del potere datoriale si dà voce ad una sorta di controllo sociale che opera quale contropartita della libertà imprenditoriale di decidere la corretta dimensione dell'organico, in relazione alle necessità ed alle strategie aziendali; si cerca, pertanto, di garantire la coesistenza del valore del lavoro e quello dell'impresa.

⁽⁸²⁾ Dopo l'intervento del legislatore una parte della giurisprudenza degli anni Novanta, invece, è favorevole ad un controllo sul nesso di causalità anche nell'ambito dei licenziamenti collettivi: Corte Cass., 18 novembre 1997, n. 11465, cit.

⁽⁸³⁾ Corte Cass., 5 maggio 1995, n. 4874, cit.; Corte Cass., 2 febbraio 1991, n. 1042, in *Notiz. Giur. Lav.*, 1991, pag. 488. Cfr. Corte Cass., 29 novembre 1999, n. 13346, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2000, II, pag. 791 e segg.

⁽⁸⁴⁾ F. FONTANA, *Discrezionalità imprenditoriale e tutela giurisdizionale nei licenziamenti motivati da ragioni economiche*, op. cit., spec. pag. 346. La dottrina, inoltre, precisa che la valorizzazione della gestione consensuale delle eccedenze di personale porterebbe ad escludere qualsiasi altro vaglio giudiziario, se non nei limiti della serietà e della correttezza dei modi con cui è stato raggiunto, nel rispetto degli inderogabili vincoli posti dalla legge (M. PERSIANI, *Diritto del lavoro e razionalità*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1995, pagg. 17-18. Cfr. con la tesi secondo cui il rispetto dei criteri di scelta dei licenziandi previsti per i soli licenziamenti collettivi, si imporrebbe anche nell'ipotesi di licenziamento plurimo per giustificato motivo oggettivo, fatta eccezione per l'ipotesi di giustificato motivo oggettivo connesso a situazioni personali quali l'inidoneità sopravvenuta, talvolta invocandosi le clausole generali di correttezza e buona fede (artt. 1175 e 1375 Cod. Civ.), talaltra attraverso il ricorso all'interpretazione analogica, per l'identità di *ratio* delle discipline; M. D'ANTONA, *Il licenziamento collettivo come «autonoma fattispecie di recesso» o come eccezione di inapplicabilità della legge 604/66?*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1979, II, pag. 31 e segg.; M. D'ANTONA, *Sub art. 5*, in *Commentario della legge 223/91*, a cura di M. PERSIANI, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 1994, II, pag. 928 e segg.

⁽⁸⁵⁾ Su questa linea, Corte Cass., 1° settembre 2004, n. 17556, cit.

Se cardine della disciplina dei licenziamenti collettivi è il controllo procedurale del sindacato, è pacifico che l'insindacabilità delle scelte imprenditoriali impone che il controllo del giudice non abbia ad oggetto le scelte giustificatrici del licenziamento, ma si focalizzi esclusivamente sulla procedura, il cui rispetto dovrebbe garantire la non arbitrarietà dei licenziamenti, facendo emergere la congruità tra scelte organizzative e licenziamenti programmati ⁽⁸⁶⁾.

La proposta di delimitare l'ambito del controllo distinguendo tra gli atti di organizzazione che, in quanto espressione di iniziativa economica, sono pertinenza esclusiva dell'imprenditore, e atti sindacabili in giudizio perché espressione del potere del datore di lavoro di dare attuazione sul piano dei rapporti alle scelte economiche ⁽⁸⁷⁾, non sembra convincente. Proprio perché numerosi sono gli atti facilmente riconducibili all'una o all'altra tipologia, sembra alquanto arduo distinguere quando un atto imprenditoriale esprima l'(insindacabile) iniziativa economica e quando, viceversa, costituisca attuazione della (sindacabile) scelta economica ⁽⁸⁸⁾.

Il solo vincolo imposto dal legislatore al datore di lavoro si sostanzia nell'obbligo di una corretta e trasparente informazione e consultazione nei confronti delle organizzazioni sindacali, finalizzata ad una gestione della crisi aziendale in modo partecipato che consenta altresì la valutazione di tutte le possibili alternative alla riduzione del personale ⁽⁸⁹⁾.

Se si ammette che la procedimentalizzazione garantisce, in egual misura, la libertà delle scelte imprenditoriali e la tutela dei lavoratori contro licenziamenti strumentali all'espulsione dei soggetti sgraditi al datore di lavoro ⁽⁹⁰⁾ e, dunque, la realtà — e non pretestuosità — della trasformazione e riduzione dell'attività, sembra condivisibile quell'orientamento contrario tanto ad un controllo giudiziale sulla possibilità di un utile impiego dei lavoratori sospesi e poi posti in mobilità, quanto alla possibilità per il giudice di sindacare i motivi della riduzione ⁽⁹¹⁾.

Pertanto, è il procedimento che delimita la cornice all'interno della quale devono essere valutati i motivi della riduzione di personale — oggetto di comunicazione all'organismo sindacale in avvio di procedimento — comprovando la volontà del legislatore di riservare al sindacato

⁽⁸⁶⁾ In questo senso, R. DEL PUNTA, *La l. n. 223/1991 e i licenziamenti collettivi: un primo bilancio teorico*, *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1997, n. 17.

⁽⁸⁷⁾ LISO F., *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, 1982, Milano, spec. pag. 80 e segg.

⁽⁸⁸⁾ Della stessa opinione, S. BERTOCCO, *Esigenze tecnico-produttive e contenimento dei costi nei licenziamenti collettivi*, cit. Corte Cass., 12 ottobre 1999, n. 11455, cit.

⁽⁸⁹⁾ Sullo specifico obbligo di informazione e consultazione dei sindacati imposto dalla procedura sui licenziamenti collettivi, si segnala A. VALLEBONA, *Questioni sulla procedura per il licenziamento collettivo*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1995, II, pag. 411 e segg., nota a P. Benevento 6 agosto 1994, il quale, polemizzando con la sentenza, rileva l'assenza di qualsiasi obbligo di consultazione sui criteri di scelta contenuto nella L. n. 223 del 1991, che si limita ad imporre all'imprenditore la sola comunicazione, contestuale ai licenziamenti, delle modalità con le quali sono stati applicati i criteri.

⁽⁹⁰⁾ In questo senso, Corte Cass., 1° settembre 2004, n. 17556, cit.

⁽⁹¹⁾ Situazione questa corrispondente a quella del *repêchage* nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

l'indagine sulla natura dei motivi che legittimano tale riduzione e impedendo al giudice di esercitare il proprio controllo in materia.

Proprio nell'ottica di una svalutazione del profilo causale, si ritiene che, rispetto ai licenziamenti collettivi ogni forma di controllo, risulti assorbita nella procedura amministrativo-sindacale, ex artt. 4 e 5, L. n. 223 del 1991: un eventuale vizio di ordine causale assume rilievo solo quando sia tradotto anche in vizio della procedura, nella forma di mancata o non corretta comunicazione delle istanze sindacali e/o di inadeguato assolvimento degli obblighi di comunicazione ⁽⁹²⁾.

Orbene, la lettura estremamente formalistica della procedura fornita dalla giurisprudenza di legittimità, secondo la quale «[...] la legittimità o l'illegittimità del recesso dipendono non tanto dalle ragioni adottate dal datore di lavoro e dalle scelte di politica aziendale – essendo queste, ai sensi dell'art. 41 della Costituzione, del tutto insindacabili – quanto dalla regolarità formale del procedimento instaurato per la selezione del personale da porre in mobilità e, quindi, da licenziare [...]» ⁽⁹³⁾, si confronta con quella che ritiene la procedura come una garanzia della legittimità dei licenziamenti non in quanto, in sé e per sé scrupolosamente osservata, ma se e nella misura in cui sia realmente produttiva di un confronto tra le parti serio e corretto. Il raggiunto accordo sindacale è prova dell'avvenuto confronto e dello svolgimento di concrete trattative ⁽⁹⁴⁾.

L'eventuale intesa sindacale raggiunta, sebbene sintomatica della probabile legittimità dei licenziamenti, tuttavia, non vale ad escludere l'insussistenza dei presupposti per l'esercizio del potere di recesso datoriale o l'eventuale emersione di profili di illegittimità che il giudice è tenuto ad accertare ⁽⁹⁵⁾.

Secondo la giurisprudenza ormai consolidata della Suprema Corte, può costituire oggetto del controllo giudiziario il rispetto da parte dell'imprenditore dell'obbligo di trattare in buona

⁽⁹²⁾ Per approfondimenti sul tema si rinvia, tra gli altri, a E. BALLETTI, *I licenziamenti per motivi economico-produttivi*, op. cit.

⁽⁹³⁾ Corte Cass., Sez. Un., 11 maggio 2000, n. 419, in *Lav. Giur.*, 2001, pag. 247 e segg., con nota di G. FERRAÛ, *Omissa comunicazione delle modalità di applicazione dei criteri di scelta dei lavoratori da licenziare*. Secondo Corte Cass., 5 aprile 2000, n. 4228, in *Foro It.*, 2000, I, c. 2842., «[...] il lavoratore che intenda contestare in giudizio l'efficacia e/o la legittimità del licenziamento sostenendo che questo è stato adottato in esito a procedura invalida perché basata su informazioni incomplete o erronee dovrà di queste provare la sussistenza e la rilevanza, vale a dire la loro idoneità in concreto a fuorviare o eludere l'esercizio dei poteri di controllo preventivo dell'organizzazione aziendale [...]» e «[...] occorre dimostrare che nel caso concreto esso non ha potuto svolgere quel ruolo attivo conferitogli dal legislatore perché indotto in errore dalle incomplete o false informative comunicategli ai sensi dell'art. 4, terzo comma della legge».

⁽⁹⁴⁾ M. T. SALIMBENI, *Dall'informazione alla negoziazione collettiva dei criteri di scelta: la procedura di mobilità nei recenti orientamenti della Corte di Cassazione*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2006, n. 2, cit., pag. 330. Si rinvia altresì a Corte Cass., 5 giugno 2003, n. 8998 in *Riv. It. Dir. It.*, 2004, II, 104 ss.; Corte Cass., 3 maggio 2004, n. 8353, in *Riv. It. Dir. It.*, 2005, II, 167; Corte Cass., 21 agosto 2003, n. 12307; Corte Cass., 2 agosto 2004, n. 14721, in *Riv. It. Dir. It.*, 2005, II, 475.

⁽⁹⁵⁾ E. BALLETTI, *I licenziamenti per motivi economico-produttivi*, op. cit., spec. pag. 419.

fede, di fornire specifica informazione (preventiva e in corso di procedura), nonché l'obbligo di motivazione delle scelte ⁽⁹⁶⁾.

4.3.3.3. La rilevanza del comportamento del datore di lavoro successivo alla riduzione di personale.

Fermo restando che il giudice dovrà accertare l'esistenza dei requisiti "oggettivi" (almeno cinque licenziamenti nell'arco di centoventi giorni), occorre chiedersi quale rilievo attribuire alla successiva condotta del datore di lavoro, ovvero se la riduzione dei costi possa essere verificata sulla base di un comportamento successivo del datore di lavoro qualora, ad esempio, egli ricorresse allo svolgimento di lavoro a termine o straordinario con personale in servizio, oppure a nuove assunzioni.

Per quanto attiene la verifica della liceità del ricorso al lavoro straordinario, pienamente rientrante nella libertà di svolgimento dell'attività imprenditoriale, a seguito del passaggio da un controllo *ex post* del giudice, a uno *ex ante* devoluto ai sindacati, si può affermare che esuli dalle competenze del giudice la verifica sulle possibili, diverse ed alternative soluzioni alla riduzione, in quanto risulta implicitamente assorbita dal corretto svolgimento della procedura ⁽⁹⁷⁾.

Più delicato è il problema relativo alla possibilità di effettuare nuove assunzioni. Nonostante il silenzio della legge, il ricorso ad assunzioni in questa fase (indipendentemente dalla tipologia delle stesse) risulterebbe in contrasto con i motivi che hanno legittimato l'avvio della procedura. Sia da un punto di vista giuridico, sia da un punto di vista sindacale, infatti, sarebbe difficilmente giustificabile che da un lato vengano dichiarate delle eccedenze strutturali per alcune figure professionali, e dall'altro si proceda all'assunzione di lavoratori per lo svolgimento delle stesse mansioni.

A conclusioni differenti, tuttavia, può giungersi solamente nel caso in cui si decida di assumere lavoratori che svolgano mansioni assolutamente diverse rispetto a quelle cui sono adibiti i lavoratori per i quali sono stati dichiarati gli esuberi; in tal caso è necessario che vi sia una coerenza tra le ragioni che hanno portato all'apertura della procedura di riduzione di personale e quelle che giustificano tali assunzioni.

⁽⁹⁶⁾ Orientamento ribadito da Corte Cass., 28 ottobre 2009, n. 22824. Inoltre, per tutte, Corte Cass., 23 maggio 2008, n. 13381, Corte Cass., 14 giugno 2007, n. 13876.

⁽⁹⁷⁾ In relazione alla prospettazione del ricorrente secondo cui l'impresa, invece che ridurre il personale, avrebbe ben potuto ridurre lo straordinario dei dipendenti mantenuti in servizio, la Corte rileva l'infondatezza di tale pretesa, anche alla luce del fatto che l'azienda già abitualmente utilizzava tale strumento, il quale non risultava pertanto essere stato introdotto in concomitanza alla riduzione di personale per colmare il conseguente difetto di organico.

L'apposizione del termine, salvo diversa disposizione degli accordi sindacali, non è ammessa presso unità produttive nelle quali si sia proceduto, nei sei mesi precedenti, a licenziamenti collettivi di personale ai sensi degli artt. 4 e 24 della Legge n. 223 del 1991, che abbiano riguardato lavoratori adibiti alle stesse mansioni cui si riferisce il contratto di lavoro a tempo determinato; tale divieto, tuttavia, non si applica qualora il contratto a termine sia concluso per provvedere alla sostituzione di lavoratori assenti, ovvero sia concluso per l'assunzione di lavoratori in mobilità per una durata non superiore a dodici mesi oppure abbia una durata iniziale non superiore a tre mesi (art. 3, comma primo, lett. b), L. n. 223 del 1991); inoltre, non è ammesso ricorrere ad assunzioni a termine per far svolgere le stesse mansioni cui erano adibiti lavoratori che siano stati licenziati presso unità produttive nelle quali sia operante una sospensione dei rapporti o una riduzione dell'orario, con diritto al trattamento di integrazione salariale, che interessino lavoratori adibiti alle mansioni cui si riferisce il contratto di lavoro a tempo determinato (art. 3, comma primo, lett. c), L. n. 223 del 1991) ⁽⁹⁸⁾. Fermo restando che non vi potrà essere incompatibilità tra le ragioni che hanno portato ai licenziamenti collettivi e quelle che giustificano l'assunzione a termine.

Parimenti, il D. Lgs. n. 276 del 2003 prevede che non è ammesso assumere con contratto di somministrazione per far svolgere le stesse mansioni cui erano adibiti lavoratori che siano stati licenziati (con procedura di licenziamento collettivo *ex* artt. 4 e 24 della L. n. 223 del 1991) *nell'arco dei sei mesi precedenti o presso unità produttive nelle quali sia operante una sospensione dei rapporti o una riduzione dell'orario, con diritto al trattamento di integrazione salariale, che interessino lavoratori adibiti alle mansioni cui si riferisce il contratto di somministrazione a tempo determinato*. In caso di licenziamenti collettivi, tale divieto è derogabile con espressa previsione di accordi sindacali; fermo restando anche in questo caso, la verifica della compatibilità tra le ragioni che hanno portato ai licenziamenti collettivi e quelle che giustificano l'assunzione con tale tipologia contrattuale.

Per quanto concerne i contratti a contenuto formativo, non essendo contemplati né esplicitamente, né implicitamente, limiti di ricorso a contratti di inserimento o a contratti di apprendi-

⁽⁹⁸⁾ Ai sensi dell'art. 3 bis, D. L. 11 giugno 2002, n. 108, convertito con modificazioni, in L. 31 luglio 2002, n. 172, "1. La disposizione di cui all'articolo 3, comma 1, lettera c), del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, deve intendersi nel senso che il divieto ivi previsto di procedere ad assunzioni con contratti a termine presso unità produttive nelle quali sia operante una sospensione dei rapporti o una riduzione dell'orario con diritto al trattamento di integrazione salariale, che interessino lavoratori adibiti alle mansioni cui si riferisce il contratto a termine, non si applica nell'ipotesi di cui all'articolo 5, comma 5, del decreto-legge 20 maggio 1993, n. 148, convertito, con modificazioni, dalla legge 19 luglio 1993, n. 236". Stando a quest'ultima disposizione, "Alle imprese non rientranti nel campo di applicazione dell'articolo 1 del decreto-legge 30 ottobre 1984, n. 726, convertito, con modificazioni, dalla legge 19 dicembre 1984, n. 863, che, al fine di evitare o ridurre le eccedenze di personale nel corso della procedura di cui all'articolo 24 della legge 23 luglio 1991, n. 223, stipulano contratti di solidarietà, viene corrisposto, per un periodo massimo di due anni, un contributo pari alla metà del monte retributivo da esse non dovuto a seguito della riduzione di orario. Il predetto contributo viene erogato in rate trimestrali e ripartito in parti uguali tra l'impresa e i lavoratori interessati. Per questi ultimi il contributo non ha natura di retribuzione ai fini degli istituti contrattuali e di legge, ivi compresi gli obblighi contributivi previdenziali ed assistenziali. Ai soli fini pensionistici si terrà conto, per il periodo della riduzione, dell'intera retribuzione di riferimento. La presente disposizione non trova applicazione in riferimento ai periodi successivi al 31 dicembre 1995."

stato, nel primo caso l'attenzione si concentrerà sul contenuto del progetto di inserimento, il quale dovrà essere finalizzato all'acquisizione di professionalità diverse da quelle oggetto di sospensioni dal lavoro per Cassa integrazione guadagni straordinaria o licenziamenti collettivi, nel secondo caso, al contenuto del piano formativo di apprendistato, il quale dovrà essere finalizzato all'acquisizione di professionalità diverse da quelle oggetto dei lavoratori interessati dalla mobilità.

4.4. La procedimentalizzazione del potere di recesso del datore di lavoro.

Ferma restando la possibilità per il datore di lavoro di (ri)dimensionare i livelli occupazionali in funzione delle sue valutazioni, i vincoli imposti dal nostro ordinamento attraverso la procedimentalizzazione dei suoi poteri, sono finalizzati a rendere manifeste e direttamente verificabili dall'esterno le scelte gestionali adottate (o da adottare), consentendo in tal modo una distribuzione dei sacrifici improntata ad un'ottica di maggiore equità dinanzi alla duplice esigenza di conservare il salario e di recuperare l'efficienza organizzativa necessaria al superamento della situazione di crisi.

L'esercizio della libertà di iniziativa economica non solo non potrà mai avvenire in contrasto con l'utilità sociale, ma è necessario che esso non si traduca nella lesione della sicurezza, della libertà, della dignità umana (art. 41, secondo comma, Cost.), nonché nel tentativo di eludere il divieto di discriminazione.

Al di là dei valori indicati, peraltro, rilevano ulteriori valori e principi fondamentali quali la tutela dei livelli occupazionali, la salvaguardia del reddito dei lavoratori, il funzionamento del mercato del lavoro, che trovano il loro immediato referente nella Costituzione (artt. 4, 35, 38, comma 2 Cost.).

Tanto l'attuazione del licenziamento collettivo, quanto il collocamento in mobilità, devono avvenire nel rispetto della procedura descritta in modo articolato e puntuale dai commi da 2 a 12 dell'art. 4 della Legge n. 223 del 1991.

La procedura di cui agli artt. 4 e 5 della Legge n. 223 del 1991 – ha affermato la Corte ⁽⁹⁹⁾ – è finalizzata alla tutela non solo degli interessi delle organizzazioni sindacali, ma anche dell'interesse pubblico (correlata all'occupazione in generale ed ai costi della mobilità), dell'interesse dei lavoratori alla conservazione del posto di lavoro e, in particolare, alla verifica dei

⁽⁹⁹⁾ “La norma di cui all'art. 4, comma 9, con il suo sistema di rinvii interni all'art. 5, comma 3, e all'art. 4, comma 12, assume inspiegabilmente, nella prevalente interpretazione, ad un ruolo di requisito sostanziale di efficacia dei licenziamenti pur collocandosi in un momento successivo alla consultazione (e all'eventuale accordo) con i sindacati ed alla stessa intimazione del licenziamento ai lavoratori selezionati” (Corte Cass., 15 maggio 2006, n. 11107, in *Dir. Lav.*, 2006, II, pag. 169 e segg., con nota di C. TIMELLINI, *Art. 18 dello Statuto dei lavoratori e collegamento economico-funzionale tra imprese dello stesso gruppo*).

criteri di scelta sotto il profilo del loro carattere di generalità, obiettività e coerenza con il fine dell'istituto della mobilità.

In realtà, diversi sono gli elementi che farebbero propendere per una lettura che vede la Legge n. 223 del 1991 come non immediatamente diretta alla tutela del lavoratore. Si è notato, ad esempio, come la Legge non preveda alcuna forma di espressione diretta degli interessi dei lavoratori (ad esempio assemblee o referendum) durante la (o al termine della) procedura di mobilità, a conferma della rilevanza superindividuale ed unitaria delle vicende relative alla gestione delle crisi e delle riorganizzazioni aziendali ⁽¹⁰⁰⁾. Inoltre, fermo restando il corretto espletamento delle procedure di comunicazione, il sindacato potrebbe non ritenere utile o opportuno richiedere l'esame congiunto *ex* comma 5, articolo 4, L. n. 223 del 1991. Ed è in questo contesto che prende forma il possibile contrasto tra la dimensione collettiva dell'interesse in gioco, gestito dal sindacato con libertà di iniziativa e di scelte non sindacabili, e dimensione individuale (dell'interesse) dei singoli lavoratori, in qualità di destinatari finali delle decisioni organizzative datoriali.

Da ultimo, questa interpretazione sembrerebbe trovare conferma nella recente pronuncia della Corte di Giustizia CE ⁽¹⁰¹⁾ secondo cui, stando al combinato disposto dell'art. 6 e dell'art. 2 della Direttiva 98/59/CE del Consiglio 20 luglio 1998, non viola il principio della tutela giurisdizionale effettiva la circostanza che una normativa nazionale – pur prevedendo l'espletamento di una procedura sindacale - corredi di limiti e di condizioni il diritto d'azione individuale riconosciuto anche a ciascun lavoratore colpito da un licenziamento collettivo. In buona sostanza è possibile impedire l'impugnazione individuale da parte di ciascun lavoratore, in assenza di un'impugnazione collettiva.

Questo aspetto, peraltro, va ad intrecciarsi con un profilo altrettanto problematico, ovvero l'individuazione dei destinatari dell'informazione iniziale, divenuta più complessa a seguito delle importanti modifiche che hanno riguardato la costituzione delle r.s.u. e la modifica referendaria dell'art. 19, Legge n. 300 del 1970. ⁽¹⁰²⁾.

⁽¹⁰⁰⁾ Per approfondimenti, M. T. SALIMBENI, *Dall'informazione alla negoziazione collettiva dei criteri di scelta: la procedura di mobilità nei recenti orientamenti della Corte di Cassazione*, op. cit.

⁽¹⁰¹⁾ Corte Giust., 16 luglio 2009, C - 12/08. La Corte dichiara che “l'art. 6 della direttiva del Consiglio 20 luglio 1998, 98/59/CE, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di licenziamenti collettivi, in combinato disposto con l'art. 2 della medesima “dev'essere interpretato nel senso che non osta ad una normativa nazionale che istituisce procedure volte a consentire sia ai rappresentanti dei lavoratori sia a questi ultimi, individualmente considerati, di far controllare l'osservanza degli obblighi previsti da tale direttiva, ma che limita il diritto d'azione individuale dei lavoratori quanto alle censure che possono essere sollevate e lo assoggetta alla condizione che i rappresentanti dei lavoratori abbiano previamente formulato obiezioni nei confronti del datore di lavoro e che il lavoratore interessato abbia previamente comunicato al datore di lavoro il fatto che lamenta l'inosservanza della procedura di informazione e di consultazione.”

⁽¹⁰²⁾ Secondo C. ZOLI, *La procedura*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1997, n. 19, spec. pag. 76, la comunicazione va fornita oltre che alla r.s.u. (laddove costituita), anche alle r.s.a. eventualmente esistenti. *Contra* G. NATULLO, *Il licenziamento collettivo. Interessi, procedure, tutele*, Milano, 2004, spec. pagg. 78-79. Per quanto riguarda il coinvolgimento delle associazioni aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative in assenza di r.s.a., si ritiene che il rife-

Orbene, prima di procedere all'analisi di aspetti, quali il ruolo delle comunicazioni, la selezione dei lavoratori da espellere, nonché i criteri di scelta, è il caso di ricordare che i processi di riorganizzazione o di crisi possono investire settori ed aziende esclusi dall'area di applicazione della Cassa integrazione e, dunque, dell'indennità di mobilità. Ad ogni modo, non è esclusa la possibilità per l'autonomia collettiva di intervenire in tali settori, dal momento che per la crisi di impresa non esiste un problema di liceità dell'azione contrattuale sindacale nelle sue forme tradizionali, e che l'interesse dedotto in contratto resta pur sempre un interesse collettivo professionale ⁽¹⁰³⁾.

È proprio nella gestione della crisi di impresa che ha acquistato sempre maggiore rilevanza la contrattazione "indipendente" o "spontanea" ⁽¹⁰⁴⁾. Nella convinzione della prevalenza dell'interesse collettivo su quello individuale, dottrina e giurisprudenza ammettono la possibilità per l'impresa di concordare sospensioni del rapporto di lavoro con i propri dipendenti per il tramite della mediazione sindacale, con conseguente liberazione dall'obbligo retributivo. La stessa contrattazione collettiva, peraltro, in numerosi accordi sindacali aventi ad oggetto il mantenimento dei livelli occupazionali in situazioni critiche per l'impresa, ha previsto forme di limitazione del potere imprenditoriale di variare gli assetti organizzativi dell'impresa attraverso la procedimentalizzazione dello stesso. Al di fuori dei limiti quantitativi indicati dal legislatore, ad esempio, l'obbligo di una procedura sindacale nei licenziamenti collettivi può derivare da fonti contrattuali ⁽¹⁰⁵⁾.

Le clausole spontanee di procedimentalizzazione, ovvero le clausole contrattuali che obbligano l'imprenditore a dare alle rappresentanze dei lavoratori informazione preventiva su determi-

rimiento alle stesse vada sostituito con quello alle associazioni sindacali firmatarie di contratti collettivi applicabili nell'azienda.

⁽¹⁰³⁾ P. SANDULLI, *Spunti su crisi dell'impresa e interessi dei lavoratori*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1973, I, spec., pagg. 533-534.

⁽¹⁰⁴⁾ L'espressione è di P. PASSALACQUA, *Autonomia collettiva e mercato del lavoro. La contrattazione gestionale e di rinvio*, Torino, 2005, spec. pag. 87.

⁽¹⁰⁵⁾ Sul tema, G. GIUGNI, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Napoli, 1963, spec. pag. 269; M. D'ANTONA, *L'intervento straordinario della cassa integrazione guadagni nelle crisi aziendali: interessi pubblici, collettivi, individuali*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1983, I, 15 e segg. Sul carattere meramente obbligatorio e sulla sostanziale inefficacia delle clausole spontanee di procedimentalizzazione, T. TREU, voce *Diritto del lavoro*, in *Dig. Disc. Priv., sez. comm.*, IV, Torino, 1989, 507; Sul carattere normativo delle stesse e sul diritto del singolo di chiederne la tutela giudiziaria, MARIUCCI, *La contrattazione collettiva*, Bologna, 1985, spec. pagg. 284-285; C. ZOLI, *Le clausole di procedimentalizzazione dei poteri imprenditoriali*, in AA.VV., *Lecture di diritto sindacale*, a cura di M. D'ANTONA, Napoli, 1990, pag. 394 e segg.; P. LAMBERTUCCI, *Area contrattuale e autonomia collettiva*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1999, spec. pag. 295 e segg. Si rinvia altresì a G. RIGANÒ, *La tutela individuale e le clausole collettive contenute nella parte obbligatoria del contratto collettivo*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2001, pag. 289 e segg., nota a Corte Cass., 5 settembre 2000, n. 11718; si tratterebbe – stando alla pronuncia citata - di clausole "ibride" dal momento che sembrano "possedere natura ambivalente, obbligatoria nei confronti della organizzazione sindacale, e normativa sul piano della disciplina del rapporto individuale di lavoro", in quanto idonee "ad incidere sulla legittimità dei provvedimenti individuali riguardanti singoli lavoratori, e ad intervenire cioè sulla regolamentazione del rapporto individuale di lavoro"; pertanto, "la violazione della clausola potrà essere fatta valere sia dall'organizzazione sindacale (sotto il profilo della lesione delle prerogative alla stessa riconosciute), sia dal lavoratore, sotto il profilo della legittimità del provvedimento adottato nei suoi confronti.

nate questioni gestionali che intende affrontare e che attribuiscono la facoltà di chiedere un incontro per esaminare la situazione, facendo sorgere diritti in capo alle OO.SS. destinatarie, alimentano una serie di interrogativi circa la loro natura ed efficacia, nonché circa la possibilità di far derivare dall'obbligo di informazione per gli imprenditori o per le loro associazioni anche un obbligo di negoziazione, con conseguente sanzionabilità dell'eventuale inosservanza.

A ben vedere, l'obbligo alla consultazione presuppone un semplice scambio di opinioni, mentre l'obbligo di trattativa richiede che le parti pongano in essere comportamenti coerenti con la volontà di contrattare. Le parti, in realtà, sono tenute ad incontrarsi, a non adottare tecniche ostruzionistiche e dilatorie, nella ricerca di soluzioni costruttive; sul datore di lavoro grava il dovere di consentire al sindacato di rappresentare le proprie ragioni. Il risultato finale dipenderà dalla forza contrattuale che il sindacato riuscirà ad esprimere nel corso del confronto ⁽¹⁰⁶⁾.

In altri termini, se l'inosservanza delle clausole contrattuali che prevedono forme di partecipazione del sindacato non sembra in concreto giustiziabile, tuttavia, l'insussistenza di un obbligo a trattare per l'imprenditore non comporta il diritto dell'imprenditore di rifiutare una discussione ed un confronto sui temi oggetto dell'informazione. In caso contrario verrebbe frustrata la finalità che presiede allo svolgimento dell'esame congiunto, ovvero quella di fornire a ciascuna parte elementi di giudizio sulle scelte produttive, valorizzando la logica della procedimentalizzazione senza modificarne la natura.

4.4.1. Il ruolo delle comunicazioni nella gestione delle eccedenze di carattere definitivo.

Il licenziamento collettivo costituisce la risultante di un procedimento complesso a formazione progressiva, caratterizzato da una serie di atti posti in sequenza legale; un eventuale vizio verificatosi nel corso della procedura va ad incidere sul recesso, che ne costituisce l'atto finale, rendendolo invalido ⁽¹⁰⁷⁾.

⁽¹⁰⁶⁾ R. SCIOTTI, *Sull'autonomia collettiva nelle crisi d'impresa*, in *Merc. Dir. Lav.*, 2005, n. 1, spec. pag. 189.

⁽¹⁰⁷⁾ Così Cass., Sez. Un., 11 maggio 2000, n. 302, in *Foro It.*, 2000, I, col. 2156 e segg.; in *Riv. Critica Dir. Lav.*, 2000, n. 3, pag. 692 e segg., con nota di S. MUGGIA, *Cassa integrazione e licenziamenti collettivi tra obblighi di informazione e confronto sindacale. Va proprio tutto bene?*, con nota di L. FRANCESCHINIS, *ivi*, *La parola finale della Cassazione sulle violazioni formali nelle procedure di CIGS e di mobilità*, pag. 701 e segg.; in *Mass. Giur. Lav.*, 2000, pag. 915 e segg., con nota di S. LIEBMAN, *Garanzie procedimentali e legittimità delle scelte dell'imprenditore nei processi di ristrutturazione aziendale*; in *Riv. Giur. Lav.*, 2001, I, pag. 119 e segg., con nota di R. MUGGIA e S. VELARDI, *Cassa integrazione e licenziamenti collettivi al vaglio delle Sezioni Unite*, e con nota di C. OGRISEG, *ivi*, *Violazione di obblighi procedimentali e illegittimità della CIGS e del licenziamento collettivo* pag. 140 e segg. Per esigenze di completezza si rinvia anche a Cass., Sez. Un., 13 giugno 2000, n. 419, in *Lav. Giur.*, 2001, pag. 247 e segg., con nota di G. FERRAÙ, *Omessa comunicazione delle modalità di applicazione dei criteri di scelta dei lavoratori da licenziare*; nonché a Cass., Sez. Un., 27 giugno 2000, n. 461, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2001, II, pag. 144 e segg., con nota di M. PAPALEONI, *Le S.U. ritornano su mobilità e obblighi di comunicazione*. «...la densità del bene protetto (il diritto al mantenimento del rapporto) impone in tema di licenziamenti collettivi sia un bilanciamento

L'orientamento prevalente della giurisprudenza di legittimità - peraltro confermato dalle Sezioni Unite della Cassazione - propende per l'interpretazione rigorosa in base alla quale dal combinato disposto dell'art. 4, comma dodicesimo ⁽¹⁰⁸⁾ e dell'art. 5, comma terzo ⁽¹⁰⁹⁾, L. n. 223 del 1991, deriverebbe l'inefficacia dei licenziamenti collettivi tutte le volte in cui vi sia una irregolarità nella comunicazione di cui al comma nono ⁽¹¹⁰⁾.

La violazione della procedura - che non comprende le comunicazioni finali - darà luogo, pertanto, alla inefficacia del licenziamento, nonché alla inefficacia delle comunicazioni finali; esse saranno ugualmente inefficaci qualora incomplete o irregolari esse stesse per omissioni o genericità di contenuto.

Dal punto di vista sanzionatorio, mentre l'inefficacia del recesso potrà dar corso all'impugnativa individuale del licenziamento e alla reintegrazione del lavoratore, l'inefficacia delle comunicazioni di cui al comma nono, darà luogo ad una azione *ex art. 28*, Legge n. 300 del 1970 del sindacato, qualora venga lesa il diritto dello stesso a conoscere le notizie allo stesso destinate, e anche, eventualmente, ad una azione del singolo lavoratore che sia stato pregiudicato in ordine al godimento dei benefici connessi alla iscrizione nelle liste di mobilità da una irregolare e/o tardiva comunicazione agli uffici amministrativi ⁽¹¹¹⁾.

to adeguato, sia un appesantimento dei doveri procedurali posti in capo all'impresa, sia, ancor prima, una rivisitazione della nozione stessa di impresa, nell'ambito della più vasta area dell'impresa di gruppo, come desunta dalla latitudine tecnico-produttiva del ciclo aziendale», così A. ANDREONI, *Razionalità e proporzionalità nei licenziamenti «oggettivi»*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2006, n. 1, cit., pag. 101.

⁽¹⁰⁸⁾ “Le comunicazioni di cui al comma 9 sono prive di efficacia ove siano state effettuate senza l'osservanza della forma scritta e delle procedure previste dal presente articolo”.

⁽¹⁰⁹⁾ “Il recesso di cui all'art. 4, comma 9, è inefficace qualora sia intimato senza l'osservanza della forma scritta o in violazione delle procedure richiamate all'art. 4, comma 12, ed è annullabile in caso di violazione dei criteri di scelta previsti dal comma 1 del presente articolo” “Salvo il caso di mancata comunicazione per iscritto, dal ricevimento della comunicazione con qualsiasi atto scritto, anche stragiudiziale, idoneo a rendere nota la volontà del lavoratore anche attraverso l'intervento delle organizzazioni sindacali. Al recesso di cui all'art. 4, comma 9, del quale sia stata dichiarata l'inefficacia o l'invalidità, si applica l'art. 18 della L. 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni”.

⁽¹¹⁰⁾ L'art. 5, comma terzo, infatti, fa riferimento alle procedure di cui all'art. 4, comma dodicesimo, che, a sua volta, richiama genericamente tutte le procedure previste nell'articolo medesimo senza alcuna distinzione e comprendendovi anche le comunicazioni di cui al comma nono. M. T. SALIMBENI, *Dall'informazione alla negoziazione collettiva dei criteri di scelta: la procedura di mobilità nei recenti orientamenti della Corte di Cassazione*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2006, n. 2, cit., pag. 334. In giurisprudenza, Cass., Sez. Un., 11 maggio 2000, n. 302; Cass., Sez. Un., 13 giugno 2000, n. 419; Cass., Sez. Un., 27 giugno 2000, n. 461.

⁽¹¹¹⁾ Anche con riguardo alla comunicazione finale di cui al comma nono dell'articolo 4, la posizione più aperta ad una visione teleologica della norma (che considera rispettato il dettato normativo ove lo scopo perseguito dal legislatore venga raggiunto), risulta minoritaria, a dimostrazione del grado di effettività sostanziale, surrogatorio dei contenuti causali dei licenziamenti collettivi, attribuito all'iter procedimentale. Ciò nonostante, «l'indirizzo che attribuisce agli adempimenti formali un ruolo strettamente funzionale al raggiungimento dell'obiettivo, perseguito dal legislatore, di consentire una partecipazione attiva e consapevole delle OO.SS. alle determinazioni datoriali di ridimensionamento del personale, merita di essere condiviso soprattutto in relazione all'interpretazione dell'art. 4, comma 9. Se, infatti, gli oneri procedurali previsti nei primi otto commi dell'articolo incidono sugli atti che il datore compirà nei confronti dei lavoratori, in quanto attraverso gli stessi si realizza il diritto al contraddittorio della parte sindacale cui il legislatore ha deputato al controllo delle scelte datoriali, sul versante delle comunicazioni successive non sembra potersi delineare una diretta incidenza della insufficienza delle stesse sui recessi già intimati». M. T.

Rispetto alla rilevazione e contestazione delle irregolarità formali delle comunicazioni, più difficile è la disamina dei comportamenti tenuti dalle parti durante il contraddittorio al fine di verificare l'eventuale esistenza di responsabilità o di irregolarità in grado di invalidare gli atti finali del procedimento ⁽¹¹²⁾. A ciò si aggiunge il fatto che non è stato ancora sciolto il nodo relativo al punto fino al quale si può sindacare la correttezza del comportamento datoriale durante la procedura.

4.4.2. La selezione dei lavoratori da espellere: la valorizzazione della contrattazione collettiva.

La fase procedurale all'esito della quale viene definita l'entità del provvedimento espulsivo, non dà seguito immediato alla scelta dei singoli lavoratori da esodare, richiedendosi la scelta dei lavoratori da espellere attraverso l'applicazione dei criteri legali/contrattuali.

Infatti, mentre nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo i lavoratori da espellere sono di regola individuati sin dall'origine e coincidono con coloro che occupano le posizioni da sopprimere, nel licenziamento collettivo l'identità dei lavoratori non è nota, almeno inizialmente, in quanto i licenziamenti costituiscono la conseguenza di una scelta organizzativa che si riflette su personale indistintamente considerato ed individuato in base ai criteri previsti dalla legge o dalla contrattazione collettiva ⁽¹¹³⁾.

L'individuazione dei criteri di scelta da applicare nella selezione dei lavoratori da espellere resta uno dei momenti più delicati dell'intera procedura e può costituire oggetto dell'accordo qualora il sindacato richiedesse l'esame congiunto. Nell'intento di responsabilizzare le parti sociali nella gestione delle crisi e dei processi messi in moto per il loro superamento, la Legge 23 luglio 1991, n. 223, tende a privilegiare la disciplina collettiva nella risoluzione del conflitto di interesse tra i lavoratori astrattamente licenziabili, nella convinzione che la conoscenza che le parti coinvolte hanno della realtà produttiva ed organizzativa dell'azienda in crisi e del mercato del lavoro di riferimento possa giovare sia ai lavoratori, sia all'azienda stessa.

SALIMBENI, *Dall'informazione alla negoziazione collettiva dei criteri di scelta: la procedura di mobilità nei recenti orientamenti della Corte di Cassazione*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2006, n. 2, cit., pag. 335-336.

⁽¹¹²⁾ R. DEL PUNTA, *La legge n. 223/1991 e i licenziamenti collettivi: un primo bilancio teorico*, 18.

⁽¹¹³⁾ Tra gli altri, M. TATARELLI, *Il licenziamento individuale e collettivo*, Padova, 2006, spec. pagg. 448 e 440-441. Sono condivise le argomentazioni sostenute da quegli Autori che avevano colto la funzione suppletiva della norma legale rispetto ai criteri convenzionali. Si rimanda in proposito a E. GRAGNOLI, *Licenziamenti collettivi e criteri di scelta*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1997, n. 19, spec. pag. 110; F. LISO, *Mercato del lavoro. Il ruolo dei poteri pubblici e privati nella legge n. 223/1991*, in *Riv. Giur. Lav.*, I, 1993, spec. pag. 39 e segg.; M. NAPOLI, *Licenziamenti*, op. cit., spec. pag. 99; R. DEL PUNTA, *I licenziamenti collettivi*, in AA.VV., *La nuova cassa integrazione guadagni e la mobilità*, op. cit., spec. pag. 338.

I criteri di scelta consentono di selezionare i lavoratori da licenziare, nell'ambito dell'area aziendale/professionale individuata nella decisione organizzativa assunta al termine delle procedure di informazione e consultazione. Detta selezione esige che tali criteri, in maniera oggettiva ed imparziale, consentano di contemperare le esigenze aziendali di riduzione del personale con quelle "sociali" (attenuazione delle conseguenze sui lavoratori) ⁽¹¹⁴⁾.

L'autonomia collettiva, dunque, opera come strumento di riequilibrio delle forze reciproche e di mediazione degli interessi dei lavoratori e di questi con l'interesse dell'imprenditore, coerentemente con gli obiettivi della procedimentalizzazione voluta dal legislatore.

La Legge, infatti, affida ai contratti collettivi stipulati con i sindacati di cui all'art. 4, comma 2, la delicata funzione di selezionare gli interessi individuali che si presentano inequivocabilmente frastagliati ⁽¹¹⁵⁾. Non si tratta tuttavia di un obbligo a trattare, bensì di un invito a negoziare sul punto, tanto più che è la legge stessa a prospettare l'ipotesi che tale accordo non venga raggiunto ⁽¹¹⁶⁾.

Per effetto del duplice richiamo alle esigenze tecnico-produttive ed organizzative di cui all'art. 5, comma primo, L. n. 223 del 1991, l'individuazione dei lavoratori da licenziare all'interno di un ambito professionale predeterminato è tenuta al rispetto di tali esigenze che, inoltre, sono previste tra i criteri legali da rispettare, in assenza di altre indicazioni nei contratti collettivi ⁽¹¹⁷⁾.

⁽¹¹⁴⁾ Importanti indicazioni in tal senso provengono dalla nota sentenza dei Giudici costituzionali: Corte Cost., 30 giugno 1994, n. 268, cit. Si rimanda altresì a M. PERSIANI, *Diritto del lavoro e razionalità*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1995, pag. 1 e segg. I Giudici costituzionali, nel giudicare infondata, in riferimento agli artt. 3, 39 e 41 Cost., la questione di costituzionalità dell'art. 5, primo comma, L. n. 223 del 1991, nella parte in cui prevedrebbe che un accordo sindacale possa derogare alla legge nella determinazione dei criteri, hanno affermato l'obbligo di non discriminazione ed il divieto di adozione di criteri che consentano un uso personalistico e strumentale del potere di recesso; conseguentemente, i criteri prescelti devono essere oggettivi, cioè non ritagliati caso per caso a misura delle situazioni personali degli interessati, quali, al contrario, sarebbero quelli fondati su elementi come il rendimento, l'assenteismo, la morbilità. Pur essendo ancorati a parametri riferiti alla persona del lavoratore, essi devono in ogni caso operare senza richiedere l'apprezzamento datoriale in quanto estranei alla sua disponibilità valutativa. Tali criteri devono essere altresì coerenti con le ragioni sottese alla riduzione di personale, determinati nel contenuto e quindi non generici, vaghi o elastici, ovvero tali da attribuire al datore di lavoro ampi margini di discrezionalità nella scelta, ma al tempo stesso neppure oltremodo personalizzati, così da consentire l'individuazione nominativa dei lavoratori da licenziare.

⁽¹¹⁵⁾ Gli spazi di autonoma valutazione delle parti nell'individuazione dei criteri non possono essere compressi nel merito, se non a pena di un sostanziale disconoscimento della scelta legislativa che vede proprio nell'autonomia collettiva lo strumento privilegiato per la valutazione e per l'adeguamento alle esigenze della situazione reale. G. NATULLO, *Op. ult. cit.*, spec. pagg. 244-245.

⁽¹¹⁶⁾ R. DEL PUNTA, *I licenziamenti collettivi*, op. cit., cit., pag. 336.

⁽¹¹⁷⁾ A ben vedere, il primo dei due riferimenti alle esigenze tecnico-produttive ed organizzative va inteso come determinazione del nesso di causalità che deve legare la decisione assunta dall'impresa sul piano economico di procedere ad una riduzione in ragione di una "riduzione o trasformazione di attività o di lavoro", con quella di licenziare un certo numero e tipo di lavoratori, entro un determinato ambito spaziale. Diversamente, il secondo riferimento definisce un criterio che, in concorso con gli altri due, individua concretamente i singoli lavoratori da licenziare, in quel determinato contesto professionale e geografico. Sull'argomento si rinvia a U. CARABELLI, *La disciplina sui licenziamenti collettivi contenuta nella L. n. 223 del 1991: alcuni problemi interpretativi ancora aperti*, in D. GAROFALO E M. RICCI (a cura di), *Percorsi di diritto del lavoro*, Bari, 2006, spec. pagg. 485-486. Orbene, il richiamo alle esigenze tecnico-produttive ed organizzative del "complesso aziendale" deve essere inteso nel senso che «occorre determinare, sulla

I criteri legali (carichi di famiglia, anzianità, esigenze tecnico-produttive ed organizzative), dunque, svolgono una funzione meramente sussidiaria in quanto destinati ad operare solamente in assenza di un intervento della contrattazione collettiva. Sebbene la disposizione normativa preveda che i tre criteri debbano operare in concorso tra loro, riconoscendogli una sorta di pari dignità, ampi spazi di azione vengono lasciati all'imprenditore nella loro combinazione, ferme restando le esigenze di trasparenza imposte dall'art. 4, comma 9, L. n. 223 del 1991 ⁽¹¹⁸⁾.

Il diritto del lavoratore ad un equo procedimento di selezione, viene garantito attraverso una scelta imparziale operata dal datore di lavoro in base a più criteri fra loro concorrenti e preventivamente stabiliti. Secondo la giurisprudenza prevalente della Cassazione “[...] *la comparazione dei lavoratori da avviare alla mobilità deve avvenire [...] nell'ambito dell'intero complesso organizzativo e produttivo ed in modo che concorrano lavoratori di analoghe professioni [...]*” ⁽¹¹⁹⁾. Tale lettura, tuttavia, viene corretta dal rilievo attribuito alle accertate esigenze aziendali in base alle quali l'ambito entro il quale effettuare la comparazione ben potrebbe essere circoscritto al solo reparto interessato ⁽¹²⁰⁾ o limitato ad una parte dell'organico, quando la riduzione riguardi solo specifiche professionalità che rendono impraticabile qualunque comparazione ⁽¹²¹⁾.

Frequenti sono i richiami giurisprudenziali ai requisiti della *razionalità* e/o *ragionevolezza*, enunciati da una nota sentenza della Corte Costituzionale ⁽¹²²⁾, che devono contraddistinguere i criteri di scelta. In realtà, le disomogenee posizioni rinvenibili nel panorama giurisprudenziale, hanno trovato terreno fertile proprio nel carattere ambiguo dei due termini.

base delle esigenze complessive dell'impresa, lo specifico “raggio di incidenza del provvedimento”, che,...., è conseguenza *naturale* del progetto di ridimensionamento». (U. CARABELLI, *La disciplina sui licenziamenti collettivi*, op. cit., cit., pag. 486). In dottrina si segnala altresì G. NATULLO, *Criteri di scelta e contrattazione collettiva nei licenziamenti per eccedenza di personale*, in AA. VV., *Il licenziamento collettivo*, a cura di M. RUSCIANO, Milano, 2004, pag. 235 e segg. In giurisprudenza si segnalano sul tema, Corte Cass., 24 gennaio 2002, n. 809, in *Giur. It.*, 2003, pag. 1155 e segg., con nota di M. VIZIOLI, *Sulla determinazione dell'ambito aziendale interessato alla riduzione di personale*; in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2002, II, pag. 909 e segg., con nota di R. DIAMANTI, *L'ambito di applicazione dei criteri di scelta in materia di licenziamento collettivo*; Corte Cass., 3 aprile 2002, n. 4736, in *Mass. Giur. Lav.*, 2002, pag. 562, con nota di R. DEL PUNTA, *L'ambito di applicazione dei criteri di scelta nel licenziamento collettivo*.

⁽¹¹⁸⁾ Si ritiene necessario predisporre una graduatoria, quale effetto diretto dell'applicazione dei criteri stessi. La medesima esigenza si manifesta, stando alle indicazioni fornite dalla giurisprudenza, anche con riferimento ai criteri di natura negoziale.

⁽¹¹⁹⁾ Corte Cass., 4 novembre 1997, n. 10832, in *Riv. Giur. Lav.*, 1998, II, pag. 225 e segg., con nota di I. DI CROCE, *Ambito di applicazione dei criteri di scelta nei licenziamenti collettivi*; Corte Cass., 11 novembre 1998, n. 11387, in *Foro It.*, 1999, I, c. 885; Corte Cass., 17 febbraio 1999, n. 1335, in *Mass. Giur. Lav.*, 1999, pag. 421; Corte Cass., 29 novembre 1999, n. 13346, cit.; Corte Cass., 3 febbraio 2000, n. 1198, in *Riv. It. Dir. It.*, 2001, II, pag. 771 e segg.; Corte Cass., 10 maggio 2003, n. 7169, cit.

⁽¹²⁰⁾ Corte Cass., 10 giugno 1999, n. 5718, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2000, II, pag. 189 e segg., in *Foro It.*, 1999, I, col. 2519 e segg.; Cass. 4 novembre 1997, n. 10832; cit.; Corte Cass., 10 maggio 2003, n. 7169, cit.; Corte Cass., 9 settembre 2003, n. 13182, in *Notiz. Giur. Lav.*, 2004, pag. 232 e segg.

⁽¹²¹⁾ Corte Cass., 15 febbraio 2001, n. 2188, in *Foro It.*, I, col. 1566, in *Riv. Giur. Lav.*, 2002, II, pag. 62 e segg., con nota di M. L. MADERA, *Soppressione di reparto e licenziamento ingiustificato*.

⁽¹²²⁾ Corte Cost., 30 giugno 1994, n. 268, cit., non chiarisce quale debba considerarsi il fine della legge.

In linea generale, se la *razionalità* dei criteri di scelta viene collegata alla sussistenza negli stessi dei connotati di generalità, astrattezza ed oggettività ⁽¹²³⁾, alla correttezza dei medesimi con le ragioni sottese alla riduzione del personale ⁽¹²⁴⁾, alla capacità di rendere il sacrificio richiesto ai lavoratori il meno gravoso possibile da un punto di vista sociale ⁽¹²⁵⁾, la *ragionevolezza* dei criteri contrattuali va ravvisata nella idoneità a distribuire equamente il sacrificio tra i lavoratori possibili destinatari del provvedimento espulsivo senza vanificare le sottostanti ragioni aziendali.

Prendendo le mosse dalle indicazioni fornite dai Giudici costituzionali, la Cassazione ha diversamente risolto la questione se i criteri di scelta possano essere legittimamente definiti nell'accordo aziendale conclusivo della procedura di mobilità *ex art. 4* o se gli stessi debbano essere predeterminati in via generale da un contratto collettivo (anche nazionale) e quindi senza alcun riferimento ad una specifica vicenda di riduzione del personale.

Secondo un primo orientamento, dal disposto degli articoli 4 e 5 della legge n. 223 si ricava “[...] *il principio che i criteri contrattuali di scelta devono essere stabiliti, anche a livello aziendale, con contratto collettivo, cioè con un negozio di carattere normativo che li fissi in via generale ed astratta e non in riferimento soltanto ad una singola e determinata procedura collettiva*” ⁽¹²⁶⁾. Gli accordi sindacali conclusivi della procedura di mobilità di cui all'art. 4 sono cosa ben diversa dai contratti collettivi indicati dal comma 1 dell'art. 5, Legge n. 223 del 1991, come fonte primaria dei criteri di scelta. Questi ultimi, dotati dei caratteri della generalità e dell'astrattezza, hanno natura di contratti normativi e possono essere anche aziendali ⁽¹²⁷⁾.

Più coerente sembrerebbe la tesi in base alla quale i contratti collettivi *ex art. 5*, comma 1, sono proprio gli accordi sindacali conclusivi dell'*iter* procedurale scandito dall'art. 4. È stato osservato che se il legislatore non si fosse riferito agli accordi conclusi al termine della procedura di mobilità, bensì a contratti generali astratti stipulati a prescindere da una specifica situazione concreta, non avrebbe avuto alcun senso attribuire ai sindacati il compito di stabilire criteri di selezione diversi da quelli legali: i criteri così fissati avrebbero infatti i medesimi caratteri di generalità ed astrattezza già garantiti dalla previsione legale ⁽¹²⁸⁾.

⁽¹²³⁾ Corte Cass., 24 aprile 1999, n. 4097, in *Foro It.*, 1999, I, col. 2520 e segg.; in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1999, II, pag. 866 e segg., con nota di C. MARASCIUOLO, *Sulla prossimità al trattamento pensionistico quale criterio di scelta dei lavoratori da collocare in mobilità*; in *Mass. Giur. Lav.*, 1999, con nota di L. CASTELVETRI, *Riduzioni di personale e «principio di razionalità»*, pag. 935 e segg.

⁽¹²⁴⁾ Corte Cass., 11 maggio 1999, n. 4666, in *Foro It.*, 1999, col. 2520 e segg.

⁽¹²⁵⁾ Corte Cass., 9 settembre 2000, n. 11875, in *Foro It.*, 2000, I, col. 3099 e segg.

⁽¹²⁶⁾ Corte Cass., 23 marzo 1998, n. 3057, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1999, II, pag. 197 e segg., con nota di L. MARRA, *Sui requisiti della pattuizione collettiva in materia di criteri di scelta nei licenziamenti collettivi*.

⁽¹²⁷⁾ Il carattere normativo non è precluso dalla qualifica di “gestionale” attribuita dagli stessi dalla Corte Costituzionale, in quanto, secondo Corte Cass., 23 marzo 1998, n. 3057, cit., ciò non esclude che nella fissazione dei criteri di scelta tali contratti sono “[...] *normativi nel senso di porre regole generali ed astratte*”.

⁽¹²⁸⁾ S. LIEBMAN, *La mobilità del lavoro nella legge n. 223/91: tendenze della prassi applicativa*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1999, I, spec. pag. 146.

Per quanto concerne l'efficacia da attribuire ai contratti che fissano i criteri di scelta, la Corte di Cassazione accede in maniera compatta alla soluzione offerta dalla Corte Costituzionale la quale, a sua volta, si inserisce in quel filone che valorizza gli elementi funzionali e strutturali di alcuni contratti collettivi, al fine di configurarli come specie autonoma rispetto al contratto collettivo normativo *ex art. 39 Cost.* e, dunque, sottrarli alla disciplina costituzionale. Tale operazione riguarda principalmente il contratto aziendale con il quale si gestiscono in maniera concordata i processi di crisi e/o ristrutturazione aziendale attraverso la procedimentalizzazione di un potere datoriale altrimenti libero. L'applicazione di contratti di tal fatta a tutti i lavoratori (iscritti o non iscritti al sindacato) conseguirebbe alla inscindibilità della materia e del contenuto e, indirettamente, all'assoggettamento di tutti i lavoratori, indistintamente, al potere datoriale conformato dall'accordo sindacale ⁽¹²⁹⁾.

Se in linea di principio è possibile ammettere che l'esigenza produttiva riguardi un unico reparto, la cautela con la quale si tende ad ammettere la possibilità di delimitare, tramite accordo sindacale, l'ambito di scelta è riconducibile ad almeno due ragioni.

In primo luogo verrebbe riconosciuta al sindacato la possibilità di garantire copertura a qualsiasi scelta, quando invece il problema di fondo è proprio la legittimazione dei soggetti stipulanti, in un ordinamento zoppo che non ha visto la piena applicazione dell'art. 39 Cost.

In secondo luogo, viene alla luce il problema della fungibilità e della generalità delle mansioni che è strettamente connesso al tema della professionalità.

4.4.3. La comunicazione dei criteri di scelta.

L'ipotesi di omissione o incompletezza della comunicazione di cui al comma nono, viene considerata vizio di natura procedimentale dal quale discende – ai sensi del combinato disposto degli artt. 5, terzo comma, e 4, dodicesimo comma, della L. n. 223/1991 - l'inefficacia dei licenziamenti e, per il lavoratore interessato, il conseguente diritto alla reintegrazione ⁽¹³⁰⁾.

⁽¹²⁹⁾ Sugli accordi gestionali, tra gli altri, R. DE LUCA TAMAJO, *L'evoluzione dei contenuti e delle tipologie della contrattazione collettiva*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1985, I, spec. pag. 25 e segg.; F. LISO, *Modifiche dell'organizzazione e mercato del lavoro*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1981, spec. pag. 570 e segg. In senso critico relativamente all'autonomia del contratto gestionale rispetto al contratto normativo: M. PERSIANI, *Contratti collettivi normativi e contratti collettivi gestionali*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1999, spec. pag. 24 e segg.; A. LASSANDARI, *Il contratto collettivo aziendale e decentrato*, Milano, 2001, spec. pag. 205; P. BELLOCCHI, *Libertà e pluralismo sindacale*, Padova, 1998, spec. pag. 195 e segg.; G. NATULLO, *La contrattazione "gestionale": distinzioni reali e apparenti del contratto normativo*, in R. SANTUCCI, L. ZOPPOLI (a cura di), *Contratto collettivo e disciplina dei contratti di lavoro*, Torino, 2004, spec. pag. 49 e segg. Si rinvia altresì a G. NATULLO, *Il licenziamento collettivo*, op. cit., spec. pag. 163 e segg.

⁽¹³⁰⁾ Le comunicazioni di cui al comma nono, art. 4, L. n. 223 del 1991 vanno incluse nella nozione di "procedura" di cui al comma 12: la violazione del relativo obbligo incide sull'efficacia del recesso (Corte Cass., 21 luglio 1998, n. 7169, in *Riv. Giur. Lav.*, 1999, II, pag. 101 e segg., con nota di F. M. PUTATURO DONATI, *Sulle conseguenze per omessa o incompleta comunicazione ex art. 4, comma 9, legge n. 223/1991 (Attualità di un dilemma scespiriano)*; in *Giust. Civ.*,

Opposto, seppur minoritario, è l'orientamento che esclude che l'omessa o incompleta comunicazione di cui al nono comma possa determinare l'inefficacia del licenziamento, in quanto estranea alla procedura sindacale conclusasi con l'accordo o con il mancato accordo e, pertanto, idonea a giustificare solo conseguenze risarcitorie sul piano individuale e la possibilità di agire ai sensi dell'art. 28, L. n. 300 del 1970 in caso di mancato accordo ⁽¹³¹⁾.

Pur muovendo dall'assunto che, ai fini della legittimità delle procedure di mobilità e di licenziamento collettivo, la comunicazione di avvio della procedura medesima alle r.s.a. deve contenere tutti gli elementi previsti dall'art. 4 comma 3 della Legge n. 223 del 1991, affinché sia effettivamente consentita la partecipazione delle OO.SS. alla successiva trattativa per la riduzione del personale e venga garantita la trasparenza del processo decisionale datoriale nei confronti dei lavoratori destinati ad essere estromessi dall'azienda, la Suprema Corte è pervenuta a conclusioni divergenti circa la portata dell'obbligo di comunicazione.

Talvolta, infatti, ha ritenuto che in presenza di un progetto imprenditoriale volto a ridimensionare l'organico complessivo, l'imprenditore non è tenuto a comunicare ai sindacati i motivi dell'eccedenza dei lavoratori e degli esuberi facendo riferimento a ciascun settore, qualora esso interessi senza distinzioni tutti i settori produttivi, le professionalità e l'intero territorio nazionale ⁽¹³²⁾. Pertanto, *“l'imprenditore può limitarsi all'indicazione del numero complessivo dei lavoratori eccedenti suddiviso tra i diversi profili professionali contemplati dalla classificazione del personale occupato nell'azienda, tanto più ove proponga ai sindacati, nella stessa comunicazione e con riferimento alle misure idonee a ridurre l'impatto sociale dei licenziamenti, la stipulazione di un accordo, derogatorio dei criteri legali di scelta dei lavoratori da licenziare, che fondi la selezione sul possesso dei requisiti per l'accesso alla pensione”*, criterio di per sé di minore impatto sociale ⁽¹³³⁾. Conseguentemente, il riferimento legislativo ai “profili professionali”, non deve essere letto nel senso di richiedere l'indicazione delle concrete posizioni lavorative (cioè

1999, I, pag. 2471 e segg., con nota di V. MARINO, *Sulla violazione dell'obbligo di «comunicazione» in caso di licenziamento per riduzione di personale*. Cfr. Corte Cass., Sez. Un., 11 maggio 2000, n. 302, cit.; Cass., Sez. Un., 13 giugno 2000, n. 419, cit.; Corte Cass. 8 novembre 2003, n. 16805, cit.

⁽¹³¹⁾ Corte Cass., 23 settembre 1999, n. 10368, cit.; Corte Cass., 22 aprile 1998, n. 4121, in *Foro It.*, 1998, I, col. 2125 e segg.; Corte Cass., 20 novembre 1996, n. 10187, in *Giust. Civ.*, 1997, I, pag. 2201 e segg., con nota di L. SURDI, *Licenziamenti collettivi: efficacia sanante dell'accordo sindacale in caso di violazione della procedura*, leggesi altresì in *Dir. Lav.*, 1997, II, pag. 171 e segg., con nota di M. MARAZZA, nonché in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1997, II, pag. 624 e segg., con nota di V. MARINO, *Procedure di consultazione sindacale nei licenziamenti collettivi e omissione delle formalità previste dalla legge*, in *Orient. Giur. Lav.*, 1997, pag. 191 e segg.

⁽¹³²⁾ Corte Cass., 3 febbraio 2009, n. 2610. Il caso riguarda, a ben vedere, un impiegato che lamentava la mancata indicazione delle modalità di applicazione dei criteri di scelta dei lavoratori da licenziare, impedendo ai sindacati di controllare la legalità di tale azione. Ritiene la Corte, che, trattandosi di società che svolge identica attività produttiva sull'intero territorio nazionale, essa *“aveva la facoltà di decidere nella sua autonomia di impresa il ridimensionamento dell'impresa con esclusivo riguardo alla consistenza complessiva del personale ed al fine di ridurre i costi di gestione, determinando le eccedenze in un certo numero di lavoratori regione per regione e per area di inquadramento professionale, sottoponendo poi al sindacato la sua scelta imprenditoriale di procedere in tal modo alla riduzione di personale”*.

⁽¹³³⁾ Corte Cass., 3 febbraio 2009, n. 2610, cit. Seguono questa linea interpretativa, Corte Cass., 13 gennaio 2009, n. 505 e Corte Cass., 19 gennaio 2009, n. 1181.

delle mansioni svolte), restandosi pur sempre sul piano astratto della classificazione del personale, alla stregua della disciplina applicabile al rapporto di lavoro ⁽¹³⁴⁾.

In altra circostanza, invece, la Suprema Corte ⁽¹³⁵⁾ ha ritenuto che la sufficienza e l'adeguatezza di tale comunicazione vanno valutate *in primis* in relazione alla finalità di corretta informazione alle OO.SS., circa la "collocazione aziendale" ed i "profili professionali" del personale eccedente, ritenendo insufficiente il richiamo alle aree contrattuali in quanto esse raggruppano professionalità estremamente varie ed eterogenee.

Inoltre, secondo la Suprema Corte, il vizio consistente nella mancata indicazione nella comunicazione di avvio della procedura di tutti gli elementi previsti dall'art. 4, comma terzo, L. n. 223 del 1991, non è *ex se* sanato dalla successiva stipulazione di un accordo sindacale di riduzione del personale e dalla indicazione in esso di un criterio di scelta ⁽¹³⁶⁾.

Oltre a pretendere una motivazione dell'*iter* logico seguito, infatti, il legislatore chiede l'illustrazione delle forme di scelta, proprio al fine di assicurare un bilanciamento tra gli interessi dei diversi interlocutori. Il "concorso" fra i criteri di scelta postula la contestuale analisi di profili differenti, ciascuno corrispondente a diverse aspettative sostanziali.

Come evidenziato in dottrina, i contratti collettivi possono innovare i criteri ma non lo schema del procedimento di selezione e quindi la regola dell'applicazione di più criteri, possibilmente tali da bilanciare le opposte priorità ⁽¹³⁷⁾. Il rispetto dei criteri di scelta non si risolve nella regolarità formale delle modalità di applicazione, ma nella ragionevolezza comparativa della scelta ⁽¹³⁸⁾.

A ben guardare, la Suprema Corte ha ritenuto di dover mantenere distinte la comunicazione del recesso al singolo lavoratore da quella all'U.R.L.M.O. competente (nonché alla Commissione regionale dell'impiego e alle associazioni di categorie) sotto il profilo del contenuto e delle finalità. La prima deve essere redatta in forma scritta e deve contenere unicamente la notizia del

⁽¹³⁴⁾ Ne deriva che, "se il Giudice di merito aveva accertato che la contrattazione collettiva recava un sistema di inquadramento del personale per "aree funzionali", ciascuna caratterizzata dall'idoneità professionale allo svolgimento di una pluralità di mansioni, non si comprende perché l'indicazione dell'area di appartenenza non sarebbe indicazione dei "profili professionali".

⁽¹³⁵⁾ Cass. 11 luglio 2007, n. 15479: rigettava il ricorso del datore di lavoro essenzialmente sul rilievo che il Giudice del merito aveva correttamente assolto il compito istituzionale di accertare il fatto della insufficienza della comunicazione preventiva alle r.s.u. di avvio della procedura.

⁽¹³⁶⁾ Infatti, a fronte di un'intesa tra le parti circa i criteri selettivi sulla base dei quali il datore di lavoro può intimare il recesso, il Giudice dell'impugnazione del licenziamento collettivo o del collocamento in mobilità dovrà comunque verificare "l'adeguatezza dell'originaria comunicazione di avvio della procedura, non potendo escludersi che questa possa risultare non di meno insufficiente ove il sindacato in realtà non sia stato posto in condizione di partecipare alla trattativa con piena consapevolezza di ogni rilevante dato fattuale per l'obiettivo insufficienza o reticenza di tale iniziale comunicazione e che quindi la trattativa sindacale, pur sfociata nell'accordo, abbia sofferto di un originario "deficit" informativo che ridonderebbe anche in lesione di quell'esigenza di oggettiva trasparenza del processo decisionale del datore di lavoro; esigenza che - come si rilevava - è sottesa alla prescrizione del secondo e dell'art. 4 cit., comma 3, parimenti a quella di rendere il sindacato edotto di determinati dati di fatto".

⁽¹³⁷⁾ Cfr. M. D'ANTONA, *Commento all'art. 4, l. 23 luglio 1993, n. 1993*, op. cit., spec. pag. 929.

⁽¹³⁸⁾ M. D'ANTONA, *Commento all'art. 4, l. 23 luglio 1993, n. 1993*, op. cit.

recesso, senza che in essa risulti necessaria alcuna motivazione; la seconda deve invece includere “l’elenco dei lavoratori collocati in mobilità, con l’indicazione per ciascun soggetto del nominativo, del luogo di residenza, della qualifica, del livello di inquadramento, dell’età, del carico di famiglia”, nonché “la puntuale indicazione delle modalità con le quali sono stati applicati i criteri di scelta di cui all’art. 5, comma 1, stessa legge”⁽¹³⁹⁾.

La mancata o incompleta indicazione, in sede di comunicazione del recesso, ai soggetti pubblici coinvolti nella procedura delle puntuali modalità di applicazione dei criteri di scelta comporta, ex art. 5, terzo comma, L. n. 223 del 1991, l’inefficacia dei provvedimenti di recesso⁽¹⁴⁰⁾. La non corretta applicazione degli stessi, invece, determina l’annullamento del licenziamento⁽¹⁴¹⁾.

Alla luce delle considerazioni svolte nei paragrafi che precedono e tenute in debita considerazione le distinzioni dei vari profili coinvolti nella complessa procedura di licenziamento collettivo, la connessione tra la tematica dei criteri di scelta ed il profilo dell’obbligo di comunicazione a carico del datore di lavoro è vieppiù evidente, dal momento che l’esatto adempimento dell’obbligo dell’impresa di indicare “puntualmente” le modalità con le quali sono stati applicati tali criteri (art. 4, comma quarto, L. n. 223 del 1991), riveste un’importanza decisiva per il controllo dell’esercizio del potere datoriale.

La comunicazione dei criteri di scelta e delle modalità della loro applicazione, infatti, rappresenta la motivazione del singolo licenziamento e, oltre a garantire trasparenza e verificabilità della scelta dei dipendenti licenziati, costituisce un importante strumento di tutela del singolo lavoratore, in termini di verifica della legittimità del recesso.

⁽¹³⁹⁾ Corte Cass., 10 giugno 1999, n. 5718, cit. Corte Cass., 17 gennaio 1998, n. 419, in *Riv. Critica Dir. Lav.*, 1998, n. 2, pagg. 358 – 359. Le informazioni sul numero complessivo, generalità e qualifica dei licenziandi devono essere tali da consentire la verifica dell’osservanza dei criteri di designazione predeterminati dell’autonomia collettiva o dalla legge. Esse, inoltre, devono essere fornite ai soggetti collettivi e non anche al singolo lavoratore che, ai sensi dell’art. 4, comma nono, L. n. 223 del 1991, ha diritto solo alla comunicazione scritta che lo riguarda personalmente. Ciò tuttavia non esclude la giuridica protezione del singolo lavoratore ad ottenere, su richiesta, le informazioni in materia; né tale controllo può essere per intero sostituito da quello spettante alle associazioni sindacali, stante il diritto del singolo a non associarsi al sindacato e perciò a non affidare al soggetto collettivo la tutela delle proprie posizioni soggettive individuali (Corte Cass., 23 settembre 1999, n. 10368, in *Mass. Giur. Lav.*, 2000, pag. 100 e segg., con nota di S. LIEBMAN, *Licenziamento collettivo, procedure sindacali e garanzie del dipendente*; in *Guida al Dir.*, 1999, fasc. 48, pag. 78 e segg., con nota di F. S. IVELLA, *Introdotta una tutela diretta del lavoratore per verificare l’operato dell’imprenditore*).

⁽¹⁴⁰⁾ L’art. 4, nono comma, prefigura la mera comunicazione delle “modalità con le quali sono stati applicati i criteri”, senza richiedere la verifica delle istituzioni destinatarie, sebbene l’eventuale trasgressione comporti l’inefficacia dei recessi, ai sensi dell’art. 4, comma dodicesimo.

⁽¹⁴¹⁾ Si comprende, dunque, la necessità di mantenere distinti i due piani, quello della violazione della procedura e quello della violazione dei criteri di scelta. In proposito, ai sensi dell’art. 17 della L. n. 223 del 1991, nei casi in cui il regolare espletamento della procedura abbia già legittimato l’imprenditore a ridurre il personale, ma l’inosservanza dei criteri abbia falsato la scelta oppure il mancato rispetto della forma scritta abbia reso inefficace l’atto (con conseguente reintegrazione dei lavoratori licenziati inefficace), l’imprenditore “può procedere alla risoluzione del rapporto di lavoro di un numero di lavoratori pari a quello dei lavoratori reintegrati senza dover esperire una nuova procedura”. Il fatto che l’imprenditore abbia già correttamente percorso l’iter procedurale, sembra convalidare la tesi secondo la quale il potere di ridurre il personale sorge dal perfezionamento della procedura, laddove il singolo licenziamento è giustificato dal rispetto dei criteri di scelta. Mentre la violazione della procedura fa sì che la sanzione della reintegrazione incida in termini reali sul dimensionamento, la violazione dei criteri di scelta non intacca la decisione di ridurre il personale, rendendo possibile una semplice revisione della scelta dei licenziati.

4.4.3.1. La possibile inadeguatezza del criterio di scelta.

Il richiamo alla “*puntuale indicazione delle modalità di applicazione dei criteri*” di scelta, contenuto all’art. 4, comma nono⁽¹⁴²⁾, L. n. 223 del 1991, secondo l’opinione di autorevole dottrina, impedirebbe al datore di lavoro di prescindere dalla predisposizione di una vera e propria graduatoria a punteggio dei lavoratori licenziati e del personale mantenuto in servizio, che sia idonea ad attribuire a ciascun criterio uno specifico valore selettivo utile alla comparazione tra i lavoratori ed a consentire il controllo successivo da parte degli interessati e del giudice. In particolare, non sarebbe sufficiente il mero richiamo alla lettera della legge o la mera enunciazione o ripetizione dei criteri utilizzati e delle relative attribuzioni in termini di punteggio.

Infatti, si ritiene necessario che la comunicazione indichi le regole di ponderazione dei criteri, nonché l’indice valutativo attribuito a ciascuno di essi, ovvero la valutazione comparativa di tutti i dipendenti tra i quali la scelta è stata operata, al fine di consentire sia al lavoratore che al giudice di comprendere e controllare il modo in cui si è arrivati alla selezione⁽¹⁴³⁾. In ogni caso, il lavoratore ha diritto non alla conservazione del posto, bensì solo a che l’imprenditore eserciti i suoi poteri nel rispetto dei principi di buona fede e correttezza⁽¹⁴⁴⁾.

Si ritiene, tuttavia, che l’accordo possa risultare illegittimo qualora rimetta, in ultima istanza, all’imprenditore la possibilità di selezionare tra tutti quelli che si trovino nelle condizioni previste⁽¹⁴⁵⁾. Si avverte, pertanto, la necessità che esso preveda un altro criterio “interno” al criterio stesso (es. minore durata del periodo di mobilità) o un altro criterio che potrebbe avere contenuto sociale, oppure potrebbe dar rilievo ad un determinato aspetto delle esigenze tecnico - produttive o organizzative, purché esplicitate, con il preciso obiettivo di circoscrivere la discrezionalità del datore di lavoro⁽¹⁴⁶⁾.

⁽¹⁴²⁾ Ai sensi dell’art. 4, comma nono, una volta raggiunto l’accordo od esaurita negativamente la procedura, il datore può comunicare per iscritto il licenziamento ai lavoratori eccedenti, nel rispetto dei termini di preavviso; contestualmente, egli deve trasmettere alla Direzione regionale del lavoro, alla Commissione regionale permanente tripartita di cui all’art. 5 D. Lgs. n. 469 del 1997, ed alle associazioni di categoria aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative l’elenco dei lavoratori licenziati, con l’indicazione per ciascuno di essi del nominativo, del luogo di residenza, della qualifica, del livello di inquadramento, dell’età, del carico di famiglia, con “puntuale indicazione delle modalità di applicazione dei criteri” di scelta.

⁽¹⁴³⁾ M. TATARELLI, *Il licenziamento individuale e collettivo*, op. cit., spec. pag. 435.

⁽¹⁴⁴⁾ L’impostazione è di M. PERSIANI, *I licenziamenti collettivi per riduzione di personale nella l. 223/91: le procedure*, in *Dir. Rel. Ind.*, 1992, pag. 215.

⁽¹⁴⁵⁾ F. SCARPELLI, *Iniziativa economica, autonomia collettiva, sindacato giudiziario: dall’art. 41 della Costituzione alla recente legislazione sulle trasformazioni dell’impresa*, in *Lav. Dir.*, 1996, n. 1, pag. 15 e segg.

⁽¹⁴⁶⁾ Si ritiene che analoga soluzione dovrebbe applicarsi rispetto al criterio del possesso dei requisiti pensionistici o di prepensionamento (cfr. F. LISO, *Mercato del lavoro: il ruolo dei poteri pubblici e privati nella legge n. 223/1991*, op. cit.; R. DEL PUNTA, *I vecchi e i giovani: spunti sui criteri di scelta dei lavoratori in esubero*, in *Lav. Dir.*, 1999, pag. 403 e segg.).

L'esigenza di imparzialità e l'ammisibilità dell'attribuzione al datore di spazi di discrezionalità totale nella scelta dei lavoratori da licenziare, dunque, imporrebbe soluzioni analoghe in presenza di uno o più criteri la cui applicazione consentisse di individuare un numero di lavoratori superiore a quelli divenuti in esubero senza possibilità alcuna di formulare una graduatoria idonea ad assicurare la selezione oggettiva dei destinatari dell'atto di recesso.

In mancanza di un criterio suppletivo, infatti, si appalesa il rischio che non vi sia la possibilità di operare il controllo sulle ragioni che hanno portato al licenziamento di un lavoratore e non di un altro. In questo modo, il criterio, non essendo funzionale allo scopo, dovrà ritenersi illegittimo, in quanto generico, irragionevole ed in concreto e non adeguato a far sì che il datore di lavoro possa ottemperare all'onere della puntuale indicazione delle modalità di applicazione dei criteri ⁽¹⁴⁷⁾. Illegittima è anche la procedura di licenziamento o di collocazione in mobilità, salvo che il datore di lavoro non dimostri di aver combinato il criterio convenzionale con un altro criterio di selezione interna rispondente ai requisiti di legge. Si ammette, in questo caso, che i criteri legali trovino applicazione non solo in via alternativa a quelli di natura pattizia, ma anche in via suppletiva quando questi ultimi siano carenti ⁽¹⁴⁸⁾.

Ond'è che l'eventuale previsione nell'accordo raggiunto in merito al criterio di scelta di ulteriori criteri da applicare in via suppletiva, qualora la platea dei potenziali destinatari fosse numericamente più estesa rispetto a quella dei lavoratori da espellere in via definitiva, se per un verso potrà ritenersi auspicabile, per altro verso difficilmente si potrà sostenere che tale previsione sia condizione di legittimità dell'accordo. È possibile, infatti, valutare di per sé il criterio, ritenendo implicito nell'accordo il consenso delle parti ad una successiva selezione del datore di lavoro, operata sulla base delle esigenze tecnico – organizzative dell'azienda.

Orbene, la circostanza che altri lavoratori in possesso dei medesimi requisiti siano stati mantenuti in azienda non comporta, di per sé, la pretestuosità ed illegittimità del criterio di scelta.

Ad ogni modo, risulta decisivo che il margine di discrezionalità del datore di lavoro nella scelta dei lavoratori da licenziare non venga utilizzato con mere finalità discriminatorie, in aperta violazione dei canoni di correttezza e di buona fede, *ex artt.* 1175 e 1375 Cod. Civ; l'onere della

⁽¹⁴⁷⁾ M. TATARELLI, *Il licenziamento individuale e collettivo*, op. cit., pag. 447.

⁽¹⁴⁸⁾ Il giudice del merito deve procedere ad una valutazione di merito delle risultanze processuali, anche sulla base delle allegazioni delle parti, al fine di stabilire se lo scostamento dal numero complessivo di lavoratori licenziabili sia avvenuto con carattere discriminatorio ovvero se tale atto difetti di qualsiasi ragionevolezza e comunque sia avvenuto in violazione dei principi di correttezza e di buona fede. *Ex plurimis*, Corte Cass., 2 settembre 2003, n. 12781 in *Lav. Giur.*, 2004, pag. 121 e segg., con nota di G. MANNACIO, *Pensionamento e criteri di scelta nel licenziamento per riduzione di personale*; Corte Cass., 7 dicembre 1999, n. 13691, in *Foro It.*, 2000, I, col. 2842 e segg.; Corte Cass., 28 luglio 2000, n. 9956, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2001, II, pag. 579 e segg., con nota di M. CARO, *Ammissibilità e tecnica di applicazione del criterio del prepensionamento per la scelta dei lavoratori da porre in mobilità*. Secondo Pret. Milano 31 maggio 1996, in *Riv. Critica Dir. Lav.*, 1996, pag. 1031 e segg., è legittima l'utilizzazione di altro criterio coerente con quello prescelto, ad esempio, il godimento di un trattamento pensionistico più elevato conseguente al possesso di una maggiore anzianità.

prova della corretta applicazione dei criteri (contrattuali o legali) e della procedura secondo le modalità ed i contenuti esposti nel testo grava, ai sensi dell'art. 2697 Cod. Civ., sul datore di lavoro.

Secondo una precisa opzione interpretativa, la prova datoriale non può limitarsi alla mera indicazione di formule generiche ripetitive dei principi dettati in astratto dalla disciplina contrattuale e legislativa, sia pure specificamente riferiti ai singoli lavoratori che hanno impugnato il licenziamento, in quanto essa deve avere ad oggetto una valutazione comparativa delle posizioni dei dipendenti potenzialmente interessati al provvedimento ⁽¹⁴⁹⁾. In taluni casi, addirittura, la giurisprudenza ha imposto al datore di lavoro l'obbligo di allegare i criteri di scelta adoperati, dimostrandone altresì la concreta applicazione nei confronti dei lavoratori licenziati, mediante l'indicazione per ciascuno di essi, dello stato familiare, dell'anzianità e delle mansioni, laddove siano stati utilizzati i criteri legali ⁽¹⁵⁰⁾.

4.4.4. Il criterio della pensionabilità: alcuni profili problematici. Il rischio latente di discriminazione.

Fermo restando il principio di non discriminazione, la Suprema Corte ha avuto modo di affermare, in più occasioni, che un sistema di riduzione del personale incentrato sull'esigenza di una più efficace riorganizzazione dell'impresa, non disgiunta da quella di addossare la ricaduta degli effetti negativi della riduzione sui soggetti che - in quanto prossimi alla pensione - hanno la capacità economica di ammortizzare meglio detti effetti, presenta, inequivocabili caratteri di equità ⁽¹⁵¹⁾. In un'ottica di costi-benefici, dunque, il criterio della pensionabilità eventualmente concordato tra le parti sociali per l'individuazione dei lavoratori da licenziare o collocare in mobilità, consente di trasferire la perdita dovuta alla cessazione del rapporto di lavoro sul soggetto socialmente più protetto, per il fatto stesso di poter accedere al pensionamento ⁽¹⁵²⁾.

La Suprema Corte, infatti, ha riconosciuto la legittimità dell'accordo che dia esclusivo rilievo al solo criterio del possesso dei requisiti per fruire del trattamento pensionistico nel corso o al

⁽¹⁴⁹⁾ Corte Cass., 15 febbraio 2001, n. 2188, cit.

⁽¹⁵⁰⁾ Corte Cass., 29 maggio 1998, n. 5358, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1999, II, pag. 222 e segg., con nota di E. GRAGNOLI, *Licenziamenti collettivi, illegittimità dell'accordo sindacale, operatività dei criteri legli i scelta e onere della prova*. Per ulteriori approfondimenti, M. TATARELLI, *Il licenziamento individuale e collettivo*, op. cit., pag. 442. Corte Cass., 8 novembre 2003, n. 16805, in *Orient. Giur. Lav.*, 2003, pag. 954 e segg.; in *Guida al Dir.*, 2003, n. 49, pagg. 52 - 53.

⁽¹⁵¹⁾ Corte Cass., 21 settembre 2006, n. 20455, in *Foro It.*, 2007, I, col. 1846 e segg.

⁽¹⁵²⁾ Da ciò, tuttavia, non si può far discendere l'ammissibilità del ricorso ai licenziamenti collettivi per riduzione di personale (collocamento in mobilità), per espellere lavoratori anziani e far posto a lavoratori giovani. La posizione della Corte di Cassazione sul punto è netta: *ex plurimis*, Corte Cass., 24 luglio 2001, n. 10047, in *Riv. Critica Dir. Lav.*, 2001, pag. 1039 e segg. In dottrina si rinvia alle riflessioni contenute in F. SCARPELLI, *Il campo di applicazione delle discipline dei licenziamenti collettivi e gli interessi tutelati*, op. cit., pag. 299.

termine della procedura di mobilità e, più in generale, al criterio della possibilità di accedere al prepensionamento ⁽¹⁵³⁾.

La giurisprudenza ⁽¹⁵⁴⁾, in particolare, ha considerato l'intrinseca legittimità del requisito del possesso dei requisiti per il prepensionamento, richiedendo soltanto che l'imprenditore operi nel rispetto dei criteri di buona fede e correttezza, e quindi in base ai criteri di razionalità, obiettività e non discriminazione.

Il criterio sociale della prossima pensionabilità del lavoratore, a ben guardare, è inverso rispetto a quello dell'anzianità anagrafica e può trovare giustificazione nella garanzia di continuità di reddito assicurata al lavoratore licenziato; esso è di per sé dotato dei requisiti di generalità ed astrattezza richiesti dal Giudice costituzionale ⁽¹⁵⁵⁾.

Le perplessità sollevate nel precedente paragrafo, legate al fatto che all'atto della concreta applicazione del criterio concordato potrebbe verificarsi che esso non consenta di individuare esattamente i dipendenti che saranno coinvolti dai provvedimenti risolutivi, rendendosi necessaria

⁽¹⁵³⁾ Corte Cass., 2 settembre 2003, n. 12781, cit.; Corte Cass., 9 settembre 2000, n. 11875, cit. Pare opportuno segnalare in questa sede la diversità di soluzioni prospettate dal giudice di legittimità in merito alla specificazione del trattamento pensionistico, di anzianità o di vecchiaia. Se da un lato è stato dichiarato illegittimo, in quanto privo di obiettività, il criterio che prevede il collocamento in mobilità dei lavoratori in grado di acquisire nei successivi tre anni il diritto a pensione, senza specificare se si tratti di pensione di anzianità o di vecchiaia Corte Cass., 24 aprile 1999, n. 4097, cit.; dall'altro, in una diversa occasione la Suprema Corte ha escluso la rilevanza della mancata distinzione tra i due trattamenti, con conseguente coinvolgimento dei lavoratori con bassa pensione, dovendosi operare il raffronto con i lavoratori più giovani. Parimenti, si ritiene che non assuma rilievo alcuno la circostanza che non vi sia alcuna distinzione tra la posizione dei lavoratori maschi e quella delle donne, svantaggiate in considerazione dei più bassi limiti di età richiesti per il loro pensionamento, dovendo la posizione di queste ultime essere valutata in relazione a quella delle altre donne e degli uomini che non possono accedere alla pensione (Corte Cass., 22 marzo 2001, n. 4140, cit.). in particolare, secondo Corte Cass., 9 settembre 2000, n. 11875, cit., il criterio contrattuale imperniato sulla maggiore anzianità contributiva o anagrafica viene accreditato in considerazione dei requisiti dell'equità nella distribuzione dei sacrifici, della verificabilità ed oggettività nonché della rigidità in funzione di riduzione della discrezionalità aziendale, tutti insiti nel criterio stesso (Sulla stessa linea interpretativa, Corte Cass., 2 marzo 1999, n. 1760, in *Mass. Giur. Cost.*, 1999, 476; Corte Cass., 28 luglio 2000, n. 9956, cit.).

⁽¹⁵⁴⁾ In particolare Corte Cass., 19 settembre 2002, n. 13393, in *Lav. Giur.*, 2003, pag. 552 e segg., con nota di G. GIRARDI, *Riduzione del personale e criteri di scelta*.

⁽¹⁵⁵⁾ Corte Cost., 30 giugno 1994, n. 268, cit. Sotto il profilo dei criteri di scelta, l'accordo può essere sanzionato per la loro contrarietà ai principi costituzionali, nonché a norme imperative di legge. Tra gli Autori che, a garanzia dell'equilibrio tra interessi contrapposti, ritengono che l'accordo oltre a combinare tra loro i criteri legali e convenzionali, può anche definire criteri solamente legali: F. FOCARETA, *I criteri di scelta dei lavoratori nei licenziamenti collettivi*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1992, pag. 319 e segg. Mentre il criterio delle esigenze tecnico-produttive ed organizzative dell'impresa per sua stessa natura esaurisce in sé il rilievo che può essere riconosciuto agli interessi esprimibili dall'impresa nelle ipotesi di licenziamenti per riduzione di personale, i criteri dell'anzianità e dei carichi di famiglia, possono essere sostituiti da altri criteri, pur sempre di valenza sociale, in grado di esprimere un diverso bilanciamento tra gli interessi configgenti dei vari lavoratori coinvolti nella riduzione di personale. Per questo si ritiene che «l'accordo sindacale può facilitare l'applicazione dei criteri legali, stabilendone la graduatoria o specificandone la valenza con la determinazione dei punteggi all'interno degli stessi; si può precisare l'incidenza della situazione patrimoniale-familiare, in relazione a proprietà immobiliari, al coniuge che lavora, ai figli impegnati nello studio; può determinare la misura della prevalenza delle esigenze tecnico-produttive ed organizzative; può introdurre altri criteri, anche esclusivi» (M. TATARELLI, *Il licenziamento individuale e collettivo*, op. cit., cit., pag. 450).

un'ulteriore operazione selettiva ⁽¹⁵⁶⁾, vengono alla luce proprio quando il criterio in questione sia il possesso dei requisiti per il collocamento in quiescenza; in particolare quando, essendo i destinatari in numero superiore rispetto ai lavoratori previsti in esubero e, mancando al contempo la previsione di un criterio suppletivo idoneo a sottrarre l'ulteriore selezione alla scelta discrezionale datoriale, non vi sia la possibilità di operare un controllo sulle ragioni che hanno portato al licenziamento di un lavoratore e non di un altro.

Mentre nel caso in cui il numero dei richiedenti i pensionamenti anticipati ecceda il numero degli "assegnati", le esigenze aziendali incidono su di una platea di lavoratori in possesso dei requisiti richiesti che "volontariamente" presentano la propria candidatura all'esodo, nell'ipotesi prospettata anteriormente la platea dei destinatari è composta da soggetti che, sebbene coscienti del fatto di possedere o meno il requisito individuato in sede di contrattazione aziendale, non si sono "autocandidati".

In proposito, di fronte all'affermazione della Suprema Corte ⁽¹⁵⁷⁾ – peraltro più volte reiterata – secondo la quale il generico riferimento ai criteri di scelta non è sufficiente al rispetto degli obblighi di informazione in caso di licenziamento collettivo, sorgono dei dubbi circa l'estensione del potere datoriale, ovvero circa la possibilità di valutare di per sé il criterio, ritenendo implicito nell'accordo il consenso delle parti ad una successiva selezione del datore di lavoro, operata sulla base delle esigenze tecnico – organizzative dell'azienda.

Secondo una precisa opzione interpretativa, la prova datoriale non può limitarsi alla mera indicazione di formule generiche ripetitive dei principi dettati in astratto dalla disciplina contrattuale e legislativa, sia pure specificamente riferiti ai singoli lavoratori che hanno impugnato il licenziamento, in quanto essa deve avere ad oggetto una valutazione comparativa delle posizioni dei dipendenti potenzialmente interessati al provvedimento ⁽¹⁵⁸⁾. In taluni casi, addirittura, la giurisprudenza ha imposto al datore di lavoro l'obbligo di allegare i criteri di scelta adoperati, dimostrandone altresì la concreta applicazione nei confronti dei lavoratori licenziati, mediante l'indicazione per ciascuno di essi, dello stato familiare, dell'anzianità e delle mansioni, laddove siano stati utilizzati i criteri legali ⁽¹⁵⁹⁾.

In buona sostanza, al ricorrere dell'ipotesi prospettata, il criterio della pensionabilità verrebbe utilizzato, non già per la diretta individuazione della quota di lavoratori da espellere, a pre-

⁽¹⁵⁶⁾ Per ulteriori approfondimenti, G. NATULLO, *Criteri di scelta e contrattazione collettiva nei licenziamenti per eccedenza di personale*, op. cit., pag. 235 e segg.

⁽¹⁵⁷⁾ *Ex plurimis*, Corte Cass., 23 ottobre 2006, n. 22706.

⁽¹⁵⁸⁾ Corte Cass., 15 febbraio 2001, n. 2188, cit.

⁽¹⁵⁹⁾ Corte Cass., 29 maggio 1998, n. 5358, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1999, II, pag. 222 e segg., con nota di E. GRAGNOLI, *Licenziamenti collettivi, illegittimità dell'accordo sindacale, operatività dei criteri legli i scelta e onere della prova*. Per ulteriori approfondimenti, M. TATARELLI, *Il licenziamento individuale e collettivo*, op. cit., pag. 442. Corte Cass., 8 novembre 2003, n. 16805, in *Orient. Giur. Lav.*, 2003, pag. 954 e segg.

scindere dalla loro collocazione professionale, bensì come criterio di scelta all'interno dell'universo dei lavoratori potenzialmente interessati al licenziamento ⁽¹⁶⁰⁾.

A quanto consta, in più occasioni la giurisprudenza di merito ha mostrato una spiccata diffidenza nei confronti del criterio della pensionabilità. Il Giudice di primo grado, non di rado, si è espresso asserendo l'esistenza di un contrasto con la norma di cui all'art. 5, Legge n. 223 del 1991, nell'ipotesi di individuazione numerica del personale eccedente, coinvolto da una procedura di mobilità, unicamente basata sul possesso di un determinato requisito di anzianità contributiva; in questo caso, infatti, anche qualora sia frutto di un accordo sindacale, il criterio svincola la decisione di riduzione del personale e delle dimensioni di tale riduzione da obiettive esigenze organizzative dell'impresa ⁽¹⁶¹⁾.

È stato inoltre ritenuto illegittimo l'accordo collettivo stipulato *ex art. 5, 1° comma, L. n. 223 del 1991*, nella parte in cui prevede quale unico criterio di scelta quello della c.d. "pensionabilità", senza la ponderazione dello stesso con altri criteri "sociali", in quanto esso si traduce nella violazione del principio di ragionevolezza ⁽¹⁶²⁾ ⁽¹⁶³⁾.

La questione è se possa ritenersi sufficiente il richiamo agli obblighi generali di correttezza, buona fede e non discriminazione nella scelta ⁽¹⁶⁴⁾.

⁽¹⁶⁰⁾ Valgono le considerazioni contenute in F. SCARPELLI, *Il campo di applicazione delle discipline dei licenziamenti collettivi e gli interessi tutelati*, op. cit.

⁽¹⁶¹⁾ *Ex plurimis*, Pret. Milano 22 marzo 1999, in *Riv. Critica Dir. Lav.*, 1999, pag. 541 e segg.

⁽¹⁶²⁾ Pret. Milano 28 novembre 1996, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1997, II, pag. 377 e segg., con nota di G. PERA, *Licenziamento per riduzione del personale, dei lavoratori prossimi al pensionamento*. Inoltre, il Pretore di Milano ritiene che, consentendo di far riferimento per il personale femminile ad un'età inferiore a quella del personale maschile, esso violi il principio di parità di trattamento sancito dalla Legge 10 aprile 1991, n. 125 (e ribadito specificamente dall'art. 8 della Legge 19 luglio 1993, n. 236). Viene altresì segnalata la violazione del principio di ragionevolezza e congruità qualora, come nel caso di specie, la scelta dei lavoratori da licenziare fosse attuata non sulla base dell'anzianità contributiva effettiva (quella cioè risultante dai dati reperiti dagli istituti previdenziali), ma sulla base dell'anzianità contributiva risultante dalla documentazione in possesso dell'azienda. Da ultimo, in ordine temporale, si segnala Corte App., Firenze 27 marzo 2006, in *Riv. Critica Dir. Lav.*, 2006, n. 3, pag. 910 e segg., con nota di L. CALAFÀ, *Licenziamenti collettivi alle Poste e discriminazioni in base all'età: la prima applicazione nazionale della sentenza Mangold*. La collocazione in mobilità fondata sull'unico criterio della prossimità al pensionamento viola il 2°, 3° e 9° comma dell'art. 4 L. 23/7/91 n. 223. Sussiste una discriminazione in base all'età ai sensi del D. Lgs. 9 luglio 2003, n. 216 nell'accordo sindacale che individui la possibilità del lavoratore di accedere al pensionamento come unico criterio in base al quale collocare in mobilità i lavoratori.

⁽¹⁶³⁾ Quando i pensionabili sono in numero superiore rispetto ai lavoratori da licenziare: occorre stabilire criteri aggiuntivi o di selezione interna (Corte Cass., 22 marzo 2001, n. 4140, cit., in *Notiz. Giur. Lav.*, 2001, pag. 399 e segg.; Corte Cass., 20 marzo 2000, n. 3271, in *Notiz. Giur. Lav.*, 2000, pag. 643 e segg.; Corte Cass., 22 settembre 2003, n. 12781, cit.), o imporre l'accertamento che nella fase attuativa scelta siano stati rispettati i principi di correttezza, buona fede e non discriminazione (Corte Cass., 13 settembre 2002, n. 13393, in *Dir. Lav.*, 2002, II, pag. 583). La previsione di un criterio contrattuale unico è in astratto consentita ma con il limite dell'accertata idoneità del criterio stesso a consentire la selezione e purché lo stesso non sia utilizzato a fini discriminatori (Corte Cass., 13 settembre 2000, n. 13393), anche qualora esso si identifichi unicamente nelle esigenze aziendali (Corte Cass., 24 marzo 1998, n. 3133, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1999, II, pag. 197 e segg., con nota di L. MARRA, *Sui requisiti della pattuizione collettiva in materia di criteri di scelta nei licenziamenti collettivi*; Corte Cass., 10 giugno 1999, n. 5718, cit.).

⁽¹⁶⁴⁾ Le decisioni datoriali saranno legittime se avvenute nel rispetto dei principi di ragionevolezza e sensibilità sociale, quali quelli normativamente o convenzionalmente previsti per la scelta dei lavoratori interessati da un licenziamento collettivo, operanti, in questo caso, in senso inverso Ad ogni modo, l'esistenza della graduatoria compilata

Sempre con riferimento all'ampiezza del potere datoriale, non mancano perplessità nell'ipotesi in cui, sebbene sia stato individuato correttamente un determinato ambito entro il quale operare la selezione, il datore di lavoro possa escludere alcuni dipendenti trasferendoli altrove, con conseguente coinvolgimento nel provvedimento espulsivo, per scorrimento della graduatoria, di lavoratori che altrimenti sarebbero rimasti in servizio ⁽¹⁶⁵⁾.

Ulteriore scetticismo può essere segnalato alla luce di quanto sancito dall'art. 3, D. Lgs. 9 luglio 2003, n. 216, emanato in “Attuazione della direttiva 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro”, all'art. 3, statuisce che “Il principio di parità di trattamento senza distinzione di religione, di convinzioni personali, di handicap, di età e di orientamento sessuale si applica a tutte le persone sia nel settore pubblico che privato ed è suscettibile di tutela giurisdizionale secondo le forme previste dall'articolo 4, con specifico riferimento alle seguenti aree: ... b) occupazione e condizioni di lavoro, compresi gli avanzamenti di carriera, la retribuzione e le condizioni del licenziamento”.

Peraltro, è proprio in relazione a tale criterio che potrebbe concretizzarsi il rischio di uno sfasamento tra le motivazioni comunicate dall'azienda ed il criterio prescelto che, sebbene strumento atto a ridimensionare l'impatto sociale della scelta imprenditoriale, risulta sganciato da quelle esigenze che ne sono il fondamento. Resta dunque il rischio di licenziamenti ciclici generazionali legati al possesso del requisito della prossimità alla pensione e motivate da ragioni (più o meno latenti) di svecchiamento del personale.

In ogni caso, qualora il criterio prescelto fosse quello della pensionabilità, si tratta di stabilire se la comunicazione vada indirizzata solo ai lavoratori licenziati o a tutti i lavoratori in possesso dei requisiti previsti.

4.4.5. Le esigenze aziendali quale criterio convenzionale unico.

Per quanto concerne l'ampiezza delle nozioni di “*esigenze tecniche, produttive ed organizzative*” delle quali il legislatore fa espressa menzione, la Corte tende a valutare positivamente il criterio delle esigenze aziendali, inteso sia come criterio convenzionale unico, sia quale parametro in rela-

nel corso della procedura, consente normalmente l'individuazione oggettiva del soggetto più debole da preferire. M. TATARELLI, *Il licenziamento individuale e collettivo*, op. cit., pag. 463 e segg.

⁽¹⁶⁵⁾ La Suprema Corte ha ritenuto tale comportamento legittimo nel concorso di una condizione sostanziale, consistente nella sopravvenienza di nuove esigenze di carattere tecnico e produttivo che impongano di effettuare scelte diverse da quelle programmate, e di una condizione formale, cioè la comunicazione, almeno contestuale all'atto espulsivo, della decisione motivata ai lavoratori ripescati, affinché essi possano sottoporre al sindacato del giudice il comportamento discrezionalmente tenuto (Così, Corte Cass., 13 luglio 1998, n. 6867, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1999, II, pag. 390 e segg., con nota di G. MAMMONE, *Trasferimento intraaziendale del lavoratore nel corso di procedura di riduzione di personale e correttezza dell'esercizio del potere imprenditoriale*). In difetto, la determinazione è illegittima, in quanto una volta delineato l'ambito della procedura ed individuati i criteri in concreto da adottare, il datore non può porre in essere comportamenti tali da alterare l'applicazione dei criteri prescelti e/o concordati.

zione al quale controllare la scelta, effettuata in base ad altri criteri, laddove residuino margini di discrezionalità per il datore di lavoro ⁽¹⁶⁶⁾. In particolare, la Suprema Corte ha escluso che possa negarsi la piena legittimità di accordi sindacali che fondino la scelta dei lavoratori da porre in mobilità dando esclusivo rilievo alle sole esigenze tecnico-produttive ed organizzative del complesso aziendale, “*non potendosi dubitare che la presa di coscienza della realtà aziendale da parte del sindacato fa ragionevolmente ritenere che il richiamo alla salvaguardia delle esigenze aziendali sia un passaggio utile, se non necessario, per restituire produttività alle imprese, e non, certo, uno strumento da utilizzare per liberarsi della forza lavoro sgradita al datore di lavoro*” ⁽¹⁶⁷⁾. Sul punto, tuttavia, sono emerse opinioni discordi in dottrina ⁽¹⁶⁸⁾.

Se da un lato, i criteri dei carichi di famiglia e dell'anzianità consentono l'attribuzione di un parametro uniforme per tutti i lavoratori, la valutazione operata in relazione alle esigenze tecnico-produttive può essere declinata in modo differenziato a seconda delle varie posizioni di lavoro ricoperte e, pertanto, in ragione dell'interesse collettivo dell'impresa e non di quello individuale dell'imprenditore.

Sebbene nell'ambito dei licenziamenti collettivi la giurisprudenza tendenzialmente ammetta un'ampia discrezionalità nell'apprezzamento del requisito delle esigenze tecnico-produttive ⁽¹⁶⁹⁾, il criterio della buona fede e correttezza deve essere inteso come clausola generale volta a limitare la discrezionalità del datore di lavoro tanto nella gestione della crisi, quanto nella fase di recesso, al fine di evitare comportamenti discriminatori e di garantire una valutazione obiettiva nella scelta dei lavoratori da licenziare ⁽¹⁷⁰⁾.

Ne deriva che l'attenzione al contenimento dei costi può essere ricompresa tra le scelte organizzative che, volte alla realizzazione dell'interesse dell'impresa, giustificano l'ampliamento della nozione di esigenze tecnico-produttive riferita ai criteri di scelta. Ad ogni modo, la prevalenza attribuita dal datore di lavoro alle esigenze tecniche non può mai essere arbitraria e immotivata; al contrario, essa dovrà sempre trovare fondamento in una situazione oggettiva dell'azienda (ristrutturazione, trasformazione). Alla luce di valutazioni e scelte che investono la collettività

⁽¹⁶⁶⁾ Corte Cass., 24 marzo 1999, n. 3133, cit.; Cass. 10 giugno 1999, n. 5718, cit.

⁽¹⁶⁷⁾ Corte Cass., 24 marzo 1998, n. 3133, cit.

⁽¹⁶⁸⁾ Tra le dottrina favorevole, S. LIEBMAN; *Accordo sindacale sui criteri di scelta dei lavoratori da collocare in mobilità e legittimità del riferimento alle sole esigenze tecnico produttive dell'impresa*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1998, 456; F. LISO, *Autonomia collettiva e occupazione*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1998, 284, nota 50. Tra la giurisprudenza favorevole, Corte Cass., 24 marzo 1998, n. 3133, cit. Tra la dottrina contraria, U. CARABELLI, *I licenziamenti per riduzione di personale in Italia*, in AA.VV., *I licenziamenti per riduzione di personale in Europa*, Bari 184; F. SCARPELLI, *Iniziativa economica, autonomia collettiva, sindacato giudiziario: dall'art. 41 della Costituzione alla recente legislazione sulle trasformazioni dell'impresa*, in *Lav. Dir.*, 1996, 35.

⁽¹⁶⁹⁾ Cfr. ad esempio Corte Cass., 15 luglio 1995, n. 7708, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1996, II, 424, ove si legge che la valutazione incontra il solo limite della coerenza. In dottrina si rinvia a G. ZILIO GRANDI, *I licenziamenti collettivi*, *Comm DL*, vol. III, 2002, 478 ss.

⁽¹⁷⁰⁾ Si veda Corte Cost., 30 giugno 1994, n. 268, cit.

dell'impresa, nell'ambito dei licenziamenti collettivi, il risparmio sui costi potrebbe essere valutato quale criterio oggettivo per risolvere il conflitto di interessi tra i lavoratori interessati ⁽¹⁷¹⁾.

Val la pena precisare che l'accordo che privilegia esclusivamente le esigenze aziendali e con il quale si stabilisce di limitare la scelta ad una determinata area aziendale o ambito professionale, più che un accordo sui criteri di scelta, sembrerebbe un accordo di chiusura della fase partecipativa delle procedure di informazione e consultazione, o meglio, un accordo che, attenendo ancora alla fase della decisione organizzativa, specifica meglio le esigenze tecnico-produttive che sono alla base della dichiarazione di eccedenza ⁽¹⁷²⁾.

4.5. Misure alternative all'estinzione del rapporto di lavoro: il reiterato ricorso alla Cassa integrazione guadagni straordinaria.

Dalle osservazioni svolte in questa sede è emerso che l'ammissione al trattamento straordinario di integrazione salariale costituisce spesso il primo passaggio nel quale si articola il percorso di risanamento dell'impresa in crisi. Con l'obiettivo di alleggerire il costo del lavoro per l'impresa, il ricorso alla Cassa integrazione guadagni straordinaria rappresenta la prima tempestiva risposta in situazioni complesse nelle quali l'individuazione di obiettivi finali e strategie complessive legate ad un tempistica tutt'altro che breve.

L'apparente razionalità della rigida predeterminazione del periodo di intervento della Cassa integrazione salariale, secondo alcuni, sfuma di fronte al rischio che essa si riveli inadeguata rispetto alle necessità legate ad una seria operazione di salvataggio dell'azienda e dell'occupazione ⁽¹⁷³⁾. Per questa ragione si è detto che sarebbe stato più coerente che la legge avesse previsto la possibilità di proroghe dell'intervento di Cassa integrazione guadagni conseguenti a verifiche delle fasi di riassorbimento del personale eccedente, eventualmente modulando la quota di integrazione salariale. La previsione di una durata massima potrebbe rivelarsi incongruente di fronte ad un'operazione complessa quale è la riorganizzazione del lavoro, derivante da una riduzione/redistribuzione dell'orario, che dovrebbe prendere come riferimento un arco temporale più ampio.

I continui interventi volti a prorogare l'intervento dello strumento, spesso senza alcun richiamo alle prospettive di risanamento, tuttavia, non aiutano a conferire razionalità al sistema, alla

⁽¹⁷¹⁾ S. BERTOCCO, *Esigenze tecnico-produttive e contenimento dei costi nei licenziamenti collettivi*, op. cit.

⁽¹⁷²⁾ G. NATULLO, *Il licenziamento collettivo*, op. cit., spec. pag. 156.

⁽¹⁷³⁾ Per approfondimenti su queste riflessioni, si rinvia a G. ARRIGO, *I contratti di solidarietà*, in AA. VV., *Il diritto del lavoro negli anni 80. Occupazione flessibile e nuove tipologie del rapporto di lavoro*, Napoli, 1988, spec. pagg. 155-156. «Il tempo è un fattore organizzativo poco indulgente verso certe rigidità. È senz'altro singolare che da un lato si favorisca la flessibilità in termini di tempo, delle singole prestazioni di lavoro e della loro organizzazione comune e, dall'altro, si racchiuda il tutto nella clessidra di un biennio» (cit. pag. 156).

luce delle sempre più frequenti situazioni di difficoltà economica con cui le imprese devono confrontarsi ⁽¹⁷⁴⁾.

La giurisprudenza di merito ⁽¹⁷⁵⁾ a tale proposito ritiene che la dicitura “*anche in deroga alla normativa vigente in materia*”, contenuta in alcune leggi finanziarie, non possa snaturare le peculiarità di ciascun istituto giuridico, ferma restando l'impossibilità di prescindere dall'esistenza di fondate prospettive di continuazione e ripresa dell'attività.

In realtà, non sono mancati nelle leggi finanziarie riferimenti a concessioni, anche senza soluzione di continuità, dei trattamenti di Cassa integrazione guadagni straordinaria, di mobilità e di disoccupazione speciale, nel caso di programmi finalizzati alla gestione di crisi occupazionale, anche con riferimento a settori produttivi e ad aree regionali, ovvero miranti al reimpiego di lavoratori coinvolti in detti programmi definiti in specifici accordi in sede governativa ⁽¹⁷⁶⁾.

Da ultimo, per effetto della, L'art. 19, comma nono, D.L. 29 novembre 2008, n. 185, convertito, con modificazioni, dalla Legge 28 gennaio 2009, n. 2, e sul quale ha inciso la Legge 9 aprile 2009, n. 33, si prevede – con riferimento al 2009 - “*la concessione in deroga alla vigente normativa, anche senza soluzione di continuità, di trattamenti di cassa integrazione guadagni, di mobilità e di disoccupazione speciale*” ⁽¹⁷⁷⁾.

4.5.1. (segue) L'anticipazione del pensionamento.

Già agli inizi degli anni Ottanta, alcuni provvedimenti legislativi di carattere transitorio ed eccezionale, in alternativa alla Cassa integrazione guadagni, prevedevano anche la possibilità di una liquidazione anticipata della pensione rispetto al perfezionamento del relativo diritto (il cosiddetto “prepensionamento”) in funzione di garanzia del reddito per i dipendenti rimasti senza lavoro o, che versassero in precarie condizioni di impiego a causa di crisi o di ristrutturazioni a-

⁽¹⁷⁴⁾ Ai sensi dell'art. 3, 137° comma della legge finanziaria 2004, “*il Ministero del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, può disporre, entro il 31 dicembre 2004, proroghe ai trattamenti di cassa integrazione guadagni straordinaria, di mobilità e di disoccupazione speciale, già previsti da disposizioni di legge, anche in deroga alla normativa vigente in materia*”.

⁽¹⁷⁵⁾ Trib. Palmi 25 marzo 2004, in *Fall.*, 2005, pag. 193 e segg.

⁽¹⁷⁶⁾ Il riferimento è alla Legge Finanziaria 2008 che, inoltre, prevede che i trattamenti concessi ai sensi dell'articolo 1, comma 1190, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, possono essere prorogati, con decreto del Ministro del lavoro e della previdenza sociale, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, qualora i piani di gestione delle eccedenze già definiti in specifici accordi in sede governativa abbiano comportato una riduzione nella misura almeno del dieci per cento del numero dei destinatari dei trattamenti scaduti il 31 dicembre 2007.

⁽¹⁷⁷⁾ Inoltre, l'art. 2, comma 36, primo periodo, Legge 22 dicembre 2008, n. 203, come sostituito dall'art. 7 *ter*, comma quarto, Legge n. 33 del 2009, prevede che “*il Ministro del lavoro, della salute e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, può disporre, sulla base di specifici accordi governativi e per periodi non superiori a dodici mesi, in deroga alla vigente normativa, la concessione, anche senza soluzione di continuità, di trattamenti di cassa integrazione guadagni, di mobilità e di disoccupazione speciale, anche con riferimento a settori produttivi ed aree regionali*”.

ziendali; l'effetto prodotto era l'esodo anticipato dal mercato del lavoro di lavoratori ancora efficienti dal punto di vista produttivo.

Al fine di contenere eventuali riduzioni di personale favorendo soluzioni consensuali al problema delle eccedenze in situazioni di crisi, la L. n. 223 del 1991, ha riconosciuto all'autonomia collettiva la prerogativa di concordare riduzioni dell'orario di lavoro compensate dall'erogazione anticipata della pensione ⁽¹⁷⁸⁾.

Il pensionamento anticipato è uno strumento che consente la riduzione degli organici delle imprese in crisi o che debbano attuare programmi di ristrutturazione produttiva, collocandosi nell'ambito dei momenti patologici della vita dell'impresa che rendono necessario lo smaltimento delle eccedenze di personale. Ne deriva che è impensabile che l'istituto possa essere attivato indipendentemente dall'iniziativa del datore ⁽¹⁷⁹⁾; esso, peraltro, prevede a carico del datore di lavoro che intenda avvalersi della procedura, l'obbligo di versare all'ente interessato una contribuzione a titolo di partecipazione alla spesa derivante dall'anticipazione della prestazione previdenziale.

Orbene, la natura controversa dell'istituto del pensionamento anticipato ha portato taluni a ritenerlo una prestazione per il caso di disoccupazione ⁽¹⁸⁰⁾.

L'art. 27 (che prevede la facoltà di presentare domanda di prepensionamento a favore dei lavoratori dipendenti da aziende ad alta capacità innovativa e competitività mondiale, interessate da esigenze di ristrutturazione e riorganizzazione, dettando apposita procedura) e l'art. 29 ⁽¹⁸¹⁾, L. n. 223 del 1991, promuovono la conclusione di specifici accordi con le rappresentanze dei lavoratori sui pensionamenti anticipati, presupposto per la concessione del trattamento, nell'ipotesi che

⁽¹⁷⁸⁾ R. SCIOTTI, *Sull'autonomia collettiva nelle crisi d'impresa*, op. cit., cit., pag. 170. Si rinvia all'Autrice anche per un rapido riepilogo dell'evoluzione legislativa in materia.

⁽¹⁷⁹⁾ P. LAMBERTUCCI, *Art. 27, l. 23 luglio 1991, n. 223*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, op. cit., spec. pag. 1136 e segg.; M. PAPALEONI, R. DEL PUNTA, M. MARIANI, *La nuova Cassa integrazione guadagni e la mobilità*, Padova, 1993, spec. pag. 31; V. VENDITTI, *I prepensionamenti*, in G. FERRARO, F. MAZZIOTTI e F. SANTONI (a cura di), *Integrazioni salariali, eccedenze di personale e mercato del lavoro*, Napoli, 1992, spec. pag. 294 e segg. Sulla progressiva diversificazione della disciplina in ragione dei settori produttivi, M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, Torino, 2003, spec. pag. 457 e segg.

⁽¹⁸⁰⁾ M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, op. cit., spec. pag. 457.

⁽¹⁸¹⁾ L'art. 29, L. n. 223 del 1991, dispone che la facoltà di cui all'art. 27 è esercitabile (fino al 31 dicembre 1991, termine successivamente differito al 31 gennaio 1992 dall'art. 3, L. 20 gennaio 1992, n. 22) e presuppone una domanda dell'impresa interessata a ridurre il proprio personale, che a sua volta presuppone un programma di riorganizzazione della struttura dell'impresa. L'art. 29, menzionando l'art. 27, ha inteso richiamare l'intera procedura prevista da tale norma, non potendosi dunque prendere in considerazione una domanda di collocamento anticipato in quiescenza senza che l'azienda di appartenenza abbia dato inizio alla procedura descritta dall'art. 27 (Corte Cass., 15 maggio 2001, n. 6695, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2002, II, pag. 405 e segg., con nota di M. V. CASCIANO, *Imprese siderurgiche pubbliche e facoltà di prepensionamento: il rapporto tra gli artt. 27 e 29 della l. 23 luglio 1991, n. 223*. La medesima soluzione è adottata da Corte Cass., 13 agosto 19997, n. 7567, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1998, II, pag. 857 e segg., con nota di M. CAVAGGIONI, *Impresa del settore siderurgico pubblico: numero di prepensionamenti assegnati dal CIPE inferiore al numero delle domande e facoltà di selezione dell'impresa in base alle proprie esigenze di ristrutturazione*).

ad essere richiesta fosse non la pensione anticipata di anzianità, ma piuttosto quella di vecchiaia (art. 27, comma 7) ⁽¹⁸²⁾.

A ben vedere, mentre l'art. 27 contiene una disciplina generica che si limita ad indicare in linea generale i presupposti che legittimano il ricorso al prepensionamento e devolvono all'intervento del CIPE, sia la specificazione dei criteri per la concreta identificazione delle imprese oggetto della disposizione, sia la verifica della sussistenza e dell'entità delle eccedenze di manodopera denunciate ⁽¹⁸³⁾, l'art. 29 ed il relativo decreto di attuazione (D.M. n. 443/1991), al contrario, contengono una disciplina dettagliata e completa sia in relazione alla tipologia delle imprese coinvolte, sia per quanto attiene alla ripartizione del contingente massimo, sia riguardo al procedimento da seguire, tanto da rendere superfluo un accertamento relativo alla sussistenza dei presupposti da parte del CIPE.

L'art. 19, L. n. 223 del 1991, inoltre, ha previsto una particolare ipotesi di anticipazione del pensionamento con trasformazione del contratto di lavoro a tempo parziale. Nell'ambito delle imprese beneficiarie da più di ventiquattro mesi dell'intervento straordinario della Cassa integrazione guadagni, è prevista la possibilità di stipulare un contratto collettivo aziendale che consenta ai lavoratori di età inferiore di non più di sessanta mesi a quella prevista per la pensione di vecchiaia e che possano far valere quindici anni di contribuzione di chiedere la trasformazione del loro contratto di lavoro da tempo pieno in *part-time*, con orario non inferiore a diciotto ore settimanali, con diritto a godere contemporaneamente del trattamento pensionistico, secondo condizioni e modalità analoghe a quelle previste per il contratto di solidarietà esterna ⁽¹⁸⁴⁾.

⁽¹⁸²⁾ V. VENDITTI, *I prepensionamenti*, op. cit., spec. pag. 295. «La previsione di appositi contratti collettivi (aziendali o di comparto), quale presupposto per l'utilizzazione dell'istituto, è stata ritenuta un espediente finalizzato a salvaguardare situazioni consolidate nel tempo in alcune realtà aziendali, nelle quali erano stati stipulati accordi sindacali che, al fine di favorire uno smaltimento delle eccedenze, prevedevano l'attivazione, tra gli altri, anche dei prepensionamenti», R. SCIOTTI, *Sull'autonomia collettiva nelle crisi d'impresa*, op. cit., cit., pag. 170. I successivi provvedimenti legislativi, invece, hanno mantenuto tale previsione, richiedendo però che tali accordi sindacali fossero stipulati anteriormente al 31 luglio 1991 (art. 3, comma sesto, d.l. n. 14 del 1992).

⁽¹⁸³⁾ Ai sensi dell'art. 27, inoltre, al CIPE è demandata la valutazione circa la concreta sussistenza dei requisiti di "rilevanza nazionale" e della "idoneità dei programmi di sviluppo alla progettata ristrutturazione", nonché circa l'effettiva consistenza degli esuberanti denunciati, in virtù delle regole prefissate. Le deliberazioni adottate dal CIPE – nelle quali viene anche concretamente ripartito tra le imprese il contingente di undicimila unità previsto dall'art. 27 – fungono da "presupposto legale per il compimento della fattispecie normativa che termina con le dimissioni dei lavoratori" (V. VENDITTI, *I prepensionamenti*, op. cit., spec. pag. 296). Rispetto al precedente regime normativo, l'organo competente ad effettuare tale "accertamento costitutivo" (P. LAMBERTUCCI, *Art. 27, l. 23 luglio 1991, n. 223*, op. cit., spec. pag. 1138) non è più il CIPI; la verifica da parte dell'organo amministrativo, pertanto, non interferisce con la procedura di ammissione all'integrazione salariale straordinaria, non presuppone più la dichiarazione di crisi aziendale (VENDITTI, *I prepensionamenti*, op. cit., spec. pag. 269).

⁽¹⁸⁴⁾ PATERNÒ, *Commento art. 19*, in AA.VV., *Commento alla legge n. 223 del 1991*, op. cit., spec. pagg. 1049 e 1053.

La norma richiede che il contratto collettivo aziendale sia stipulato con i sindacati aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative ⁽¹⁸⁵⁾.

Il reiterato ricorso all'istituto del pensionamento anticipato negli anni Novanta, ne ha accentuato la valenza di ammortizzatore sociale, strumento non conflittuale, finalizzato prevalentemente alla definitiva espulsione, seppur volontaria, dei lavoratori dal mercato del lavoro, più che ad assicurare la tutela economica dei beneficiari in vista di una futura rioccupazione. In alcuni casi, i provvedimenti di prepensionamento – accelerati nel settore pubblico come mezzo di riduzione dei dipendenti e poi bloccati nel 1992, nel quadro della politica di risanamento del disavanzo – sottendono esigenze di ristrutturazione tecnologica e, quindi, di eliminazione di professionalità obsolete o di sfortimento di organici eccedenti.

Non sono mancati, ad esempio, provvedimenti volti a prorogare in via temporanea ed in presenza di determinate condizioni, il trattamento di mobilità (mobilità lunga) al fine di consentire il raggiungimento della maturazione della pensione, in sostituzione del pensionamento anticipato ⁽¹⁸⁶⁾, che hanno piegato l'istituto al perseguimento di finalità di politica industriale di smaltimento delle eccedenze strutturali di personale da imprese in crisi o interessate da processi di ristrutturazione ⁽¹⁸⁷⁾. Tale finalità, peraltro, trova conferma anche alla luce della nota sentenza della Corte Costituzionale ⁽¹⁸⁸⁾ che ha non solo legittimato gli accordi in deroga nell'uso degli ammortizzatori sociali, ma ha altresì legittimato il massiccio ricorso all'istituto del prepensionamento, quale strumento di soluzione più «ragionevole» e meno conflittuale della crisi aziendale ⁽¹⁸⁹⁾.

⁽¹⁸⁵⁾ F. SANTONI, *Misure alternative di reimpiego: contratti di solidarietà, part-time e anticipazione del pensionamento, contratti di inserimento*, in G. FERRARO, F. MAZZIOTTI e F. SANTONI (a cura di), *Integrazioni salariali, eccedenze di personale e mercato del lavoro*, op. cit., cit., 259-263.

⁽¹⁸⁶⁾ M. MISCIONE, *Mercato del lavoro: la legislazione nel 1994*, in *Dir. Prat. Lav.*, 1994, n. 46, inserto XV.

⁽¹⁸⁷⁾ Proprio perché nel rispetto di determinati limiti temporali, la legge consente che il diritto alla pensione di vecchiaia maturi con un anticipo di cinque o più anni, in presenza di determinati requisiti di assicurazione o contribuzione, e purché cessi il rapporto di lavoro, si cerca di favorire l'esodo del personale esuberante da aziende o da settori in crisi, l'istituto del prepensionamento ha tutte le caratteristiche di una misura anti-congiunturale. Per una ricognizione normativa, M. PERSIANI e G. PROIA, *Diritto del lavoro*, Padova, 2008, spec. pagg. 516-517.

⁽¹⁸⁸⁾ Corte Cost. 30 giugno 1994 n. 268, cit.

⁽¹⁸⁹⁾ M. RICCI, *Mercato del lavoro e licenziamenti collettivi*, Relazione alle Giornate di studio Aidlass, *Disciplina dei licenziamenti e mercato del lavoro*, Venezia, 25-26 maggio 2007, in <http://www.aidlass.org>, dattiloscritto, pag. 44. L'Autore, richiamando la dottrina in proposito, aggiunge che in realtà, sui criteri «fotografia» si annida un grosso equivoco: che i nomi dei lavoratori possano essere ricavati dal contenuto di un accordo non è sufficiente per «comprovare la mancanza di oggettività e di generalità dell'accordo [...] è decisivo, invece, che il criterio sia o meno ancorato a un dato oggettivo e dunque si ponga come criterio imparziale, oltre che giustificato nei termini esaminati». Così: R. DEL PUNTA, *I vecchi e i giovani: spunti sui criteri di scelta dei lavoratori in esubero*, in *Lav. Dir.*, 1999, n. 3, spec. pag. 415 e U. CARABELLI, *I licenziamenti per riduzione di personale in Italia*, in AA.VV., *I licenziamenti per riduzione di personale in Europa*, Bari, 2001, spec. pag. 187, il quale parla di imparzialità intrinseca dei criteri adottati. I criteri di scelta convenzionali, poi, non potranno mai disporre dei diritti dei singoli lavoratori derivanti dal contratto di lavoro e dalla disciplina inderogabile e dovranno limitarsi a introdurre sul piano generale dei criteri astratti. Cfr. già M. D'ANTONA, *Commento all'art. 5*, in M. PERSIANI (a cura di), *Commentario alla l. 23 luglio 1991, n. 223*, op. cit., spec. pag. 928 e segg. L'Autore sottolinea altresì come ciò si è verificato anche in un momento successivo (1° gennaio 1995) alla cessazione del regime ordinario di applicazione della mobilità «lunga», sia in riferimento agli interventi *extra ordinem* (Da ultimo, quello disciplinato dall'art. 1, c. 1189, l. 296/2006. Sul punto cfr. M. MISCIONE, *Gli ammortizzatori sociali prorogati*, in

Laddove il numero dei lavoratori che chiedono di avvalersi del pensionamento anticipato superasse le eccedenze accertate dall'autorità competente, quando si trattasse di ristrutturazioni aziendali ad alta competitività mondiale, ai sensi dell'art. 27, L. n. 223 del 1991, sono le esigenze di ristrutturazione e riorganizzazione ad orientare la scelta dei lavoratori da "esodare", come si è già anticipato nei paragrafi che precedono.

La legge, infatti, consente al datore che si assume, tra l'altro, l'onere contributivo previsto dall'art. 27, quinto comma, L. n. 223 del 1991, nel caso di eccedenza dei richiedenti rispetto al numero dei prepensionamenti assegnati, di operare una selezione, ovvero di scegliere in base alle proprie esigenze, in quanto unico criterio cui riferirsi (come nelle normative precedenti: art. 5, d.l. 29 marzo 1991, n. 108, conv. L. 1° giugno 1991, n. 169; art. 3, quarto comma, del d.l. 1° aprile 1989, n. 119) ⁽¹⁹⁰⁾.

4.5.2. (segue) Le dimissioni incentivate.

Le dimissioni cosiddette "incentivate", e cioè agevolate da provvidenze ed incentivi (in sostanza, risoluzioni consensuali), analogamente alla "mobilità volontaria" e al prepensionamento, sono, secondo la giurisprudenza ⁽¹⁹¹⁾, caratterizzate dalla volontà del lavoratore di risolvere il rapporto di lavoro. Esse pertanto non sono equiparabili al licenziamento collettivo, tanto è vero che la disciplina in materia di licenziamenti collettivi (L. n. 223 del 1991, modificata dal D. Lgs. n. 151 del 1997) stabilisce che, delle ipotesi di risoluzione del rapporto di lavoro differenti dal licenziamento, sia pure riferibili all'iniziativa del datore di lavoro, non debba tenersi conto al fine del computo minimo di cinque licenziamenti, necessario e sufficiente ad integrare la fattispecie del licenziamento collettivo ⁽¹⁹²⁾.

M. MISCIONE e D. GAROFALO, *Il lavoro nella Finanziaria 2007*, Milano, pag. 3 e segg.), sia facendo leva sulla possibilità di accedere alla pensione nei limiti del periodo di durata massima individuale dell'indennità di mobilità.

⁽¹⁹⁰⁾ M. PAPALEONI, R. DEL PUNTA e M. MARIANI; *La nuova Cassa integrazione guadagni e la mobilità*, Padova, 1993, 193, commentando il criterio delle esigenze dell'imprenditorie, affermano che «nell'intento di superare questa situazione, il legislatore ha introdotto recentemente una significativa integrazione normativa. Con l'art. 1-bis, aggiunto dalla l. 19 ottobre 1992, n. 406, in sede di conversione del d.l. 14 agosto 1992, n. 364, è stato previsto che le imprese individuino le domande da inoltrare sulla base del (recuperato anche a questi fini) criterio dei carichi di famiglia, anzianità ed esigenze tecnico-produttive ed organizzative, a suo tempo introdotto dagli Accordi interconfederali in materia di licenziamenti per riduzione del personale, e successivamente ripreso dall'art. 6, primo comma, della novella. La selezione deve avvenire «sentite» le r.s.a., attraverso una procedura simile a quella prescritta in materia di scelta del personale da collocare in mobilità». Sulla sindacabilità della scelta dell'impresa di non attenersi nella selezione ad un criterio di proporzionalità rispetto alle eccedenze denunciate per i vari stabilimenti Corte Cass., 13 agosto 1997, n. 7567, cit.

⁽¹⁹¹⁾ Corte Cass., 24 marzo 2004, n. 5940.

⁽¹⁹²⁾ Corte Cass., 21 marzo 2003, n. 3068, in *Mass. Giur. Lav.*, 2003, pag. 367; Corte Cass., 9 agosto 2003, n. 12037, cit.

Si è detto ⁽¹⁹³⁾ che, nella loro tipica configurazione giuridica le dimissioni del lavoratore non costituiscono una proposta contrattuale sottoposta all'accettazione della controparte, bensì in un atto unilaterale recettizio di esercizio del diritto potestativo di recesso del dipendente, esercitabile senza limitazione alcuna e idoneo, indipendentemente dalla volontà del datore di lavoro, a determinare la risoluzione del rapporto all'atto della sua presentazione ⁽¹⁹⁴⁾.

Quando invece viene previsto che le dimissioni per essere efficaci devono essere accettate dal datore di lavoro, tale atto non rappresenta più l'esercizio del diritto potestativo del dipendente a risolvere unilateralmente il rapporto di lavoro, ma costituisce una semplice proposta di risoluzione consensuale del rapporto, che, per produrre la cessazione di esso, deve combinarsi con l'accettazione del datore di lavoro. In tal caso il termine dimissioni viene usato impropriamente solo per indicare che l'iniziativa della risoluzione del rapporto deve partire dal lavoratore e non viene imposta dal datore di lavoro ⁽¹⁹⁵⁾.

La dottrina ⁽¹⁹⁶⁾, inoltre, ha sottolineato come la distanza tra mutuo consenso e dimissioni tenda ad annullarsi nel caso di dimissioni incentivate, tanto da far ritenere che esse si traducano in una risoluzione consensuale del contratto di lavoro e, dunque, non equiparabili al licenziamento al fine di conseguire gli effetti di cui all'art. 15, L. 264 del 1949 e art. 8, L. n. 223 del 1991. Le somme corrisposte a titolo di incentivo, oggetto di una promessa che può avere causa in una situazione di crisi aziendale per favorire l'esodo dei lavoratori, operano come mezzo per sollecitare e remunerare il consenso alla risoluzione anticipata del rapporto ⁽¹⁹⁷⁾.

4.5.3. (segue) Il distacco collettivo.

Ulteriore soluzione alternativa al licenziamento collettivo rimessa all'autonomia collettiva è il distacco "collettivo", disciplinato dall'art. 8, comma terzo, del D.L. 20 maggio 1993, n. 148, convertito con modificazioni, dalla Legge 19 luglio 1993, n. 236, che ha consentito il comando o distacco di uno o più lavoratori presso un'altra impresa, per una durata temporanea.

In assenza di una espressa disciplina in materia, la valorizzazione del ruolo delle parti sociali era quanto mai evidente, soprattutto nel pieno vigore del divieto di interposizione nelle prestazioni contenuto nella Legge n. 1369 del 1960.

⁽¹⁹³⁾ Corte Cass., 22 gennaio 1994, n. 600.

⁽¹⁹⁴⁾ *Ex plurimis*, Cass., 23 gennaio 1992, n. 728; Cass., 20 novembre 1990, n. 11179; Cass., 19 aprile 1990, n. 3217; Cass., 25 marzo 1987, n. 2913.

⁽¹⁹⁵⁾ Sul ruolo della volontà nelle dimissioni, M. DEL CONTE, *Dimissioni del lavoratore: libertà di forma e primato della volontà*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2009, n. 2, pag. 341 e segg.

⁽¹⁹⁶⁾ M. DEL CONTE, *L'estinzione del rapporto di lavoro per mutuo consenso*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2009, 3, pag. 735 e segg.

⁽¹⁹⁷⁾ Corte Cass., 12 agosto 2004, n. 15660. *Contra*, Corte Cass., 23 gennaio 1992, n. 728.

Sebbene si richiedesse che la prestazione resa presso il datore fosse giustificata da un interesse del datore distaccante, la disciplina prevista sembrava piuttosto soddisfare l'interesse dei lavoratori eccedentari e dell'impresa distaccataria. Analogamente a quanto previsto con riferimento all'art. 2103 Cod. Civ. dalla L. n. 223 del 1991, il contratto collettivo ha svolto una funzione derogatoria alla legge sul divieto di interposizione. L'autonomia collettiva ha il potere di collocare in via provvisoria il personale in esubero all'esterno dell'impresa, stabilendo i termini più idonei al conseguimento della finalità per il quale era previsto ⁽¹⁹⁸⁾.

Inquadrata nel nuovo assetto normativo delineato dal D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276, come modificato dal D. Lgs. 6 ottobre 2004, n. 251, all'art. 30, quarto comma, che ne ha confermato espressamente la vigenza, la norma si presta ad alcune puntualizzazioni.

A ben vedere, nell'ipotesi di distacco collettivo, in realtà, non vi è la necessità di dimostrare l'interesse organizzativo del distaccante, in quanto trova legittimazione nella prevalente finalità di salvaguardia dell'occupazione, in caso di crisi dell'impresa, rispetto all'interesse del datore di lavoro; parimenti, non si richiede la dimostrazione della temporaneità di tale interesse, essendo essa definita in sede di accordo sindacale, in relazione all'idoneità delle misure alternative a prefigurare il superamento della condizione di eccedenza di personale ⁽¹⁹⁹⁾.

4.5.4. (segue) *Incentivi alle imprese ai fini della ricollocazione dei lavoratori.*

Il tema delle misure alternative all'estinzione del rapporto è strettamente connesso alla previsione di incentivi alle imprese volti ad agevolare la ricollocazione dei lavoratori nel mondo del lavoro

In caso di assunzione di lavoratori sospesi in Cassa integrazione guadagni straordinaria, ai datori di lavoro spettano particolari agevolazioni, differenziate a seconda della durata del periodo di fruizione dell'integrazione salariale da parte del lavoratore.

Le agevolazioni per le imprese che assumono lavoratori in Cassa integrazione guadagni straordinaria interessano tutti i datori di lavoro, purché non abbiano in corso sospensioni dal lavoro e non abbiano proceduto a riduzione di personale nei dodici mesi. Destinatari sono i lavo-

⁽¹⁹⁸⁾ Corte Cass., 7 novembre 2000, n. 14458, in *Orient. Giur. Lav.*, 2000, pag. 98 e segg.; Corte Cass., 7 giugno 2000, n. 7743, in *Notiz. Giur. Lav.*, 2000, pag. 76 e segg.

⁽¹⁹⁹⁾R. SCIOTTI, *Sull'autonomia collettiva nelle crisi d'impresa*, op. cit., pag. 175 e segg.; Previsto quale misura alternativa alla riduzione di personale, il distacco collettivo potrà legittimamente comportare uno spostamento per il dipendente superiore a 50 Km. Sul fatto che il periodo di distacco possa trasformarsi in una prova dei lavoratori in esubero, coerentemente con l'ottica della continuità occupazionale che lo spirito della legge n. 223 del 1991 voleva favorire, F. LISO, *La galassia normativa dopo la legge 223/1991*, in *Giorn. Dir. Rel. Ind.*, 1997, spec. pag. 35 e segg. Per quanto concerne le agevolazioni previste in caso di distacco presso una sede di lavoro distante più di cento chilometri dal luogo di residenza, art. 13, comma secondo, lett. d), d.l. 14 marzo 2005, n. 35.

ratori dipendenti da imprese in Cassa integrazione guadagni straordinaria da almeno sei mesi e che godono del trattamento da almeno tre mesi anche non continuativi ⁽²⁰⁰⁾.

L'art. 8, commi 2, 4 e 4-*bis*, L. n. 223 del 1991, prevede una serie di benefici destinati alle aziende che assumano lavoratori iscritti nelle liste di mobilità. L'art. 8, comma 4, L. n. 223 del 1991, in particolare, contiene l'obbligo del datore di lavoro in relazione al diritto di precedenza attribuito ai lavoratori in mobilità dal primo comma, che opererebbe a prescindere dalla tipologia contrattuale della programmata assunzione, dunque anche se a termine ⁽²⁰¹⁾.

Laddove l'azienda abbia continuato ad operare o riprenda l'attività, la prosecuzione o la riattivazione del rapporto di lavoro presso il datore di lavoro subentrante costituisce non già la manifestazione di una libera opzione del datore di lavoro, bensì l'effetto di un preciso obbligo *ex art.* 2112 Cod. Civ., il cui adempimento, non traducendosi in un reale incremento dell'occupazione, non giustifica l'attribuzione dei benefici contributivi ⁽²⁰²⁾.

Se l'impresa rinuncia a collocare in mobilità i lavoratori o ne colloca un numero inferiore rispetto a quello previsto nella comunicazione, procede al recupero delle somme pagate in eccedenza rispetto a quelle dovute *ex art.* 5, comma quarto ⁽²⁰³⁾. Sono previste riduzioni degli oneri nei casi in cui l'imprenditore si sia attivato ai fini del reperimento di occasioni di lavoro alternative, o sia pervenuto alla stipulazione di un accordo collettivo per la gestione delle eccedenze (art. 5, comma 4 ed art. 24, comma 3, L. n. 223 del 1991).

Inoltre, l'art. 1, comma 13, del D.L. n. 134 del 2008 convertito in L. n. 166 del 2008, ha inserito all'art. 5 del D. L. n.347/2003 il comma 2 *quater*, in base al quale “*nel caso di assunzione o trasferimento di lavoratori dipendenti di imprese ammesse alla procedura di amministrazione straordinaria di cui all'art.2, comma 2, secondo periodo, destinatari di trattamenti di cassa integrazione guadagni straordinaria e di mobilità, al fine di agevolare il reimpiego, sono garantiti i benefici di cui all'articolo 8, commi 2 e 4, e di cui all'articolo 25, comma 9, della legge 23 luglio 1991, n. 223*”.

⁽²⁰⁰⁾ Gli incentivi previsti consistono in contributi calcolati come per gli apprendisti per 12 mesi; nel rimborso pari al 50% dell'indennità di mobilità che spetterebbe alla data di assunzione per un massimo di 9 mesi, elevati a 21 mesi se il lavoratore è ultracinquantenne e a 33 mesi nelle aree di cui al DPR n. 218/78. A tal fine è necessario verificare che il lavoratore sia in possesso dei requisiti richiesti per fruire dell'indennità di mobilità (art. 4 comma 3 della Legge n. 236/93 e circolare ministeriale del 16.12.1996 n.168). Queste agevolazioni andranno ora coordinate con quelle previste dall'art. 7 *ter* del decreto legge n. 5/2009 convertito in legge l'8 aprile.

⁽²⁰¹⁾ Corte Cass., 14 dicembre 2001, n. 15820, in *Giust. Civ. Mass.*, 2001, pag. 2156. Dall'assunzione di soggetti diversi scaturisce il diritto al risarcimento del danno in favore dei lavoratori pretermessi, secondo Corte Cass., 7 maggio 1997, n. 4008, in *Giust. Civ. Mass.*, 1997, pag. 697 e segg. Si ricorda che l'art. 15, comma 6, L. n. 264 del 1949 e successive modifiche, prevede il diritto di precedenza in capo ai lavoratori in mobilità nell'assunzione presso la medesima azienda che nei sei mesi successivi al licenziamento proceda a nuove assunzioni per le mansioni dei lavoratori licenziati; sul fatto che si possa parlare di diritto soggettivo alla precedenza, Corte Cass., 5 maggio 2001, n. 6315, in *Inf. Prev.*, 2001, pag. 1034 e segg.

⁽²⁰²⁾ Corte Cass. 3 novembre 2008, n. 26391.

⁽²⁰³⁾ Tale recupero avviene tramite conguaglio, *ex art.* 4, comma 10, L. n. 223 del 1991. Di converso, il collocamento in mobilità del lavoratore a seguito... comporta un aumento della somma che l'impresa è tenuta a versare (art. 5, comma 6).

L'occupazione dei lavoratori iscritti nelle liste di mobilità viene altresì incentivata attraverso la previsione di una serie di agevolazioni in favore delle aziende che li assumano, anche con contratto a termine ⁽²⁰⁴⁾ ⁽²⁰⁵⁾.

Incentivi ulteriori, di natura contributiva, sono previsti per l'imprenditore nel caso in cui il lavoratore sia assunto con contratto di lavoro a termine, poi trasformato in contratto a tempo indeterminato (art. 8, commi 4 e 8, L. n. 223 del 1991).

A ben vedere, l'approccio seguito nella ricollocazione nel mercato del lavoro sembra essere animato da due finalità: quella di agevolare il transito dei disoccupati in mobilità verso il mercato del lavoro autonomo, al fine di ridurre la pressione su quello subordinato, e quella di contrastare l'utilizzo fraudolento degli incentivi, in linea con la finalità antielusiva alla base dell'art. 8, comma 4 bis, L. n. 223 del 1991. ⁽²⁰⁶⁾.

Per quanto concerne la prima tipologia di interventi, i lavoratori che vogliono intraprendere un'attività autonoma, anche a carattere cooperativo, possono richiedere che l'indennità di mobilità venga corrisposta anticipatamente in un'unica soluzione, detratte le mensilità percepite ⁽²⁰⁷⁾. Le somme anticipate devono essere restituite nel caso in cui il lavoratore entro 24 mesi dalla loro corresponsione trovi altro posto di lavoro (art. 7, comma 5, L. n. 223 del 1991).

Abbandonando la sua connotazione di prestazione di sicurezza sociale, diviene contributo finanziario che consente di fronteggiare le spese iniziali di un'attività che il lavoratore in mobilità svolge in proprio ⁽²⁰⁸⁾.

Inoltre, nell'ottica di promuovere l'iniziativa imprenditoriale di alcune categorie di lavoratori versanti in stato o in pericolo di disoccupazione, ed il trasferimento dell'azienda in crisi agli

⁽²⁰⁴⁾ Viene consentito alle imprese di assumere i lavoratori iscritti nelle liste di mobilità con contratto a termine di durata non superiore a 12 mesi e prevedendo una contribuzione previdenziale ridotta

⁽²⁰⁵⁾ Il datore di lavoro che, senza esservi tenuto, assuma a tempo pieno e indeterminato lavoratori in mobilità, ha diritto ad un contributo mensile pari al 50% dell'indennità di mobilità che sarebbe spettata al lavoratore, oltre che una temporanea agevolazione contributiva (art. 8, comma quarto, ed art. 25, comma nono, L. n. 223 del 1991). La durata del contributo non può essere superiore a 12 mesi salvo che per i lavoratori ultracinquantenni, per i quali la durata massima è 24 mesi, 36 per quelli delle aree meridionali. I datori di lavoro che assumano a tempo pieno e indeterminato lavoratori che abbiano fruito del trattamento cigs per almeno 3 mesi e che ne usufruiscano al momento delle assunzioni, dipendenti da imprese beneficiarie da almeno 6 mesi dall'intervento, hanno diritto (art. 4, comma 3, legge 19 luglio 1993, n. 236) alla riduzione della contribuzione sociale, per i primi 12 mesi di rapporto, nella misura prevista per gli apprendisti; nonché ad un contributo mensile pari al 50% dell'indennità di mobilità per la durata di 9 mesi (elevata a 21 mesi se il lavoratore ha più di 50 anni ovvero a 33 mesi nelle zone del Mezzogiorno e nelle aree ad alto tasso di disoccupazione). Si richiede però che tali datori di lavoro non abbiano nell'azienda sospensioni dal lavoro in atto ai sensi dell'art. 1, legge n. 223/1991, ovvero non abbiano proceduto a riduzione di personale nei dodici mesi precedenti, salvo che l'assunzione avvenga ai fini di acquisire professionalità sostanzialmente diverse da quelle dei lavoratori interessati alle predette riduzioni o sospensioni di personale.

⁽²⁰⁶⁾ M. GAROFALO, *Ammortizzatori sociali e tutela giurisdizionale*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2009, n. 11, spec. pag. 861.

⁽²⁰⁷⁾ Art. 7, comma quinto, L. n. 223 del 1991 e D.M. 17 febbraio 1993, n. 142.

⁽²⁰⁸⁾ Favorevole alla possibilità che l'indennità venga richiesta anche dopo aver intrapreso l'attività autonoma, Corte Cass., 28 gennaio 2004, n. 1587, in *Riv. Dir. Sic. Soc.*, 2004, pag. 823 e segg.

stessi, il legislatore ha cercato di promuovere le cooperative di produzione e lavoro al fine di tutelare l'occupazione, come previsto dalla Legge 27 febbraio 1985, n. 49. Sono previsti incentivi per quelle cooperative costituite da lavoratori iscritte nelle liste di mobilità, che beneficiano dell'intervento straordinario della Cassa integrazione guadagni, da lavoratori dipendenti da imprese sottoposte a procedure concorsuali ⁽²⁰⁹⁾.

I benefici della legge del 1985 sono stati estesi anche alle cooperative costituite da lavoratori dipendenti che intendano rilevare, in tutto o in parte, le aziende poste in vendita o in liquidazione dai proprietari, a prescindere dallo stato di crisi dell'impresa o dalla cessazione della sua attività (art. 2, comma terzo, L. n. 236 del 1993; art. 2, c. 223, L. 23 dicembre 1996, n. 662). Oltre ad essere ammesse ai finanziamenti agevolati di cui alla legge del 1985, allorché realizzino – anche parzialmente – la salvaguardia dell'occupazione attraverso l'acquisto, l'affitto o la gestione delle aziende o di parti di esse, o attraverso iniziative istitutive (art. 1, c. 5 e art. 14, c. 1, lett. b), L. n. 49 del 1985), tali cooperative hanno diritto di prelazione nell'acquisto delle aziende, anche nell'ipotesi in cui le abbiano in gestione parziale (art. 14, comma secondo, L. 49 del 1985). Per quanto concerne poi il conferimento della quota minima, esso può essere attuato anche mediante cessione del credito relativo al TFR (art. 15, comma terzo, L. n. 49 del 1985).

Per quanto concerne il secondo aspetto, al fine di scongiurare forme di rioccupazione fittizia, molti dei benefici previsti a vantaggio delle imprese sono stati esclusi laddove si tratti di lavoratori collocati in mobilità nei sei mesi precedenti da impresa che “*presenta assetti proprietari sostanzialmente coincidenti con quelli dell'impresa che assume, ovvero risulta con quest'ultima in rapporto di collegamento o controllo*”, e ciò anche con riferimento alle assunzioni effettuate nel rispetto della riserva dei posti prevista dall'art. 25, in favore delle fasce deboli (art. 8, comma 4 *bis*; art. 2, comma 2 *bis*, L. 451) ⁽²¹⁰⁾.

Proprio al fine di evitare possibili elusioni, la Corte di Cassazione ha chiarito che in caso di costituzione di una nuova azienda, spetta all'imprenditore provare che si tratti di un'impresa effettivamente nuova e non di un'impresa solo derivata – ancorché solo parzialmente – da un'impresa preesistente; assume rilevanza determinante, sia la presenza di significativi elementi di permanenza della preesistente struttura aziendale, o di parte di essa, sia la presenza di una sostanziale continuità nell'esercizio dell'impresa ⁽²¹¹⁾. Affinché venga riconosciuto il diritto ad usufruire

⁽²⁰⁹⁾ Art. 2, c. 217, L. n. 662 del 1996; art. 14, c. 1, lett. a), L. n. 49 del 1985; art. 6, c. 5, L. n. 223 del 1991.

⁽²¹⁰⁾ Trib. Vicenza, 2 dicembre 2008, n. 236, in *Guida al Lav.*, 2009, 17, 53 e segg.

⁽²¹¹⁾ Corte Cass., 27 febbraio 2004, n. 4064, in *Giust. Civ. Mass.*, 2004, 4. La sussistenza di rapporti tra imprese che si traducano in condotte costanti e coordinate di collaborazione e di comune agire nel mercato, in ragione di un comune nucleo proprietario o di costanti legami di interessi (di coniugio, di parentela, di affinità o di collaudata e consolidata amicizia tra soci), è una delle ragioni ostative al godimento degli sgravi (Corte Cass., 25 luglio 2008, n. 20499, in *Giust. Civ. Mass.*, 2008, 7-8, 1212; Corte Cass., 20 aprile 2006, n. 9224, *ivi*, 2006, 4; Corte Cass., 22 gennaio 2004, n. 1112, in *Giust. Civ. Mass.*, 2004, 1; Corte Cass., 28 ottobre 2002, n. 15207, *ivi*, 2002, 1852).

degli sgravi contributivi, dunque, è necessario che venga accertato che la situazione di esubero del personale posto in mobilità sia effettivamente sussistente e che la sua assunzione da parte di una nuova impresa risponda ad esigenze economiche reali, e non realizzi invece condotte elusive degli scopi legislativi finalizzate al solo godimento degli incentivi, mediante interruzioni fittizie e preordinate dei rapporti di lavoro ⁽²¹²⁾.

Per quanto concerne il rapporto tra eccedenze di personale e insolvenza, l'art. 1, comma 1157, L. n. 296 del 2006 (Legge finanziaria 2007), ha introdotto una norma per la gestione degli esuberanti di imprese, interessate da processi di cessione nell'ambito di procedure concorsuali in corso. Con l'obiettivo di incentivare il mantenimento dei livelli occupazionali, i medesimi benefici previsti per i datori di lavoro che assumano i lavoratori iscritti nelle liste di mobilità, sono estesi ai datori di lavoro che acquisiscano aziende assoggettate a procedure concorsuali e non procedano a riduzioni di personale.

Senonché, nonostante l'uso dell'espressione al plurale («nell'ambito di procedure concorsuali in corso»), l'operatività del dispositivo sembra essere circoscritta alla sola ipotesi dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza per effetto del richiamo all'art. 63, comma quarto, D. Lgs. n. 270 del 1999.

La norma in questione accorda un incentivo per il mantenimento dei livelli occupazionali, al prezzo della rinuncia, da parte del datore di lavoro beneficiario, alla possibilità di assorbire solo una parte dei lavoratori in organico. L'incentivo sarebbe finalizzato ad attenuare gli effetti connessi alla facoltà accordata all'acquirente dall'art. 63, comma quarto, D. Lgs. n. 270 del 1999, in deroga alla previsione generale, in quanto riguarda aziende o rami di aziende «in esercizio». È sufficiente perciò che il cessionario non estrometta i lavoratori eccedentari per fruire degli stessi incentivi a cui avrebbe avuto diritto nell'ipotesi di assunzione dalle liste di mobilità di dipendenti licenziati dall'impresa cedente prima di traslare l'azienda, ma solo dopo che siano trascorsi dodici mesi dalla cessione, ovvero solo dopo che sia spirato il diritto di precedenza accordato a questi lavoratori ⁽²¹³⁾.

4.6. Diritti e doveri dei lavoratori in mobilità.

Per tutto il periodo di godimento dell'indennità di mobilità ai lavoratori spettano i contributi figurativi, computati sulla base della retribuzione cui si aveva diritto al momento della cessazio-

⁽²¹²⁾ *Ex plurimis*, Corte Cass., 3 novembre 2008, n. 26391.

⁽²¹³⁾ M. RICCI, *Mercato del lavoro e licenziamenti collettivi*, op. cit.

ne del rapporto ed accreditati automaticamente dall'Inps, senza la necessità per il lavoratore di presentare la domanda ⁽²¹⁴⁾.

Attribuendo il diritto all'iscrizione nella lista anche ai lavoratori che, pur se collocati in mobilità non abbiano diritto all'indennità di mobilità a causa della mancanza del requisito dell'anzianità aziendale di dodici mesi, il legislatore ha chiaramente optato per l'estensione a tali soggetti di una tutela di tipo sindacale-procedurale ed i vantaggi assicurati agli iscritti, seppur escludendo speciali interventi previdenziali a tutela del reddito ⁽²¹⁵⁾. L'iscrizione alla lista, infatti, garantisce un percorso privilegiato nella ricollocazione nel mondo del lavoro.

Appositi organismi a livello locale hanno il compito di assumere ogni iniziativa volta a favorire il reimpiego dei lavoratori iscritti, anche attraverso programmi di qualificazione e riqualificazione professionale, compresa la predisposizione, in favore delle lavoratrici iscritte nelle liste di mobilità, delle azioni positive di cui alla Legge 10 aprile 1991, n. 125; essi, inoltre, possono promuovere, su richiesta delle amministrazioni pubbliche, la temporanea utilizzazione dei lavoratori iscritti, in opere o servizi di pubblica utilità ⁽²¹⁶⁾.

Nei confronti dei lavoratori iscritti nella lista di mobilità trova applicazione il diritto di precedenza nella riassunzione presso la medesima azienda entro un anno ⁽²¹⁷⁾; essi, inoltre, godono di una ulteriore preferenza nel collocamento attraverso la quota di riserva nelle assunzioni attribuita alle "fasce deboli" del mercato del lavoro ⁽²¹⁸⁾.

I lavoratori licenziati a seguito di una procedura di mobilità attivata ai sensi dell'art. 4, o dell'art. 24, da parte di imprese rientranti nel campo di applicazione della Cassa integrazione guadagni straordinaria, in possesso di determinati requisiti di anzianità aziendale, hanno diritto all'indennità di anzianità, erogata dall'INPS.

È prevista la sospensione dell'erogazione dell'indennità di mobilità nell'ipotesi di assunzione a termine non superiore a dodici mesi o part-time, per le giornate di lavoro svolte e di svolgimento del periodo di prova, per le giornate di lavoro svolte. Il lavoratore assunto con contratto a termine conserva la propria iscrizione nella lista, come nell'ipotesi di assunzione con contratto a

⁽²¹⁴⁾ I contributi sono utili sia per il diritto che per la misura della pensione. Per i periodi relativi ai trattamenti di mobilità di durata continuativa superiore l'anno, le retribuzioni accreditate figurativamente sono rivalutate in base agli indici ISTAT di variazione delle retribuzioni contrattuali (art. 3, c. 6, d. lgs. n. 503/92). I contributi figurativi, tuttavia, non spettano nel caso di anticipazione del trattamento ai lavoratori che intendono intraprendere un'attività autonoma o associarsi in cooperativa A decorrere dall'11 gennaio 1993 e limitatamente a quei lavoratori che non hanno periodi di contribuzione antecedenti al 31 dicembre 1993, l'accredito figurativo è riconosciuto nel limite di 5 anni complessivi (art. 15, c. 1, d. lgs. n. 503/92).

⁽²¹⁵⁾ Art. 4, comma primo, L. n. 236 del 1993.

⁽²¹⁶⁾ Art. 6, commi 1, e 4, L. n. 223 de 1991. I Centri per l'impiego dovranno procedere, anche sulla base di colloqui ed interviste, ad attività di informazione e promozione occupazionale (art. 6, commi 5ter, 5quater e 5 *quinquies*, L. n. 236 del 1993).

⁽²¹⁷⁾ Art. 8, comma primo, L. n. 223 del 1991; art. 15, L. n. 264 del 1949.

⁽²¹⁸⁾ Art. 25, commi 1 e 5, L. n. 223 del 1991.

tempo parziale, ma in questo caso con sospensione o proporzionale riduzione dell'indennità di mobilità (art. 8, commi secondo, sesto e settimo, L. n. 223 del 1991).

L'art. 9, comma 6, lett. a), L. n. 223 del 1991, prevede la cancellazione dalle liste di mobilità solo nel caso di assunzione con contratto di lavoro subordinato a tempo pieno e indeterminato; l'art. 8, comma 6, prevede la facoltà per il lavoratore iscritto nelle liste di mobilità di svolgere lavoro subordinato a tempo parziale, o a tempo determinato, mantenendo l'iscrizione nella lista, nel caso di svolgimento di lavoro autonomo, non è prevista la cancellazione dalle liste.

Infatti, oltre che al termine del periodo di percezione dell'indennità di mobilità e, qualora non percepiscano tale indennità, la legge prevede la cancellazione, nonché la decadenza dal trattamento, nei casi in cui esso venga percepito al venir meno del presupposto dell'iscrizione, cioè dello stato di disoccupazione: ad esempio, a seguito di assunzione del lavoratore a tempo pieno e indeterminato, avvio da parte dello stesso di un'attività di lavoro autonomo, anche cooperativo, per la quale abbia chiesto il pagamento in un'unica soluzione dell'indennità di mobilità; decorso il periodo massimo di godimento dell'indennità (art. 9, comma 6, L. n. 223 del 1991).

Il lavoratore è cancellato dalle liste di mobilità e perde il diritto all'indennità di mobilità (art. 9, L. n. 223 del 1991), tra l'altro, quando rifiuti di essere avviato ad un corso di formazione professionale autorizzato dalla Regione o non lo frequenti regolarmente, che si svolge in luogo distante non più di 50 km, o comunque raggiungibile in sessanta minuti con i mezzi pubblici, dalla residenza del lavoratore; quando non accetti l'offerta di lavoro professionalmente equivalente o omogenea, con inquadramento in un livello retributivo non inferiore al dieci per cento rispetto a quello delle mansioni di provenienza, in luogo distante non più di 50 km, o comunque raggiungibile in sessanta minuti con i mezzi pubblici, dalla residenza del lavoratore; quando non accetti di essere impiegato, in mancanza di lavoro professionalmente equivalente o omogeneo, con inquadramento in un livello retributivo non inferiore al dieci per cento rispetto a quello delle mansioni di provenienza, in opere e servizi di pubblica utilità, in luogo distante non più di 50 km, o comunque raggiungibile in sessanta minuti con i mezzi pubblici, dalla residenza del lavoratore; quando, senza giustificato motivo, non risponda alle convocazioni da parte dei Centri per l'impiego ⁽²¹⁹⁾.

Qualora il lavoratore assunto a tempo pieno ed indeterminato non abbia superato il periodo di prova, viene reinscritto al massimo per due volte nelle liste di mobilità.

⁽²¹⁹⁾ *Ai sensi dell'art. 19, comma decimo, L. n. 2 del 2009,1 "Il diritto a percepire qualsiasi trattamento di sostegno al reddito ... è subordinato alla dichiarazione di immediata disponibilità al lavoro o a un percorso di riqualificazione professionale ... In caso di rifiuto di sottoscrivere la dichiarazione di immediata disponibilità ovvero, una volta sottoscritta la dichiarazione, in caso di rifiuto di un percorso di riqualificazione professionale o di un lavoro congruo ai sensi dell'articolo 1-quinquies del decreto-legge 5 ottobre 2004, n. 249, convertito, con modificazioni, dalla legge 3 dicembre 2004, n. 291, e successive modificazioni, il lavoratore destinatario dei trattamenti di sostegno del reddito perde il diritto a qualsiasi erogazione di carattere retributivo e previdenziale, anche a carico del datore di lavoro, fatti salvi i diritti già maturati".*

4.7. La tutela dei crediti nell'ipotesi di insolvenza del datore di lavoro: il Fondo di Garanzia.

Con la Legge 29 maggio 1982, n. 297, come si è già avuto modo di segnalare nel corso del primo capitolo, veniva data attuazione alla direttiva del Consiglio 80/97/CEE, del 20 ottobre 1980, finalizzata ad assicurare, tramite l'intervento di appositi organismi di garanzia, “*il pagamento dei diritti non pagati dei lavoratori subordinati, risultanti da contratti di lavoro o da rapporti di lavoro e relativi alla retribuzione del periodo situato prima di una data determinata*” (art. 3, par.1).

Il recepimento della Direttiva europea è avvenuto a due riprese: con la Legge n. 297 del 1982, istitutiva presso l'INPS del Fondo di Garanzia, ente dotato di patrimonio indipendente dal capitale dei datori di lavoro, finanziato dai datori di lavoro ed obbligato ad adempiere al pagamento del tfr indipendentemente dal rispetto degli obblighi di contribuzione al finanziamento. Dopo le sentenze con le quali la Corte di Giustizia ⁽²²⁰⁾ ha condannato lo Stato italiano al pagamento dei danni derivanti ai singoli dalla mancata attuazione della Direttiva, la tutela è stata estesa al pagamento delle ultime tre mensilità di retribuzione, in una misura che non può essere superiore a tre volte la misura massima del trattamento straordinario di integrazione.

La successiva Direttiva 23 settembre 2002, n. 2002/74, recepita nel nostro ordinamento con il D. Lgs. 19 agosto 2005, n. 186, che ha dilatato il concetto di insolvenza, consentendo agli Stati membri di estendere la tutela anche ai casi di procedure concorsuali finalizzate al risanamento ed alla prosecuzione dell'attività dell'impresa ⁽²²¹⁾.

L'intervento sostitutivo del Fondo di Garanzia in caso di insolvenza o comunque di incapienza del patrimonio del datore di lavoro è previsto a tutela del credito avente ad oggetto il t.f.r. (art. 2, L. 29 maggio 1982, n. 297) e dei crediti di lavoro relativi agli ultimi tre mesi del rapporto,

⁽²²⁰⁾ La più “recente”, Corte Giust., 19 novembre 1991, CC-6/91 e 9/90 (la cosiddetta “sentenza Francovich”), in *Giur. Cost.*, 1992, pag. 505 e segg., con nota di M. CARTABIA, *Omissione del legislatore, diritti sociali e risarcimento dei danni (A proposito della sentenza “Francovich” della Corte di Giustizia delle Comunità europee)*.

⁽²²¹⁾ L'art. 2.1. fa riferimento a procedure di insolvenza che comportino anche solo uno “*spossamento parziale del datore di lavoro*”, nonché a casi in cui l'autorità competente abbia contestato la chiusura definitiva dell'impresa e “*l'insufficienza dell'attivo disponibile per giustificare l'apertura del procedimento*”. Rispetto al lavoratore “transnazionale” è competente l'organismo di garanzia dello Stato membro sul cui territorio egli esercita o esercitava abitualmente il suo lavoro (art. 8 bis). La Direttiva ha altresì esteso il contenuto della tutela al pagamento delle “indennità dovute ai lavoratori a seguito dello scioglimento del rapporto di lavoro, se previste dal diritto nazionale. Corte Giust. 12 dicembre 2002, causa C-442/00, in *Racc.*, 2002, pag. 11915, che, sulla base del principio di uguaglianza, ha riconosciuto come dovute dall'organismo di garanzia anche le indennità della stessa natura concordate in sede di conciliazione giudiziale, al pari delle indennità per licenziamento illegittimo riconosciute da una pronuncia giudiziaria.

purché rientranti nei dodici mesi che precedono l'apertura della procedura (concorsuale o esecutiva) o la cessazione del rapporto (artt. 1 e 2, D.Lgs. 27 gennaio 1992, n. 80) ⁽²²²⁾.

A fronte dell'inadeguatezza delle garanzie indirette (privilegi e prededucibilità), nel nostro ordinamento veniva introdotta una forma di garanzia diretta dei crediti di lavoro, idonea ad offrire al dipendente quella tutela effettiva ⁽²²³⁾, mediante l'istituzione presso l'INPS di un Fondo di Garanzia con lo scopo di sostituirsi al datore di lavoro insolvente nel pagamento del TFR.

Il legislatore italiano, prevedendo l'intervento del Fondo anche in favore dei dipendenti del datore di lavoro non soggetti alle disposizioni del R.D. 16 marzo 1942, n. 267, estende la tutela rispetto alla garanzia minima apprestata dalla direttiva che vede come destinatari i soli lavoratori rispetto ai quali sia intervenuta formale pronuncia di insolvenza. Pertanto, quando il lavoratore non può ottenere nei confronti del proprio datore di lavoro l'apertura di una procedura concorsuale, per dimostrare l'insolvenza, dovrà provare che non sussiste più – anche solo in parte – la garanzia patrimoniale generica di cui all'art. 2740 Cod. Civ., ovvero l'esperimento infruttuoso dell'esecuzione forzata ⁽²²⁴⁾.

Qualora il datore di lavoro sia soggetto alle procedure concorsuali, i requisiti per l'intervento del Fondo di Garanzia sono la cessazione del rapporto di lavoro subordinato, l'apertura di una procedura concorsuale e l'esistenza del credito per TFR rimasto insoluto ⁽²²⁵⁾.

Per quanto concerne la procedura che il lavoratore ha l'onere di attivare per ottenere il pagamento da parte del Fondo di Garanzia, per le somme spettanti a titolo di t.f.r., l'art. 2 della L. n. 297 de 1982, ha previsto che il dipendente interessato, trascorso un termine dilatorio di quindici giorni ⁽²²⁶⁾, possa presentare al Fondo domanda di pagamento; tale organismo provvederà poi alla corresponsione degli importi dovuti entro sessanta giorni da tale richiesta, surrogandosi nella posizione creditoria del lavoratore nei confronti del datore di lavoro.

⁽²²²⁾ A tali interventi si aggiunge, inoltre, la protezione della posizione previdenziale per l'assicurazione obbligatoria e per le forme di previdenza complementare (artt. 3-5, d.lgs. n. 80/1992). BARBONI, FURLANI, *Tutela dei crediti di lavoro e attuazione del diritto comunitario*, Padova, 1996, in particolare, pagg. 13-49.

⁽²²³⁾ M. MAGNANI, *Imprese in crisi nel diritto del lavoro*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1991, 1, spec. pag. 141 e segg.; R. ROMEI, *La tutela dei crediti di lavoro nelle procedure concorsuali*, *Dir. Rel. Ind.*, 1993, pagg. 171-172.

⁽²²⁴⁾ Il pagamento da parte del Fondo è subordinato alla cessazione del rapporto di lavoro, nonché all'inadempimento posto in essere dal debitore, alla condizione che “*a seguito dell'esperimento dell'esecuzione forzata per la realizzazione del credito relativo a detto trattamento, le garanzie patrimoniali siano risultate in tutto o in parte insufficienti*”. Per approfondimenti, F. COMMISSO, *Intervento del Fondo di garanzia istituito per la liquidazione del TFR e dei crediti di lavoro diversi dal TFR in caso di insolvenza del datore di lavoro. Riepilogo delle disposizioni vigenti ed orientamenti giurisprudenziali*, in *Fall.*, 2008, n. 2, pag. 145 e segg.

⁽²²⁵⁾ Corte Cass., 9 marzo 2001, n. 3511, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2001, II, pag. 704 e segg., con nota di F. BANO, *L'intervento del Fondo di garanzia per il t.f.r. e l'insolvenza del datore di lavoro*.

⁽²²⁶⁾ Il termine decorre nel fallimento e nella liquidazione coatta amministrativa, dalla data del deposito dello stato passivo o dalla sentenza che decide sulle opposizioni ad esso; nel concordato preventivo, dalla sentenza di omologazione; per i datori di lavoro non assoggettati alle procedure concorsuali, dall'esperimento infruttuoso dell'esecuzione forzata

La scadenza del termine dilatorio rappresenta anche il momento in cui sorge il diritto del lavoratore, e da esso inizierà a decorrere il termine di prescrizione quinquennale di cui all'art. 2948 n. 5, Cod. Civ. ⁽²²⁷⁾. Per quanto riguarda gli atti idonei ad interrompere tale prescrizione, la giurisprudenza è ormai costante nell'affermare che il meccanismo delineato dall'art. 2 della L. n. 297 del 1982 dà vita ad un accollo cumulativo *ex lege*, per effetto del quale il Fondo è tenuto ad adempiere alla stessa prestazione del datore di lavoro (il pagamento del t.f.r.), divenendo condebitore solidale di questi: l'interruzione della prescrizione fino alla chiusura del fallimento, operata nei confronti del datore con la domanda di ammissione al passivo (art. 94 L. F. e art. 2943 Cod. Civ.), avrà pertanto effetto anche nei confronti del Fondo, in virtù del disposto dell'art. 1310, primo comma, Cod. Civ. ⁽²²⁸⁾ ⁽²²⁹⁾.

La controversa natura delle prestazioni erogate è stata risolta con l'intervento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione ⁽²³⁰⁾ che ha riconosciuto la natura retributiva della prestazione del Fondo ed il conseguente diritto dei lavoratori ad ottenere il pagamento degli interessi nella misura legale e del risarcimento del maggior danno con decorrenza dal giorno della maturazione del diritto fino al giorno dell'effettivo pagamento ⁽²³¹⁾ ⁽²³²⁾.

⁽²²⁷⁾ In giurisprudenza v. Corte Cass., 21 ottobre 1995, n. 10968, in *Fall.*, 1996, pag. 253 e segg.

⁽²²⁸⁾ v. in tal senso Corte Cass., 21 ottobre 1995, n. 10968, cit.; Corte Cass., 1 settembre 1995, n. 9233, in *Fall.*, 1996, pag. 341 e segg.; Corte Cass., 9 giugno 1994, n. 5606, in *Foro It.*, 1995, I, col. 568 e segg.; Corte Cass., 24 maggio 1994, n. 5043, *ibidem*; tra le pronunce di merito v. Pret. Busto Arsizio 14 maggio 1997, in *Riv. Critica Dir. Lav.*, 1998, pag. 153; Pret. Milano 7 aprile 1995, in *Riv. Critica Dir. Lav.*, 1995, pag. 1019; Trib. Milano 23 ottobre 1991, in *Orient. Giur. Lav.*, 1992, pag. 247 e segg., negano invece l'esistenza di una obbligazione solidale e l'applicabilità dell'art. 1310 Cod. Civ.

⁽²²⁹⁾ Per ciò che attiene ai crediti di lavoro diversi dal t.f.r., la giurisprudenza ha riproposto la qualificazione dell'intervento del Fondo di Garanzia come accollo cumulativo *ex lege*. Ne deriva che lo specifico termine prescrizione annuale introdotto dall'art. 2, settimo comma, del d.lgs. n. 80/1992 risulterà interrotto, nei confronti del Fondo, dalla domanda di ammissione al passivo, con effetti permanenti fino alla chiusura della procedura fallimentare (v. in tal senso T. Milano 5 febbraio 2000, in *Riv. Critica Dir. Lav.*, 2000, pag. 445; P. Busto Arsizio 9 aprile 1996, *ivi*, 1996, 1011; *obiter*, in motivazione, C.Cost. 31 dicembre 1993, n. 512, *Riv. Critica Dir. Lav.*, 1994, pag. 277, con nota di R. ROMEI).

⁽²³⁰⁾ Corte Cass., Sez. Un., 3 ottobre 2002, n. 14220. Cfr. Corte Cass., 19 dicembre 2005, n. 27917, in *Info Prev.*, 2006, con nota di M. MORELLI, *Natura giuridica delle obbligazioni del Fondo di garanzia ex art. 2 L. 297/82: nota a Cass. Sez. Lav.*, 19/12/2005, n. 27917, che, mutando il proprio orientamento, assegna natura previdenziale anche all'obbligazione al pagamento del TFR. Il problema tuttavia, sembra ridimensionato dal fatto che il D. Lgs. 5 dicembre 2005, n. 252, recante "Disciplina delle forme pensionistiche complementari", prevede il conferimento del TFR maturando in fondo pensione, eventualmente con il meccanismo del silenzio assenso, alla forma di previdenza complementare istituita dalla contrattazione collettiva o individuata dall'accordo aziendale. Ne deriva che l'intervento del Fondo resisterà, oltre che per le ultime tre mensilità, soltanto per il TFR "inoptato".

⁽²³¹⁾ Ponendo a fondamento di tale orientamento la sostituzione del Fondo nel pagamento del tfr indicativa di un accollo *ex lege* in ordine allo stesso debito del datore di lavoro, che non può avere altra natura se non quella retributiva e, come tale, comprensivo, oltre che della somma capitale, di rivalutazione monetaria ed interessi dalla data di maturazione del diritto fino al pagamento effettivo, cfr. altresì, Corte Cass., Sez. Un., 26 settembre 2002, n. 13991, in *Riv. Critica Dir. Lav.*, 2003, pag. 179; Corte Cass., 18 aprile 2001, n. 5658, in *Fall.*, 2002, pag. 71.

⁽²³²⁾ Si rinvia a Corte Cass., 18 aprile 2001, n. 5663. per una affermazione della natura previdenziale della controversia avente ad oggetto l'intervento del Fondo a garanzia dei crediti di lavoro diversi dal t.f.r., con conseguente applicabilità dell'art. 152 disp. att. c.p.c., Sul fatto che la prestazione dell'ente relativa ai crediti di lavoro diversi dal t.f.r. non avrebbe natura retributiva, ma previdenziale, in quanto finalizzata a tenere indenne il lavoratore dal « rischio dello stato di bisogno, A. VALLEBONA, *La garanzia dei crediti di lavoro e della posizione previdenziale in caso di insolvenza*

Il legislatore italiano sembra seguire una direzione non propriamente coincidente con quella improntata ad una estensione della tutela dei crediti di fine rapporto nelle situazioni di insolvenza del datore di lavoro seguita dal legislatore comunitario e dalla giurisprudenza nazionale.

In un'ottica deflattiva, il novellato art. 102 L.F., consente al tribunale, su istanza del curatore fallimentare corredata da una relazione sulle prospettive di liquidazione e dal parere del comitato dei creditori, di disporre che il procedimento di accertamento del passivo relativamente ai crediti concorsuali non abbia luogo quando risulti che “*non può essere acquisito attivo da distribuire ad alcuno dei creditori che abbiano chiesto l'ammissione al passivo, salva la soddisfazione dei crediti prededucibili e delle spese della procedura*”. Ne deriva che la chiusura del fallimento nell'ipotesi di “previsione di insufficiente realizzo”, intervenendo “prima dell'udienza per l'esame dello stato passivo” (art. 102, comma primo, L.F.), comporta per i lavoratori l'impossibilità di chiedere al Fondo di Garanzia presso l'INPS il pagamento dei crediti di fine rapporto, in considerazione della mancanza del necessario decreto di esecutività dello stato passivo (o del decreto di ammissione al passivo nei casi di domanda tardiva, art. 101 L.F., e di opposizione allo stato passivo, art. 99 L.F.)⁽²³³⁾.

Da ultimo, con circ. INPS 15 luglio 2008, n. 74 l'INPS riepiloga gli orientamenti giurisprudenziali e le disposizioni vigenti per la liquidazione del tfr e dei crediti di lavoro diversi (le ultime tre mensilità di retribuzione).

del datore di lavoro, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1993, I, pag. 75 e segg.), e sul fatto che questo elemento pregiudichi la possibilità di ricostruire il meccanismo del d.lgs. n. 80/1992 come forma di accollo cumulativo *ex lege*, A. FURLANI, *L'attuazione della direttiva: il decreto legislativo 27 gennaio 1992, n. 80*, in L. BARBONI – A. FURLANI, *op. cit.*, 67-71.

⁽²³³⁾ Esprime perplessità sul punto, A. CORRADO, *Fondo di garanzia e chiusura del fallimento per previsione di insufficiente realizzo ex art. 102 L.F.*, in *Orient. Giur. Lav.*, 2008, n. 2, pag. 448 e segg., nota a Corte Cass., 5 maggio 2008, n. 11010. Tale sentenza riconosce la compatibilità della cessione del t.f.r. con la disciplina dell'accollo da parte del Fondo delle obbligazioni del datore di lavoro insolvente, riconoscendole il diritto al pagamento del relativo credito.

CONCLUSIONI

Sommario: 1. Il paradigma delle “*esigenze tecniche, organizzative e produttive*” nelle crisi di impresa al vaglio della contrattazione collettiva. – 2. Diritto del lavoro e crisi di impresa: quale futuro?

1. Il paradigma delle “esigenze tecniche, organizzative e produttive” nelle crisi di impresa al vaglio della contrattazione collettiva.

Dal legame esistente tra la formula “*esigenze tecniche, produttive ed organizzative*” ed il concreto esercizio dei poteri datoriali, emerge come il richiamo a tali esigenze si risolva «in un criterio tipico di valutazione dell’interesse proprio del soggetto che ha predisposto l’organizzazione per il raggiungimento dei suoi fini» ⁽¹⁾; non sembra infatti concepibile un interesse di cui non siano titolari individui o gruppi, anche laddove - nella concreta esecuzione del ciclo produttivo - la complessità della struttura aziendale farebbe propendere per una “smaterializzazione” del potere gestionale.

A fronte della difficoltà di ravvisare il riconoscimento di un interesse collettivo unitario nel generico richiamo all’“interesse dell’impresa”, in particolare laddove essa si trovi ad affrontare una situazione di evidente sofferenza, legislatore ed autonomia collettiva hanno consapevolmente fissato dei limiti ai poteri datoriali, non essendo essi ricavabili neppure dai principi costituzionali.

Il problema sorge in difetto di previsioni di fonte legale o collettiva; in queste circostanze si insinua il dubbio circa la possibilità di riconoscere al giudice il potere di effettuare un controllo sulla “ragionevolezza” dell’esercizio del potere imprenditoriale, come risultato di un bilanciamento con altri interessi che verrebbero sacrificati.

In linea generale, le norme che nell’ordinamento italiano fissano i presupposti causali del licenziamento per motivi economici non esprimono la volontà del legislatore di interiorizzare nelle previsioni del datore di lavoro l’impatto che la scelta organizzativa avrà sull’occupabilità sino al punto da condizionarne la fattibilità.

Anche nell’ipotesi di “crisi”, dunque, l’interesse aziendale non è eterodeterminato e sindacabile, bensì autodeterminato ed insindacabile ⁽²⁾. L’esercizio del potere del datore di lavoro, tuttavia, dovrà essere conforme alle esigenze dell’organizzazione poste a fondamento di modificazioni, sospensioni ed estinzioni del rapporto di lavoro, a conferma del fatto che l’interesse organizzativo assurge a presupposto costitutivo della fattispecie del legittimo esercizio di quel potere.

⁽¹⁾ G. GIUGNI, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Napoli, 1963, cit., pag. 318.

⁽²⁾ A. VALLEBONA, *Il controllo dei poteri pubblici e privati: un utile confronto interdisciplinare*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2009, spec. pag. 636.

In altri termini, il suo titolare resta vincolato alle proprie scelte organizzative nella conseguente gestione dei rapporti di lavoro.

La giurisprudenza, pur dichiarando di non volersi ingerire nell'attività di impresa, ricorre a parametri aggiuntivi che si traducono nell'introduzione di limiti esterni volti a tutelare interessi di soggetti diversi dal titolare del potere organizzato ⁽³⁾. Un esempio, si è visto, è l'obbligo di *repêchage*. Altre volte, proprio dal richiamo alle clausole generali della correttezza e della buona fede, si sono fatti derivare doveri di comportamento integrativi o accessori, prospettando la loro inosservanza come violazione di norme imperative sanzionate da nullità. Allo stesso modo, il richiamo alla razionalità tecnico-organizzativa, alla quale devono uniformarsi le scelte imprenditoriali, ed il richiamo ai canoni di coerenza, imparzialità e trasparenza, contribuiscono ad avvicinare la sfera della discrezionalità organizzativa in capo al datore di lavoro a quella dei valori di natura sociale che si atteggiano a limiti del potere gestionale.

A ben vedere, se per un verso la sfuggente fisionomia della formula “*esigenze tecniche, produttive ed organizzative*” sembra lasciare ampi margini operativi al datore di lavoro, per altro verso, essa espone il suo operato alle incursioni del potere giudiziario.

L'attribuzione alla contrattazione collettiva del compito di conferire un significato a tale locuzione è indice della fiducia nel contratto collettivo quale strumento in grado di conciliare al meglio le esigenze di tutela della professionalità del lavoratore con quelle di flessibilità organizzativa proprie del datore di lavoro.

È infatti nella dialettica tra dimensione individuale e collettiva, in particolare quando si abbia a che fare con un'impresa in crisi, che viene alla luce il ruolo dell'autonomia collettiva. Il governo dei complessi processi che investono l'organizzazione dell'impresa richiede la valorizzazione della dimensione collettiva che è qualcosa di diverso rispetto alla somma degli interessi individuali, dal momento che inevitabilmente tale valorizzazione si traduce nel sacrificio di istanze individuali, ancorché legittime.

La possibilità di concordare *preventivamente* a livello collettivo le esigenze di gestione presuppone un'attenzione, più o meno esplicita, ai bisogni dell'impresa, sebbene con tutte le perplessità che si sono segnalate nel corso della trattazione.

Del resto, il lavoratore subordinato è uno *stakeholder* a fianco degli altri *stakeholders*, principalmente azionisti e finanziatori, ma che, a differenza degli altri, investe la propria persona ed il proprio lavoro; proprio per questo egli, tramite i propri rappresentanti, deve vedersi garantito il diritto di informazione e di partecipazione al controllo sull'andamento dell'impresa, quand'anche non direttamente ma tramite propri rappresentanti.

⁽³⁾ F. MIANI CANEVARI, *Il controllo giurisdizionale sui poteri privati del datore di lavoro*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2009, pag. 609 e segg.

Il riconoscimento di un ruolo “propulsore” alle parti coinvolte, potrebbe inserirsi a pieno titolo nel solco di quella prassi che la Direttiva quadro n. 2002/14/CE dell’11 marzo 2002 vorrebbe incentivare. Nella nuova stagione dei diritti di informazione e consultazione, da essa inaugurata, sebbene in contesti aziendali dotati di determinati requisiti dimensionali, si vuole, tra l’altro, *“intensificare il dialogo sociale e le relazioni di fiducia nell’ambito dell’impresa per ... sviluppare la flessibilità dell’organizzazione del lavoro ..., promuovere il coinvolgimento dei lavoratori nella conduzione dell’impresa e nella determinazione del suo futuro, nonché rafforzare la competitività dell’impresa”* (Considerandum 7).

Se negli anni Settanta, con la cosiddetta “legislazione dell’emergenza”, si riconosce alla contrattazione collettiva la possibilità di introdurre deroghe, anche peggiorative, rispetto a quanto stabilito dalla legge, è nel decennio successivo che il sindacato conferma il proprio diritto a partecipare come soggetto attivo e propositivo nella costruzione di una politica economica orientata alla difesa ed alla creazione di posti di lavoro.

Nell’odierno panorama delle relazioni industriali si tratta piuttosto di capire se le parti sociali siano in grado di rispondere alla sfida che le vorrebbe protagoniste nella gestione della crisi, attraverso la valorizzazione del loro ruolo a livello territoriale, con uno sguardo sempre rivolto alla dimensione “transnazionale”.

Come si evince dall’Accordo Quadro del 22 gennaio 2009 e dall’Accordo Interconfederale del 15 aprile 2009, il Contratto collettivo nazionale di lavoro, nel suo ruolo di regolatore, atto ad evitare sovrapposizioni temporali tra contrattazione collettiva nazionale e decentrata, è chiamato a disciplinare i diritti di informazione/consultazione in attuazione delle direttive comunitarie, nonché regole e procedure di funzionamento di eventuali organismi paritetici per approfondire gli andamenti economico-sociali ⁽⁴⁾.

La derogabilità della normativa del Contratto collettivo nazionale del lavoro da parte di quella di secondo livello è consentita nell’ipotesi di crisi aziendale e con riferimento allo sviluppo economico ed occupazionale dell’area. In proposito, l’Accordo Interconfederale ha introdotto parametri “oggettivi”, quali l’andamento del mercato del lavoro, il tasso di produttività, il tasso di avvio e di cessazione delle iniziative produttive; tra di essi, sono stati fatti rientrare anche i livelli di competenze e professionalità disponibili, la necessità di determinare le condizioni di attrattività per nuovi investimenti.

(4) Per i contratti territoriali vi è un dovere informativo, in capo all’impresa, sui criteri di misurazione e di valutazione (par. 3, punto 3.3, periodo 3), per i contratti aziendali è previsto un esame congiunto preventivo sulle condizioni produttive. Si è detto, tuttavia, che l’obbligo di trasparenza sul quadro economico-finanziario e di bilancio dell’impresa, l’obbligo informativo e consultivo su assetti societari, situazioni debitorie e finanziarie, contenuti nel documento sindacale unitario, tuttavia, nell’Accordo Interconfederale sembrano meno efficaci. RICCI M., *L’Accordo Quadro e l’Accordo Interconfederale del 2009: contenuti, criticità e modelli di relazioni industriali*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2009, I, spec. pag. 366.

Alle parti, inoltre, è riconosciuta ampia discrezionalità circa il *quantum* e le tecniche della derogabilità rispetto a “*singoli istituti economici e normativi*” del contratto collettivo nazionale di lavoro; in via sperimentale, infatti, si possono sottoscrivere intese a livello territoriale tra le strutture orizzontali delle parti contraenti il suddetto contratto, aventi ad oggetto la modifica totale o parziale di tali istituti.

In realtà, tenute in considerazione le condizioni del mercato del lavoro, l'alto tasso di disoccupazione, la forte presenza di lavoro nero e precario, la crisi economica, il nanismo dimensionale che caratterizza il nostro tessuto produttivo e le divisioni sindacali, la derogabilità della disciplina contrattuale nazionale potrebbe diventare la condicio *sine qua non* per consentire la stipulazione di accordi territoriali.

Per il momento, si può tentare di delineare il quadro complessivo entro il quale l'autonomia collettiva è ora chiamata ad operare; solo la prassi sarà in grado di dimostrare se le parti sociali sono effettivamente all'altezza del compito che viene offerto loro. È evidente, infatti, che «le relazioni industriali possono continuare a svolgere una funzione utile alla società se non si limitano a perseguire la tutela delle condizioni di lavoro con la contrattazione tradizionale, rivendicativa e distributiva, ma se allargano l'ambito di azione a funzioni partecipative nell'impresa e nel mercato del lavoro» (5).

2. Diritto del lavoro e crisi di impresa: quale futuro?

Alimentandosi degli stimoli provenienti dalla complessa realtà economica e sociale, il Diritto del lavoro potrà superare quella “crisi di effettività” che gli viene attribuita (6) solo mediante un dialogo ed un confronto costanti con altri rami del Diritto, anche quando essi, per loro natura, siano meno attenti alle istanze sociali.

Già da tempo, nel difficile tentativo di far convivere i diritti di libertà individuale con il valore dell'efficienza economica, il Diritto del lavoro si è trovato a doversi confrontare con il contesto concorrenziale nel quale operano le imprese. Oggi, in particolare, cornice di quel confronto è la crisi economica che imperversa nel panorama internazionale.

Proprio all'interno di tale cornice, il binomio “crisi di impresa – aiuti di Stato” rischia di esprimere tutta la sua drammatica attualità. Fermo restando che le esigenze di salvaguardia dei livelli occupazionali non possono tradursi in misure volte a mantenere sul mercato complessi produttivi altrimenti destinati a soccombere, il vero problema consiste nell'individuare il non

(5) T. TREU, *Diritto del lavoro: discontinuità e interdipendenze*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2005, cit., pag. 49.

(6) Tra gli altri, R. PESSI, *Lavoro, mercato, «ordine spontaneo», regolazione transnazionale*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2009, I, n. 3, pag. 277 e segg.

sempre chiaro confine tra interventi concretamente in grado di alterare la concorrenza tra le imprese ed interventi riconducibili alla categoria degli “aiuti alla persona”, nella misura in cui alcuni interventi che realizzano una riduzione dei costi a carico dell’impresa hanno effetti benefici nei confronti dei lavoratori coinvolti.

Ad ogni modo, l’esigenza di tutela dei livelli occupazionali si accentua quando siano in corso procedure concorsuali, alle quali si accompagnano sia consistenti limitazioni dei poteri del “soggetto imprenditore”, sia la necessità di soddisfare interessi ulteriori rispetto a quelli dei lavoratori.

La concezione atomistica dei beni del fallito che permeava di sé la disciplina fallimentare non sembra del tutto scomparsa anche a seguito delle più recenti riforme, sebbene si riscontri una maggiore apertura verso l’obiettivo della conservazione, nonché dell’interesse collettivo all’occupazione.

A ben vedere, il contesto sociale ed economico in cui veniva alla luce la legge fallimentare (R.D. 16 marzo 1942, n. 267) era il modello classico liberale, poco attento alle istanze sociali e che ruota intorno ad un modello imprenditoriale di dimensioni modeste e circoscritte al territorio nazionale. Alle finalità spiccatamente punitive nei confronti dell’imprenditore e della sua cattiva gestione si accompagnava lo scopo, pressoché esclusivo dell’impianto originario, della migliore soddisfazione dei creditori sul patrimonio del debitore improntata alla *par condicio creditorum*.

Anche prima dell’intervento riformatore, tuttavia, il diritto fallimentare non era nuovo ad interventi legislativi speciali ⁽⁷⁾ che si collocavano in senso discontinuo rispetto alle linee ispiratrici della stessa legge fallimentare al verificarsi di crisi economiche. È il caso di quei provvedimenti speciali che optano per una soluzione della crisi attenta al mantenimento dei livelli occupazionali, obiettivo anteposto alla tutela dei creditori.

A ben vedere, la previsione di indici in grado di consentire la rilevazione di quella reale ed effettiva impotenza economica e finanziaria che giustifica l’apertura della procedura concorsuale, nonché gli istituti di «*prevenzione*» ed «*allerta*», previsti dalla Commissione Trevisanato ma non riproposti, avrebbero potuto favorire la tempestiva emersione della crisi di impresa, consentendo altresì di individuare il *presupposto oggettivo* per la dichiarazione di insolvenza, a beneficio dei livelli occupazionali.

Il persistere della differente *ratio* ispiratrice della disciplina giuslavoristica rispetto ad altri settori dell’ordinamento, si traduce non di rado nell’utilizzo di un linguaggio giuridico non perfet-

⁽⁷⁾ Esempi eclatanti sono la *costituzione dell’IRI nel 1933 quale ente di gestione e finanziamento delle imprese industriali nelle quali lo Stato aveva assunto una partecipazione di controllo ed il cui intervento doveva essere solo temporaneo*; la Legge 22 marzo 1971, n. 184, istitutiva del GEPI; la Legge 12 agosto 1977, n. 675, sulla riconversione industriale; la Legge 5 dicembre 1978, n. 787, sul risanamento finanziario delle imprese industriali.

tamente coincidente e compatibile con le esigenze dell'una o degli altri, nonché nel rischio di equivoci interpretativi dai risvolti pratici tutt'altro che marginali.

Ciò, a ben vedere, non deve operare come deterrente. Al contrario, la ricerca di soluzioni compatibili con l'evoluzione della realtà economica e sociale, che non perda di vista le esigenze di tutela dei lavoratori, fa della crisi di impresa il terreno elettivo per un ripensamento del Diritto del lavoro quale disciplina aperta, tassello di un più generale "Diritto dell'impresa" le cui componenti siano coerentemente e funzionalmente amalgamate.

L'impresa, del resto, è il luogo in cui si costruisce il compromesso tra competitività e *performance* economica da un lato, e giustizia sociale e diritti dei lavoratori dall'altro. In ogni caso, l'assunzione di responsabilità da parte della stessa circa le conseguenze delle proprie scelte non può tradursi nella scelta di abdicare alla tutela *nel rapporto* a vantaggio della tutela *nel mercato* ⁽⁸⁾.

La scelta di conservare più rapporti di lavoro, laddove possibile, fermi restando i vincoli derivanti dall'appartenenza all'Unione Europea, può farsi derivare da un più generale principio di buona gestione e solidarietà, che a sua volta trova il proprio fondamento nell'art. 2 della Costituzione. Quei "*doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale*" richiamati dalla norma costituzionale si riflettono nella dialettica costante tra diritto e società.

L'obiettivo, dunque, resta il bilanciamento di interessi contrapposti; la ricerca dei mezzi per raggiungerlo è, come sempre, il vero terreno del confronto.

⁽⁸⁾ R. DEL PUNTA, *Ragioni economiche, tutela dei lavori e libertà del soggetto*, in *Riv. It. Dir. Lan.*, 2002, I, spec. pag. 416.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV.**, *Il diritto del lavoro negli anni 80. Occupazione flessibile e nuove tipologie del rapporto di lavoro*, Napoli, 1988.
- AA.VV.**, *Occupazione flessibile e nuove tipologie del rapporto di lavoro*, Napoli, 1988.
- AA.VV.**, *La nuova cassa integrazione guadagni e la mobilità*, Padova, 1993.
- AA.VV.**, *La transmisión de empresas en Europa*, Bari, 1999.
- AA. VV.**, *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1999.
- AA.VV.**, *Il trasferimento dell'impresa*, Torino, 2001.
- AA.VV.**, *I licenziamenti per riduzione di personale in Europa*, Bari, 2001.
- AA. VV.** (a cura di M. RUCIANO), *Il licenziamento collettivo*, Milano, 2004.
- AIELLO F.**, *Quali tutele per il demansionamento del lavoratore che rischi il licenziamento per giustificato motivo oggettivo?*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2008, II, pag. 372 e segg. (nota a Corte Cass., 5 aprile 2007, n. 8596).
- ALES E.**, *Informazione e consultazione nell'impresa: diritto dei lavoratori o dovere del datore di lavoro? Un'analisi comparata*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2009, II, pag. 221 e segg.
- AMOROSO G. - V. DI CERBO - MARESCA A.**, *Il Diritto del lavoro*, Volume I, *Costituzione, Codice civile, Leggi speciali*, Milano, 2004.
- ANDREONI A.**, *Contratti di solidarietà e integrazione salariale: i ruoli pubblici, collettivi e individuali tra vecchie nuove suggestioni*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1985, I, pag. 56 e segg.
- ANIBALLI V.**, *Esigenze di economicità e giustificato motivo di licenziamento: brevi considerazioni*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2008, pag. 559 e segg. (nota a Corte Cass., 10 maggio 2007, n. 10672).
- ARRIGO G.**, *La tutela dei crediti retributivi e previdenziali in caso di insolvenza del datore di lavoro tra ordinamento interno e disciplina comunitaria*, in *Prev. Ass. Pubb. Priv.*, 2005, pag. 1 e segg.
- ASQUINI A.**, *Profili dell'impresa*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1943, I, pag. 1 e segg.
- ASSANTI C. - G. PERA G.**, *Commento allo statuto dei diritti dei lavoratori*, Padova, 1972.
- BALDASSARRE A.**, *Iniziativa economica privata*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXI.
- BALLETTI E.**, *I licenziamenti per motivi economico-produttivi*, in *Dir. Merc. Lav.*, 2006, pag. 409 e segg.

BANO F., *L'intervento del Fondo di garanzia per il t.f.r. e l'insolvenza del datore di lavoro*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2001, II, pag. 704 e segg. (nota a Corte Cass., 9 marzo 2001, n. 3511).

BARBONI L. - FURLANI A., *Tutela dei crediti di lavoro e attuazione del diritto comunitario*, Padova, 1996.

BARRACO E., *Procedure concorsuali: tutela di lavoratori*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2006, pag. 2508 e segg.

BATTAGLIA R., *Brevi note sul Regolamento comunitario relativo alle procedure d'insolvenza*, in *Dir. Fall.*, 2002, I, pag. 22 e segg.

BAVARO V., *Note su enti bilaterali e libertà contrattuale*, in *Lav. Giur.*, 2007, pag. 1169 e segg.

BECK U., *Che cos'è la globalizzazione: rischi e prospettive della società planetaria*, trad. da E. Cafagna e C. Sandrelli, Roma, ed. 2009.

BELLAVISTA A., *Cassa integrazione straordinaria e procedura di partecipazione sindacale*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1997, pag. 331 e segg. (nota a Corte Cass., 8 ottobre 1996, n. 8788).

BENEDETTI G., *Profili civilistici dell'interposizione nei rapporti di lavoro*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1965, pag. 1492 e segg.

BERTOCCO S., *Esigenze tecnico-produttive e contenimento dei costi nei licenziamenti collettivi*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2005, II, pag. 938 e segg. (nota a Corte Cass., 1° settembre 2004, n. 17556).

BIAGI M., *Nuove regole in tema di licenziamenti collettivi*, in *Dir. Prat. Lav.*, 1992, n. 25, pag. 1664 e segg.

BISACCHI A., *Della crisi di impresa e delle procedure fallimentari*, in *Riv. Dott. Comm.*, 1995, pag. 279 e segg.

BOLEGO G., *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e insindacabilità delle scelte organizzative dell'imprenditore*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1995, II, pag. 173 e segg. (nota a Corte Cass., 30 marzo 1994, n. 3128).

BONFATTI S. – CENSONI P. F., *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2007.

BONI G., *Corporate Restructuring and Employment Protection: Towards a New Territorial Social Dialogue?*, 2007, in <http://cadmus.eui.eu/dspace/handle/1814/6954>

BORDONE A., *Unità produttiva e regime di licenziamento*, in *Riv. Critica Dir. Lav.*, 2002, pag. 433 e segg. (nota a Trib. Milano 20 dicembre 2001).

BORDONE A., *Demansionamento legittimo in alternativa al licenziamento*; in *Riv. Critica Dir. Lav.*, 2007, pag. 788 e segg. (nota a Corte Cass., 5 aprile 2007, n. 8596).

BORZAGA M., *Principio di equivalenza delle mansioni e ruolo della contrattazione collettiva: verso nuovi spazi di flessibilità?*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2007, pag. 669 e segg.

- BRANCA G.**, *Commentario della Costituzione*, tomo II, Rapporti economici, Bologna-Roma, 1982.
- BRINO V.**, *Diritto del lavoro e diritto della concorrenza: conflitto o complementarità?*, in *Merc. Dir. Lav.*, 2005, pag. 329 e segg.
- BROLLO M.**, *La mobilità interna del lavoratore. Mutamento di mansioni e trasferimento*, in P. SCHLESINGER (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, Milano, 1997.
- BUONOCORE V.** (a cura di), *Iniziativa economica e impresa nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006.
- BUONOCORE V.**, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381 del codice civile*, in *Giur. Comm.*, 2006, I, pag. 1 e segg.
- BUZZONI ZOCCOLA A. M.**, *La continuità dei rapporti di lavoro nel fallimento*, in *Giur. Comm.*, 1976, II, pag. 222 e segg.
- CAFFIO S.**, *Cigs e procedure concorsuali*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2009, n. 18, pag. 1063 e segg.
- CAIAFA A.**, *Sopravvivenza dell'impresa nelle procedure concorsuali e sorte dei rapporti di lavoro*, in *Dir. Fall.*, 1992, pag. 597 e segg.
- CAIAFA A.**, *Licenziamento del lavoratore subordinato e diritto all'indennità sostitutiva del preavviso*, in *Fall.*, 1993, pag. 318 e segg. (nota a Trib. Torino, 27 agosto 1992).
- CAIAFA A.**, *I rapporti di lavoro nelle procedure concorsuali*, Padova, 1994.
- CAIAFA A.**, *Fallimento del datore di lavoro e licenziamenti collettivi per riduzione di personale: competenza del giudice del lavoro o del tribunale fallimentare?*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1997, pag. 919 e segg.
- CAIAFA A.**, *Nuove regole per la crisi d'impresa: risanamento e conservazione*, in *Dir. Lav.*, 2001, pag. 62 e segg.
- CAIAFA A.**, *Fallimento e risoluzione condizionata dei rapporti di lavoro*, in *Dir. Fall.*, 2002, II, pag. 317 e segg. (nota a Trib. Roma, 17 novembre 2001).
- CAIAFA A.**, *Fallimenti, cigs e mobilità: un nodo ancora da sciogliere*, in *Dir. Fall.*, 2002, II, pag. 881 e segg.
- CAIAFA A.**, *I rapporti di lavoro nelle crisi di impresa*, Padova, 2004.
- CAIAFA A.**, *Vicende economiche dell'impresa: Diritto del lavoro comunitario e tutela del lavoratore*, in *Merc. Dir. Lav.*, 2005, pag. 5 e segg.
- CAIAFA A.**, *Le vicende economiche dell'impresa in crisi*, in *Dir. Fall.*, 2005, pag. 543 e segg.
- CAIAFA A.**, *La legge fallimentare riformata e corretta*, Padova, 2008.

- CAIAFA A. - COSIO R.**, *Il trasferimento dell'azienda nell'impresa in crisi*, Padova, 2005.
- CAIAFA A. - COSIO R.**, *Diritto europeo: crisi d'impresa e sorte dei rapporti di lavoro*, Milano, 2008.
- CAIAFA L.**, *Concordato preventivo e diritto all'indennità supplementare per licenziamento del dirigente*, in *Dir. Merc. Lav.*, 2005, pag. 303 e segg. (nota a Corte d'appello Aquila, 4 giugno 2004).
- CALCATERRA L.**, *La giustificazione causale del licenziamento per motivi oggettivi nella giurisprudenza di legittimità*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2005, pag. 621 e segg.
- CAPONI R.**, *Il Regolamento comunitario sulle procedure d'insolvenza*, in *Foro It.*, 2002, V, pag. 220 e segg.
- CARABELLI U.**, *Libertà e immunità del sindacato*, Napoli, 1986.
- CARABELLI U.**, *I licenziamenti per riduzione del personale*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1994, pag. 213 e segg.
- CARABELLI U.**, *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2004, pag. 1 e segg.
- CARABELLI U.**, *La disciplina sui licenziamenti collettivi contenuta nella L. n. 223 del 991: alcuni problemi interpretativi ancora aperti*, in *AA. VV., Percorsi di diritto del lavoro*, Bari, 2006, pag. 475 e segg.
- CARINCI F.** (a cura di), *La disciplina dei licenziamenti*, Napoli, 1991.
- CARINCI M. T.** (a cura di), *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, Milano, 2003.
- CARINCI F.**, *Il casus belli degli Enti bilaterali*, in *Lav. Dir.*, 2003, pag. 199 e segg.
- CARINCI M. T.**, *Gli appalti nel settore privato. La distinzione tra appalto e trasferimento d'azienda ed il trattamento dei lavoratori impiegati negli appalti*, in *Dir. Merc. Lav.*, 2006, spec. pag. 437 e segg.
- CARO M.**, *Natura ed effetti degli accordi aziendali in materia di cigs*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1996, I, pag. 387 e segg. (nota a Corte Cass., 10 maggio 1995, n. 5090).
- CARO M.**, *Ammissibilità e tecnica di applicazione del criterio del prepensionamento per la scelta dei lavoratori da porre in mobilità;* in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2001, II, pag. 579 e segg. (nota a Cass., 28 luglio 2000, n. 9956).
- CARPAGNANO D.**, *Sull'impossibilità di modificare la natura del licenziamento da collettivo a individuale*, in *Lav. Giur.*, 2002, pag. 449 e seg. (nota a Trib. Trani 15 febbraio 2002).
- CARTABIA M.**, *Omissione del legislatore, diritti sociali e risarcimento dei danni (A proposito della sentenza "Francovich" della Corte di Giustizia delle Comunità europee)*, in *Giur. Cost.*, 1992, pag. 505 e segg. (nota a Corte Giust., 19 novembre 1991, CC-6/91 e 9/90).

CARUSO B., *Verso un insolito (evitabile?) destino: la postdemocrazia sindacale*, in WP CSDLE “M. D’Antona”, 2005, n. 53, in <http://www.lex.unict.it>.

CASCIANO M. V., *Imprese siderurgiche pubbliche e facoltà di prepensionamento: il rapporto tra gli artt. 27 e 29 della l. 23 luglio 1991, n. 223* in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2002, II, pag. 405 e segg. (nota a Corte Cass., 15 maggio 2001, n. 6695).

CASTELVETRI L., *Riduzioni di personale e «principio di razionalità»*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1999, pag. 935 e segg. (nota a Corte Cass., 24 aprile 1999, n. 4097).

CATELANI A. e **LABRIOLA S.** (a cura di), *La costituzione materiale. Percorsi culturali e attualità di un’idea*, Milano, 2001.

CAVAGGIONI M., *Impresa del settore siderurgico pubblico: numero di prepensionamenti assegnati dal CIPE inferiore al numero delle domande e facoltà di selezione dell’impresa in base alle proprie esigenze di ristrutturazione*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1998, II, pag. 857 e segg. (Corte Cass., 13 agosto 1999, n. 7567).

CECCHIELLA C., *Il diritto fallimentare riformato*, Milano, 2007.

CENSONI F. P., *La sorte dei rapporti pendenti nel fallimento nel caso di affitto di azienda*, in *Giur. Comm.*, 2003, I, pag. 333 e segg.

CESTER C., *Trasferimento d’azienda e rapporti di lavoro: la nuova disciplina*, in *Lav. Giur.*, 2001, pag. 505 e segg.

CESTER C., *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, Relazione alle Giornate di studio AIDLASS “Inderogabilità delle norme e disponibilità dei diritti”, Modena, 18-19 aprile 2008, dattiloscritto, in <http://www.aidlass.org>

CHIECO P., *La disciplina delle eccedenze di personale nelle procedure concorsuali*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2001, pag. 183 e segg.

CINELLI M., *Diritto della previdenza sociale*, Milano, 1991.

CINELLI M. (a cura di) *Il fattore occupazionale nelle crisi di impresa*, Torino, 1993.

CINELLI M., *Diritto della previdenza sociale*, Torino, 2003.

CIUCCIOVINO S., *La nozione di “azienda trasferita” alla luce dei recenti sviluppi della giurisprudenza interna e della disciplina comunitaria*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1998, pag. 893 e segg.

COMERCI V. - CHINAGLIA S., *Art. 72*, in A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2009.

COMMISSO F., *Intervento del Fondo di garanzia istituito per la liquidazione del TFR e dei crediti di lavoro diversi dal TFR in caso di insolvenza del datore di lavoro. Riepilogo delle disposizioni vigenti ed orientamenti giurisprudenziali*, in *Fall.*, 2008, pag.145 e segg.

CORRADO A., *La riforma del diritto fallimentare: implicazioni giuslavoristiche del d. leg. 5/06; parte prima: aspetti generali ed effetti del fallimento sui rapporti di lavoro pendenti*, in *Riv. Critica Dir. Lav.*, 2006, pag. 19 e segg.

CORRADO A., *Fondo di garanzia e chiusura del fallimento per previsione di insufficiente realizzo ex art. 102 L.F.*, in *Orient. Giur. Lav.*, 2008, n. 2, pag. 448 e segg. (nota a Corte Cass., 5 maggio 2008, n. 11010).

CORRADO A., *I rapporti di lavoro e gli ammortizzatori sociali nel nuovo concordato preventivo*, in *Nuovo Dir. Soc.*, 2008, pag. 76 e segg.

CORRADO A. - CORRADO D., *I rapporti di lavoro nel fallimento*, Torino, 2007.

COSIO R., *La sentenza della Corte di Giustizia del 7 dicembre 1995, causa 427/93: gli effetti sull'ordinamento interno*, in *Foro It.*, 1996, IV, col. 210 e segg.

COSIO R., *Trasferimento delle imprese nel diritto comunitario: l'evoluzione degli ordinamenti della Corte di Giustizia*, in *Foro It.*, 1998, IV, col. 437 e segg. (nota a Corte Giust., 12 marzo 1998, C. – 319/949).

COSIO R., *Le direttive comunitarie e la trasposizione nell'ordinamento nazionale concordata con le parti sociali*, in AA.VV., *Concertazione e politiche per l'occupazione nel mezzogiorno* (a cura di S. PAGANO e C. ROMEO), 1999, pag. 151 e segg.

CRISAFULLI V., *Costituzione e imponibile in agricoltura*, in *Giur. Cost.*, 1958, pag. 1202 e segg.

CRUZ VILLANÓN J., *Los expedientes de regulación de empleo: elementos de debate y propuestas de reforma*, in *Temas Laborales*, 2009, n. 99, pag. 21 e segg.

D'ANTONA M., *Il licenziamento collettivo come «autonoma fattispecie di recesso» o come eccezione di inapplicabilità della legge 604/66?*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1979, II, pag. 31 e segg.

D'ANTONA M., *L'intervento straordinario della Cassa integrazione guadagni nelle crisi aziendali: interessi pubblici, collettivi, individuali*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1983, I, pag. 15 e segg.

D'ANTONA M., *Contrattazione collettiva e autonomia individuale nei rapporti di lavoro atipici*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1990, pag. 529 e segg.

D'ANTONA M., *Riduzione di personale e licenziamenti: la rivoluzione copernicana della legge 223/91*, in *Foro It.*, 1993, I, col. 2027 e segg.

D'AULISA D. B., *Art. 53*, in A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2009, Padova, 2009, pag. 1490 e segg.

DAFT R. L., *Organizzazione aziendale*, Milano, 2007.

DALLA CASA M., *Riforma della legge fallimentare e rapporti di lavoro*, in <http://www.diritodellavoro.it/public/current/ejournal>

DANIELE L., *La Corte di giustizia conferma l'efficacia direttamente «intermittente» delle direttive comunitarie*, in *Foro It.*, 1995, IV, pag. 38 e segg. (nota a Corte Giust., 14 luglio 1994, C - 91/92).

DANIELE L., *Legge applicabile e diritto uniforme nel Regolamento comunitario relativo alle procedure d'insolvenza*, in *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 2002, pag. 33 e segg.

DE ANGELIS L., *Cassa integrazione guadagni straordinaria e scelta dei dipendenti: profili formali, in particolare*, in *Foro It.*, 1994, I, col. 2895 e segg.

DE ANGELIS L., *Fallimento e rapporti di lavoro: brevi considerazioni dopo la riforma del 2006*, in *Foro It.*, 2007, V, col. 86 e segg.

DE CRISTOFARO M., *Tendenze legislative in tema di mutamento in pejus delle mansioni nell'interesse del lavoratore*, in *Dir. Lav.*, 1999, I, pag. 341 e segg.

DE FALCO F., *Cassa integrazione e obbligo di "esternazione" dei criteri rotativi*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2002, II, pag. 332 e segg. (nota a Corte Cass., 9 novembre 2001, n. 13926).

DE LUCA M., *Licenziamenti collettivi, trasferimenti d'azienda, crisi dell'impresa, procedure concorsuali e "tutele" dei lavoratori nel diritto comunitario. Brevissime note sullo stato di "conformazione" dell'ordinamento italiano*, in *Foro It.*, 1986, IV, col. 111 e segg. (nota a Corte Giust., 6 novembre 1985, C- 131/84).

DE LUCA TAMAJO R., *L'evoluzione dei contenuti e delle tipologie della contrattazione collettiva*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1985, I, pag. 16 e segg.

DE LUCA TAMAJO R. - RUSCIANO M. - ZOPPOLI L. (a cura di), *Mercato del lavoro, riforma e vincoli di sistema*, Napoli, 2004.

DE LUCA TAMAJO R., *Crisi e riorganizzazioni aziendali: interesse collettivo e interessi individuali nella giurisprudenza*, in *Lav. Dir.*, 2008, pag. 223 e segg.

DE LUCA TAMAJO R. - SANTORO PASSARELLI G. (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro. Commento al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Padova, 2007.

DE SIMONE M., *Violazione degli obblighi di informazione e consultazione*, in *Dir. Merc. Lav.*, 2007, pag. 364 e segg. (nota a Corte Cass., 26 gennaio 2006, n. 1550)

DE VOS M., *Flexicurity and the European Globalisation Adjustment Fund: propaganda or panacea?*, in M. DE VOS (a cura di), *European Union Internal market and Labour law: friends or foes?*, Oxford, 2008, pag. 105 e segg.

DEL CONTE M., *La figura giurisprudenziale del 'danno da demansionamento': il problema delle fonti e della prova*, in *Resp. Civ. Prev.*, 2000, pag. 629 e segg.

DEL CONTE M., *Per una maggiore responsabilizzazione del sindacato nel rinnovamento dell'organizzazione del lavoro*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2006, pag. 417 e segg.

DEL CONTE M., *Dimissioni del lavoratore: libertà di forma e primato della volontà*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2009, pag. 341 e segg.

DEL CONTE M., *L'estinzione del rapporto di lavoro per mutuo consenso*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2009, pag. 735 e segg.

DEL PUNTA R., *Verso il tramonto della tesi dell'autonomia ontologica del licenziamento collettivo*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1987, II, pag. 602 e segg. (nota a Corte Cass., 2 settembre 1986, n. 5384).

DEL PUNTA R., *I vecchi e i giovani: spunti sui criteri di scelta dei lavoratori in esubero*, in *Lav. Dir.*, 1999, n. 3, pag. 403 e segg.

DEL PUNTA R., *I licenziamenti per riduzione del personale: un primo bilancio giurisprudenziale*, *Lav. Dir.*, 1994, pag. 117 e segg.

DEL PUNTA R., *La l. n. 223/1991 e i licenziamenti collettivi: un primo bilancio teorico*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1997, n. 17.

DEL PUNTA R., *Ragioni economiche, tutela dei lavori e libertà del soggetto*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2002, I, pag. 401 e segg.

DEL PUNTA R., *L'ambito di applicazione dei criteri di scelta nel licenziamento collettivo*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2002, pag. 562 e segg. (nota a Corte Cass., 3 aprile 2002, n. 4736).

DELLA ROCCA G., *Oneri probatori nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in *Dir. Lav.*, 1998, II, pag. 178 e segg., (nota a Corte Cass., 4 settembre 1997, n. 8505).

DIAMANTI R., *L'ambito di applicazione dei criteri di scelta in materia di licenziamento collettivo* in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2002, II, pag. 909 e segg., (nota a Corte Cass., 24 gennaio 2002, n. 809).

DI CROCE I., *Ambito di applicazione dei criteri di scelta nei licenziamenti collettivi*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1998, II, pag. 225 e segg. (nota Corte Cass., 4 novembre 1997, n. 10832).

DI STASI A., *Manuale breve di diritto del lavoro e della previdenza sociale*, Milano, 2008.

FABIANI M., *Il rapporto fra la nuova amministrazione straordinaria e le procedure concorsuali minori*, in *Foro It.*, IV, col. 9 e segg., (nota a Corte Giust., 17 giugno 1999, C – 97/295).

FABIANI M., *Il requisito dimensionale soggettivo per l'accesso alla nuova amministrazione straordinaria*, in *Foro It.*, 2000, I, col. 3233 e segg. (nota a Trib. Cuneo, 14 febbraio 2000).

FALERI C., *Cessazione dell'attività aziendale per fallimento del datore di lavoro e obblighi procedurali relativi al conseguente licenziamento collettivo*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2005, II, pag. 217 e segg. (nota a Corte Cass., 8 luglio 2004, n. 12645).

FERRANTE V., *Ancora sugli aiuti di Stato: sono leciti i contratti di solidarietà "difensivi"?*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2003, II, pag. 709 e segg. (nota a Corte Giust., 12 dicembre 2002, C - 5/01).

FERRANTE V., *Integrazioni alla disciplina dei licenziamenti collettivi*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2004, n. 3, pag. 449 e segg.

FERRARO G., *Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamica contrattuale di tutela*, Padova, 1981.

FERRARO G. - MAZZIOTTI F. - SANTONI F. (a cura di), *Integrazioni salariali, eccedenze di personale e mercato del lavoro*, Napoli, 1992.

FERRAÙ G., *Omessa comunicazione delle modalità di applicazione dei criteri di scelta dei lavoratori da licenziare*, in *Lav. Giur.*, 2001, pag. 253 e segg. (nota a Corte Cass., Sez. Un., 11 maggio 2000, n. 419).

FERRO M., *Prime questioni applicative sul regolamento CE n. 1346/2000 sull'insolvenza transnazionale*, in AA.VV., *Diritto civile comunitario e cooperazione internazionale*, (a cura di I. AMBROSI, L. A. SCARINO), Milano, 2005, pag. 203 e segg.

FIMMANÒ F., *Esercizio provvisorio dell'impresa del fallito*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, in Commentario (diretto da A. JORIO e coordinato da M. FABIANI), Bologna, 2006, vol. II, pag. 1575 e segg.

FIMMANÒ F., *Gli effetti del concordato preventivo sui contratti in corso di esecuzione*, in *Fall.*, 2006, pag. 1050 e segg.

FIMMANÒ F., *La circolazione dell'azienda nel fallimento*, in *Riv. Not.*, 2007, pag. 255 e segg.

FIMMANÒ F., *Concordato preventivo e circolazione del ramo d'azienda*, in *Lav. Giur.*, 2008 (nota a Trib. Sulmona, 5 dicembre 2007) pag. 836 e segg.

FOCARETA F., *I criteri di scelta dei lavoratori nei licenziamenti collettivi*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1992, pag. 319 e segg.

FONTANA F., *Discrezionalità imprenditoriale e tutela giurisdizionale nei licenziamenti motivati da ragioni economiche*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2001, I, spec. pag. 323 e segg.

FORGILLO E., *Il salvataggio dell'impresa e la tutela dei livelli occupazionali quali interessi prevalenti rispetto alla tutela dei creditori*, in *Dir. Merc. Lav.*, 2004, pag. 507 e segg.

FORTUNAT A., *Due imprese e una stessa organizzazione aziendale: quando il lavoratore è al servizio di due padroni*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2004, II, pag. 540 e segg.

FUMAGALLI L., *Il Regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2001, pag. 677 e segg.

GAROFALO D., *Benefici contributivi e condizioni: la contribuzione agli Enti Bilaterali artigiani. La legge n. 30/2003 azzerava gli effetti di Cass. n. 6530/2001*, in *Lav. Giur.*, 2004, pag. 12 e segg.

GAROFALO D., *La riforma degli ammortizzatori sociali: l'ipotesi "neocostituzionalista"*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2008, pag. 957 e segg.

- GAROFALO D.**, *Ammortizzatori sociali e tutela giurisdizionale*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2009, n. 11, pag. 844 e segg.
- GAROFALO D. - RICCI M** (a cura di), *Percorsi di diritto del lavoro*, Bari, 2006.
- GALGANO F.**, *Il nuovo diritto societario. Tomo I. Le nuove società di capitali e cooperative*, Padova, 2004.
- GALIOTO M.**, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, Milano, 2003.
- GARCÍA VITORIA I.**, *La libertad de empresa: ¿un terrible derecho?*, Madrid, 2008.
- GHEZZI G.** (a cura di), *La disciplina del mercato di lavoro, Proposte per un testo unico*, Roma, 1996.
- GHEZZI G., MANCINI G. F., MONTUSCHI L., ROMAGNOLI U.** (a cura di), *Commentario del codice civile*, Bologna-Roma, 1972.
- GIRARDI G.**, *Riduzione del personale e criteri di scelta*, in *Lav. Giur.*, 2003, pag. 554 e segg. (nota a Corte Cass., 19 settembre 2002, n. 13393).
- GIUGNI G.**, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Napoli, 1963.
- GIUGNI G.**, *La funzione giuridica del contratto collettivo di lavoro*, in *Atti del Congresso Aidlass, Il contratto collettivo di lavoro*, Milano, 1968.
- GIUGNI G.**, *Giuridificazione e deregolazione nel diritto del lavoro italiano*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1986, pag. 317 e segg.
- GIUGNI G.**, *Azione sindacale, politica giudiziaria, dottrina giuridica*, in *Lavoro leggi e contratti*, Bologna, 1989.
- GOTTARDI D.**, *Legge e sindacato nelle crisi occupazionali*, Padova, 1995.
- GRAGNOLI E.**, *La riduzione di personale fra licenziamenti individuali e collettivi*, in F. GALGANO, R. GENGHINI (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2006.
- GRAGNOLI E.**, *Trasferimento d'azienda, elusione dell'operare dell'art. 18 Stat. Lav. e frode alla legge*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2008, II, pag. 559 e segg. nota a Corte Cass., 7 febbraio 2008, n. 2874.
- GRAGNOLI E.**, *Trasferimento di azienda, licenziamenti collettivi e frode alla legge*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2006, II, pag. 668 e segg. nota a Corte Cass., 2 maggio 2006, n. 10108.
- GRAGNOLI E. e A. PERULLI A.** (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Padova, 2004.
- GHERA E.**, *Diritto del lavoro*, Bari, 2002.
- GHEZZI G.** (a cura di), *La disciplina del mercato di lavoro, Proposte per un testo unico*, Roma, 1996.

GRANDI B., *La sorte dei rapporti di lavoro nell'affitto e nella retrocessione delle aziende sottoposte a procedura concorsuale*, in *Dir. Merc. Lav.*, 2006, pag. 265 e segg.

GRANDI B., *La sorte dei rapporti di lavoro nell'affitto e nella retrocessione delle aziende sottoposte a procedura concorsuale*, in *Dir. Merc. Lav.*, 2006, pag. 265 e segg.

GRECO M. G., *Demansionamento e clausole di fungibilità. Danni risarcibili, oneri probatori e profili di autotutela*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2008, pag. 919 e segg.

GRECO M. G., *Gli enti bilaterali dopo la riforma del mercato del lavoro*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2009, pag. 71 e segg.

GROSSI M. R., *La riforma della legge fallimentare*, Milano, 2006.

GUATRI L., *Crisi e risanamento delle imprese*, Milano, 1987.

GUERNELLI M., *La cessione di azienda nel fallimento*, in *Dir. Fall.*, 1997, I, pag. 1181 e segg.

GUERRIERI G., *Art. 50*, in A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2009, spec. pag. 1484.

HEPPLE B., *Labour Law and Global Trade*, Hart Publishing, Oxford, 2005.

KELLER R., *La nécessité de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise peut justifier un licenciement pour motif économique*, in *Droit Social*, 2006, n. 9-10, pag. 857 e segg.

ICHINO P., *Interesse dell'impresa, progresso tecnologico e tutela della professionalità*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1976, pag. 481 e segg.

ICHINO P., *Riduzione dell'orario di lavoro concorrenza tra occupati e disoccupati*, in *Lav. Dir.*, 1994, pag. 343 e segg.

ICHINO P., *Sulla nozione di g.m.o. di licenziamento*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2002, I, pag. 472 e segg.

ICHINO P., *Due questioni in materia di estensione del campo di applicazione della disciplina dei licenziamenti collettivi*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2003, n. 1, II, pag. 133 e segg., (nota a Corte Cass., 17 ottobre 2002, n. 14736)

ICHINO P., *Alcuni interrogativi sulla giurisprudenza della Cassazione in materia di licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2004, II, pag. 838 e segg. (Corte Cass., 7 luglio 2004, n. 12514).

INZITARI B., *Sospensione del contratto per sopravvenuto fallimento ed incerti poteri autorizzativi del comitato dei creditori*, in *Dir. Fall.*, 2007, I, pag. 306 e segg.

LAI M., *Appunti sulla bilateralità*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2006, pag. 1020 e segg.

- LAI M. e RICCIARDI L.**, *I contratti di solidarietà (disciplina legislativa e spunti di riflessione*, in Working Paper, 2009, n. 74, pag. 9, in <http://www.fmb.unimore.it>
- LAMBERTUCCI P.**, *Profili ricostruttivi della nuova disciplina sui trasferimenti d'azienda*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1992, I, pag. 191 e segg.
- LAMBERTUCCI P.**, *Sulla nozione di trasferimento d'azienda nel diritto comunitario*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1995, II, pag. 608 e segg.
- LAMBERTUCCI P.**, *La disciplina del trasferimento d'azienda in crisi al vaglio della Corte di Giustizia*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1996, II, pag. 268 e segg.
- LAMBERTUCCI P.**, *La configurazione dell'azienda nel diritto comunitario e nel diritto interno ai fini del suo trasferimento*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1997, pag. 127 e segg.
- LAMBERTUCCI P.**, *Brevi considerazioni su trasferimento di azienda e fusione societaria*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1997, II, pag. 201 e segg.
- LAMBERTUCCI P.**, *Le tutele del lavoratore nella circolazione dell'azienda*, Torino, 1999.
- LAMBERTUCCI P.**, *Area contrattuale e autonomia collettiva*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1999, pag. 277 e segg.
- LAMBRINI P.**, *La novazione*, in A. BURDESE e E. MOSCATI (a cura di), *I modi di estinzione*, in L. GAROFALO e M. TALAMANCA (diretto da), *Trattato delle obbligazioni*, Padova, 2008, pag. 435 e segg.
- LASSANDARI A.**, *Sulla natura dell'accordo sindacale in materia di cassa integrazione guadagni*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1999, II, pag. 89 (nota a Corte Cass., 10 marzo 1998, n. 2635).
- LASSANDARI A.**, *Il contratto collettivo aziendale e decentrato*, Milano, 2001.
- LECCESE V.**, *Giudici italiani e Corte di Giustizia sul trasferimento d'azienda: un dialogo a più velocità?*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1999, pag. 65 e segg.
- LEONARDI S.**, *Gli enti bilaterali tra autonomia e sostegno normativo*, in *Giorn. Dir. Lav.*, 2004, pagg. 443 e segg.
- LEONARDI S.**, *Ammortizzatori sociali ed enti bilaterali: una rassegna di norme e accordi collettivi*, in *Riv. Pol. Soc.*, 2008, pag. 269 e segg.
- LEPORE A.**, *Giustificato motivo oggettivo di licenziamento, onere della prova e limiti al sindacato del giudice*, in *Dir. Lav.*, 2000, II, pag. 31 e segg (nota a Corte Cass., 18 novembre 1998, n. 11646).
- LIEBMAN S.**, *Contributo allo studio della contrattazione collettiva nell'ordinamento giuridico italiano*, Milano, 1986.

- LIEBMAN S.**, *Trasferimento d'azienda e responsabilità dell'acquirente nel passaggio dalla vecchia alla nuova normativa*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1993, II, pag. 840 e segg. (nota a Corte Cass., 27 novembre 1992, n. 12665).
- LIEBMAN S.**, *Garanzie dei diritti individuali ed autotutela sindacale nel trasferimento d'azienda*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1995, pag. 151 e segg.
- LIEBMAN S.**, *Ambito di efficacia soggettiva del «contratto collettivo di ingresso» e condotta antisindacale*, in *Orient. Giur. Lav.*, 1995, pag. 547 e segg. (nota a Pret. Milano, 30 marzo 1995).
- LIEBMAN S.**, *Obblighi di informazione e consultazione sindacale nel trasferimento d'azienda e condotta anti-sindacale: gli effetti di un'eventuale condanna ex art. 28 dello Statuto dei lavoratori*, in *Orient. Giur. Lav.*, 1996, pag. 330 e segg. (nota a Pret. Lodi, 30 novembre 1995).
- LIEBMAN S.**, *Il rapporto di lavoro nell'amministrazione straordinaria della grande impresa in crisi e nel fallimento (un confronto)*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1998, pag. 968 e segg.
- LIEBMAN S.**, *La mobilità del lavoro nella legge n. 223/91: tendenze della prassi applicativa*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1999, I, pag. 125 e segg.
- LISO F.**, *Modifiche dell'organizzazione e contratto di lavoro*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1981, pag. 568 e segg.
- LISO F.**, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Milano, 1982.
- LISO F.**, *Mercato del lavoro. Il ruolo dei poteri pubblici e privati nella legge n. 223/1991*, in *Riv. Giur. Lav.*, I, 1993, pag. 3 e segg.
- LISO F.**, *La galassia normativa dopo la legge 223/1991*, in *Giorn. Dir. Rel. Ind.*, 1997, pag. 1 e segg.
- LISO F.**, *Brevi note sull'art. 19 del recente decreto legge 185 intervenuto sulla materia degli ammortizzatori sociali*, in *Working Paper Adapt*, 2008, n. 68.
- LO CASCIO L.**, *Cassa integrazione alle imprese in procedura concorsuale e prelazione dell'affittuario*, in *Giust. Civ.*, 1995, I, pag. 963 e segg., (nota a Corte Cass., 3 novembre, 1994, n. 905).
- LO CASCIO L.**, *La procedura di composizione concordata della crisi*, in *Fall.*, 2004, pag. 942 e segg.
- LOY P.**, *Las diversas racionalidades de los límite procedimentales en el ejercicio de los poderes empresariales*, in *Relaciones Laborales*, 2005, n. 19-20, pag. 287 e segg.
- LUCIANI M.**, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983.
- LUCIANI M.**, *La «Costituzione economica»: una formula non convincente*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, V, 1990.
- LUDOVICO G.**, *Impugnazione del licenziamento e fallimento: questioni in tema di continuità del rapporto di lavoro e di competenza*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2005, II, pag. 245 e segg. (nota a Corte Cass., 27 febbraio 2004, n. 4051).

- LUNARDON F.**, *Contrattazione collettiva e governo del decentramento produttivo*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2004, I, pag. 213 e segg.
- MACCHIA M.**, *Lavoro e previdenza nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 1999, pag. 730 e segg.
- MADERA M. L.**, *Soppressione di reparto e licenziamento ingiustificato*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2002, II, pag. 70 e segg., (nota a Corte Cass., 15 febbraio 2001, n. 2188).
- MAGNANI M.**, *Sub art. 1*, in *Commentario alla l. n. 863*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 1985, pag. 825 e segg.
- MAGNANI M.**, *Imprese in crisi nel diritto del lavoro*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1991, 1, pag. 141 e segg.
- MAGNANI M.**, *Contratti di lavoro e organizzazione*, in AA. VV., *Diritto del lavoro e nuovi problemi*, Padova, 2006, pag. 697 e segg.
- MAGNANI M.**, *Il diritto del lavoro e le sue categorie*, Padova, 2006.
- MAGNO P.**, *La tutela del lavoro nel Diritto comunitario*, 2000.
- MAGRINI S.**, *Il licenziamento collettivo nella giurisprudenza sulla l. 223/1991*, *Lav. Inf.*, 1997, n. 2
- MALANDRINI S.**, *La durata dei trattamenti di integrazione salariale*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2005, n. 15, pag. 817 e segg.
- MAMMONE G.**, *Trasferimento intraaziendale del lavoratore nel corso di procedura di riduzione di personale e correttezza dell'esercizio del potere imprenditoriale*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1999, II, pag. 391 e segg. (nota a Corte Cass., 13 luglio 1998, n. 6867).
- MANGANIELLO E.**, *Legge e autonomia collettiva nella disciplina dei criteri di scelta per la riduzione del personale: la consulta introduce il controllo di ragionevolezza*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, II, 1995, pag. 240 e segg. (nota a Corte Cost., 30 giugno 1994, n. 268)
- MANGANIELLO E.**, *Cassa integrazione guadagni straordinaria, criteri di scelta, rotazione e sanzioni di diritto comune*, in *Giust. Civ.*, 1999, n. 6, pag. 1830 e segg. (nota a Corte Cass., 17 marzo 1998, n. 2882).
- MANNA A.**, *La cassa integrazione guadagni*, Padova, 1998.
- MARASCIUOLO C.**, *Sulla prossimità al trattamento pensionistico quale criterio di scelta dei lavoratori da collocare in mobilità*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1999, II, pag. 866 e segg. (nota a Corte Cass., 24 aprile 1999, n. 4097).
- MARRA L.**, *Sui requisiti della pattuizione collettiva in materia di criteri di scelta nei licenziamenti collettivi*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1999, II, pag. 198 e segg., (nota a Corte Cass., 24 marzo 1998, n. 3133).
- MARAZZA M.**, *Impresa ed organizzazione nella nuova nozione di azienda trasferita*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2001, pag. 599 e segg.

MARAZZA M., *Organizzare, lavorare e produrre*, in *Mer. Dir. Lav.*, 2005, 2005, n. 2-3, 2005, pag. 519 e segg.

MARESCA A., *Le novità del legislatore nazionale in materia di trasferimento d'azienda*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2001, pag. 587 e segg.

MARESCA A., *Autonomia e diritti individuali nel contratto di lavoro (Rileggendo "L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro")*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2009, n. 1, pag. 97 e segg.

MARINELLI M., *Clausole di rinvio al contratto collettivo e libertà di associazione nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, W.P C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", 2006, n. 48.

MARINO V., *Sulla violazione dell'obbligo di «comunicazione» in caso di licenziamento per riduzione di personale*, in *Giust. Civ.*, 1999, I, pag. 2477 e segg., (nota a Corte Cass., 21 luglio 1998, n. 7169).

MARIUCCI L., *La contrattazione collettiva*, Bologna, 1985.

MARIUCCI L., *Interrogativi sugli enti bilaterali*, in *Lav. Dir.*, 2003, pag. 163 e segg.

MARRA L., *Sui requisiti della pattuizione collettiva in materia di criteri di scelta nei licenziamenti collettivi*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1999, II, pag. 198 e segg. (nota a Corte Cass., 23 marzo 1998, n. 3057).

MARTINENGO G., *Enti bilaterali: appunti per la discussione*, in *Lav. Dir.*, 2003, pag. 175 e segg.

MASCARELLO C., *I rapporti giuridici pendenti nella riforma del fallimento (art. 72 e 72 bis Legge Fallim.)*, in *Dir. Fall.*, 2007, I, pag. 289 e segg.

MASSI E., *La rotazione della integrazione salariale straordinaria*, in <http://www.dplmodena.it/>

MASSI E., *Contratti di solidarietà difensivi: problemi e prospettive*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2009, n. 10, pag. 635 e segg.

MASTINU E. M., *La procedimentalización sindical del ejercicio de los poderes y prerogativas del empresario*, in *Relaciones Laborales*, 2005, n. 19-20, pag. 269 e segg.

MAZZIOTTI M., *Iniziativa economica privata, proprietà privata e diritto al lavoro*, in *Giur. Cost.*, 1958, pag. 1209 e segg.

MAZZOTTA O., *L'Italia, la Cee e i licenziamenti collettivi*, in *Foro It.*, 1982, IV, col. 353 e segg. (nota a Corte Giust. CE, 8 giugno 1982, causa 91/81)

MAZZOTTA O., *Il diritto del lavoro e le sue fonti*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2001, I, pag. 219 e segg.

MAZZOTTA O., *Diritto del lavoro*, Milano, 2002.

MELIADÒ G., *La teoria dell'impresa nel diritto del lavoro (itinerari interpretativi e usi giurisprudenziali)*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1985, I, pag. 71 e segg.

MENGHINI L. *L'attenuazione delle tutele individuali dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda in crisi o soggetta a procedure concorsuali dopo la direttiva 50/98 e il d. lgs. 270/99*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2000, I, pag. 209 e segg.

MENGONI L., *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1986, pag. 9 e segg.

MENGONI L., *La questione della subordinazione in due trattazioni recenti*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1986, I, pag. 5 e segg.

MIANI CANEVARI F., *Il controllo giurisdizionale sui poteri privati del datore di lavoro*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2009, pag. 609 e segg.

MIOLA M., *I gruppi di società tra unità e pluralità alla luce della riforma del diritto societario*, in *Dir. Merc. Lav.*, 2004, pag. 695 e segg.

MISCIONE M., *I licenziamenti per riduzione del personale e la mobilità*, in F. CARINCI (a cura di), *La disciplina dei licenziamenti*, Napoli, 1991, pag. 299 e segg.

MISCIONE M., *La rotazione nella Cassa integrazione dopo la l. n. 223/91*, in *Riv. Critica Dir. Lav.*, 1992, pag. 914 e segg.

MISCIONE M., *L'indennità di mobilità*, Napoli, 1993.

MISCIONE M., *I contratti di solidarietà*, in M. MISCIONE (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: garanzie del reddito, estinzione e tutela dei diritti*, in F. CARINCI (Diretto da), *Diritto del lavoro*, Torino, 1998, vol. III, pag. 137 e segg.

MISCIONE M., *I contratti di solidarietà nell'incertezza*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1995, n. 17, pag. 133 e segg.

MISCIONE M., *Gli ammortizzatori sociali prorogati*, in M. MISCIONE e D. GAROFALO, *Il lavoro nella Finanziaria 2007*, Milano, pag. 3 e segg.

MONTAGNANI C., *Commento all'art. 2498 c.c.*, in M. SANDULLI e V. SANTORO (a cura di), *La riforma delle società, artt. 2462-2510 c.c.*, Torino, 2003, pagg. 355 – 356.

MORBIDELLI G., *Iniziativa economica privata*, in *Enciclopedia Giuridica*, XVII, Roma, 1989, pag. 2 e segg.

MORELLI M., *Natura giuridica delle obbligazioni del Fondo di garanzia ex art. 2 L. 297/82: nota a Cass. Sez. Lav., 19/12/2005, n. 27917*, in *Info Prev.*, 2006, pag. 798 e segg. (nota a Corte Cass., 19 dicembre 2005, n. 27917).

MORO A., *Art. 2112 c.c. ed elusione fraudolenta dell'art. 18 S.L.*, in *Riv. Critica Dir. Lav.*, 2008, pag. 638 e segg. (nota a Corte Cass., 7 febbraio 2008, n. 2874).

MORTATI C., *Iniziativa privata ed imponibile di mano d'opera*, in *Giur. Cost.*, 1958, pag. 1190 e segg.

- MORTATI C.**, *Il diritto al lavoro secondo la costituzione della repubblica*, in *Problemi di Diritto Pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana*, tomo III, Milano, 1972, pag. 5 e segg.
- NALDINI M.**, *Prelazione dell'affittuario: prime osservazioni della Cassazione*, in *Fall.*, 1996, pag. 26 e segg. (nota a Corte Cass., 25 marzo 1995, n. 3579).
- NAPOLI M.**, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Milano, 1980.
- NAPOLI M.**, voce *Licenziamenti*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. Comm.*, vol. IX, Torino, 1993.
- NAPOLI M.**, *Contratto e rapporti di lavoro, oggi*, in ID. (a cura di), *Le ragioni del diritto, Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Milano, 1995, pag. 1057 e segg.
- NAPPI S.**, *Sul ricorso alla cassa integrazione guadagni straordinaria nell'ambito delle procedure concorsuali*, in *Dir. Lav.*, 1997, II, pag. 582 e segg. (nota a Trib. Napoli, 24 marzo 1997).
- NARDO G., LAZZARA M., BUONSIGNORI A.**, *I contratti nelle procedure concorsuali*, Milano, 1992.
- NATULLO G.**, *Il licenziamento collettivo. Interessi, procedure, tutele*, Milano, 2004.
- NOGLER L.**, *Gruppo di imprese e diritto del lavoro*, in *Lav. Dir.*, 1992, pag. 291 e segg.
- NOVELLA M.**, *Dubbi e osservazioni critiche sul principio di insindacabilità delle scelte economico-organizzative dell'imprenditore*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2004, II, pag. 791 e segg. (nota a Corte Cass., 9 marzo 2004, n. 4790).
- NOVELLA M.**, *I concetti di costo contabile, costo-opportunità e di costo sociale nella problematica costruzione gius-economica del giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2007, II, pag. 990 e segg. (nota a Corte Cass., 10 maggio 2007, n. 10672).
- NOVELLA M. e VALLAURI M. L.**, *Il nuovo art. 2112 c.c. e i vincoli del diritto europeo*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2005, n. 2, pag. 177 e segg.
- NUZZO V.**, *Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro*, Padova, 2002.
- OCCHINO A.**, *La clausola collettiva di fungibilità tra mansioni contrattualmente, ma non legalmente, equivalenti è valida per esigenze aziendali temporanee*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2007, II, pag. 336 e segg. (nota a Corte Cass., Sez. Un., 24 novembre 2006, n. 25033).
- OGRISEG C.**, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento: prospettive interdisciplinari*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2003, pag. 485 e segg.
- OLIVELLI P.**, *Sussidiarietà e contrattazione collettiva*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2008, n. 6, pag. 1387 e segg.
- OPPO G.**, *Realtà giuridica globale dell'impresa nell'ordinamento italiano*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1976, I, pag. 591 e segg.

ORLANDINI G., *Il trasferimento di azienda nelle imprese in stato di crisi tra dibattito teorico e prassi sindacale*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel Ind.*, 2005, n. 4, pag. 595 e segg.

ORLANDINI G., *Stato di crisi aziendale e cassa integrazione guadagni straordinaria: vincoli sostanziali e procedurali di fronte alle «domande» comunitarie*, in *Riv. Dir. Sic. Soc.*, 2006, pag. 127 e segg.

ORLANDO M., *Danno da demansionamento in presenza di concause: al dipendente spetta il risarcimento integrale*, in *Riv. Critica Dir. Lav.*, 2006, pag. 1122 e segg., nota a Corte Cass., 26 luglio 2006, n. 17022

PACE A., *Iniziativa privata e governo pubblico dell'economia. Considerazioni preliminari*, in *Giur. Cost.*, 1979, pag. 1227 e segg.

PACE A., *L'iniziativa economica privata come diritto di libertà: implicazioni teoriche e pratiche*, in AA.VV., *Studi in memoria di Franco Piga*, II, Milano, 1992, pag. 1591 e segg.

PAGANO S. e ROMEO C. (a cura di), *Concertazione e politiche per l'occupazione nel mezzogiorno*, 1999

PALLA M., *Impossibilità di garantire il reimpiego ai lavoratori in C.i.g. e scelta dei dipendenti da porre in mobilità*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1999, II, pag. 665 e segg. (nota a Corte Cass., 11 novembre 1998, n. 11387)

PALLINI M., *La nuova disciplina comunitaria della tutela dei lavoratori in caso di insolvenza del datore: la Direttiva n. 2002/74*, in *Riv. Dir. Sic. Soc.*, 2003, n. 2.

PANTANO F., *Il coinvolgimento dei laboratorio nella gestione della società europea*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2007, n. 1, pag. 960 e segg.

PANZANI L. (diretto da), *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, 2000.

PAPALEONI M., DEL PUNTA R., MARIANI M., *La nuova Cassa integrazione guadagni e la mobilità*, Padova, 1993.

PARISI S., *Procedure di insolvenza transnazionali: competenza giurisdizionale e tutela dei creditori nel regolamento CE n. 1346/2000*, in *Dir. Merc. Lav.*, 2006, pag. 322 e segg. (nota a Corte di Giust., 17 gennaio 2006, C - 1/04).

PASSALACQUA P., *Autonomia collettiva e mercato del lavoro. La contrattazione gestionale e di rinvio*, Torino, 2005.

PAVAN A., *L'amministrazione economica delle aziende*, Milano, 2008.

PECORARO C., *Gestione del rischio da ignoto tecnologico: prime riflessioni sull'adeguatezza della gestione d'impresa*, in AA. *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, II, Milano, 2005, pag. 1409 e segg.

PEDRAZZOLI M. (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro: d. lgs. 10 settembre 2003, n. 276. Commentario*, Bologna, 2004.

PELAGGI A., *Trasferimento d'azienda nelle imprese in crisi, potere di recesso del cedente e del cessionario ed effetti del licenziamento illegittimo alla luce della giurisprudenza comunitaria*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1998, pag. 628 e segg.

PERA G., *Le novità nella disciplina dei licenziamenti*, Padova, 1993.

PERA G., *Fallimento e rapporto di lavoro*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1999, I, pag. 239 e segg.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL F. (a cura di), *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, Madrid, 2005.

PERONE G. e **VALLEBONA A.** (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro*, Torino, 2004.

PERRINO A. M., *Il trasferimento d'azienda dell'impresa fallita*, in *Dir. Mer. Lav.*, 2005, pag. 97 e segg.

PERSIANI M., *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova, 1966.

PERSIANI M., *Prime osservazioni sulla nuova disciplina delle mansioni e dei trasferimenti dei lavoratori*, in *Dir. Lav.*, 1971, I, pag. 17 e segg.

PERSIANI M., *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto*, in G. MAZZONI, L. RIVA SANSEVERINO, *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, Padova, 1971, II, pag. 593 e segg.

PERSIANI M., *Cassa integrazione, poteri dell'imprenditore e scelta dei lavoratori*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1983, pag. 341 e segg.

PERSIANI M., *I licenziamenti collettivi per riduzione di personale nella l. 223/91: le procedure*, in *Dir. Rel. Ind.*, 1992, pag. 211 e segg.

PERSIANI M. (a cura di), *Commentario della legge 223/91*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 1994, pag. 884 e segg.

PERSIANI M., *Diritto del lavoro e razionalità*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1995, n. 1, pag. 34 e segg.

PERSIANI M., *Considerazioni sul controllo di buona fede nei poteri del datore di lavoro*, in *Dir. Lav.*, 1995, I, pag. 135 e segg.

PERSIANI M., *Contratti collettivi normativi e contratti gestionali*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1999, I, pag. 1 e segg.

PERSIANI M. e **PROIA G.**, *Diritto del lavoro*, Padova, 2008.

PERULLI A., *Tecniche di tutela nei fenomeni di esternalizzazione*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2003, pag. 473 e segg.

PESSI R., *Funzione e disciplina dei contratti di solidarietà*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1985, pag. 334 e segg.

PESSI R., *Lavoro, mercato, «ordine spontaneo», regolazione transnazionale*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2009, I, pag. 277 e segg.

PICCININNO S., *Trasferimento d'azienda, rapporti di lavoro e autonomia privata*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2000, pag. 669 e segg. (nota a Corte Cass., 30 agosto 2000, n. 11422).

PINNA E., *Effetti del fallimento sui rapporti di lavoro subordinato pendenti*, in *Dir. Fall.*, 1977, I, pag. 75 e segg.

PINTO V., *Il lavoro nei gruppi imprenditoriali: oltre il decentramento?*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1999, pag. 445 e segg.

PINTO V., *I gruppi societari nel sistema giuridico del lavoro*, Bari, 2005.

PISANI C., *La modificazione delle mansioni*, Milano, 1996.

PISANI C., *La certezza del diritto nelle tecniche della flessibilità*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2003, I, pag. 69 e segg.

PISANI C., *Le mansioni promiscue secondo le Sezioni Unite: consensi e dissensi*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2007, pag. 24 e segg. (nota a Corte Cass., Sez. Un., 24 novembre 2006, n. 25033).

PIZZOFERRATO A., *La nozione "giuslavoristica" di trasferimento d'azienda fra diritto comunitario e diritto interno*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1998, I, pag. 429 e segg.

PIZZOFERRATO A., *Omessa comunicazione sindacale dei criteri di scelta dei lavoratori da porre in c.i.g.s. e conseguenze sul piano dei rapporti di lavoro*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1999, II, pag. 119 e segg. (nota a Corte Cass., 17 marzo 1998, n. 2882).

PIZZOFERRATO A., *Il trasferimento d'azienda nelle imprese in crisi*, in *Quad. Dir. Lav.*, 2004, n. 28, pag. 147 e segg.

PLENTEDA D., *I rapporti giuridici pendenti nel fallimento riformato*, Milano, 2008.

POLELLA E., *In materia di licenziamenti il requisito dimensionale-occupazionale va considerato tenendo conto anche delle società collegate*, in *Nuovo Dir.*, 2003, pag. 721 e segg. (nota a Corte Cass., 24 febbraio 2003, n. 4274).

POSO V. A., *Brevi osservazioni sull'obbligo di repêchage nell'ambito del gruppo di società in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2003, II, pag. 819 e segg. (nota a Corte Cass., 16 maggio 2003, n. 7717).

PRINZIVALLI G., *Gli effetti del fallimento sul contratto di lavoro subordinato*, in *Dir. Fall.*, 1989, I, pag. 314 e segg.

PROIA G., *Sull'«intenzione» di trasferire l'azienda, nella procedura sindacale prevista dall'art. 47 della legge n. 428 del 1990*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1995, pag. 92 e segg.

- PROIA G.**, *Enti bilaterali e riforma del mercato del lavoro*, in *Dir. Lav.*, 2003, pag. 647 e segg.
- PROTO V.**, *Il Regolamento dell'Unione Europea sulle procedure di insolvenza: un'opportunità per il legislatore italiano*, in *Fall.*, 2000, pag. 709 e segg.
- PROTO V.**, *L'insolvenza transnazionale nell'ordinamento comunitario*, in *Dir. Fall.*, 2003, I, pag. 561 e segg.
- PROVINCIALI R.**, *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, 1974.
- PUNZI C.**, *Le procedure d'insolvenza transfrontaliere nell'Unione Europea*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2003, pag. 997 e segg.
- PUTATURO DONATI F. M.**, *Sulle conseguenze per omessa o incompleta comunicazione ex art. 4, comma 9, legge n. 223/1991 (Attualità di un dilemma scespiriano)*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1999, II, pag. 101 e segg. (nota a Corte Cass., 21 luglio 1998, n. 7169).
- QUADRI G.**, *Trasferimento d'azienda, frode alla legge e tecniche di tutela del lavoratore*, in *Dir. Merc. Lav.*, 2006, pag. 360 e segg. (nota a Corte Cass., 2 maggio 2006, n. 10108).
- RAGUSA-MAGGIORE G.**, *Lezioni di diritto concorsuale*, Padova, 2003.
- RAFFI A.**, *La preesistenza è requisito necessario del ramo d'azienda per legittimare il trasferimento*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2008, II, pag. 687 e segg. (nota a Trib. Roma, 3 marzo 2008).
- RAZZOLINI O.**, *Contitolarità del rapporto di lavoro nel gruppo caratterizzato da "unicità di impresa"*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", 2009, n. 89, in <http://www.lex.unict.it>
- RICCI M.**, *Mercato del lavoro e licenziamenti collettivi*, Relazione alle Giornate di studio AIDLASS, Disciplina dei licenziamenti e mercato del lavoro, Venezia, 25-26 maggio 2007, in <http://www.aidlass.org>
- RICCI M.**, *L'Accordo Quadro e l'Accordo Interconfederale del 2009: contenuti, criticità e modelli di relazioni industriali*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2009, I, pag. 353 e segg.
- RICCI V. E.**, *Il riconoscimento delle procedure di insolvenza secondo il Regolamento Ce n. 1346/2000*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2004, n. 2, pag. 387 e segg.
- RICCOBONO A.**, *Le Sezioni Unite sulle clausole di fungibilità tra mansioni considerate equivalenti dalla contrattazione collettiva*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2007, II, pag. 337 e segg. (nota a Corte Cass., Sez. Un., 24 novembre 2006, n. 25033).
- RICCOBONO A.**, *Subordinazione, appalto, trasferimento d'azienda: continuità e discontinuità sulla qualificazione della fattispecie nel diritto del lavoro*, in *Dir. Mercato Lav.*, 2007, pag. 139 e segg.
- RIGANÒ G.**, *La tutela individuale e le clausole collettive contenute nella parte obbligatoria del contratto collettivo*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2001, pag. 289 e segg. (nota a Corte Cass., 5 settembre 2000, n. 11718).

RIVA SANSEVERINO, L., *Disciplina delle attività professionali. Impresa in generale*, in Commentario de codice civile Scialoja-Branca, sub artt. 2060-2134, Bologna-Roma, 1977.

RIZZO P., *Intervento straordinario e procedure concorsuali*, in *Dir. Giur.*, 1997, pag. 179 e segg., nota a Trib. Napoli 24 marzo 1997.

RODRÍGUEZ CONTRERAS R., *Reestructuración y adaptación permanente al cambio de las empresas: algunas experiencias de medidas sociales ante las Reestructuraciones en la Unión Europea*, in *Temas Laborales*, 2009, n. 99, pag. 55 e segg.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER M., *Poder de dirección y derecho contractual*, in *Relaciones Laborales*, 2005, n. 19-20, pag. 22 e segg.

ROMAGNOLI U., *Commento all'art. 13 dello Statuto dei lavoratori*, in G. GHEZZI, G. F. MANCINI, L. MONTUSCHI, U. ROMAGNOLI (a cura di), *Commentario del codice civile*, Bologna-Roma, 1972.

ROMAGNOLI U., *Enti bilaterali: possibili risposte, ivi*, 2003, pag. 261 e segg.

ROMEI R., *Il trasferimento dell'azienda in crisi*, in *Dir. Rel. Ind.*, 1992, pag. 48 e segg.

ROMEI R., *La responsabilità solidale per i crediti di lavoro in caso di trasferimento di azienda al vaglio della giurisprudenza*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, nota a Corte Cass., 19 dicembre 1997, n. 12899, pag. 765 e segg.

ROMEI R., *Cessione di ramo d'azienda e appalto*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1999, pag. 325 e segg.

ROMEI R. - LAMBERTUCCI P., *Commento all'art. 2112 Cod. Civ.*, in M. GRANDI e G. PERA (a cura di), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Padova, 2005.

ROSANO M., *Il fondo di garanzia Inps e la tutela differenziata in base alla natura del datore di lavoro: l'intervento riequilibrante della cassazione*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2005, II, pag. 973 e segg.

ROSANO M., *La tutela del lavoratore nell'insolvenza transnazionale*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2008, n. 2, pag. 275 e segg.

ROSSI R., *Crisi, insolvenza e ristrutturazione dell'impresa nella nuova legge fallimentare*, in *Riv. Dir. Impr.*, 2007, n. 1, pag. 133 e segg.

SALIMBENI M. T., *Dall'informazione alla negoziazione collettiva dei criteri di scelta: la procedura di mobilità nei recenti orientamenti della Corte di Cassazione*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2006, pag. 323 e segg.

SALIMBENI M. T., *Ricadute individuali degli accordi sindacali in materia di cigs, diritto alle differenze retributive e relativa prescrizione*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2007, pag. 364 e segg.

SANDULLI M., *La crisi dell'impresa. Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, 2009.

SANDULLI P., *Spunti su crisi dell'impresa e interessi dei lavoratori*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1973, I, pag. 521 e segg.

SANGUINETI RAYMOND W., *Las transformaciones del empleador y el futuro del derecho del trabajo*, in *Relaciones Laborales*, 2009, n. 7, pag. 17 e segg.

SANTORO PASSARELLI F., *L'impresa nel sistema del diritto civile*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1939, I, pag. 403 e segg.

SANTORO PASSARELLI G., *La nuova disciplina del trasferimento d'azienda. Le opinioni di*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1991, pag. 782 e segg.

SANTORO PASSARELLI G., *I contratti di solidarietà: due esperienze confronto*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1994, I, pag. 267 e segg.

SANTORO PASSARELLI G. (a cura di), *Diritto del lavoro e della previdenza sociale*, Padova, 1996.

SANTORO PASSARELLI G., *Fattispecie e interessi tutelati nel trasferimento di azienda e di ramo di azienda*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2003, I, pag. 189 e segg.

SANTORO PASSARELLI G., *Il trasferimento di parte dell'azienda tra libertà dell'imprenditore e tutela dei lavoratori*, in *Dialoghi tra dottrina e giurisprudenza*, Milano, 2005.

SANTORO PASSARELLI G., *Realtà e forma del diritto del lavoro*, tomo II, Torino, 2006.

SANTORO PASSARELLI G., *Verso l'istituzionalizzazione del contratto collettivo "di diritto comune"?*, in *Dir. Lav. Merc.*, 2009, pag. 99 e segg.

SANTUCCI R. - ZOPPOLI L. (a cura di), *Contratto collettivo e disciplina dei contratti di lavoro*, Torino, 2004.

SCARPELLI F., *Lavoratore subordinato e autotutela collettiva*, Milano, 1993.

SCARPELLI F., *Professionalità e nuovi modelli di organizzazione del lavoro: le mansioni*, in *Dir. Lav. Ind.*, 1994, pagg. 43 e segg.

SCARPELLI F., *La nozione e il controllo del giudice*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1997, n. 19, pag. 29 e segg.

SCARPONI S., *La riduzione dell'orario di lavoro tra vecchi e nuovi modelli*, in *Lav. Dir.*, 1994, pag. 495 e segg.

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, vol. 1, 1998, pag. 523 e segg.

SCARPONI S., *Gli Enti bilaterali nel disegno della riforma e nuove questioni circa la funzione dei «sindacati comparativamente più rappresentativi»*, in *Lav. Dir.*, 2003, pag. 223 e segg.

SCIOTTI R., *Sull'autonomia collettiva nelle crisi d'impresa*, in *Dir. Mer. Lav.*, 2005, pag. 121 e segg.

- SCOGNAMIGLIO R.**, *Rapporto di lavoro e contratto*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2005, pag. 675 e segg.
- SERRANI D.**, *Brevi note in tema di libertà contrattuale e principi costituzionali*, in *Giur. Cost.*, 1965, pag. 287 e segg.
- SIGILLÒ MASSARA S.**, *Ammortizzatori sociali di fonte collettiva e fondi di solidarietà nella riforma del welfare*, Padova, 2008.
- SIGILLÒ MASSARA G.**, *Fondi di solidarietà e sistema previdenziale*, in *Inf. Prev.*, 2008, pag. 1 e segg.
- SIGILLÒ MASSARA S.**, *Ammortizzatori sociali ed interventi di sostegno al reddito «al tempo della crisi»*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2009, pag. 350 e segg.
- SITZIA A.**, *Trasferimento di parte d'azienda, smaterializzazione dell'impresa e esternalizzazioni: il caso Ansaldo e l'art. 32, d.lgs. n. 276/2003*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2004, II, pag. 653 e segg. (nota a Corte Cass., 10 gennaio 2004, n. 206).
- SPAGNUOLO VIGORITA V.**, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, 1959.
- SPENA F.**, *La cassa integrazione guadagni straordinaria e le procedure concorsuali*, in *Dir. Mer. Lav.*, 2005, pag. 109 e segg.
- SPEZIALE V.**, *Opinioni sul trasferimento d'azienda*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2006, pag. 697 e segg.
- SPEZIALE V.**, *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, Relazione alle Giornate di studio AIDLASS, Catania, 21-23 maggio 2009, dattiloscritto, in <http://www.aidlass.org>, nonché, con alcune variazioni, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", 2010, n. 94, in <http://lex.unict.it>
- SPINELLI G.**, *Profilo causale dei licenziamenti collettivi e ruolo della procedura sindacale*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2006, spec. pag. 355 e segg.
- STANGHELLINI L.**, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, Bologna, 2007.
- TIMELLINI C.**, *Art. 18 dello Statuto dei lavoratori e collegamento economico-funzionale tra imprese dello stesso gruppo*, in *Dir. Lav.*, 2006, II, pag. 171 e segg. (nota a Corte Cass., 15 maggio 2006, n. 11107).
- TIRABOSCHI M.**, *L'estensione degli ammortizzatori sociali per completare le riforme sulla flessibilità del lavoro*, in *Boll. Adapt*, 25 novembre 2008, n. 37.
- TONINELLI P. A.**, *Storia d'impresa*, Bologna, 2006.
- TOPO A.**, *I poteri dell'imprenditore nelle riduzioni di personale*, Padova, 1996.
- TOPO A.**, *La gestione dei rapporti di lavoro nelle procedure concorsuali*, in *Mer. Dir. Lav.*, 2005, pag. 85 e segg.

- TREU T.**, *La disciplina legale dei contratti di solidarietà*, in *Dir. Lav.*, 1985, I, pag. 25 e segg.
- TREU T.**, voce *Diritto del lavoro*, in *Dig. Disc. Priv., sez. comm.*, IV, Torino, 1989, pag. 507 e segg.
- TREU T.**, *Diritto del lavoro, realtà e possibilità*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2000, pag. 468 e segg.
- TREU T.**, *Diritto del lavoro: discontinuità e interdipendenze*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2005, pag. 27 e segg.
- TOSI P.**, *La nuova disciplina del trasferimento d'azienda. Le opinioni di*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1991, pag. 791 e segg.
- TULLINI P.**, *Sull'obbligo di comunicazione dei criteri di scelta dei lavoratori nel procedimento di concessione della cassa integrazione straordinaria*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1997, II, pag. 146 e segg. (nota a Trib. Milano, 29 marzo 1996).
- VALDÉS DAL RÉ F.**, *Una silenciosa pero incisiva reforma: el reforzamiento de los derechos de información y consulta (I)*, in *Relaciones Laborales*, 2008, pag. 1 e segg.
- VALENTE L.**, *Frode alla legge e trasferimento d'azienda: il cedente non ha l'onere di verificare la consistenza imprenditoriale del cessionario*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2006, pag. 675 e segg. (nota a Corte Cass., 2 maggio 2006, n. 10108).
- VALLAURI M. L.**, *Controllo sulla giustificazione del licenziamento collettivo e ambito applicativo dei criteri di scelta*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1998, II, pag. 627 e segg. (nota a Corte Cass., 18 novembre 1997, n. 11465).
- VALLEBONA A.**, «Norme inderogabili» e certezza del diritto: prospettive per la volontà assistita, in *Dir. Lav.*, 1992, I, pag. 479 e segg.
- VALLEBONA A.**, *La garanzia dei crediti di lavoro e della posizione previdenziale in caso di insolvenza del datore di lavoro*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1993, I, 75 e segg.
- VALLEBONA A.**, *Questioni sulla procedura per il licenziamento collettivo*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1995, II, pag. 411 e segg. (nota a P. Benevento 6 agosto 1994).
- VALLEBONA A.**, *Successione nell'appalto e tutela dei posti di lavoro*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1999, II, pag. 217 e segg.
- VALLEBONA A.**, *Istituzioni di diritto del lavoro. II. Il rapporto di lavoro*, Padova, 2002.
- VALLEBONA A.**, *Il controllo dei poteri pubblici e privati: un utile confronto interdisciplinare*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2009, n. 8-9, pag. 634 e segg.
- VARDARO G.**, *Contratti collettivi e rapporto individuale di lavoro*, Milano, 1985.
- VENDRAMIN M.**, *Mobilità orizzontale, clausola di fungibilità e valorizzazione della professionalità potenziale: le Sezioni Unite aprono alla contrattazione collettiva*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2007, II, pag. 421 e segg. (nota a Corte Cass., Sez. Un., 24 novembre 2006, n. 25033).

- VENEZIANI B.**, *Gruppi di imprese e diritto del lavoro*, in *Lav. Dir.*, 1990, pag. 609 e segg.
- VERGARI S.**, *Licenziamenti per riduzione di personale e licenziamenti per motivi oggettivi: due nozioni da unificare*, in *Lav Dir.*, 1991, pag. 57 e segg .
- VERRECCHIA G.**, *Informazione e consultazione dei lavoratori: i minimi inderogabili nel d. Lgs. 25 del 2007*, in *Dir. Lav. Merc.*, 2008, pag. 339 e segg.
- VILLANI G.**, *Relazioni industriali e procedure concorsuali*, Torino, 1996.
- VILLANI G.**, *Trasferimento d'azienda. Profili di diritto del lavoro e della previdenza sociale*, Torino, 2000.
- VINCRE S.**, *Il regolamento CE sulle procedure d'insolvenza e il diritto italiano*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2004, pag. 213 e segg.
- VIZIOLI M.**, *Sulla determinazione dell'ambito aziendale interessato alla riduzione di personale*, in *Giur. It.*, 2003, pag. 1156 e segg. (nota a Corte Cass., 24 gennaio 2002, n. 809).
- ZANICHELLI V.**, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Torino, 2006.
- ZILIO GRANDI G.**, *La domanda di integrazione straordinaria tra obblighi procedurali e di cooperazione ex artt. 1175 e 1375 c.c. e rinuncia e transazioni dei lavoratori*, in *Giust. Civ.*, 1999, 3, 828 e segg. (nota a Corte Cass., 1° luglio 1998, n. 6434).
- ZILIO GRANDI G.**, *Enti bilaterali e problemi di rappresentanza sindacale nella legge delega n. 30/2003*, in *Lav. Dir.*, 2003, pag. 185 e segg.
- ZOLI C.**, *Le clausole di procedimentalizzazione dei poteri imprenditoriali*, in M. D'ANTONA (a cura di), *Lecture di diritto sindacale*, a cura di, Napoli, 1990, 394 e segg.
- ZOLI C.**, *Subordinazione e poteri dell'imprenditore fra organizzazione, contratto e contropotere*, in *Lav. Dir.*, 1997, pag. 241 e segg.
- ZOLI C.**, *Contratto e rapporto tra potere e autonomia nelle recenti riforme del diritto del lavoro*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2004, pag. 359 e segg.