

LA DISCIPLINA DEGLI EFFETTI DELLA LIQUIDAZIONE GIUDIZIALE SUI RAPPORTI DI LAVORO

di *Giampiero Proia*

ABSTRACT

L'articolo esamina la nuova disciplina degli effetti della liquidazione giudiziale sui rapporti di lavoro. In particolare, intende evidenziare alcuni punti critici ed oscuri dell'articolato normativo, individuando i problemi che ne possono derivare ed elaborando ipotesi di soluzione, anche a beneficio del possibile intervento correttivo ai sensi della legge n. 20 del 2019.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Gli elementi di continuità. – 3. La sospensione dei rapporti di lavoro. – 4. L'indennità dovuta in caso di proroga della sospensione. – 5. Il recesso nel caso di mancata continuità nell'esercizio dell'impresa. – 6. *Segue:* il recesso e la disciplina limitativa dei licenziamenti individuali. La differenza di regime a seconda che vi sia o no continuità nell'esercizio dell'impresa – 7. Recesso, risoluzione di diritto e licenziamenti collettivi. – 8. Le dimissioni. - 9. Il preavviso, il trattamento di fine rapporto e il contributo di licenziamento.

1. Premessa.

Con riferimento al diritto del lavoro, le parole d'ordine della legge delega n. 155 del 2017, riprese dai lavori della Commissione Rordorf¹, sono “*armonizzazione*” e “*coordinamento*”.

¹ Si veda, al riguardo, P. ALBI, *Il diritto del lavoro e il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *DML*, 2019.

L'armonizzazione, individuata tra i principi generali, doveva riguardare il rapporto tra le procedure di gestione della crisi e dell'insolvenza del datore di lavoro e le "*forme di tutela dell'occupazione e del reddito dei lavoratori*" previste dalle fonti eurounitarie, e più precisamente dalla Carta sociale europea del 3 maggio 1996, dalla direttiva 2008/94/CE del Parlamento e del Consiglio del 22 ottobre 2008, e dalla direttiva 2001/23/CE del Consiglio, del 12 marzo 2001, come interpretata dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea (comma 2, lett. p), della legge delega).

Il coordinamento, a sua volta, era individuato tra i principi e i criteri direttivi specificamente dettati per la liquidazione giudiziale, e doveva riguardare il rapporto tra "*la disciplina degli effetti della procedura sui rapporti di lavoro subordinato*" e la legislazione nazionale in materia di licenziamento, forme assicurative e di integrazione salariale, trattamento di fine rapporto e modalità di insinuazione al passivo (art. 7, comma 7, della legge delega).

Tra gli obiettivi caratterizzanti la riforma, dunque, una posizione di rilievo era assegnata alla predisposizione di una specifica disciplina di raccordo con il diritto del lavoro, che era del tutto assente nella legge del 1942 e nelle pur numerose modifiche che nel tempo ne avevano aggiornato il testo. Una assenza che è stata criticata da una parte della dottrina del diritto del lavoro, ma le cui ragioni potevano essere comprese alla luce del fatto che le istanze volte ad introdurre norme speciali a favore della parte debole del rapporto di lavoro si scontravano con i principi cardine, che ispirano il diritto fallimentare, della salvaguardia degli interessi della massa e della *par condicio* tra creditori.

E', però, indubitabile che la profonda evoluzione attraversata dal diritto del lavoro dal 1942 ad oggi, caratterizzata sia dalla sempre più rilevante influenza delle

fonti europee sia più in generale dalla progressiva espansione delle tutele dei lavoratori, rendeva necessario creare dei canali di comunicazione normativa tra quella materia e il diritto delle procedure concorsuali. E ciò tanto più nel momento in cui queste ultime assumono la nuova prospettiva della gestione della crisi e dell'insolvenza, che pone sempre più al centro del sistema l'esigenza di salvaguardia dell'impresa come bene della collettività e interesse dei lavoratori², esigenza testimoniata in modo esemplare dalla modifica della stessa disposizione generale dell'art. 2086 Cod. civ. mediante la introduzione di specifici doveri a carico dell'imprenditore volti a prevenire e superare situazioni di crisi e di perdita della continuità aziendale³.

Per quanto riguarda la liquidazione giudiziale, l'articolo 189 del d. lgs. n. 14 del 2019 (d'ora in poi, solo "*art. 189*")⁴ si preoccupa prioritariamente di dare soluzione ad alcuni problemi interpretativi emersi nell'applicazione della disciplina previgente⁵. E, da questo punto di vista, va subito evidenziato come la nuova disciplina legale abbia in buona parte ripreso le risposte che la giurisprudenza, sia pure attraverso percorsi non lineari, aveva elaborato con riguardo a quei problemi.

² Al riguardo, tra i primi commenti SANZO, *I principi generali e le disposizioni di immediata attuazione*, in SANZO, BURRONI, *Il nuovo codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, Torino, 2019, 3 ss.. Si veda, altresì, il primo considerando della Raccomandazione UE 2014/135.

³ Il nuovo art. 2086 Cod. Civ., la cui rubrica è ora modificata in "*gestione dell'impresa*" (perdendo così il riferimento non solo al termine di "*gerarchia*", evocativo di esperienze corporative, ma anche di "*direzione*", più tecnico e tutt'altro che superato), dispone, nel secondo comma: «*L'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale*».

⁴ Che, è bene ricordare, entrerà in vigore il 15 agosto 2020.

⁵ Ai sensi dell'art. 2, comma 1, lettera m), legge n. 155/2017, nell'esercizio della delega il governo era chiamato anche a "*riformulare le disposizioni che hanno originato contrasti interpretativi al fine di favorirne il superamento, in coerenza con i principi stabiliti dalla presente legge*".

Il legislatore delegato, però, non ha operato soltanto in una logica di risoluzione di specifici punti critici evidenziati dalla prassi, poiché, conformemente ai principi che gli erano stati impartiti, ha dettato una disciplina tendenzialmente completa ed organica degli effetti della liquidazione giudiziale sui rapporti di lavoro. Va segnalato, tuttavia, come la formulazione dell'articolato normativo è tutt'altro che perspicua, cosicché, se alcuni dei vecchi dilemmi interpretativi possono dirsi definitivamente superati, è da temere che di nuovi, e forse più numerosi, se ne porranno.

Il presente scritto ha, quindi, anche lo scopo di evidenziare i problemi rimasti irrisolti, o ingenerati *ex novo*, sui quali il legislatore avrà la possibilità di mettere mano in occasione dei decreti legislativi integrativi e correttivi previsti dalla legge delega n. 20 del 2019.

Va altresì segnalato, già in questa premessa, come la disciplina delegata non abbia recepito la proposta più innovativa elaborata dalla Commissione ministeriale, che prevedeva l'introduzione di uno speciale trattamento di disoccupazione fruibile dai lavoratori durante il periodo di sospensione del rapporto conseguente alla dichiarazione di liquidazione giudiziale⁶.

E' rimasto così, allo stato, privo di soluzione politica il problema socialmente più avvertito, che è costituito dalla mancanza per quei lavoratori di qualsiasi forma di sostegno del reddito durante il periodo di sospensione, essendo venuta meno, con effetto dal 1 gennaio 2016, lo strumento della cd. "CIGS concorsuale" regolato dall'art. 3, comma 1, della legge n. 223 del 1991, la cui utilizzabilità, peraltro, era già stata limitata

⁶ Si veda, l'art. 195 della bozza di decreto delegato predisposta dalla Commissione ("Nuova prestazione di Assicurazione Sociale per l'Impiego nella Liquidazione Giudiziale – NASpILG").

per effetto delle modifiche apportate dall'art. 2, comma 70, della legge n. 92 del 2012⁷.

2. Gli elementi di continuità

Con riferimento al regime *ante* riforma, nonostante qualche opinione contraria⁸, l'orientamento prevalente della dottrina⁹ e quello consolidato della giurisprudenza¹⁰ è nel senso di ritenere che anche ai rapporti di lavoro trovino applicazione le disposizioni generali sui rapporti giuridici preesistenti dettate dall'art. 72 del R.D. n. 267 del 1942, e ciò tanto più a seguito della novella del 2006 (art. 57, comma 1, del d. lgs. n. 5 del 2006)¹¹.

La dichiarazione di fallimento, di conseguenza, se da un lato “*non costituisce giusta causa di risoluzione del contratto*” di lavoro, come esplicitamente prevede il testo (ancora temporaneamente) in vigore del secondo comma dell'art. 2119 Cod. civ., configura, dall'altro, una causa legale di sospensione della normale funzionalità dei rapporti con il

⁷ Solo in parte un tale strumento può essere “*surrogato*” dalla “*Cassa integrazione per cessazione di attività*” reintrodotta dall'art. 44 del d. l. n. 109 del 2018, che si fonda su diversi presupposti ed ha un'applicazione temporale limitata agli anni 2019 e 2020.

⁸ Si vedano A. LASSANDARI, *I licenziamenti e le procedure concorsuali*, in *Variazioni su temi di diritto del lavoro*, 2018, n. 1, 54 ss. e, già in precedenza, P.G. Alleva, *Fallimento e tutela del lavoratore*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1975, 214; ID., *La sorte del rapporto di lavoro nelle procedure concorsuali*, in *Dir. Fall.*, 2001, I, 674 ss.; si veda, altresì, M.L. VALLAURI, *Il lavoro nella crisi di impresa*, Milano, 2013, 68 ss..

⁹ Si vedano, per tutti, M. Magnani, *Crisi d'impresa tra diritto del lavoro e mercato*, in *Arg. Dir. Lav.* 2017, 1377 ss.; P. Tullini, *Retrocessione al fallimento dell'azienda in affitto e licenziamento dei lavoratori*, in *Giur. Comm.* 2016, II, 418 ss.; ID., *Tutela del lavoro nella crisi d'impresa e assetto delle procedure concorsuali: prove di dialogo*, in *Riv. It. Dir. Lav.* 2014, I, 217 ss.; D. Garofalo – M. Marazza, *Insolvenza del datore di lavoro e tutele del lavoratore*, Torino, 2015, 12 ss.. R. PESSI, *Profili giuslavoristici delle procedure concorsuali*, in *LPO*, 2010, 33 ss; A. CAIAFA, *I rapporti di lavoro e la tutela del credito nelle crisi d'impresa*, Torino, 2011, 351; L. DE ANGELIS, *Fallimento e rapporto di lavoro: brevi considerazioni dopo la riforma del 2006*, in *FI*, V, 86.

¹⁰ Cfr., Cass. 30 maggio 2018, n. 13693; Cass. 23 marzo 2018, n. 7308; Cass. 11 gennaio 2018, n. 522; Cass. 14 maggio 2012, n. 7473.

¹¹ Il primo comma della norma fallimentare, nel testo vigente, così dispone: “*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, fatte salve le diverse disposizioni della presente Sezione, 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 salvo che, nei contratti ad effetti reali, sia già avvenuto il trasferimento del diritto*”.

personale dipendente¹², salva l'ipotesi in cui il Tribunale abbia disposto l'esercizio provvisorio dell'impresa ai sensi dell'art. 104 dello stesso R.D. n. 267 del 1942.

Un tale assetto normativo risulta *in parte qua* confermato, sostanzialmente, dalla nuova disciplina della liquidazione giudiziale, e ciò nonostante debba essere osservato come essa preveda la modifica della norma codicistica poc'anzi richiamata e introduca, come detto, una nuova disciplina organica degli effetti della liquidazione sui rapporti di lavoro.

Ed invero, non incide, su quell'assetto, la modifica dell'art. 2119 Cod. civ., perché il testo modificato, facendo rinvio (quanto agli effetti sui rapporti di lavoro) al codice della crisi e dell'insolvenza¹³, recepisce il principio con cui esordisce l'art. 189, in base al quale l'apertura della liquidazione giudiziale “*non costituisce motivo di licenziamento*”. Semmai, vale la pena di evidenziare come il principio in questione – utilizzando il termine “*motivo*” anziché quello di “*giusta causa*” – comporti che l'apertura della liquidazione giudiziale non configuri, di per sé, nemmeno una valida giustificazione per il recesso con preavviso, essendo possibile che l'esercizio dell'impresa del debitore prosegua (o riprenda) da parte del curatore o da parte di un eventuale cessionario dell'azienda (o di un ramo di essa)¹⁴.

Al tempo stesso, va osservato come la nuova disciplina speciale, tendenzialmente organica, degli effetti riguardanti i rapporti di lavoro subordinato, preveda anch'essa l'automatico effetto sospensivo derivante dall'apertura della

¹² In altri termini, “*difettando l'esecuzione della prestazione lavorativa*”, il rapporto di lavoro è solo “*formalmente in essere*” e “*viene meno l'obbligo di corrispondere al lavoratore la retribuzione e i contributi*” (cfr. Cass. 23 maggio 2018, n. 7308).

¹³ Il nuovo testo dell'art. 2119 Cod. Civ., così come riformulato dall'art. 376 del d. lgs. n. 14 del 2019, prevede che “*non costituisce giusta causa di risoluzione del contratto la liquidazione coatta amministrativa dell'impresa. Gli effetti della liquidazione giudiziale sui rapporti di lavoro sono regolati dal codice della crisi e dell'insolvenza*”.

¹⁴ Cfr. art. 189, comma 9.

liquidazione giudiziale (comma 1), salvo il caso in cui venga disposta la prosecuzione dell'esercizio dell'impresa, senza soluzione di continuità, da parte del curatore (comma 9). Il che, come anticipato, corrisponde nella sostanza alle conclusioni cui la giurisprudenza era pervenuta applicando anche ai rapporti di lavoro le disposizioni generali degli artt. 72 e 104 del R.D. n. 267 del 1942.

Se l'impostazione di fondo resta immutata, sono però numerosi ed importanti gli elementi di novità che riguardano sia la disciplina della sospensione, che quella della estinzione dei rapporti in questione. In particolare, con riguardo a quest'ultima, la nuova disciplina menziona e regola quattro diverse causali di cessazione dei rapporti di lavoro, creando complessi problemi sia per quanto riguarda il rapporto tra di esse, sia per quanto riguarda il coordinamento con la disciplina generale del licenziamento.

3. La sospensione dei rapporti di lavoro.

Come nel fallimento, la sospensione dei rapporti di lavoro è disposta dal legislatore per consentire al curatore di valutare se subentrare in quei rapporti, ovvero recedere da essi.

Nel fallimento, però, non è previsto un termine massimo entro il quale la scelta del curatore debba essere comunicata ai titolari dei rapporti pendenti, a tutela dei quali è riconosciuta soltanto la possibilità di mettere in mora il curatore sollecitando il giudice delegato ad assegnargli un termine non superiore a sessanta giorni (art. 72, comma 2, R.D. n. 267 del 1942). La giurisprudenza ha, altresì, riconosciuto, in linea di principio, la configurabilità del diritto del lavoratore al risarcimento del danno causato dall'inerzia colpevole del curatore¹⁵, anche se in concreto la prova del

¹⁵ Cfr. Cass. 23 marzo 2018, n. 7308.

danno appare difficilmente configurabile proprio tenuto conto della previsione di uno specifico rimedio attivabile da parte del lavoratore interessato a conoscere rapidamente la sorte del rapporto di lavoro sospeso.

La disciplina speciale ora dettata per i rapporti di lavoro è, invece, più complessa ed articolata, ed evidenzia la tensione, non facilmente risolvibile, verso due opposte esigenze: da un lato, prefissare i termini entro i quali il curatore deve operare (“*senza indugio*”) la sua scelta, onde evitare la protrazione inutile (o, addirittura, *sine die*) dello stato di sospensione dei rapporti di lavoro; dall’altro, fare in modo che nella scelta del curatore venga adeguatamente valutata e ponderata la possibilità della conservazione della potenzialità produttiva dell’azienda e dell’occupazione che essa comporta.

Espressione della prima esigenza è la previsione in base alla quale i rapporti in questione si intendono risolti di diritto ove siano inutilmente decorsi quattro mesi dall’apertura della liquidazione giudiziale (o l’ulteriore termine eventualmente prorogato) senza che il curatore abbia dato comunicazione del subentro o del recesso (art. 189, commi 3 e 4)¹⁶.

La seconda esigenza, invece, è ravvisabile non solo nella previsione di un limite al potere del curatore di recedere prima del decorso di tale termine¹⁷ ma anche nella stessa, poc’anzi richiamata, previsione della prorogabilità del termine suddetto da parte del giudice delegato, su istanza di parte¹⁸, sino alla durata massima di otto mesi¹⁹

¹⁶ La specialità di tali disposizioni consente di ritenere inapplicabile l’istituto della messa in mora del curatore previsto ora dall’art. 172, comma 2, del Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza.

¹⁷ Questo profilo sarà più avanti oggetto del necessario approfondimento (cfr. par. ...).

¹⁸ Da depositare presso la cancelleria del Tribunale, a pena di inammissibilità, almeno quindici giorni prima della scadenza del termine stesso.

¹⁹ In base ad una interpretazione estensiva, peraltro, la durata massima potrebbe arrivare a otto mesi e quindici giorni, in quanto il termine concesso decorre dalla data di deposito in cancelleria del provvedimento del giudice delegato, il quale è emesso “*entro trenta giorni dal deposito dell’istanza ovvero, in caso di più istanze dal deposito dell’ultima di queste*”.

A quest'ultimo riguardo, è opportuno riflettere sulla legittimazione e sui presupposti richiesti per la presentazione dell'istanza.

Soggetti legittimati sono, anzitutto, il curatore e il Direttore dell'Ispettorato territoriale del lavoro²⁰, “*qualora*” essi “*ritengano sussistenti possibilità di ripresa o trasferimento a terzi dell'azienda o di un suo ramo*”.

Non è dato sapere se, e fino a che punto, il Direttore dell'Ispettorato territoriale del lavoro possa essere in possesso delle informazioni e delle competenze necessarie per valutare la sussistenza o no di tali “*possibilità*”. Oltretutto, la valutazione del Direttore dell'Ispettorato può risultare in contrasto con quella del curatore, potendo l'istanza di proroga essere presentata dal primo e non dal secondo. In ogni caso, la decisione è rimessa al giudice delegato, onde – anche quando questi autorizzi la proroga richiesta soltanto dal Direttore dell'Ispettorato territoriale del lavoro - sorge l'onere del curatore di continuare ad attivarsi per una verifica della possibilità di ripresa dell'attività produttiva o di trasferimento dell'azienda, anche parziale²¹.

Analoghe considerazioni possono essere svolte con riguardo all'altra categoria di soggetti ai quali è riconosciuta la legittimazione a proporre l'istanza di proroga, ossia i “*singoli*

²⁰ L'Ispettorato territorialmente competente, al quale lo stesso curatore è tenuto a trasmettere preventivamente l'elenco dei dipendenti dell'impresa in forza al momento in cui l'apertura della liquidazione è avvenuta, è individuato in relazione al luogo ove è stata aperta la liquidazione giudiziale. Per la trasmissione dell'elenco dei dipendenti è previsto il termine di trenta giorni dall'apertura della liquidazione, che su istanza del curatore può essere prolungato di un egual periodo dal giudice delegato, quando l'organico dell'impresa superi il limite di cinquanta dipendenti.

²¹ Ciò anche nell'ipotesi in cui il curatore, decidendo di non presentare alcuna istanza di proroga da parte sua, abbia già ritenuto insussistente tale possibilità.

*lavoratori*²², dovendosi soltanto aggiungere che, in tal caso, gli effetti della proroga, eventualmente autorizzata dal giudice, riguardano esclusivamente i lavoratori istanti.

Da parte dei primi commentatori, sono state avanzate delle perplessità in ordine alla prorogabilità del termine di sospensione dei rapporti di lavoro, e in particolare alla utilità della previsione che la proroga possa essere autorizzata su istanza dei singoli lavoratori. Perplessità legate al fatto che durante il periodo di sospensione i lavoratori si trovano privi sia della retribuzione sia di qualsiasi forma di sostegno del reddito, onde non sarebbe ravvisabile l'interesse dei lavoratori a prolungare la durata di tale periodo.

In realtà, ai fini di una valutazione complessiva del sistema prefigurato dall'art. 189, si deve tenere conto di due ulteriori aspetti. Del primo aspetto già si è detto: ed infatti, se il presupposto per la autorizzazione della proroga è la sussistenza di concrete possibilità di ripresa dell'attività o di trasferimento dell'azienda, l'interesse dei lavoratori è chiaramente individuabile nella aspettativa di salvaguardia dell'occupazione²³.

A ciò va, poi, aggiunto che, nel caso in cui il periodo della proroga termini infruttuosamente ed operi di conseguenza la risoluzione di diritto dei rapporti di lavoro, il semplice fatto che la proroga sia stata concessa fa nascere a favore dei lavoratori il diritto di percepire un trattamento economico²⁴.

Di qui, si potrebbe addirittura presentare l'eventualità che da parte dei lavoratori e dei rappresentanti sindacali venga

²² In tal caso, l'istanza, che può essere presentata personalmente o a mezzo di difensore munito di procura dallo stesso autenticata, deve contenere, a pena di inammissibilità, l'elezione di domicilio o l'indirizzo PEC ove ricevere le comunicazioni.

²³ Si noti, del resto, come, anche ai fini della determinazione della durata della proroga (entro il limite massimo di otto mesi), il giudice delegato deve tener conto "*delle prospettive di ripresa delle attività o di trasferimento dell'azienda*".

²⁴ Sul quale ci soffermeremo nel paragrafo che segue.

esercitata una pressione sociale rivolta ad ottenere la concessione della proroga, con il conseguente rischio che la funzione di quest'ultima possa essere talvolta piegata ad un uso meramente assistenziale.

4. L'indennità dovuta in caso di proroga della sospensione.

In realtà, dal punto di vista della gestione fisiologica dell'istituto, l'indennità di cui trattasi non ha certamente natura meramente assistenziale, ponendosi semmai l'alternativa della sua qualificazione in termini retributivi o previdenziali. Alternativa che, a mio avviso, può essere risolta escludendo la natura retributiva, posto che l'“indennità” prevista nell'ultimo periodo del quarto comma dell'art. 189, pur essendo considerata un costo della procedura (in quanto “è ammessa al passivo come credito successivo all'apertura della liquidazione giudiziale”), non è collegata al rapporto di lavoro né funzionalmente (in quanto il rapporto degli aventi diritto è “sospeso”) e neppure geneticamente (in quanto l'erogazione dell'indennità opera proprio nel presupposto che il curatore non sia subentrato nella titolarità del rapporto stesso). Tant'è che viene espressamente escluso il suo assoggettamento a contribuzione previdenziale.

Dovrebbe, conseguentemente, propendersi nel senso della funzione previdenziale dell'indennità di cui trattasi, poiché essa va a sostenere il reddito dei lavoratori nella particolare situazione di bisogno determinata dall'apertura della liquidazione giudiziale, dalla quale deriva la sospensione *ex lege* del rapporto di lavoro e dell'obbligo retributivo del datore di lavoro.

Anzi, da questo punto di vista, l'introduzione del trattamento di cui trattasi va, sia pure in parte, a colmare il vuoto lasciato dalla soppressione dello speciale strumento

della CIGS “*concorsuale*”, di cui si è già fatto cenno. Strumento che, del resto, era anch’esso “*piegabile*” verso la direzione di un uso prettamente assistenziale, come dimostrato dall’esperienza applicativa in cui la cassa integrazione è stata concessa in situazioni in cui molto dubbie (se non inesistenti) erano le “*prospettive di continuazione o di ripresa dell’attività e di salvaguardia, anche parziale, dei livelli di occupazione*”²⁵.

Restano, peraltro, profili non del tutto marginali di possibile incoerenza nella disciplina della neointrodotta indennità.

Anzitutto, si potrebbero porre dubbi per quanto riguarda la previsione della riconduzione dell’indennità tra i debiti della procedura, posto che, come detto, i rapporti di lavoro sospesi (e per i quali non si verifica il subentro) non sono funzionali all’attività della liquidazione giudiziale, con la conseguenza del rischio di alterazione negli equilibri rispetto alla posizione della massa dei creditori. A tali dubbi si può rispondere ricordando ancora che, nell’applicazione corretta della legge, la proroga della sospensione è sottoposta, come detto, alla condizione che sussistano “*possibilità di ripresa o trasferimento a terzi dell’azienda o di un suo ramo*”, ditalché tale proroga realizza l’interesse della procedura a conservare il valore dell’impresa costituito dall’insieme organizzato del personale che vi è addetto, con l’esperienza, le competenze e il *know how* che esso incorpora. Questa prospettiva, peraltro, non sarebbe sufficiente a comprendere la previsione secondo la quale, nel caso in cui l’istanza di proroga venga proposta da singoli lavoratori, gli effetti della proroga si producono solo nei loro confronti.

²⁵ Così l’art. 3 della legge n. 223 del 1991 che, come detto, è stato abrogato dall’art. 2, comma 70, della legge n. 92 del 2012, come sostituito dall’art. 46-*bis*, comma 1, lett. h), del d. l. n. 83 del 2012, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 134 del 2012.

Qualche dubbio, inoltre, potrebbe essere posto per quanto riguarda i criteri di calcolo dell'indennità (*“due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio”*). Ma anche a questo riguardo la scelta del legislatore può essere spiegata in coerenza con le considerazioni già svolte. Si può, cioè ritenere che il legislatore abbia voluto riconoscere un diverso valore all'apporto dato dai singoli lavoratori al valore dell'impresa a seconda della esperienza (correlata, appunto, agli anni di servizio) maturata da ciascuno, nonché della qualità e della quantità del lavoro svolto (alle quali è correlato, appunto, il parametro dell'ultima retribuzione). Ove si condivide, poi, l'attribuzione di una funzione previdenziale all'indennità in esame, il collegamento esistente tra gli artt. 36 e 38, comma 2, Cost. costituirebbe ulteriore, autonoma ragione idonea a spiegare la scelta legislativa di quantificare il trattamento spettante in base alla durata del rapporto di lavoro ed alla retribuzione percepita.

Rimane, però, l'incongruità che, in determinati casi, può derivare dall'applicazione della misura minima e massima dell'indennità (rispettivamente due e otto mensilità di retribuzione). Il legislatore, infatti, non ha considerato che otto mesi è il termine massimo della proroga, cosicché ove il giudice delegato stabilisca un termine inferiore potrebbe verificarsi che il lavoratore acquisisca il diritto di percepire un'indennità di importo superiore a quello che avrebbe percepito a titolo di retribuzione se avesse lavorato durante il periodo di proroga.

Per contro, non sembra che sulla ragionevolezza della fissazione di un criterio predeterminato di quantificazione dell'indennità possa incidere la sentenza n. 194 del 2018 della Corte costituzionale, poiché la motivazione su cui si fonda tale sentenza è strettamente legata agli specifici vincoli costituzionali che riguardano la diversa materia delle tutele

contro i licenziamenti ed alla peculiare natura riparatoria e sanzionatoria dell'indennità prevista dal *Jobs act*.

5. Il recesso nel caso di mancata continuità nell'esercizio dell'impresa.

Come si è già detto, i rapporti di lavoro, posti nello stato di sospensione a seguito della sentenza che dichiara aperta la liquidazione giudiziale, possono cessare per effetto dell'atto di recesso da parte del curatore (previa autorizzazione del giudice delegato e sentito il comitato dei creditori), recesso che il curatore può comunicare prima della scadenza del termine di quattro mesi dalla data della sentenza o dell'ulteriore termine assegnato dal giudice delegato in caso di proroga della sospensione.

Va, anzitutto, osservata l'eccezionalità della previsione di un atto di recesso che è comunicato da un soggetto, il curatore, che non è titolare dei rapporti di lavoro ai quali il recesso si riferisce, non essendovi subentrato²⁶. Così come eccezionale è la previsione in base alla quale, mentre il subentro decorre dalla comunicazione effettuata ai lavoratori, il recesso del curatore decorre dalla data di apertura della liquidazione giudiziale (art. 189, comma 2)²⁷, e non dal momento in cui la comunicazione viene ricevuta dai lavoratori (come, invece, dovrebbe essere in base al principio generale dell'art. 1335 Cod. Civ.)²⁸.

²⁶ Eccezionalità che trova spiegazione ricordando che anche il diritto di recesso è un atto che il curatore compie "*nell'esercizio dei poteri di gestione che gli competono per legge*" (così come già evidenziato, in relazione all'art. 72 della legge fallimentare, dalla giurisprudenza: cfr. Cass. 28 maggio 2019, n. 14503).

²⁷ Anche l'eccezionalità di tale disposizione è agevolmente spiegabile con il rilievo che, dopo l'apertura della liquidazione giudiziale, i rapporti di lavoro sono rimasti in vita solo formalmente; e, del resto, la retrodatazione degli effetti del recesso è coerente e funzionale all'intervento del Fondo di Garanzia ai sensi del d. lgs. n. 80 del 1992, anche per quanto riguarda l'indennità di mancato preavviso.

²⁸ L'efficacia retroattiva, come noto, è riconosciuta anche dalla disposizione di cui all'art. 1, comma 41, della legge n. 92 del 2012. In quel caso l'eccezionalità della disposizione trova fondamento in una specifica *ratio*, che è quella di contrastare il fenomeno (un tempo) diffuso

A prescindere da ciò, una prima questione da esaminare è quella di sapere se l'uso del termine “*recesso*”, in luogo del termine “*licenziamento*”, normalmente utilizzato dal legislatore (almeno a partire dalla legge n. 604 del 1966), abbia o no un qualche significato.

Ed infatti, se è vero che il licenziamento è il termine con il quale comunemente si designa il recesso del datore di lavoro (così come le dimissioni designano il recesso del lavoratore), la questione di cui si è detto è sollecitata dalla constatazione che il legislatore del Codice della crisi dell'impresa e dell'insolvenza utilizza, nell'ambito dell'art. 189, entrambi i termini dando la sensazione di volerli distinguere e tenere distinti. E ciò non solo nel primo comma²⁹, ma anche nel settimo comma, laddove, nel dettare una norma speciale sull'indennità di mancato preavviso³⁰, viene precisato che essa si applica “*in caso di recesso del curatore, di licenziamento, dimissioni o risoluzione consensuale*”, così da lasciar pensare che, in questo specifico contesto, i due termini in questione (“*recesso*” e “*licenziamento*”) non siano stati utilizzati come semplici sinonimi.

La questione, peraltro, si complica ulteriormente prendendo in considerazione anche la specifica disposizione che il nono comma detta con riferimento all'ipotesi in cui il giudice delegato abbia autorizzato “*l'esercizio dell'impresa del debitore in liquidazione giudiziale da parte del curatore*”. In tale ipotesi, capovolgendo il principio previsto dal comma 1 (da intendersi, quindi, riferito esclusivamente al caso in cui non sia stato disposto l'esercizio dell'impresa), il legislatore prevede che di norma “*i rapporti di lavoro proseguono*”, facendo

della comunicazione da parte del lavoratore di uno stato di malattia simulata per impedire il licenziamento o differirne gli effetti.

²⁹ Ove il primo periodo esclude che l'apertura della legislazione giudiziale costituisca “*giustificato motivo di licenziamento*”, mentre nel secondo si prevede che i rapporti di lavoro in atto restino sospesi fino a quando il curatore comunica di subentrarvi ovvero il “*recesso*”.

³⁰ Si rinvia al par. 6 che segue.

salva la possibilità che il curatore intenda procedere alla sospensione di tali rapporti “*o esercitare la facoltà di recesso ai sensi della disciplina lavoristica vigente*”. Inoltre, complicando ancora di più il lavoro dell’interprete, lo stesso comma 9 aggiunge che, nell’ipotesi da esso regolata, si applica l’intera disciplina dell’art. 189, con la sola eccezione dei commi 1 (di cui si è già detto) e del comma 7 (che contiene esclusivamente la previsione dell’inapplicabilità delle disposizioni speciali del comma 6 in materia di licenziamenti collettivi nelle procedure di amministrazione straordinaria delle grandi imprese).

6. *Segue: il recesso e la disciplina limitativa dei licenziamenti individuali. La differenza di regime a seconda che vi sia o no continuità nell’esercizio dell’impresa.*

Ce n’è abbastanza per affermare che l’articolo commentato è mal scritto, ma la questione di fondo che ne deriva non è puramente nominalistica. In particolare, il richiamo alla “*disciplina lavoristica vigente*”, contenuto nel nono comma ma non nel primo, se (da un lato) consente di ritenere certamente applicabile la disciplina limitativa dei licenziamenti nell’ipotesi di recesso intimato dal curatore nel caso di continuazione dell’esercizio dell’impresa, solleva un ragionevole dubbio in ordine alla possibilità di pervenire alla medesima conclusione nel caso di recesso intimato dal curatore allorché non vi sia continuità nell’esercizio dell’impresa.

Il dubbio, peraltro, appare ulteriormente giustificato ove si consideri che il comma 3 dell’art. 189 prevede esplicitamente che il recesso è comunicato “*per iscritto*”, e tale previsione sarebbe del tutto superflua ove a quel recesso fosse applicabile la generale “*disciplina lavoristica vigente*”.

Pertanto, anche nel nuovo quadro normativo si ripropone un problema analogo a quello che già aveva impegnato e diviso dottrina e giurisprudenza con riguardo all'interpretazione dell'art. 72 della legge fallimentare.

Orbene, con riguardo a quest'ultima disposizione, è da ricordare come l'indirizzo della Suprema Corte di Cassazione si sia, da tempo, orientato nel senso di ritenere che la norma fallimentare debba essere coordinata con la disciplina limitativa dei licenziamenti, la quale, quindi, deve senz'altro essere applicata all'atto con il quale il curatore comunica la decisione di “*sciogliersi*” dai contratti di lavoro in essere³¹.

Di conseguenza, la naturale forza inerziale dei principi elaborati dalla dottrina e, ancora di più, dalla giurisprudenza fa ritenere probabile che prevalga una interpretazione del comma 1 dell'art. 189 nel segno della continuità, ossia che si affermi che la legge n. 604 del 1966 è applicabile a tutti i casi di recesso, anche nel caso in cui il curatore non abbia assunto l'esercizio dell'impresa del debitore.

In questo senso sembra già orientata l'opinione espressa dai primi commentatori, i quali rilevano che, da un lato, sarebbe ingiustificata una differenza di trattamento giuridico all'ipotesi disciplinata dal comma nono, e che, d'altro lato, la sottrazione al campo di applicazione della disciplina dei licenziamenti potrebbe porsi in contrasto con le fonti europee, richiamate tra i principi direttivi della legge delega.

³¹ Si veda, da ultimo, Cass. 28 maggio 2019, n. 14503, secondo cui “*qualora sia accertata la illegittimità del licenziamento intimato dal curatore, il lavoratore ha diritto all'ammissione al passivo fallimentare per il credito risarcitorio che ne consegue, corrispondente alla retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello della reintegra*” (fermo restando il principio, applicabile anche all'imprenditore *in bonis*, che “*nel caso di disgregazione definitiva dell'azienda l'eventuale illegittimità del recesso non potrebbe condurre alla ripresa effettiva del rapporto di lavoro*”: così Cass. 23 marzo 2018, n. 7308). Si vedano, anche, in precedenza, Cass. 8 luglio 2004, n. 12645; Cass. 2 marzo 2009, n. 5032; Cass. 23 settembre 2011, n. 19405; Cass. 11 novembre 2011, n. 23665; Cass. 11 gennaio 2018, n. 522..

Senonché, a mio avviso, è ipotizzabile una diversa interpretazione sistematica dell'art. 189 che superi entrambi i rilievi ora esposti e, al tempo stesso, eviti la forzatura di privare di qualsiasi significato il differente tenore letterale dei commi 1 e 9.

Anzitutto, non occorre spendere parole per argomentare le ragioni di oggettiva differenza che sono configurabili a seconda che il curatore eserciti o no l'impresa del debitore in liquidazione giudiziale, differenza tale da giustificare in linea di principio l'applicazione di diversi regimi giuridici.

In secondo luogo, e soprattutto, il mancato richiamo nel comma 1 "*alla disciplina lavoristica vigente*", che porterebbe ad escludere l'applicabilità della disciplina generale sui licenziamenti all'ipotesi di recesso ivi prevista, non comporta affatto l'attribuzione al curatore di una inammissibile facoltà di recesso senza giustificazione.

Ciò perché, in tale ipotesi, sulla base del combinato disposto del secondo periodo dello stesso comma 1 e del primo periodo del comma 3, l'atto del curatore non solo presuppone l'autorizzazione del giudice delegato (sentito il parere non più vincolante del comitato dei creditori), ma presuppone anche che "*non sia possibile la continuazione o il trasferimento dell'azienda o di un suo ramo o comunque sussistano manifeste ragioni economiche inerenti l'assetto dell'organizzazione del lavoro*".

A ben vedere, allora, si può ragionevolmente sostenere che il recesso previsto e regolato dal combinato dei commi 1 e 3 tipizza una nozione speciale di giustificato motivo, poiché non è il mero elemento della apertura della liquidazione giudiziale che legittima lo scioglimento del contratto di lavoro, bensì l'impossibilità della continuazione o del

trasferimento dell'attività economica o la sussistenza di manifeste ragioni organizzative.

Si noti, peraltro, come si tratti di una nozione speciale che, rispetto a quella dell'art. 3 della legge n. 604 del 196, appare più ristretta nella parte in cui richiede che, a giudizio del curatore, vi sia: a) o l'“*impossibilità*” della continuazione o del trasferimento dell'impresa (mentre l'imprenditore *in bonis* non è vincolato ad un giudizio di impossibilità, stante l'insindacabilità della scelta di cessare l'iniziativa economica intrapresa); b) ovvero, la necessità che le ragioni organizzative siano non semplicemente sussistenti, bensì “*manifeste*” (mentre, ai sensi dell'art. 18, comma 7, della legge n. 300 del 1970, la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo rileva esclusivamente ai fini della tutela applicabile).

Potrebbe così apparire che la facoltà di recesso del curatore risulti addirittura eccessivamente limitata, esponendolo al rischio di contenziosi dall'incerto esito. Ma le conseguenze pratiche di tale conclusione possono essere ridimensionate, nella loro effettiva portata, sulla base di un triplice ordine di considerazioni.

Anzitutto, va tenuto conto che la valutazione del curatore è sottoposta alla preventiva autorizzazione da parte del giudice delegato, e quindi trova in essa la sua validazione *ex ante*; significativa, al riguardo, è la differenza di regime che intercorre sia con l'art. 72, comma 1, della legge fallimentare, sia con l'art. 172 dello stesso Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, nei quali la decisione del curatore di subentrare ai rapporti pendenti o di sciogliersi da essi è subordinato all'autorizzazione del comitato dei creditori (che, invece, nell'art. 189 deve soltanto essere “*sentito*”).

In secondo luogo, anche laddove dubbi ed incertezze impediscano al curatore di prendere tempestivamente le sue decisioni, opera comunque la norma di salvaguardia che, al fine di evitare il protrarsi *sine die* di un inutile periodo di sospensione dei rapporti di lavoro (durante il quale il lavoratore è privo di retribuzione), prevede la loro risoluzione di diritto decorso il termine di quattro mesi previsto dallo stesso comma 3 (o decorso il termine eventualmente prorogato ai sensi del comma 4). Da questo punto di vista, anche la previsione dell'ipotesi di risoluzione di diritto dovrebbe essere considerata non già la dissimulazione di un inammissibile licenziamento privo di giustificazione, bensì la tipizzazione normativa di uno speciale giustificato motivo di risoluzione del contratto di lavoro, che rappresenta la presa d'atto della inutilità di mantenere in vita un rapporto di lavoro privo di qualsiasi concreta funzionalità oltre il periodo valutato congruo per verificare l'esistenza della possibilità di ripresa dell'esercizio d'impresa o di trasferimento dell'azienda (o di una sua parte).

In terzo ed ultimo luogo, va considerato che il campo di operatività del recesso previsto dai commi 3 e 4 è tutto sommato residuale, poiché esso riguarda pur sempre la sola ipotesi dei recessi individuali ed è, quindi, sottoposto al limite rappresentato dalla disciplina dei licenziamenti collettivi, di cui si dirà tra breve³².

Ciò posto, all'ipotesi interpretativa di distinguere la disciplina del recesso a seconda che vi sia (comma 9) o non vi sia (comma 1) esercizio dell'impresa da parte del curatore potrebbe essere mossa, a mio avviso, una sola seria obiezione, che fa leva sulla già richiamata disposizione del secondo periodo del comma 9, il quale testualmente prevede che anche nel caso di esercizio dell'impresa “*si applicano i commi da 2 a 6 e 8 del presente articolo*”.

³² Si veda il par. 7 che segue.

Ma anche a una siffatta obiezione potrebbe essere data una replica ragionevole, rilevando che la applicabilità di tali commi deve essere intesa sia stata disposta nell'implicito presupposto dei limiti della compatibilità, compatibilità che certamente non sussiste rispetto alla disciplina del comma 3 proprio a ragione delle diversità dei presupposti che quest'ultimo prevede per il recesso da parte del curatore rispetto a quelli previsti dalla disciplina generale del recesso per giustificato motivo oggettivo.

Peraltro, che il limite della compatibilità costituisca presupposto implicito e coesenziale della norma di rinvio risulta ulteriormente argomentabile rilevando che, nel caso di subentro del curatore nell'esercizio dell'impresa e dei rapporti di lavoro, anche altre disposizioni richiamate dal comma 9 sono chiaramente inapplicabili. Così si può dire, ad esempio³³, delle disposizioni relative alla risoluzione di diritto previste dal comma 3 e dal comma 4, in quanto l'applicabilità di tali disposizioni presuppone che i rapporti di lavoro siano rimasti sospesi dopo l'apertura della procedura di liquidazione giudiziale; ed invece, nel caso di esercizio dell'impresa, è previsto sì che il curatore possa sospenderli, ma “*ai sensi della disciplina lavoristica vigente*”, e cioè nel rispetto delle condizioni sostanziali e procedurali previste dalla disciplina delle integrazioni salariali³⁴.

7. Recesso, risoluzione di diritto e licenziamenti collettivi.

³³ Per ulteriori ipotesi di incompatibilità, si rinvia ai par. 9.

³⁴ Tutto ciò in coerenza con l'interpretazione amministrativa già formatasi con riguardo al fallimento, la cui dichiarazione comporta, a seguito della soppressione della CIGS concorsuale, l'interruzione delle prestazioni di integrazione salariale (cfr. circ. del Ministero del lavoro e delle politiche sociali n. 1 del 22 gennaio 2016). Resta, però, la possibilità di autorizzare *ex novo* la CIGS, sussistendone i relativi presupposti, nel caso in cui sia stata autorizzata la continuazione dell'esercizio dell'impresa ex art. 104 della legge fallimentare (cfr. la circolare del Ministero del Lavoro e delle politiche sociali n. 24 del 26 luglio 2016).

Il comma 6 dell'art. 189 detta specifiche disposizioni che trovano applicazione “*nel caso in cui il curatore intenda procedere al licenziamento collettivo secondo la previsione di cui agli artt. 4, comma 1 e 24, comma 1, della legge 23 luglio 1991, n. 223*”.

In sintesi, le speciali disposizioni di cui trattasi, derogando alle previsioni contenute nei commi da 2 a 8 dell'art. 4 della legge n. 223 del 1991, tendono a semplificare gli adempimenti posti a carico del curatore, mediante l'assorbimento in una unica fase delle due distinte fasi (quella cd. “*sindacale*” e quella cd. “*amministrativa*”) previste dalla disciplina generale (che, per il resto non subisce modifiche)³⁵.

Così, la comunicazione di apertura della procedura di licenziamento collettivo deve essere inviata, oltre che ai rappresentanti sindacali dei lavoratori, all'Ispettorato territoriale del lavoro, la cui competenza è radicata nel luogo ove è stata aperta la liquidazione giudiziale (o, ove non coincidente, nel luogo ove i lavoratori interessati prestano “*in prevalenza*” la propria attività).

La funzione dell'Ispettorato territoriale competente viene, inoltre, implementata, conferendo ad esso il potere di convocare d'ufficio l'esame congiunto (salvo il caso che l'avvio della procedura di licenziamento derivi dalla cessazione dell'attività dell'impresa o di un suo ramo) e prevedendo comunque la possibilità del Direttore dell'Ispettorato stesso di prendere parte all'esame congiunto.

I termini della procedura sono, nel complesso, abbreviati. Essa si intende esaurita sia nel caso in cui entro sette giorni dalla comunicazione di apertura non sia pervenuta alcuna richiesta di esame congiunto, sia nel caso in cui l'Ispettorato non abbia provveduto a fissare l'incontro per

³⁵ Anche il regime sanzionatorio applicabile in caso di violazione degli adempimenti procedurali rimane quello generale, previsto dall'art. 5, comma 3, della legge n. 223 del 1991 e dall'art. 10 del d. lgs. n. 23 del 2015, così come esplicitato anche dalle modifiche di tali disposizioni previste, rispettivamente, dai commi 1 e 2 dell'art. 368 del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.

l'esame congiunto entro 40 giorni dal ricevimento della predetta comunicazione. In ogni caso, la consultazione, se avviata, si intende a sua volta esaurita se non venga raggiunto un accordo entro 10 giorni dal suo inizio, termine di cui il giudice delegato può autorizzare la proroga solo per “*giusti motivi*” e per un ulteriore periodo comunque “*non superiore a dieci giorni*”.

Al di là delle modifiche relative agli adempimenti procedimentali, la questione di fondo che deve essere esaminata è quella di stabilire se, nel caso in cui ricorra la fattispecie prevista dall'art. 24, commi 1 e 2, della legge 23 del 1991³⁶, l'avvio della procedura di licenziamento collettivo sia per il curatore una facoltà ovvero un obbligo.

Com'è noto, la questione è stata già posta nel passato con riferimento alla disciplina del fallimento, e la giurisprudenza l'ha risolta ritenendo che l'obbligatorietà della procedura di licenziamento collettivo si estenda alle ipotesi di procedure concorsuali³⁷, facendo a tal fine leva anche sulla disposizione, ora abrogata, dell'art. 3, comma 3, della legge n. 223 del 1991³⁸.

Una tale conclusione potrebbe, forse, meritare di essere rimeditata ove, da un lato, si ritenesse che, sul punto, la disciplina della liquidazione giudiziale abbia sostanzialmente innovato la disciplina previgente, e, dall'altro lato, ci si limitasse ad una considerazione del mero dato letterale dell'art. 189. In effetti, stando al dato letterale, si deve tenere conto che, nel caso in cui il curatore non abbia comunicato né il subentro né il recesso individuale, allo scadere del termine prefissato (quattro mesi dall'apertura della liquidazione o l'ulteriore termine prorogato dal giudice delegato) opererebbe sempre,

³⁶ Ossia nel caso in cui, in conseguenza di una riduzione o trasformazione di attività o di lavoro, o di cessazione dell'attività, il datore di lavoro intenda adottare almeno 5 licenziamenti nell'arco di centoventi giorni in ciascuna unità produttiva, o in più unità produttive nell'ambito del territorio di una stessa provincia.

³⁷ Cfr. Cass 23 marzo 2018, n. 7308; Cass. 23 settembre 2011, n. 19405; Cass. 11 novembre 2011, n. 23665; Cass. 2 marzo 2009, n. 5033; Cass. 8 luglio 2004, n. 12645. In termini solo parzialmente diversi, Cass. 28 dicembre 2016, n. 27211.

³⁸ Cfr., in dottrina, M. MARAZZA, *La disciplina (speciale) del rapporto di lavoro nell'impresa insolvente*, cit., 20.

automaticamente, la risoluzione di diritto dei rapporti di lavoro. E, quindi, il curatore potrebbe comunque evitare di attivare la procedura di licenziamento collettivo semplicemente lasciando decorrere il termine predetto, senza adottare alcun provvedimento nei confronti del personale sospeso.

Senonché, a mio avviso, una tale lettura deve essere respinta in virtù del principio che impone al giudice nazionale di interpretare le norme interne in modo che esse risultino conformi al diritto dell'Unione Europea.

Va, infatti, ricordato che la direttiva n. 98/59/CE (*“concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di licenziamenti collettivi”*), così come già la direttiva n. 92/56/CEE, non hanno più previsto l'esclusione che era, invece, contenuta nell'art. 1, comma 2, lett. d), della direttiva 75/129, in base alla quale *“la presente direttiva non si applica: ai lavoratori colpiti dalla cessazione delle attività dello stabilimento allorché risulti da una decisione giudiziaria”*³⁹.

Il venir meno di tale esclusione è stato rilevato anche dalla Corte di Giustizia con la sentenza del 7 settembre 2006, C-187/05 e C-190/05, la quale, pur avendo ad oggetto una questione pregiudiziale di interpretazione del tutto originario della direttiva 75/129, ha affermato che *“alla data dei fatti della causa principale, in ogni caso di licenziamento collettivo conseguente alla cessazione delle attività di uno stabilimento, anche quando questo risultava da una decisione giudiziaria, il datore di lavoro aveva l'obbligo di informare e di consultare i lavoratori”* (punto 33)⁴⁰.

³⁹ Anzi, nel nono considerando della Direttiva 98/59, si afferma che *“occorre prevedere che la presente direttiva sia applicabile in linea di massima anche ai licenziamenti collettivi determinati dalla cessazione della attività dello stabilimento conseguente ad una decisione giudiziaria”* (analogamente, il terzo considerando della direttiva 92/56).

Per ragioni di connessione, si ricorda che la recente direttiva (UE) 2019/1023 del 20 giugno 2019 prevede che anche le procedure di ristrutturazione preventiva non dovrebbero pregiudicare *“le tutele previste dal diritto del lavoro”*, tra le quali i diritti garantiti della direttiva 98/59 (cfr. il considerando (60) e l'art. 13).

⁴⁰ Sulla rilevanza della modifica intervenuta nella disciplina comunitaria dei licenziamenti, si veda già M. MAGNANI, *Crisi d'impresa tra diritto del lavoro e mercato*, cit.

Ne consegue che, a mio avviso, la facoltà di recesso individuale prevista dai commi 1, 3 e 4 dell'art. 189 deve essere interpretata nel senso che tale facoltà opera esclusivamente laddove il recesso riguardi un numero di lavoratori inferiore a 5 nell'arco di 120 giorni. Di contro, ove il numero dei rapporti di lavoro dai quali il curatore intenda recedere sia pari o superiore a 5, sussiste l'obbligo del curatore di rispettare la specifica procedura prevista per il licenziamento collettivo dal comma 6.

Analoghe considerazioni possono essere svolte con riguardo all'ipotesi di risoluzione di diritto prevista dai commi 3 e 4 dell'art. 189⁴¹, che ripropone, in una nuova versione, l'analoga ipotesi di cessazione dei rapporti di cui all'art. 72, comma 2, della legge fallimentare⁴². Anche in questo caso, soccorre un precedente della Corte di Giustizia, che è stato reso con riferimento ad alcune ipotesi di cessazione dei rapporti di lavoro che nel diritto portoghese venivano qualificati non come licenziamenti bensì “*quali espirazioni de iure del contratto di lavoro*” (sentenza del 12 ottobre 2004, C-55702). In tale occasione, la Corte, premesso che la nozione di licenziamento collettivo è oramai comunitaria e non può essere definita mediante un rinvio alla legislazione degli Stati membri, ha precisato che “*tale nozione deve essere interpretata nel senso che comprende qualsiasi cessazione del contratto di lavoro non voluta dal lavoratore e, quindi, senza il suo consenso*”, aggiungendo altresì che “*essa non esige che le cause sottese alla cessazione del rapporto lavorativo corrispondano alla volontà del datore di lavoro*” (cfr. punti 49 e 50).

Pertanto, anche in relazione all'ipotesi di risoluzione di diritto prevista dall'art. 189, il giudice nazionale dovrà interpretare la norma interna in modo conforme alla vigente

⁴¹ In virtù dei quali, come detto, il decorso del termine di 4 mesi dall'apertura della liquidazione giudiziale (o il decorso dell'ulteriore termine prorogato dal giudice delegato), senza che il curatore abbia comunicato il subentro o il recesso, comporta la risoluzione di diritto dei rapporti di lavoro che non siano già cessati. Anche tale causa di estinzione dei rapporti ha effetto dalla data di apertura della liquidazione giudiziarica.

⁴² In base al quale durante la sospensione dell'esecuzione del contratto, in attesa che il collaboratore dichiari di subentrarvi ovvero di sciogliersi da esso, “*il contraente può mettere in mora il curatore, facendogli assegnare dal Giudice cautelare un termine non superiore a 60 giorni, decorso il quale il contratto si intende sciolto*”.

direttiva comunitaria, affermando che la risoluzione di diritto può legittimamente operare solo nel caso in cui essa riguardi un numero di lavoratori inferiore a 5 nell'arco di 120 giorni. Del resto, a ben vedere, il testo del comma 3 dell'art. 189 non è incompatibile con una tale interpretazione nella misura in cui esso, nel suo inciso finale, fa “*salvo*” quanto previsto dal comma 6.

8. Le dimissioni.

Come è stato già fatto cenno, l'articolo 189 prende in considerazione anche l'ipotesi delle dimissioni del lavoratore, e ciò allo scopo di stabilire che, quando siano rassegnate dopo che siano trascorsi quattro mesi dall'apertura della liquidazione giudiziale, esse si intendono determinate da una giusta causa ai sensi dell'art. 2119, comma 1, Cod. Civ. (comma 5)⁴³

In sostanza, sulla base di una valutazione generale ed astratta, il legislatore ha introdotto la presunzione assoluta che la proroga del periodo di sospensione del rapporto di lavoro, determinando il protrarsi del periodo di assenza di retribuzione, autorizza il lavoratore a considerare non più consentita la prosecuzione nemmeno provvisoria del rapporto di lavoro (solo formalmente) in essere.

Dal che deriva il diritto di quel lavoratore di percepire l'indennità di mancato preavviso⁴⁴, nonché, sussistendone gli altri requisiti di legge, il trattamento di disoccupazione involontaria (NASpi) (art. 190 del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza).

A contrario, si dovrebbe ritenere, sulla base della medesima valutazione espressa dal comma 5, che l'ordinario periodo massimo di sospensione del rapporto di lavoro, previsto dal comma 3, sia ritenuto tollerabile da parte del lavoratore, il quale potrà ovviamente esercitare la propria facoltà di recesso

⁴³ Con l'ulteriore precisazione che tali dimissioni, al pari del recesso e della risoluzione di diritto previsti dai commi 3 e 4, hanno effetto dalla data di apertura della liquidazione giudiziale.

⁴⁴ Si veda, al riguardo il paragrafo che segue.

anche durante tale periodo, ma in tal caso non potrà invocare la sussistenza di una giusta causa.

Va rilevato, inoltre, che, nonostante il richiamo contenuto nel comma 9, la presunzione di sussistenza della giusta causa non sembrerebbe applicabile neppure nella fattispecie regolata dal comma predetto, in quanto non si vede come possano essere considerate assistite da giusta causa le dimissioni rassegnate dal lavoratore in una situazione caratterizzata dalla continuazione dell'esercizio dell'impresa e dalla regolare prosecuzione del suo rapporto di lavoro.

9. Il preavviso, il trattamento di fine rapporto e il contributo di licenziamento.

Il comma 8 dell'art. 189 detta alcune disposizioni comuni applicabili alle quattro causali di cessazione del rapporto di lavoro sin qui esaminate. Più precisamente, quelle disposizioni sono applicabili *“in caso di recesso del curatore, di licenziamento, dimissioni o risoluzione di diritto secondo le previsioni del presente articolo”*.

In tali casi è previsto che:

- a) al lavoratore con rapporto a tempo indeterminato spetta l'indennità di preavviso;
- b) ai fini dell'ammissione al passivo, sia l'indennità di preavviso, sia il trattamento di fine rapporto sono considerati crediti anteriori all'apertura della liquidazione giudiziale;
- c) è dovuto il contributo previsto dall'art. 2, comma 31, della legge n. 92 del 2012, anch'esso ammesso al passivo come credito anteriore all'apertura della liquidazione giudiziale.

Al fine di comprendere il significato della distinta menzione dei casi di *“recesso”* e di *“licenziamento”*, va tenuto conto della collocazione del comma 8 e dell'inciso con il quale si specifica che il riferimento del legislatore è limitato ai casi di cessazione

del rapporto che avvengano “*secondo le previsioni del presente articolo*”. Si può, quindi, ritenere che il legislatore abbia inteso avere riguardo, da un lato, al recesso del curatore ai sensi dei commi 1, 3 e 4 e, dall’altro, al licenziamento intimato all’esito della procedura di licenziamento collettivo ai sensi del comma 6.

Per le stesse ragioni (la collocazione della norma e l’inciso specificativo di cui sopra), si può ritenere che il caso delle “*dimissioni*” debba essere individuato nelle dimissioni per giusta causa previste dal comma 5, in quanto le dimissioni *ad nutum*, pur consentite dall’art. 2118 Cod. Civ., non possono dirsi rassegnate “*secondo le previsioni del presente articolo*”.

Il problema più delicato, però, è quello di sapere se le disposizioni comuni poc’anzi richiamate, in forza del rinvio contenuto nel secondo periodo del comma 9, siano applicabili o no all’ipotesi in cui il curatore eserciti l’impresa del debitore e sia subentrato nei rapporti di lavoro.

A mio avviso, anche con riguardo a tali disposizioni, è necessario procedere alla valutazione di compatibilità di cui si è già detto.

Ed allora, iniziando la disamina dal riconoscimento del diritto all’indennità di preavviso, è utile ricordare come, con riferimento all’art. 72 della legge fallimentare, la giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione abbia affermato, con indirizzo oramai costante, che la dichiarazione del curatore di “*scioglimento*” del rapporto di lavoro comporta il diritto del lavoratore al preavviso lavorato⁴⁵, non essendo configurabile una giusta causa di recesso (stante l’esplicita disposizione dell’art. 2119, comma 2, Cod. civ., nel testo originario ancora temporaneamente in vigore).

⁴⁵ Si vedano, tra le altre, Cass. 31 luglio 2019, n. 20647; Cass. n. 8726 del 2017; Cass. n. 6521 del 2017.

Il comma 8 dell'art. 189, invece, non fa alcun cenno all'obbligo di preavviso, e riconosce direttamente il diritto all'indennità di mancato preavviso (non solo nel caso di “*recesso del curatore*” e del “*licenziamento*”, ma anche, come detto, nel caso di dimissioni e di risoluzione di diritto).

Si può, quindi, ipotizzare che il comma 8 non considera affatto l'ipotesi di un preavviso lavorato, poiché le causali di cessazione del rapporto alle quali si riferisce riguardano, tutte, rapporti di lavoro sospesi e mai “*riattivati*” dal curatore (essendo relativi all'ipotesi di impresa non in esercizio e di rapporti di lavoro nei quali il curatore non è subentrato); cosicché, per definizione, dopo il verificarsi della causa di cessazione del rapporto “*secondo le previsioni del presente articolo*” (comunicazione di recesso, licenziamento collettivo, dimissioni per giusta causa, risoluzione di diritto), non è possibile che il rapporto prosegua temporaneamente per il periodo di preavviso.

Anche per quanto riguarda, poi, la qualificazione del credito ai fini dell'ammissione al passivo, risulta utile rammentare che, secondo la giurisprudenza relativa alla disciplina del fallimento, l'indennità sostitutiva del preavviso costituisce credito privilegiato ai sensi dell'art. 2751 *bis*, n. 1, Cod. Civ.⁴⁶, essendo riconducibile nella previsione del comma 4 dell'art. 72 (come modificato dall'art. 4, comma 6, lett. a), del d. lgs. n. 169 del 2007)⁴⁷.

Dunque, appare ugualmente corretto, dal punto di vista della coerenza sistematica, che anche l'art. 189, comma 6, consideri l'indennità di mancato preavviso – al pari del trattamento di fine rapporto ed al contributo previsto dall'art.

⁴⁶ Cfr. Cass. 7 febbraio 2003, n. 1832. In dottrina, sia pure dubitativamente, L. A. COSATTINI, *Codice della crisi e dell'insolvenza*, in LG, 2019, 766.

⁴⁷ In base al quale “*in caso di scioglimento, il contraente ha diritto di far valere nel passivo il credito conseguente al mancato adempimento, senza che gli sia dovuto risarcimento del danno*”.

2, comma 31, della legge n. 92 del 2012 – crediti anteriori all’apertura della liquidazione giudiziale, posto che l’evento dal quale derivano quei crediti (ossia l’impossibilità di osservare l’obbligo del preavviso lavorato) sono riferibili al datore di lavoro di cui è stata dichiarata la liquidazione giudiziale, mentre nessuna responsabilità può essere individuata nella curatela che, senza essere subentrata nei rapporti di lavoro, si sia trovata di fronte all’impossibilità di continuazione o trasferimento dell’impresa o a “*manifeste ragioni economiche inerenti l’assetto dell’organizzazione del lavoro*”.

Meno coerente e giustificata, invece, sarebbe l’estensione dello stesso regime all’indennità di mancato preavviso, al trattamento di fine rapporto e al contributo di licenziamento dovuti nell’ipotesi in cui il curatore sia subentrato nell’esercizio dell’impresa e dei rapporti di lavoro. Ed infatti, quando ricorre tale ipotesi, (i) non può dirsi che il curatore si trovi nell’impossibilità di rispettare l’obbligo di preavviso in caso di licenziamento, onde l’inadempimento a tale obbligo è esclusivamente a lui imputabile; (ii) il trattamento di fine rapporto maturato dal momento del subentro nei rapporti di lavoro è esclusivamente riferibile alla prestazione svolta in favore della procedura di liquidazione giudiziale; (iii) il soggetto che decide e comunica il recesso – e che conseguentemente è debitore del contributo di licenziamento – è il curatore.

Sembra, quindi, poter trovare conforto la ipotesi di interpretazione sistematica e razionalizzante già prospettata⁴⁸, in base alla quale il rinvio contenuto nel secondo periodo del comma 9 deve essere inteso operante nel limite della compatibilità tra la norma rinviante e quelle oggetto di rinvio.

Se tale ipotesi di interpretazione fosse condivisa, il comma 8 sarebbe applicabile al caso dell’esercizio

⁴⁸ Nel par 6 che precede.

dell'impresa da parte del curatore in modo marginale, e cioè limitatamente alla regola che ammette al concorso con ruolo privilegiato il trattamento di fine rapporto maturato sino al momento della apertura della liquidazione giudiziale⁴⁹. Di contro, l'indennità di mancato preavviso, la quota di TFR maturata dopo il subentro e il contributo di licenziamento dovrebbero essere considerati debiti della massa e soddisfatti in prededuzione.

In ogni caso, questo è uno dei numerosi punti della nuova disciplina sui quali sarebbe opportuno che i decreti legislativi previsti dalla legge n. 20 del 2019 provvedessero a fare chiarezza, in un senso o nell'altro.

⁴⁹ Posto che, ai fini dell'ammissione al passivo, la giurisprudenza ritiene che il trattamento di fine rapporto, diversamente dall'indennità di mancato preavviso, è frazionabile (cfr. Cass. 7 febbraio 2003, n. 1832, già citata).