

ANTONIO CAIAFA - FLAMINIA CAIAFA - LIVIA CAIAFA**LA LIQUIDAZIONE DELL'ATTIVO NEL FALLIMENTO**

SOMMARIO: 1. Premesse - 2. La liquidazione riallocativa e conservativa - 3. Contratti e rapporti di lavoro - 3.1. Operatività delle regole generali e scioglimento del contratto - 3.2. Diversità della sorte nel caso di cessazione dell'attività o sopravvivenza dell'impresa - 3.3. Vicende del rapporto di lavoro tra garanzia del credito e dell'occupazione - 3.4. Il trattamento di integrazione salariale concorsuale quale mezzo di sostegno dell'occupazione priva dell'intervento del "decreto crescita" - 3.5. L'integrazione concorsuale riformata - 4. Le diverse fattispecie risolutive del rapporto di lavoro - 4.1. Il licenziamento individuale o plurimo - 4.2. La mobilità - 4.3. Il licenziamento collettivo - 4.4. Il licenziamento per giustificato motivo economico - 4.5. Il licenziamento del personale direttivo - 5. Licenziamenti e profili processuali - 6. L'esercizio provvisorio dell'impresa - 6.1. I provvedimenti cautelari e conservativi con funzione riallocativa - 6.2. Le situazioni particolari: appalto, somministrazione ed affitto - 6.3. Le difficili situazioni economiche - 6.4. La mutevole consistenza dell'azienda ai fini della liquidazione riallocativa - 6.5. L'esercizio provvisorio e continuazione temporanea: due fattispecie a confronto - 6.6. La gestione del patrimonio fallimentare - 7. L'affitto di azienda - 7.1. Natura dell'istituto - 7.2. L'assenza di regolamentazione dell'istituto nella legge del 1942 - 7.3 La legge di riforma: gli interventi strutturali sull'istituto - 7.4. Le vicende circolatorie dell'azienda tra continuità dell'impresa e tutela dei diritti dei lavoratori - 7.5. Profili di illegittimità comunitaria - 7.6. Il diritto di prelazione concorsuale - 7.7. Rapporto tra affitto e programma di liquidazione - 7.8. Considerazioni conclusive - 8. Il programma di liquidazione - 8.1. Premessa - 8.2. Il contenuto del programma: le soluzioni conservative dell'azienda o di singoli rami - 8.3. L'opportunità dell'esercizio provvisorio, ovvero, dell'affitto dell'azienda o di singoli rami (art. 104 *ter*, lettera a) - 8.4. Le proposte di concordato ed il contenuto delle stesse - 8.5. Le azioni risarcitorie, recuperatorie o revocatorie - 8.6. La vendita dell'azienda o di singoli rami - 8.6.a. Il ramo - 8.6.b. Il trasferimento di azienda tra disciplina comunitaria ed interna - 9. La liquidazione del patrimonio destinato - 9.1. Considerazioni preliminari - 9.2. La disciplina normativa - 9.3. La nozione di specifico affare - 9.4. La tutela creditoria - 9.5. La regolamentazione della insolvenza e la liquidazione del patrimonio - 10. La cessione *c.d.* aggregata - 11. La cessione dei crediti - 12. La cessione delle partecipazioni - 13. La cessione delle azioni revocatorie - 14. Le modalità delle vendite - 14.1. La vendita senza incanto - 14.2. La vendita con incanto - 14.3. La vendita dei diritti e brevetti - 15. Disciplina ed effetti delle vendite forzate fallimentari - 16. Il procedimento di approvazione e rapporti tra gli organi

1. Premesse

L'evoluzione economica e tecnologica, sempre più rapida ed accentuata, ha fortemente sensibilizzato l'elaborazione normativa, come risulta evidente dai vari interventi legislativi, attraverso i quali sono stati rivisti molti principi e precedenti concezioni, tanto da risultare operata una vera innovazione dell'ordinamento del lavoro.

Al riguardo, va immediatamente sottolineato che il testo finale del d.lgs. del 4 marzo 2015, n. 23, recante disposizioni in materia di *contratto di lavoro a tempo indeterminato e tutele crescenti*, approvato dal Consiglio dei Ministri il 20 febbraio precedente, configurava un modello contrattuale sostanzialmente diverso da quello, poi, in essere dopo le prime discussioni sul *Jobs Act*.

Ed infatti, l'originario disegno di legge-delega presentato dal Governo (A.S. n. 1428/2014), alla lettera b) dell'art. 4, si limitava a prevedere, nel contesto, la redazione di un testo organico semplificato di disciplina delle tipologie contrattuali dei rapporti di lavoro, ed in via esclusiva, la possibilità di introdurre ulteriori tipologie contrattuali che fossero *"espressamente volte a favorire l'inserimento nel mondo del lavoro, con tutele crescenti per i lavoratori coinvolti"*, mentre, poi, il testo definitivamente approvato, come vedremo in seguito, consente nuove assunzioni attraverso un **contratto a tutele crescenti**, a tempo indeterminato, correlando queste all'anzianità di servizio, ed escludendo per i **licenziamenti economici** la possibilità della reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, prevedendo in favore di questi, esclusivamente, un indennizzo economico certo, e crescente, appunto, con l'anzianità di servizio, tuttavia, limitando il diritto alla reintegrazione ai soli licenziamenti nulli e discriminatori ed a specifiche fattispecie di recesso disciplinare ingiustificato, mediante la fissazione di termini certi per la sua impugnazione.

Si tratta di una differenza piuttosto evidente, dal momento che, abbandonata l'iniziale formulazione della introduzione di una fattispecie contrattuale, con caratteristiche proprie, senza alcuna sovrapposizione con la categoria generale risultante dall'art. 2094 cod. civ., è stata data vita ad un contratto a tempo indeterminato perfettamente identico, con limitazione della tutela, che si caratterizza per il differente regime sanzionatorio in caso di recesso illegittimo.

Non può ignorarsi, d'altronde, che la relativa disposizione è stata individuata nell'esigenza di *"...rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione, nonché di riordinare i contratti di lavoro vigenti per renderli maggiormente coerenti con le attuali esigenze del contesto occupazionale e produttivo"*, con l'obiettivo di prevedere, per le nuove assunzioni, quale conseguenza della ridisegnata politica attiva, la esclusione della reintegrazione qualora il licenziamento venga ritenuto illegittimo, riconoscendo, in tal

caso, un indennizzo certo e crescente, in funzione, come già detto, dell'anzianità di servizio riservando, pertanto, la tutela reale ai soli recessi nulli e discriminatori.

Si ha oggi, dunque, la coesistenza del *vecchio* con il *nuovo* regime, nel senso che le nuove assunzioni, ovvero quelle concluse a far data dal 7 marzo 2015, sono disciplinate dalla attuale normativa, in via esclusiva, mentre nulla cambia per quel che attiene la sorte del rapporto di lavoro per il personale già in organico, con la conseguenza che, ove l'impresa occupi più di *quindici* dipendenti e trovi, quindi, applicazione, nei confronti di questi, la tutela reale, di essa potranno continuare a beneficiare i dipendenti già in forza, mentre per i nuovi assunti varranno le nuove regole.

Al tempo stesso, ove il datore di lavoro non fosse soggetto alla disciplina dettata dall'art. 18 della legge n. 30 del 1970 e, per effetto delle assunzioni effettuate successivamente all'entrata in vigore del decreto delegato, dovesse superare i *quindici* dipendenti, il personale già in organico continuerà a vedere regolamentato il rapporto in maniera non difforme dalla disciplina progressa.

Le novità sono evidenti per effetto della introduzione di un *regime binario*, che si caratterizza per una variante, a seconda del numero dei dipendenti occupati, ma che esclude la reintegrazione, comunque, per i nuovi assunti, riconoscendo loro una tutela crescente, di tipo risarcitorio, nell'intento dichiarato di accrescere l'occupazione¹.

In un sistema nel quale esiste una tutela differentemente rafforzata del rapporto di lavoro, in ogni suo aspetto, per quel che concerne la continuità giuridica di esso e le normali forme di sostegno, nel momento in cui la risoluzione diventa inevitabile – come presto esamineremo – v'è da chiedersi se non sarebbe stata opportuna la previsione di una specifica disciplina anche del rapporto di lavoro indipendentemente dalla tipologia contrattuale.

In via alternativa, la riforma della disciplina normativa avrebbe potuto privilegiare la diversa strada di verificare la tenuta dell'impatto delle nuove tipologie sulla organizzazione imprenditoriale e l'adeguatezza dei proposti modelli di regolamentazione dei *rapporti di collaborazione*, valutandone i riflessi sulla vita dei lavoratori e della stessa impresa, ove interessata da una *procedura concorsuale*, di *crisi o liquidatoria*, ciò in quanto il mantenimento dei livelli occupazionali, obiettivo incompatibile, per molti anni, con la liquidazione dell'impresa, rappresenta, al contrario,

¹ Per un primo commento GHEIDO-CASOTTI, *Contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti*, in *Dir. prat. lav.*, 2015, 2077; LAI, *Contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti: prime considerazioni*, *ivi*, 2015, 489, ove opera una analisi del diverso regime di tutela del licenziamento illegittimo, distinguendo il recesso discriminatorio, nullo ed intimato in forma orale, da quello per giustificato motivo e giusta causa con particolare riferimento ai vizi formali ed al computo delle indennità, per frazione di anno, e dalla diversa regolamentazione prevista per il licenziamento collettivo.

oggi, concretamente, un indiscusso scopo primario, che non può per alcuna ragione essere ignorato per la individuazione delle soluzioni volte a preservare l'attività produttiva.

Sarebbe stato, pertanto, logico che la legge fallimentare, riformata e quindi corretta, e più volte rivisitata – da ultimo con la legge n. 131 del 2015 – si fosse fatta carico di tener conto dei diversi *modelli collaborativi*, considerandone la possibile prosecuzione o la interruzione e, comunque, la sorte, in ragione delle conseguenze derivanti dall'apertura del concorso, soprattutto per aver dimostrato il legislatore di voler preferire soluzioni alternative alla liquidazione dell'attivo, e l'altra riallocativa con continuità degli organismi produttivi, favorendo, attraverso la realizzazione di *vicende circolatorie* degli stessi, il mantenimento, per quanto possibile, dei livelli occupazionali.

La stessa commissione ministeriale, costituita con decreto del Ministero della Giustizia del 24 febbraio 2015, per il riordino delle procedure concorsuali, nel presentare lo schema di disegno di legge-delega per la riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza, al secondo comma, lettera a), dell'art. 1, **ha previsto** che i decreti legislativi di attuazione dovranno provvedere ad introdurre *“eventualmente anche in via sperimentale per un periodo minimo quinquennale, gli strumenti di allerta e mediazione nella gestione della crisi di impresa”*.

La riforma si sofferma nella indicazione dei *“principi e criteri direttivi generali”* (art. 2), che si sostanziano nella eliminazione del termine *“fallimento”*, di cui propone la sostituzione con *“insolvenza o liquidazione giudiziale”* ai fini della continuità, con la introduzione di una specifica definizione della *“crisi”* – intesa come insolvenza reversibile - quale presupposto del concordato preventivo, e con estensione delle ora ricordate nozioni ad ogni tipologia di debitore: persona fisica o giuridica, esercente o meno attività commerciale, ivi compresa l'attività agricola, ciò allo scopo della adozione di misure dirette ad incentivare l'emersione anticipata della crisi e la *ristrutturazione precoce* delle imprese in difficoltà finanziaria, agevolando i negoziati confidenziali tra debitore e creditori *“...sotto la guida di un organo non giudiziale di consulenza o mediazione, anche a scopo defettivo del contenzioso civile, riservando in tale fase l'intervento del giudice nei casi in cui sono richieste misure protettive a favore dei negoziati in corso, o è necessario tutelare gli interessi dei creditori e terzi interessati”* e, in particolare, per quel che attiene i rapporti di lavoro, si propone di assicurare le tutele del reddito dei lavoratori che trovano fondamento nella Carta Sociale Europea e nelle direttive 1980/987/Cee e 2002/74/Cee, con riferimento ad ogni procedura di gestione della crisi e della insolvenza del datore di lavoro.

La complessità delle modifiche normative che si sono succedute nel tempo ha evidenziato una evidente disorganicità, nei contenuti, ed ha difatti convinto il Ministro della Giustizia che è venuto il momento di operare

una scritturazione definitiva, sistematica e coerente, della disciplina concorsuale abbandonando, dunque, la pregressa scelta di una normazione a “**geometria variabile**”, correlata ed influenzata dalla dimensione dell'impresa, sì da dover tener conto anche del diverso fenomeno del sovraindebitamento.

Il Decreto Ministeriale ha assegnato alla Commissione il compito di analizzare il complesso delle disposizioni normative in tema di procedure concorsuali e crisi di impresa per monitorarne gli effetti e valutare la necessità di ulteriori eventuali interventi di riordino, al fine di una razionalizzazione della legge, con semplificazione dei procedimenti previsti, in accordo con la disciplina del processo civile telematico, valutazione di tutte le possibili ricadute della proposta, di imminente approvazione, del Regolamento del Parlamento Europeo, relativa alle procedure di insolvenza e, in particolare, dell'opportunità di introdurre una specifica disciplina nazionale per l'*insolvenza di gruppo*, ignorata, sino ad oggi, dalla legislazione in materia.

È accaduto, al contrario, che con il decreto legge del 27 giugno 2015, n. 83 – convertito nella legge 6 agosto 2015, n. 132 – sono state introdotte misure urgenti in materia fallimentare, civile, processuale civile, di organizzazione e funzionamento dell'amministrazione giudiziaria, con una portata *omnibus*, che il Senato, vincolato dalla fiducia chiesta dall'Esecutivo, ha liquidato in poche ore di dibattito, condividendo l'utilità dell'intervento volto “*a favorire le aziende in situazione di momentanea difficoltà ed in grado di offrire un sostegno concreto al sistema produttivo ed all'occupazione*”².

Il relatore al Senato, in sede referente³, ne ha illustrato il contenuto, precisando recare il titolo una serie di disposizioni in materia di procedure concorsuali (artt. 1 a 11) ed essere dedicato il successivo alle procedure esecutive (artt. da 12 a 15), ed alle misure fiscali (artt. 16 e 17), e gli altri in materia di efficienza della giustizia e processo telematico (artt. 18-24).

Dunque, un altro **intervento emergenziale** attuato in un momento in cui sembrava essere stato definitivamente affidato il compito di una razionalizzazione della materia alla Commissione che era stata istituita il 28 gennaio 2015⁴.

Il nuovo intervento detta norme in tema di soluzioni delle crisi di impresa che danno la possibilità di formulare *proposte di concordato competitive concorrenti* con quella del debitore, contengono precisazioni in materia di contratti pendenti nel concordato e creano le figure nuove dell'*accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e la convenzione di moratoria*.

Altre apportano modifiche alla procedura fallimentare, marcatamen-

² In tal senso: la dichiarazione del sottosegretario COSIMO FERRI.

³ Seduta n. 224 del 28 luglio 2015- d.d.l.s.2021, XVII Legislatura, 82.

⁴ Sul tema NEGRI, *Testo unico per le crisi di impresa*, Il Sole 24 Ore, 26 maggio 2015.

te, per quel che attiene i requisiti per la *nomina di curatore*, i *termini del programma di liquidazione*, le *modalità delle vendite fallimentari* e, infine, la *chiusura del fallimento con cause pendenti in corso*⁵.

La necessità di una lettura sistematica e di una analisi ragionata e non meramente testuale delle nuove norme risulta essere indispensabile per la individuazione delle tendenze uniformi, ed è attuabile esclusivamente attraverso l'esame dei principi informatori ed innovatori dell'attuale fase di transizione accelerata che, nel segnare il passaggio dal vecchio al nuovo sistema, richiede una attenta verifica per stabilire se le mutate norme siano aderenti alla realtà sociale o non vi siano, piuttosto, vuoti legislativi, che avrebbero dovuto essere colmati.

Ed in questa direzione sembrava essersi mosso l'esecutivo nel momento in cui è stata istituita la Commissione per il riordino delle procedure concorsuali, con il compito, in ragione della avvertita esigenza di individuare un coerente percorso nei ripetuti interventi normativi in materia, che si sono susseguiti in maniera non strutturale ed organica, di elaborare un progetto utile per la futura emanazione di un testo normativo sostitutivo dell'attuale legge fallimentare e delle numerose modificazioni di essa intervenute nel tessuto normativo.

Ebbene, la commissione appena costituita, nel consegnare lo schema di disegno di legge-delega, ha fatto riferimento ai *rapporti di lavoro* all'art. 8, primo comma, lettera h), rappresentando l'esigenza di una specifica disciplina per questi mediante disposizioni volte ad:

- *“esplicitare che la procedura liquidatoria non è motivo di licenziamento, semplificando i relativi obblighi procedurali previsti dalla legislazione vigente e dalla contrattazione collettiva;*
- *prevedere un periodo minimo di applicazione della nuova prestazione di assicurazione sociale per l'impiego (NASPI), di cui al d.lgs. 4 marzo 2015, n. 22, anche in deroga agli attuali requisiti;*

⁵ Il Consiglio Superiore della Magistratura, con delibera consiliare del 16 luglio 2015, nell'esprimere il parere, ai sensi dell'art. 10, secondo comma della legge n. 195 del 1958, pur dopo aver sottolineato che *“l’iniziativa legislativa origina dal diffuso rilievo secondo cui la modernizzazione dell’ordinamento giuridico passa, per quanto specificamente attiene al diritto civile e commerciale attraverso la rimozione delle criticità – in chiave, tra l’altro, di rapidità delle decisioni, di effettività della loro attuazione anche coattiva, di certezza del diritto in senso lato – che concorrono a scoraggiare gli investimenti ed a deprimere il tasso di competitività del c.d. sistema Italia”* e pur sottolineando non essere l'intervento *“...estraneo al più ampio processo di riscrittura dei rapporti tra diritto ed economia e ridefinizione del ruolo della giurisdizione”* ha, tuttavia, rimarcato essere ricorso il Governo ancora una volta *“allo strumento della decretazione di urgenza per introdurre modifiche su profili specifici e settoriali, molti dei quali, peraltro, già interessati da pregresse, recenti novelle, in una materia che necessita di un complessivo disegno riformatore”*, già affidato alla Commissione istituita presso l'Ufficio Legislativo del Ministero della Giustizia, con decreto del 24 febbraio 2015, per elaborare proposte per interventi di riforma, ricognizione e riordino della disciplina delle procedure concorsuali

– **riconsiderare** la decisione di abrogare l'istituto della c.d. cassa integrazione concorsuali dal 1 gennaio 2016, ai sensi dell'art. 2, comma settanta, legge n. 92 del 2012;

– **assicurare** in particolare la frazionabilità del credito per trattamento di fine rapporto alle dipendenze di differenti datori di lavoro succedutesi nella titolarità del medesimo rapporto di lavoro, l'incondizionata operatività del fondo di garanzia costituito presso l'Inps, l'ammissione al passivo degli omessi contributi dovuti per forme di previdenza complementare e delle quote di trattamento di fine rapporto cedute a terzi;

– **prevedere** misure di agevolazione dell'insinuazione al passivo del lavoratore subordinato anche con riguardo al coordinamento con i giudizi di competenza del giudice del lavoro”.

Nulla di nuovo, dunque, all'orizzonte, sol che si consideri che, ormai da tempo, il legislatore ci ha, d'altronde, abituati a testi normativi carenti di una propria struttura – l'attuale ne costituisce evidente dimostrazione - ciò in quanto questi, per lo più, costituiscono il risultato di valutazioni contrapposte che hanno determinato, durante il loro *iter*, lo stralcio di alcune norme e l'inserimento di altre, di contenuto significativamente diverso, con la conseguenza che la legge, nel momento in cui finalmente viene ad esistenza, appare essere, troppo spesso, articolata in modo non propriamente armonico al suo interno.

Le conseguenze sono ancor più dirompenti qualora l'esame del testo normativo, riformato e corretto, risulti essere – come appare evidente – non già il risultato di un'analisi obiettiva dei lati positivi e negativi del quadro normativo pregresso, che il legislatore aveva inteso organizzare allo scopo – sicuramente presente nella sua mente – di eliminare la mancanza di collegamento tra normative relative a settori diversi.

Era, peraltro, già accaduto in passato che i destinatari di determinate previsioni normative avessero scoperto, solo casualmente, di essere interessati ad un testo legislativo che, per la sua intitolazione, sembrava dover riguardare ben altro settore.

Tutto ciò è puntualmente accaduto con la emanazione della legge comunitaria che ha regolamentato il trasferimento dell'azienda nell'ambito delle procedure concorsuali (l. n. 428/1990) e, subito dopo, con l'altra di attuazione, sempre, di direttive della Comunità Europea, con la quale il Parlamento, in 31 articoli, ha dettato nuove regole per il mercato del lavoro in modo esplicito ed ha previsto la estensione del trattamento straordinario di integrazione salariale istituendo, a fianco del già previsto regime generale, un altro speciale, che pur innestandosi sul primo, si caratterizza per la diversità dei presupposti per l'accesso agli ammortizzatori sociali regolati dalla norma (art. 3 l. n. 223/1991), destinato a venir meno a far data dal 1 gennaio 2016, qualora non intervenga una disposizione contraria all'ultimo momento.

Proprio, dunque, la perdurante assenza di un quadro legislativo orga-

nico, avrebbe dovuto suggerire ben diversi interventi, soprattutto laddove si consideri che, nella relazione illustrativa al d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, risulta sottolineata la incapacità della precedente disciplina, in quanto ispirata “...ad una finalità essenzialmente liquidatoria dell’impresa insolvente e ad una tutela accentuata del diritto dei creditori” di prendere atto della nuova realtà per rendere le procedure concorsuali maggiormente rispondenti all’attuale esigenza di consentire la sopravvivenza dei complessi aziendali, ove risanabili e recuperabili, pur senza abbandonare l’originario e principale scopo della tutela degli interessi dei creditori concorrenti.

Non è questa la sede, naturalmente, per verificare se le tradizionali procedure, per come ridisegnate dalla legge di riforma, siano, o meno, sufficienti per regolare il fenomeno della crisi dell’impresa e dell’insolvenza.

Stupisce, tuttavia, la scelta operata – inutilmente considerata all’art. 169 *bis* l.f. - di non regolamentare, ancora una volta, tra i rapporti giuridici pendenti, quello di lavoro, così come la scarsa attenzione o considerazione mostrata per la realtà economica coincidente con il mercato interno, cui ne è stata preferita un’altra ipotetica e sostanzialmente diversa, tanto da trascurare la operatività, a fianco delle imprese socialmente rilevanti, anche di altre di modestissime dimensioni, ed in settori nei quali il programma di liquidazione, per come descritto all’art. 104 *ter* del d.lgs. n. 169/2007, ha ben poche possibilità di essere redatto con le modalità e nei termini stabiliti per una realizzazione dell’attivo, tanto che nella revisione operata dalla legge n. 132 del 2015 sono stati diversamente scanditi i tempi attraverso la possibilità di chiudere la procedura anche in pendenza delle azioni risarcitorie e recuperatorie in esso previste.

Il legislatore è rimasto, quindi, totalmente inerte, dal momento che ha, nel riformulare le norme del sistema concorsuale, non solo del tutto ignorato le **modificazioni organizzative modulari dell’impresa moderna**, cui si contrappongono gli opposti processi di concatenazione, collegamento economico ed associazione, ma ha mantenuto la scelta, coerente con il sistema delineato dal legislatore del 1942, di non considerare affatto la sorte del contratto o del rapporto di lavoro.

Chi si aspettava, al contrario, una più attenta valorizzazione delle forme contrattuali atipiche, che possono consentire alle imprese di meglio fronteggiare le oscillazioni e le fluttuazioni del mercato, è rimasto deluso, dovendo – come presto vedremo – far riferimento, in via esclusiva, all’art. 72 l.f., nel testo risultante dalla riforma, nel quale è stata felicemente, almeno, sostituita l’intitolazione, preferendo alla precedente della “*vendita non ancora eseguita da entrambi i contraenti*” l’altra, più aderente alla realtà, in ragione della scelta riduttiva operata, di “*rapporti pendenti*”.

⁶ Diverse le conclusioni per l’ipotesi in cui l’impresa sia in crisi in ragione della prevista possibilità di intervenire attraverso i contratti di prossimità, i contratti di solidarietà difensivi e la modifica delle mansioni, al fine di attuare le necessarie modifiche strutturali.

Il legislatore, in relazione al fallimento⁶, ben consapevole dell'assenza di precise regole, nel precedente testo, per ciascuno dei contratti disciplinati dal codice civile e della sostanziale incertezza della sorte di alcuni di essi, ha ritenuto di porre rimedio alle constatate carenze, riproponendo regole già presenti nella precedente disciplina normativa, introducendone nuove, che sono risultate essere, per lo più, il frutto di una analisi ragionata e non meramente testuale delle decisioni di merito e di legittimità e, quindi, sostanzialmente, delle soluzioni elaborate dalla giurisprudenza.

Si sottolinea, nella relazione illustrativa al d.lgs. n. 6, la circostanza di aver privilegiato “...in tale quadro...una regola generale presente in molti ordinamenti, secondo la quale la decisione in ordine alla sorte dei rapporti giuridici in corso di esecuzione alla data di apertura del fallimento, e quindi la scelta tra subingresso della procedura nel rapporto e scioglimento, sono rimesse alla decisione del curatore, previa autorizzazione da parte del comitato dei creditori...”, non negando, tuttavia, il diritto del contraente *in bonis* di veder conservati gli effetti dell'azione di risoluzione, purché promossa prima dell'apertura della procedura concorsuale.

A chi scrive non appare plausibile e ragionevole la iniziale scelta di attuare la regolamentazione delle conseguenze derivanti dall'apertura del concorso sui rapporti di lavoro pendenti attraverso il rinvio alle “...vigenti disposizioni in materia di lavoro”, così come già ipotizzato dal testo predisposto dalla Commissione Trevisanato, seppur coerente e corrispondente alla omologa disposizione del Regolamento Comunitario, che all'art. 10 così si esprimeva: “*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*”⁷.

Condivisibile, al contrario, la proposta risultante dallo schema di riforma redatto dalla Commissione istituita con d.m. 27 febbraio 2004 che, nell'affrontare la questione, aveva inteso escludere ogni possibile incidenza dell'apertura della procedura concorsuale sul contratto di lavoro, stabilendone la continuità giuridica, “...*salva la facoltà del curatore di intimare il licenziamento...nei casi previsti dalla legge, ricorrendone i presupposti*”.

Non solo, ma il testo proposto dall'art. 127, del richiamato d.m. 27 febbraio 2004, al secondo comma, risolveva l'altro problema, non meno delicato, della individuazione del giudice funzionalmente competente, nell'ipotesi di impugnativa del licenziamento, ritenendo riservato il relativo accertamento a quello del lavoro, nel caso in cui fosse richiesta la reintegrazione nel posto di lavoro ed alla condizione, però, che la pronuncia successivamente emessa fosse suscettibile di essere eseguita “...*per essere proseguita l'attività dell'impresa*”.

⁷ Per un attento commento si veda V. PROTO, *Regolamento U.E. sulle procedure di insolvenza: un'opportunità per il legislatore italiano*, in *Il fallimento*, 2000, 709.

Situazioni queste riproposte anche con lo schema di disegno di legge-delega attraverso la inutile previsione che l'apertura di una procedura liquidatoria non possa costituire "*motivo di licenziamento*" – essendo ciò già sancito dall'art. 2119 cod. civ. – e la esigenza di un "*coordinamento con i giudizi di competenza del giudice del lavoro, rispetto alle domande per la partecipazione al concorso*".

Una riforma organica non può non prestare attenzione alle questioni evidenziate e deve avere una diversa e maggiore considerazione di esse, soprattutto laddove si consideri la relativa incidenza sulla stessa liquidazione dell'attivo.

La fissazione di nuove regole per la crisi di impresa o per la gestione dell'insolvenza è, dunque, al riguardo, carente, dal momento che si è inteso operare una scelta e stabilire, quindi, normativamente, che l'apertura della procedura concorsuale non risolve il rapporto di lavoro, se non in presenza di un *giustificato motivo oggettivo*, dipendente, tuttavia, dalla impossibilità di proseguire temporaneamente l'attività, come, d'altronde, è tenuto a fare il curatore tutte le volte che l'attività risulti cessata o non continuata e constati l'assenza dei requisiti per inoltrare la richiesta volta ad ottenere il trattamento di integrazione salariale straordinaria.

Sarebbe stato, ancora, preferibile che il legislatore, in modo chiaro – come verrà precisato in seguito – attraverso quel filo di congiunzione che va necessariamente individuato nelle direttive in materia emanate dalla Comunità Europea, nel quadro delle norme di politica sociale, a salvaguardia e tutela della posizione dei lavoratori subordinati, e che tendono ad assicurare, sul piano individuale, la continuità dei contratti di lavoro, avesse previsto, in particolare, che nell'ipotesi di trasferimento, a qualsiasi titolo, dell'azienda o di suoi rami, attuato nell'ambito di una procedura di liquidazione, non dovesse trovare applicazione l'art. 2112 c.c., pur conservando il diritto di precedenza, in favore del personale eccedentario licenziato, per le assunzioni effettuate, entro un anno, dal cessionario, se ed in quanto risultanti da uno specifico accordo, senza, tuttavia, che il mancato perfezionamento di esso possa avere incidenza sull'attuazione della vicenda circolatoria.

L'inserimento, al contrario, attraverso l'art. 105 l.f., della possibilità per le parti, mediante un accordo trilatero, di *flessibilizzare* gli obblighi discendenti dall'art. 2112 cod. civ., ha avuto la funzione di consentire la disapplicazione della relativa disciplina normativa volta ad assicurare la continuità giuridica del rapporto di lavoro nell'ipotesi della realizzazione di *vicende traslative* per quelle imprese che occupano meno di *quindici dipendenti* che, nel caso di quelle fallite, rappresentano la reale concreta maggioranza.

La lettura del *fenomeno traslativo*, effettuato nell'ambito di un procedimento volto alla liquidazione dei beni del cedente, ma diretto al proseguimento dell'attività in funzione di un risanamento dell'impresa medesi-

ma, attuata dal Legislatore, prima che fosse realizzata la stessa riforma, attraverso la emanazione di specifiche disposizioni dirette a disciplinarne l'attuazione, andava, dunque, completata, dal momento che le norme già esistenti (legge comunitaria n. 428/1990 e la successiva n. 223/1991), pur avendo dato una risposta al problema discendente dalla impossibilità di assicurare una puntuale applicazione dell'impianto codicistico, in quanto incompatibile con gli obiettivi di rilancio produttivo dell'impresa e, per l'effetto, di difesa dinamica dei livelli occupazionali, necessitavano di essere riviste, non essendo, peraltro, di ostacolo l'art. 5 della direttiva del Consiglio del 12 marzo 2001⁸, avendo esso consentito agli Stati membri di disapplicare le disposizioni concernenti la continuità giuridica dei rapporti di lavoro ed il mantenimento dei diritti pregressi, da parte del cessionario, "*...nel caso in cui il cedente sia oggetto di una procedura fallimentare o di una procedura di insolvenza analoga aperta in vista della liquidazione dei beni del cedente stesso e che si svolgono sotto il controllo di una autorità pubblica competente*" (che può essere il curatore fallimentare autorizzato da una Autorità pubblica competente), seppur alla condizione che la legislazione dello Stato membro abbia assicurato ai lavoratori interessati "*...una protezione almeno equivalente a quella prevista nelle situazioni contemplate dalla direttiva 80/987/Cee del Consiglio del 20 ottobre 1980*".

La permanenza, quindi, di un vero e proprio "*labirinto di norme*", apparentemente incentivanti, nelle quali non è agevole districarsi, impone una lettura ragionata, dal momento che l'interesse dimostrato, da parte del Legislatore, al fenomeno dell'emergenza occupazionale, e l'attuato tentativo di valorizzazione delle soluzioni traslative del nucleo aziendale, attraverso meccanismi più o meno organici, tesi ad agevolarne la praticabilità, pur in presenza di situazioni patologiche, risulta appesantito dalla stratificazione legislativa che, in quanto realizzata al di fuori di un disegno globalmente organico, pone agli operatori problemi di interpretazione e di applicazione estremamente delicati, dando luogo ad una serie di incertezze che rendono oggettivamente più difficoltoso il perseguimento degli obiettivi considerati fondamentali dallo stesso legislatore.

2. La liquidazione riallocativa e conservativa

Sarebbe impossibile comprendere le significative innovazioni che hanno caratterizzato la liquidazione, a seguito della riforma, se non venisse prima operata, seppur in estrema sintesi, una ricostruzione delle pe-

⁸ Il testo della richiamata direttiva e delle altre concernenti il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento e di insolvenza del datore di lavoro è riportato in *Codice del fallimento e delle procedure concorsuali*, a cura di A. CAIAFA, Torino, 2008, 559 e ss.

culiarità del sistema previgente, nel quale i tempi erano diversamente scanditi e sussisteva una maggiore libertà per l'adozione dei criteri per la realizzazione dell'attivo, essendo essa rimessa al comportamento, più o meno diligente, del curatore, che vi dava inizio a seguito della emissione del decreto di esecutività dello stato passivo, sotto la direzione del giudice delegato, sentito il comitato dei creditori.

Sono state per lungo tempo, le istanze dell'organo della procedura, a scandire i tempi della liquidazione dei beni, nonché ad individuare le azioni recuperatorie e risarcitorie proponibili nell'interesse dei creditori concorrenti, o quelle aventi ad oggetto gli atti già impugnati dagli stessi creditori che intendeva proseguire e di cui aveva, peraltro, già dato conto nell'ambito della relazione prevista dall'art. 33 l.f., essendo tenuto, successivamente, ad informare periodicamente il giudice delegato sull'attività svolta. Sicché, invero, prima della riforma, solo attraverso un costante intervento del giudice delegato, la liquidazione poteva svolgersi con maggiore celerità, anche se, tuttavia, caratterizzata da scelte operative casuali e, dunque, non coordinate per il miglior raggiungimento dell'obiettivo che una procedura concorsuale si prefigge, quale procedimento di esecuzione diretto al soddisfacimento dei creditori, in misura paritaria, che realizza attraverso l'espropriazione di tutti i beni del fallito, con la conseguenza che la fase di liquidazione non è fine a sé stessa, ma in essa possono trovare spazio iniziative, anche di carattere transitorio, dirette a garantire, nei limiti del possibile, la conservazione dell'azienda, o di singoli rami, attuando la tutela dei valori di funzionamento, in modo da evitare la disgregazione del complesso dei beni che la compongono nella prospettiva di una cessione.

La crisi, difatti, ancorché irreversibile, non determina, necessariamente, la eliminazione dell'impresa dal mercato, ben potendo essere indirizzata la procedura concorsuale tramite l'adozione di scelte tali da assicurare l'avvio di un procedimento di mantenimento dell'azienda quante volte il suo trasferimento sia in grado di assicurare la conservazione del valore economico nell'interesse della collettività o, quanto meno, di quello concorrente dei creditori, che, appunto, attraverso la continuazione, possono, invero, conseguire utili maggiori rispetto a quelli rinvenibili dalla vendita dei singoli beni.

La riforma ha accentuato tale procedimento anche se, come vedremo, risulta modificata, radicalmente, la filosofia del concorso, sotto plurimi profili, per quel che riguarda la liquidazione dell'attivo e le esigenze conservative delle aziende delle imprese fallite, atteso che ciò non deve più avvenire nell'esclusivo interesse dei creditori concorrenti, per consentire loro un più consistente realizzo dell'attivo, quanto, piuttosto, di quello generale dell'economia, in ragione della necessità di evitare la perdita di ricchezza e l'impoverimento del tessuto imprenditoriale per effetto del venir meno dei nuclei operativi interessati dalle vicende, nella misura in cui, potenzialmente, possono essere riconvertiti all'utile processo produttivo.