

Introduzione

Complice *sine dubio* la gravissima crisi economica e finanziaria che ha colpito l'economia globale nell'ultimo decennio, costituisce fatto noto ed incontrovertibile che negli ultimi anni si è sempre più spesso sentito parlare del dissesto di intere realtà produttive, tra loro differenti per dimensioni, organizzazione interna e mercato di sbocco.

È invero per questo motivo che ho deciso di intraprendere una ricerca relativamente alla gestione dei rapporti di lavoro nel fallimento dell'imprenditore, argomento multidisciplinare che spazia a tutto tondo tra le diverse branche del diritto nazionale e comunitario.

La crisi ovvero l'insolvenza di un'impresa costituiscono infatti il teatro dell'incontro-scontro tra diritto del lavoro, incentrato *in primis* sulla tutela dei diritti dei dipendenti e sul mantenimento dei livelli occupazionali, e diritto delle procedure concorsuali, il quale invece ha come obiettivo principale la salvaguardia dei diritti patrimoniali dei creditori dell'imprenditore fallito.

Una parte rilevante delle difficoltà inerenti al bilanciamento tra siffatte discipline è rappresentata dal fatto che entrambe costituiscono chiari esempi di ordinamenti di natura "speciale", o per meglio dire "eccezionale", nel senso indicato dall'art. 14 disp. prel. c.c., con la conseguenza che sia il *corpus* fallimentare che il diritto del lavoro sono regolati da principi generali che inevitabilmente derogano alle norme fondamentali del diritto privato, al fine di tutelare al meglio gli interessi specifici di coloro ai quali tali leggi sono rivolte.

Premessa una breve analisi sull'evoluzione storica della normativa concorsuale, nata in un contesto in cui l'unica preoccupazione del legislatore e della società era quella di punire l'imprenditore, reo di aver condotto la sua azienda al dissesto a causa di una gestione improvvida ed antieconomica (del resto, perfettamente esemplificativo di tale logica punitiva era l'art. 698 del Codice di Commercio del 1882, il quale statuiva solennemente che "sino a che non sia chiusa la procedura di fallimento, il fallito non può allontanarsi dal suo domicilio senza un permesso del giudice delegato e deve presentarsi al giudice stesso qualunque volta è chiamato"), l'elaborato si sviluppa essenzialmente intorno a due principali nuclei concettuali.

Primo nodo concettuale è quello relativo alla "fase statica" del rapporto di lavoro nel fallimento, intesa come momento dell'accertamento dei crediti retributivi maturati e non corrisposti al lavoratore subordinato da parte dell'imprenditore insolvente.

L'analisi di tale "dimensione statica" mi ha poi permesso di portare alla luce alcune delle problematiche che più spesso affiorano nel procedimento di ammissione al passivo di un credito da lavoro, inerenti sia alla determinazione esatta degli emolumenti effettivamente dovuti, sia, a volte, al riconoscimento della natura subordinata del rapporto di lavoro rispetto alla qualificazione giuridica formalmente risultante *ex contractu*, con tutte le conseguenze previdenziali e remunerative del caso.

Il secondo nucleo concettuale alla base dell'elaborato è rappresentato dalla "fase dinamica" del rapporto di lavoro all'interno della procedura fallimentare, in cui vanno ricomprese le conseguenze di carattere giuslavoristico che derivano per i dipendenti dalla continuazione dell'attività d'impresa.

Questa infatti può essere disposta al fine di salvaguardare il complesso produttivo dalle conseguenze negative che potrebbero derivare da un'improvvisa interruzione dell'attività, ovvero in ragione di una possibile prosecuzione della stessa tramite affitto o cessione a terzi dell'azienda o di un suo ramo.

Giova infatti sottolineare come solamente in tali fattispecie possa verificarsi un mantenimento quantomeno parziale dei livelli occupazionali, il quale risulta ancor più essenziale e decisivo in un mercato del lavoro tuttora caratterizzato da alcuni elementi di criticità e fragilità.

Particolarmente importante in tal senso è la parte finale dell'elaborato, in cui vengono esaminate alcune peculiarità relative all'affitto ed alla vendita del complesso aziendale o di una sua articolazione, soluzioni che nella prassi permettono di salvaguardare gli *assets* produttivi nonché, di solito, una parte più o meno consistente dei rapporti di lavoro, senza che vengano in alcun modo pregiudicati gli interessi dei creditori dell'imprenditore fallito.

Concludendo, il lavoro si propone due obiettivi: offrire al lettore un'analisi critica ed oggettiva della situazione in cui si viene a trovare un lavoratore subordinato nel momento in cui il suo datore viene dichiarato fallito ed evidenziare la *ratio* che sta dietro all'evoluzione che ha subito e sta subendo il diritto delle procedure concorsuali, il quale sarà presto riformato sulla base dei principi contenuti nella l. 9 ottobre 2017, n. 155, contenente la delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza.

Tale impianto legislativo andrà poi certamente letto in combinato disposto con le più recenti normative in materia di licenziamenti individuali e collettivi, ammortizzatori sociali e cassa integrazione guadagni straordinaria, al fine di ottenere un *corpus* normativo moderno ed unitario, idoneo nel suo complesso a risollevare il mercato del lavoro, nonché finalizzato a consentire un'emersione preventiva delle situazioni di crisi aziendale.

Capitolo I

La tutela occupazionale e dei lavoratori nel fallimento dell'imprenditore

Sommario: - 1. Il fallimento e l'esercizio provvisorio: *ratio* ed effetti – 2. Un'alternativa al fallimento: il concordato preventivo in continuità – 3. La sorte dei rapporti di lavoro nel fallimento dell'imprenditore

1.1 Il fallimento e l'esercizio provvisorio: *ratio* ed effetti

Il fallimento del datore di lavoro rappresenta uno dei momenti più drammatici che un lavoratore suo dipendente può trovarsi ad affrontare. Tale drammaticità è accentuata dall'assenza di chiare informazioni circa quello che sarà il destino del lavoratore dell'impresa.

L'impianto originario della legge fallimentare risale all'epoca corporativa, con il r.d. 16 marzo 1942, n. 267, che nel corso del tempo è stato modificato da numerosi interventi legislativi, con lo scopo di modernizzarlo in virtù delle più recenti esigenze economiche e politiche. È indubbio, quindi, che si sta parlando di una materia dinamica ed in costante evoluzione: tanto è vero questo che è ormai prossima una nuova riforma della materia, in quanto è stato recentemente concesso dalla Camera dei deputati e dal Senato della Repubblica il via libera al disegno di legge n. 2681 recante delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza.

È proprio dal concetto di insolvenza che bisogna preliminarmente partire, per poi arrivare ad analizzare gli aspetti più rilevanti, ai nostri fini, del fallimento dell'imprenditore.

L'art. 5 l. fall. definisce insolvente l'imprenditore che non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni, e l'insolvenza si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori. La Cassazione ha poi fatto ulteriore chiarezza su tale concetto¹, definendolo come uno stato di incapacità dell'imprenditore, non soltanto transitorio ma strutturale, di soddisfare regolarmente e con mezzi normali di pagamento le proprie obbligazioni a seguito del venir meno delle condizioni di liquidità e di credito necessaria alla relativa attività. Tale situazione costituisce *ex art. 5 l. fall.* il presupposto oggettivo affinché sia dichiarato fallito l'imprenditore, con tutte le notevoli conseguenze del caso.

Ci sono degli imprenditori, tuttavia, che non possono essere assoggettati alla procedura fallimentare, vuoi perché la loro attività non può essere definita di tipo commerciale *ex art. 2195 c.c.*, vuoi perché rientrano all'interno dei limiti dimensionali e patrimoniali che escludono la fallibilità, indicati dall'art. 1, comma 2°, l. fall. Per tali soggetti, che senza dubbio potrebbero trovarsi in difficoltà

¹Così *ex multis*, Cass. civ. 5 marzo 2005 n. 4789, in *Dir. e prat. soc.*, 2005, pag. 1891 ss.

nell'adempire alle proprie obbligazioni, o anche, nei casi più gravi, in stato d'insolvenza, la normativa di riferimento è data dalla l. 27 gennaio 2012, n. 3, aggiornata dal d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito con modificazioni dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221.

Questa prevede e disciplina due istituti per l'imprenditore-datore che, date le sue dimensioni o la sua natura non commerciale, non è assoggettabile al fallimento o alle altre procedure concorsuali vigenti: la procedura di liquidazione del patrimonio e gli accordi di composizione della crisi da sovraindebitamento². Entrambi sono istituti di chiara natura paraconcorsuale, ed hanno la finalità, come stabilito dall'art. 6 comma 1° l. 27 gennaio 2012, n. 3, di porre rimedio a situazioni di sovraindebitamento, da intendersi quali situazioni di perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte e il patrimonio prontamente liquidabile per farvi fronte, ovvero la definitiva incapacità del debitore di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni, come indicato dall'art. 6, comma 2°, l. 27 gennaio 2012, n. 3. È interessante sottolineare come anche l'imprenditore agricolo in stato di crisi sia legittimato ad accedere a tali istituti, nonostante possa ricorrere, in virtù dell'art. 23, comma 43°, d.l. 6 luglio 2011, n. 98, convertito in l. 15 luglio 2011, n. 111, sia agli accordi di ristrutturazione debiti *ex art. 182 bis* l. fall., sia alla transazione fiscale *ex art 182 ter* l. fall.

Gli accordi di composizione della crisi mirano a consentire a siffatti soggetti non fallibili e in gravi difficoltà economiche, sempre che non ne abbiano già fatto ricorso nei 5 anni precedenti, di avviare una procedura presso il tribunale competente, volta a conseguire la liberazione dai propri debiti, tramite la sottoposizione ai creditori di una proposta che indichi in quali modi ed entro quali termini il debitore intenda soddisfarli³. Sono più che centrali in tali procedure c.d. paraconcorsuali gli organismi di composizione della crisi, regolati dall'art. 15 della l. 27 gennaio 2012, n. 3, che devono obbligatoriamente assistere l'imprenditore nella predisposizione, nella presentazione e nell'esecuzione della proposta stessa, nonché attestarne la fattibilità.

In alternativa alla proposta per la composizione della crisi, il debitore in stato di sovraindebitamento, per il quale non ricorrono le condizioni di inammissibilità di cui all'art. 7, comma 2°, l. 27 gennaio 2012, n. 3, può ricorrere alla procedura di liquidazione del patrimonio, disciplinato dall'art. 14 *ter* l. 27 gennaio 2012, n. 3, introdotto dall'art. 18 del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito in l. 17 dicembre 2012, n. 221. Tale istituto, fortemente strutturato sullo schema della procedura

² Per completezza è bene ricordare come il legislatore abbia espressamente previsto, all'art. 6 l. 27 gennaio 2012, n. 3, per il c.d. consumatore, inteso come debitore persona fisica che ha assunto obbligazioni per scopi estranei alla sua attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta, la possibilità di proporre un "piano" di ristrutturazione debiti alle condizioni e nei modi previsti dagli art. 7 e 8 l. 27 gennaio 2012, n.3. La peculiarità di questo istituto, riservato ai consumatori, è che non è necessario il consenso dei creditori, infatti il giudice, una volta verificata la legittimità e la fattibilità del piano, nonché escluso che il consumatore abbia colposamente determinato il sovraindebitamento, può già procedere all'omologazione.

³ L'accordo proposto dall'imprenditore non fallibile, coadiuvato nell'elaborazione dall'organismo di composizione, per poter essere poi omologato dal giudice e divenire quindi obbligatorio per tutti i creditori, deve essere raggiunto con i creditori rappresentanti almeno il 60% dei crediti, a differenza di quanto avviene per l'omologazione del piano del consumatore *ex art. 12 bis* l. 27 gennaio 2012, n. 3. Inoltre coloro che possiedono crediti assistiti da diritti di prelazione debbono essere *ex lege* soddisfatti per intero, salvo che non rinuncino in tutto o in parte al loro diritto.

fallimentare, consente al debitore di mettere a disposizione tutto il suo patrimonio per far fronte al pagamento dei suoi debiti. La liquidazione è, di norma, affidata dal tribunale ad un liquidatore, da individuarsi in un professionista in possesso dei requisiti previsti dall'art. 28 l. fall., il quale procede alla vendita liquidatoria dei beni del debitore, ad eccezione di quelli indicati dall'art. 46 l. fall. Tali soluzioni costituiscono la risposta legislativa all'esigenza dei soggetti non fallibili di avere delle procedure a loro riservate che gli permettano di liberarsi da una situazione debitoria più o meno grave, per poi, successivamente, poter tornare eventualmente sul mercato in maniera più competitiva.

È apprezzabile notare come spesso siano proprio i lavoratori dipendenti, lavorando a stretto contatto con l'imprenditore, ad accorgersi per primi dello stato di inadempienza e della successiva, ed eventuale, insolvenza del loro datore. Questo fatto non è, come potrebbe sembrare, di secondaria importanza: infatti molto spesso sono gli stessi lavoratori a formulare istanza di fallimento allorché la loro prestazione lavorativa non è sinallagmaticamente corrisposta, attraverso la corresponsione della remunerazione, per il lavoro da essi svolto⁴. Tale situazione descritta, invero non infrequente, rappresenta una situazione già molto critica per l'impresa, poiché l'impossibilità per l'imprenditore di retribuire i propri dipendenti si traduce molto spesso nell'interruzione dell'attività produttiva dell'azienda.

Se è indubbio che l'insolvenza dell'imprenditore *ex art. 5 l. fall.* costituisce il presupposto oggettivo inderogabile senza il quale la procedura fallimentare non potrebbe compiersi, è altrettanto certo che è la sentenza dichiarativa di fallimento, così come regolata dall'art. 16 l. fall., a determinarne l'apertura. La sentenza dichiarativa di fallimento, produce inevitabilmente tutta una serie di effetti sia nei confronti del fallito, primo tra tutti lo spossessamento, sia nei confronti dei creditori. Meritano un'analisi approfondita gli effetti che la suddetta dichiarazione comporta per i prestatori di lavoro ed i loro contratti. Due sono le maggiori problematiche in tal senso: sicuramente bisogna chiedersi quale sia la sorte dei contratti di lavoro pendenti al momento della dichiarazione, ossia se vi sia prosecuzione, sospensione, oppure scioglimento del rapporto di lavoro, ma prima ancora bisogna stabilire quale sia l'organo giurisdizionale competente per le controversie inerenti al rapporto di lavoro, le quali possono certamente emergere anche successivamente alla dichiarazione di fallimento.

Si può quindi considerare il fallimento anche come momento nel quale possono affiorare controversie riguardanti il rapporto di lavoro stesso e che richiedono senza dubbio una risoluzione giudiziale. In particolare non è infrequente che il lavoratore rivendichi in tale sede somme ed emolumenti non risultanti dai documenti contabili in possesso del curatore (come il libro unico del lavoro⁵), oppure richieda un

⁴ BONETTI, SCAINI, *I rapporti di lavoro nel fallimento*, Milano, 2013, p.258.

⁵ Tale documento, istituito con l'art. 39 d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito in l. 6 agosto 2008 n. 133, ha sostituito, a far data dal 18 agosto 2008, i libri paga e matricola, nonché gli altri libri obbligatori. In tal modo vengono unificati in un unico registro i dati, in particolare quelli retributivi, relativi ai singoli lavoratori subordinati, a progetto, e in associazione in partecipazione con apporto di lavoro. La disciplina riguardante il libro unico del lavoro è stata poi recentemente modificata dall'art. 15 d.lgs. 14 settembre 2015, n. 151, in base al quale, dal 1 gennaio 2018, la tenuta, l'aggiornamento, e la conservazione dei dati contenuti in tale documento deve avvenire esclusivamente in modalità telematica presso il

inquadramento professionale più alto rispetto a quello formalmente individuato, nonché, addirittura, miri ad ottenere il riconoscimento della natura subordinata del rapporto di lavoro rispetto a quello risultante *ex contractu*⁶, con tutte le conseguenze fiscali e remunerative del caso.

Per risolvere tale annoso problema attinente alla competenza tra tribunale fallimentare e giudice del lavoro nei riguardi delle controversie relative a rapporti di lavoro pendenti *post* dichiarazione di fallimento, è necessario operare un coordinamento tra l'art. 24 l. fall. e gli art. 409 ss. c.p.c. La prima norma, stabilendo che il tribunale che ha dichiarato il fallimento è competente a conoscere tutte le azioni che ne derivano, qualunque ne sia il valore, istituisce la c.d. *vis attractiva* del tribunale fallimentare, mentre gli art. 409 ss. c.p.c. stabiliscono la competenza del giudice del lavoro per le controversie in materia di lavoro. Queste norme, come si può immaginare, sono state oggetto di interpretazioni contrastanti, ma alla fine è prevalsa l'interpretazione della Cassazione. Secondo tale orientamento, ribadito e riassunto recentemente dalla sentenza 6 ottobre 2017, n. 23418⁷, è sempre competente il tribunale fallimentare quando le domande abbiano funzione strumentale, e cioè l'obiettivo dell'azione proposta sia quello di ottenere il riconoscimento di specifici diritti patrimoniali da far valere nei confronti del fallimento (tramite domanda di insinuazione al passivo), e la sentenza di

Ministero del lavoro. Le principali informazioni che devono essere conservate telematicamente sono, oltre alle generalità del lavoratore, la sua qualifica, la retribuzione base, l'anzianità di servizio, la sua posizione assicurativa, l'eventuale retribuzione in natura e il c.d. "calendario delle presenze", da cui risultino: le ore di lavoro effettivamente svolte, le ore di straordinario, i permessi e le ferie. La *ratio* dell'obbligo di tenuta telematica del libro unico del lavoro è da identificarsi nel fatto che questo verosimilmente permetterà all'ispettorato nazionale del lavoro di operare più efficientemente un controllo incrociato tra i dati ivi contenuti e quelli raccolti in altri *database*, al fine di individuare situazioni lavorative non chiare in relazione a orario di lavoro/retribuzione, o addirittura parzialmente illecite. Per sottolineare la rilevanza di tali novità introdotte dal *Jobs Act*, nonché per sfruttare il c.d. "potere deterrente" della pena, l'art. 22, comma 5°, del d.lgs. 24 settembre 2015, n. 151, ha previsto un notevole irrigidimento del regime sanzionatorio per il datore inadempiente. In particolare: in caso di omessa o infedele registrazione dei dati riguardanti uno o più prestatori, da cui derivino diversi trattamenti retributivi, previdenziali o fiscali, l'ammenda va da 150 a 1.500 euro se riguarda meno di 5 lavoratori, e dai 1.000 ai 6.000 euro se la violazione riguarda più di 5 lavoratori o si è protratta per un periodo superiore ai 6 mesi. Si applica la medesima sanzione amministrativa (dai 150 ai 1.500 euro) anche ai casi di violazione dell'obbligo di compilare il libro unico con i dati richiesti per ciascun mese di riferimento entro la fine del mese successivo. In conclusione, alla luce dell'obbligo di tenuta telematica del libro unico e dell'inasprimento delle sanzioni, dovrebbero ridursi drasticamente le fattispecie in cui compare una discrepanza, più o meno consistente, tra somme pagate e somme effettivamente dovute al lavoratore. È di conseguenza verosimile ed auspicabile che la procedura fallimentare cesserà di costituire l'occasione per la rivendicazione di somme ed emolumenti non risultanti dai documenti contabili in possesso della curatela.

⁶ BONETTI, SCAINI, *op. cit.*, p. 232-233.

⁷ In www.italgiure.giustizia.it. Tale pronuncia afferma che "costituisce orientamento consolidato in materia (19721/2013, 7129/2011, 2411/2010, 4051/2004) quello secondo cui le domande di accertamento o costitutive di diritti del lavoratore, anche se seguite da richieste di condanna al risarcimento dei danni o al pagamento dei crediti, rientrano nella competenza del giudice del lavoro il quale dovrà limitare la propria pronuncia all'accertamento o alla costituzione del diritto (senza pronunciare condanne); e ciò in quanto la *vis attractiva* attribuita, ex art. 24 l. fall., alla competenza del tribunale fallimentare riguarda tutte le azioni derivanti dal fallimento, ... ed invero, l'art. 24 l. fall. ha la funzione di far convergere nella procedura concorsuale tutte le azioni (anche anteriori al fallimento) che abbiano per oggetto crediti nei confronti del fallito, in modo da assoggettarle ad una disciplina unitaria, onde realizzare i fini fondamentali dell'istituto: l'unità dell'esecuzione e la *par condicio creditorum*".

accertamento costituisce in realtà il presupposto per una successiva pronuncia di condanna da far valere all'interno del procedimento fallimentare⁸.

Merita un approfondimento, anche e soprattutto alla luce della nuova disciplina in tema di recesso del rapporto di lavoro, introdotta dalla controversa l. 28 giugno 2012, n. 92, e perfezionata dal d. lgs. 4 marzo 2015, n. 23, la *vexata quaestio* della competenza nei riguardi delle domande di impugnazione del licenziamento.

È funzionale, a tal proposito, ricordare alcune delle principali novità introdotte nel nostro ordinamento da tali provvedimenti legislativi, innegabilmente incentrati sulla ricerca della c.d. "flessibilità in uscita", vista come essenziale per rendere più competitivo il mercato del lavoro italiano.

Siffatti interventi hanno infatti modificato il regime sanzionatorio applicabile ai casi di licenziamento illegittimo, operando un depotenziamento delle tutele originariamente previste dall'art. 18 l. 20 maggio 1970, n. 300.

Sostanzialmente, la tutela reale, consistente nella reintegrazione del lavoratore al suo posto di lavoro (ed in un più o meno cospicuo risarcimento pecuniario), permane solamente in caso di licenziamento discriminatorio, nullo o intimato in forma orale, oppure qualora venga dimostrata, in presenza di licenziamento per giusta causa o giustificato motivo soggettivo, la totale insussistenza del fatto materiale contestato in giudizio (attenzione: tale seconda ipotesi si applica solamente al datore che risponde dei requisiti dimensionali *ex art. 18, comma 8°, l. 20 maggio 1970*). In tutti gli altri casi di illegittimità del licenziamento è invece prevista una tutela prettamente risarcitoria ed indennitaria.

Per cercare di fare chiarezza riguardo al foro competente a decidere sull'impugnazione del recesso nei confronti del datore fallito, giova ricordare la pronuncia della Cass. sez. lavoro del 3 febbraio 2017, n. 2975⁹. Questa afferma che qualora il lavoratore abbia agito in giudizio chiedendo, con la dichiarazione di illegittimità o inefficacia del licenziamento, la reintegrazione nel posto di lavoro nei confronti del datore dichiarato fallito, permane la competenza funzionale del giudice del lavoro, in quanto la domanda proposta non è configurabile come mero strumento di tutela di diritti patrimoniali da far valere sul patrimonio del fallito, ma si fonda sull'interesse del lavoratore a tutelare la sua posizione all'interno dell'impresa fallita, sia per l'eventualità della ripresa dell'attività lavorativa (conseguente all'esercizio provvisorio, alla cessione dell'azienda o a un concordato fallimentare), sia per tutelare i connessi diritti non patrimoniali, estranei alla *par condicio creditorum*.

Discorso differente per quanto riguarda le impugnazioni del licenziamento che abbiano il fine di ottenere, quale conseguenza dell'illiceità del recesso, mere pronunce a contenuto indennitario. In tal caso è coerente affermare la competenza del foro fallimentare, in quanto queste mirano alla realizzazione di una pretesa meramente risarcitoria, ed è perciò il tribunale fallimentare ad esserne competente, essendo l'unico organo legittimato ad emettere un titolo idoneo a far partecipare l'attore-creditore al concorso. È indubbio infatti che tali ricorsi non siano finalizzati all'accertamento di posizioni giuridiche estranee ed ulteriori rispetto alla procedura

⁸ FRASCAROLI SANTI, *Il diritto delle procedure concorsuali*, Lavis, 2016, p. 445.

⁹ In www.ilcaso.it

concorsuale in sé considerata, per le quali, come detto, è invece competente il tribunale in funzione di giudice del lavoro.

Si è nominata più volte la domanda di insinuazione al passivo, con la quale il creditore fa emergere formalmente le sue pretese creditorie, le quali, come si è visto, possono combaciare o meno con la documentazione in possesso del curatore.

Siffatta domanda è compiutamente regolata dall'art. 93 l. fall., e rappresenta l'unico strumento che consente al lavoratore-creditore, se ammesso nello stato passivo, di partecipare alla ripartizione dell'attivo fallimentare, e quindi di veder soddisfatto il proprio credito; inoltre produce, *ex art. 94 l. fall.*, gli stessi effetti della domanda giudiziale, ed in virtù di questo interrompe il decorrere della prescrizione del diritto al credito in questione.

Il ricorso deve contenere, a norma dell'art. 93, comma 3°, l. fall., oltre all'indicazione della procedura cui si intende partecipare e le generalità del creditore, l'indicazione della somma che si intende insinuare al passivo, nonché i fatti e gli elementi che costituiscono la ragione della domanda, e, qualora presente, va indicato l'eventuale titolo di prelazione che accompagna il credito. Nell'ambito di una domanda di insinuazione di un credito derivante da rapporto di lavoro, bisogna essere particolarmente precisi, soprattutto riguardo all'allegazione dei documenti dimostrativi del credito del lavoratore. In particolare è fondamentale l'allegazione delle buste paga, le quali hanno valore probatorio confessorio in ordine al *quantum* indicato. È necessario inoltre per i lavoratori, soprattutto nei casi in cui il libro unico del lavoro (l.u.l.) sia assente o gravemente impreciso, allegare copia del contratto di lavoro individuale, nonché del contratto collettivo nazionale od aziendale, nel quale trovino fondamento gli emolumenti e le retribuzioni richieste con la domanda di ammissione al passivo.

L'istanza di ammissione può essere presentata anche personalmente dal lavoratore, ossia senza avvalersi dell'assistenza di un professionista, in virtù dell'art. 93 comma 2° l. fall., così come modificato dall'art. 17 d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito con l. 17 dicembre 2012, n. 221 e successivamente modificato dall'art. 1 l. 24 dicembre 2012, n. 228. Nella prassi, ad ogni modo, si stima¹⁰ che circa l'80% delle domande di insinuazione siano presentate tramite assistenza delle organizzazioni sindacali, il 15% tramite l'assistenza di un professionista (avvocati, consulenti del lavoro), e solamente il 5% personalmente dal lavoratore. Come si vede, la maggior parte dei lavoratori coinvolti in procedure fallimentari preferisce rivolgersi a figure competenti, e le ragioni di questo sono rinvenibili nella particolare tecnicità della procedura, che scoraggia i singoli lavoratori a presentare personalmente l'istanza. Uno degli errori più comuni in cui può incorrere il lavoratore nel presentare *ex se* l'istanza è quello di chiedere l'insinuazione al passivo degli importi netti di cui alla busta paga, con gravi conseguenze per l'istante in sede di ripartizione dell'attivo. Il fallimento infatti è incontrovertibilmente sostituito d'imposta, ai sensi dell'art. 37 c. 1 d.l. 5 luglio 2006, n. 223, convertito con modificazioni in l. 4 agosto 2006, n. 248. Per tale ragione sussiste l'obbligo *ex lege* per il curatore di operare le ritenute fiscali

¹⁰ BONETTI, SCAINI, *op. cit.*, p. 259.

sugli emolumenti che corrisponderà, e qualora il lavoratore abbia chiesto (ed ottenuto) l'ammissione di importi già al netto, si vedrà danneggiato in quanto tali importi saranno ulteriormente decurtati a causa delle ritenute operate, e quindi si troverà con un importo riconosciuto e liquidato ben più basso rispetto a quello cui avrebbe avuto astrattamente diritto.

Bisogna dare conto, infine, del caso, non così improbabile, in cui il tribunale dispone con decreto motivato, su istanza del curatore corredata del parere del comitato dei creditori, ai sensi dell'art. 102 l. fall., il non luogo a procedere all'accertamento del passivo, qualora risulti che non può essere acquisito alcun attivo da distribuire ai creditori, salva la soddisfazione dei crediti prededucibili e delle spese di procedura. Tale situazione è molto grave sia per i lavoratori che per gli altri creditori, poiché mette in luce una situazione aziendale di dissesto e di mancanza di liquidità tale da non consentire alcuna distribuzione di attivo. Ai nostri fini è però fondamentale anticipare che i lavoratori che si trovano davanti al decreto *ex art. 102*, comma 1°, l. fall., hanno diritto, come si evince chiaramente dalla circolare INPS 4 marzo 2010, n. 32, alla tutela prevista dal Fondo di garanzia¹¹, tenuto presso l'istituto nazionale della previdenza sociale (i.n.p.s.), costituito con l'art. 2 l. 29 maggio 1982, n. 297, e modificato dagli art. 1 e 2 del d. lgs. 27 gennaio 1992, n. 80. Tale istituto, manifestazione chiara del principio del *favor praestatoris*¹², garantisce al prestatore di lavoro, come si vedrà più compiutamente, la corresponsione del trattamento di fine rapporto (t.f.r.) e dei crediti di lavoro inerenti gli ultimi tre mesi del rapporto di lavoro, anche qualora l'imprenditore si sia reso colpevole di omissione contributiva. Dopo aver avuto modo di analizzare quali sono le regole che il lavoratore, ma non solo, deve seguire nel presentare domanda di ammissione al passivo, e quindi partecipare, qualora il suo credito sia stato ammesso, alla ripartizione dell'attivo *ex art. 110 ss. l. fall.*, è bene iniziare a considerare la natura del credito dei prestatori. Si considera credito da lavoro il credito spettante al lavoratore per le prestazioni effettuate per il datore prima della sua dichiarazione di fallimento, e tale credito è accompagnato da un c.d. superprivilegio, che indiscutibilmente trova le sue basi anche nel già citato principio giuslavoristico del *favor prestatoris*.

Prima disposizione da considerare in proposito, e che costituisce il fondamento del super privilegio del credito da lavoro, è l'art. 2751 *bis c.c.*, che dispone il privilegio generale sui mobili per le retribuzioni dovute, sotto qualsiasi forma, ai prestatori di lavoro subordinato e tutte le indennità dovute per effetto della cessazione del rapporto di lavoro, nonché il credito del lavoratore per i danni conseguenti alla mancata corresponsione, da parte del datore di lavoro, dei contributi previdenziali ed assicurativi obbligatori ed il credito per il risarcimento del danno subito per effetto di un licenziamento inefficace, nullo o annullabile. In caso di infruttuosa esecuzione sui mobili si attua, per siffatti crediti, la collocazione sussidiaria sul prezzo degli

¹¹ Tale circolare ha un'importanza notevole, in quanto l'art. 2, comma 2°, della l. 29 maggio 1982 n. 297, riconnetteva il termine per la presentazione della domanda di intervento del fondo di garanzia al deposito dello stato passivo, ed in tale contesto, nei casi in cui il tribunale decida di non procedere all'accertamento del passivo *ex art. 102 l. fall.*, i lavoratori dipendenti da un datore insolvente si sarebbero trovati, a tutti gli effetti privi, della tutela derivante dal Fondo i.n.p.s.

¹² Con tale locuzione latina si intende indicare quella particolare tutela accordata dal nostro ordinamento giuridico al lavoratore subordinato, in virtù della debolezza economica e contrattuale a lui strettamente connessa.

immobili, così come stabilito dall'art. 2776 c.c. Tale norma costituisce una sorta di garanzia ulteriore al soddisfacimento per il credito da lavoro e per il lavoratore stesso. Si può affermare riassuntivamente, anche per fornire una chiara indicazione pratica, che in sede di riparto fallimentare, il soddisfacimento del credito del lavoratore è posto, ai sensi dell'art. 2777, comma 2°, c.c., immediatamente dopo le spese di giustizia (che sono onorate in prededuzione).

In base a siffatto quadro normativo, si può senza incertezza affermare che il credito da lavoro si trova all'interno di una particolare categoria di privilegi generali, prevalenti su quelli speciali, e che per tale motivo si sono definiti superprivilegi¹³.

Ad onor del vero, tuttavia, è necessario segnalare che anche i crediti da lavoro devono essere soddisfatti in prededuzione, nel caso in cui siano sorti in costanza di un esercizio provvisorio d'impresa, così come dispone l'art. 104, comma 8°, l. fall. Per meglio comprendere le ragioni di tale scelta legislativa è necessario considerare le disposizioni regolatrici di siffatto istituto, che ha acquisito sempre maggior rilevanza a partire dalla riforma del 2006.

Inizialmente, l'esercizio provvisorio rispondeva esclusivamente ad una esigenza liquidatoria, mirata alla vendita dei beni aziendali singolarmente considerati, nonché in particolare alla liquidazione del magazzino, trascurando totalmente il mantenimento dell'impianto produttivo unitariamente considerato. Il d. lgs. 9 gennaio 2006 n. 5 ha invece riformato la materia, prevedendo che lo scopo dell'esercizio provvisorio ad opera del curatore sia quello di preservare (e se possibile aumentare) il valore dell'azienda dissestata, nell'ottica di una futura cessione (tramite affitto *ex art. 104 bis l. fall.*, o vendita a terzi *ex art. 105 l. fall.*).

L'esercizio provvisorio *ex art. 104 l. fall.*, è bene sin da subito puntualizzare, non è stato pensato come strumento di risanamento dell'impresa, poiché a tal fine sono stati istituiti altri strumenti, come si avrà modo di constatare. La natura di tale istituto è stata oggetto di un considerevole dibattito, soprattutto *ante* riforma, poiché non era assolutamente chiaro se si identificasse in una attività di amministrazione e conservazione o di mera liquidazione¹⁴. Con l'odierno art. 104 l. fall., la maggior parte dei problemi interpretativi sono andati dissolvendosi, in quanto l'esercizio provvisorio è ora da intendersi come un strumento di liquidazione in senso lato, ossia un istituto con finalità preparatorie e propedeutiche ad una migliore liquidazione futura (per quanto possibile intesa come vendita unitaria d'azienda o di rami d'azienda), nel quale vanno ricompresi anche tutti quegli atti di conservazione ed amministrazione vera e propria compiuti dal curatore nell'esercizio di questa. Prima di analizzare la sorte dei contratti di lavoro nell'esercizio provvisorio dell'impresa, è necessario ricordare brevemente come può essere disposto l'esercizio provvisorio. L'art. 104, comma 1°, dispone che già con la sentenza dichiarativa del fallimento, il

¹³ FRASCAROLI SANTI, *op. cit.*, p. 439.

¹⁴ Il suddetto dibattito si basava sull'art. 90 l. fall. *ante* riforma, il quale, al comma 1°, stabiliva la possibilità per il tribunale, dopo la dichiarazione di fallimento, di disporre la continuazione temporanea dell'esercizio dell'impresa del fallito quando dall'interruzione improvvisa poteva derivare un danno grave e irreparabile, e da tale disposizione si ricavava la finalità conservativa dell'istituto. Invece dal comma 2° del medesimo articolo, il quale disponeva che solo dopo il decreto che dà esecutività allo stato passivo il tribunale poteva disporre la continuazione e solo se il comitato dei creditori si era pronunciato favorevolmente, si desumeva una finalità liquidatoria.

tribunale può disporre l'esercizio provvisorio, anche limitatamente a specifici rami dell'azienda, se dalla interruzione può derivare un danno grave (inteso non come mero pericolo di danno), purché non arrechi pregiudizio¹⁵ ai creditori. Memori della nuova *ratio* legislativa *post* riforma, si può affermare che la continuazione può essere disposta anche per tutelare interessi diversi da quelli dei creditori, primo tra tutti quello dei lavoratori a continuare, seppur per un periodo limitato, la loro attività lavorativa; fermo restando però che sono gli interessi dei creditori a dover rimanere al primo posto.

Proseguendo, l'art. 104, comma 2°, l. fall. dispone che successivamente, su proposta del curatore, il giudice delegato, previo parere favorevole del comitato dei creditori, autorizza, con decreto motivato, la continuazione temporanea dell'esercizio dell'impresa, anche limitatamente a specifici rami dell'azienda. In tal caso è il curatore che prende l'iniziativa, e può presentare una proposta dettagliata in qualsiasi momento della procedura fallimentare, se ha ragione di credere che, riattivando in tal modo l'azienda, si potrà avere una maggiore soddisfazione per i creditori, ad esempio poiché ritiene che l'esercizio provvisorio possa attirare imprenditori terzi o fondi¹⁶, che acquistino l'impianto produttivo in blocco, con un conseguente maggior beneficio per i creditori, ma, come si vedrà, anche per i lavoratori, poiché questi potrebbero vedere posto in essere un nuovo rapporto di lavoro con l'acquirente.

Con il decreto del giudice delegato che autorizza l'esercizio provvisorio si attua un subentro nella gestione dell'azienda da parte del curatore, il quale, secondo la dottrina maggioritaria¹⁷, è autorizzato a compiere atti sia di ordinaria che di straordinaria amministrazione, spesso basati su di un piano industriale strategico, senza il bisogno di autorizzazioni successive.

Tale subentro nella gestione ha dei notevoli effetti per quanto riguarda i contratti pendenti, ed in particolare i contratti di lavoro. Infatti, a norma dell'art. 104, comma 7°, l. fall., comporta una deroga al principio generale della sospensione dei contratti pendenti *ex art. 72 l. fall.*, e viene stabilito che durante l'esercizio provvisorio i contratti pendenti proseguono, salvo che il curatore non intenda sospenderne l'esecuzione o scioglierli.

Interviene quindi il principio della prosecuzione automatica del rapporto di lavoro con efficacia retroattiva sino alla data di dichiarazione di fallimento, sempre che il curatore, per ragioni economiche o gestionali, non opti per sospendere l'esecuzione del contratto o per scioglierlo secondo le modalità previste dalla legge.

Nel primo caso il prestatore, che vede il suo contratto in una situazione di quiescenza, può mettere *in mora* il curatore, chiedendo al giudice delegato un termine, non superiore a 60 giorni, decorso il quale il contratto si ritiene a tutti gli effetti sciolto.

¹⁵ Il concetto del non pregiudizio ai creditori non indica, come si potrebbe pensare, che tale istituto debba obbligatoriamente arrecare un vantaggio ai creditori, ma significa che l'esercizio provvisorio deve essere a loro quantomeno indifferente.

¹⁶ Sulla crescente importanza dei fondi d'investimento nell'economia, NUTI GIOVANETTI, *Controcorsa di Economia Politica-Macroeconomia*, Bologna, 2016, pag. 209 ss.

¹⁷ Di tale avviso ZANICHELLI, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali dopo il d.lgs. 12 settembre 2007*, n. 196, Torino, 2008, p. 234-235.

Tale possibilità, stabilita dall'art. 72, comma 2°, 1. fall., è un utilissimo strumento che permette al lavoratore di limitare quanto più possibile quel periodo di incertezza lavorativa dato dalla quiescenza del suo contratto di lavoro. La prosecuzione del rapporto di lavoro, in costanza dell'esercizio provvisorio gestito dal curatore, comporta inevitabilmente il sorgere di ulteriori crediti da lavoro. Tali crediti, poiché il lavoratore rimane a tutti gli effetti alle dipendenze della procedura, sono da soddisfarsi obbligatoriamente in prededuzione, così come disposto dall'art. 104, comma 8°, 1. fall., e perciò, vengono liquidati anteriormente rispetto a tutti gli altri. Quanto detto vale anche nei casi di esercizio provvisorio autorizzato (o disposto con sentenza) limitatamente a specifici rami d'azienda, intendendosi con ramo d'azienda quell'insieme di beni dotati di organicità operativa, ossia potenzialmente idonei in sé e per sé ad essere utilizzati per una autonoma attività produttiva¹⁸. In tali casi, si verificherà la prosecuzione automatica *ex art.* 104, comma 7°, 1. fall., limitatamente ai contratti dei lavoratori dipendenti dei rami d'azienda la cui attività è destinata almeno temporaneamente a proseguire.

In conclusione, è abbastanza evidente, a mio avviso, che l'esercizio provvisorio rappresenti un punto di incontro importante tra diritto fallimentare e le *best practices* in materia di tutela dell'impianto produttivo nella sua interezza e di salvaguardia dei livelli occupazionali, non perdendo però mai di vista, essendo preminenti, gli interessi dei creditori. È apprezzabile inoltre sottolineare nuovamente che l'esercizio provvisorio, in base al recente intento del legislatore, dovrebbe essere considerato come preparatorio e propedeutico ad una futura cessione in blocco dell'azienda o quantomeno di rami d'azienda, realizzabile attraverso l'affitto *ex art.* 104 *bis* 1. fall., o la vendita *ex art.* 105 1. fall. dell'impresa.

1.2 Un'alternativa al fallimento: il concordato preventivo in continuità

Esiste da lungo tempo nell'ordinamento giuridico italiano un istituto che il legislatore ha predisposto per salvaguardare al contempo sia gli interessi dei creditori, sia quelli dei lavoratori, nonché in generale quelli dell'economia. Ci si riferisce ovviamente al concordato preventivo, introdotto compiutamente nel nostro ordinamento dal r.d. 16 marzo 1942, n. 267, anche se, giova ricordare, fu la l. 24 maggio 1903, n. 197 a fornirne una primordiale regolamentazione.

Si tratta, in estrema sintesi, di uno strumento che consente all'imprenditore in stato di crisi di evitare la dichiarazione di fallimento, attraverso un accordo destinato a portare ad una soddisfazione anche parziale delle ragioni creditorie.

Originariamente, era caratterizzato da una notevole durata, da alti costi procedurali e da finalità meramente liquidatorie e disgregative del complesso aziendale e pertanto, a partire dagli anni '90, si era fatta sempre più pressante l'esigenza di una profonda modernizzazione dell'istituto.

¹⁸ CAMPOBASSO, *Manuale di diritto commerciale*, Milano, 2015, pag. 65.

Le basi del necessario rinnovamento sono state poste in essere con il ben noto d. lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, ma le novità più importanti, finalizzate anche al superamento della crisi economica degli ultimi anni, sono state introdotte su impulso dell'unione europea, la quale ha identificato nella ripresa economica dell'azienda, nella crescita sostenibile e nella conservazione dei posti di lavoro, i principi chiave da perseguire nell'affrontare la crisi d'impresa e l'insolvenza¹⁹.

Tali obiettivi mal si conciliano, come è evidente, con procedure concorsuali meramente liquidatorie. Si possono considerare in linea con tale orientamento comunitario sia il d.l. 27 giugno 2015, n. 83, convertito con modificazioni dalla l. 6 agosto 2015, n. 132, sia, *de iure condendo*, la ventura riforma della legge fallimentare, a quanto traspare dai principi guida della l. 19 ottobre 2017, n. 155, contenente la delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza.

Non è possibile trattare del concordato preventivo senza ricordare la concezione Carneluttiana dello stesso, la quale costituisce ancora oggi il punto di partenza per i più attuali orientamenti riguardanti la natura ed i fini che tale istituto deve perseguire. Carnelutti infatti riteneva che la finalità del concordato, oltre a quella di soddisfacimento dei creditori, doveva indiscutibilmente essere quella di tutelare l'interesse superiore dell'economia, della produzione, e, più in generale, dell'interesse pubblico in sé²⁰. Tale autore, proseguendo, arrivava a definire, quasi provocatoriamente forse, il concordato preventivo come una forma di espropriazione del creditore²¹. Con questa espressione intendeva sottolineare che nel conflitto tra l'interesse dei creditori ed un interesse pubblico (da intendersi come interesse economico-sociale al mantenimento dei posti di lavoro e della produttività), doveva essere data rilevanza anche a quest'ultimo, soprattutto nei casi in cui non fosse possibile operare un bilanciamento. È chiaro infatti che solamente attraverso un parziale sacrificio dei creditori, i quali nel concordato spesso accettano un soddisfacimento ridotto rispetto a ciò che astrattamente spetterebbe loro, è possibile giungere ad una tutela per gli interessi "superiori" dell'economia che si sono nominati.

¹⁹ Si veda a tal proposito la Raccomandazione della Commissione europea del 12 marzo 2014 (accessibile in formato integrale al seguente *link*: http://ec.europa.eu/justice/civil/files/c_2014_1500_it.pdf) riguardante il nuovo approccio al fallimento delle imprese e all'insolvenza, in cui si legge, al considerando n. 1, che obiettivo del presente documento è quello di "garantire alle imprese sane in difficoltà finanziaria, ovunque siano stabilite nell'Unione, l'accesso a un quadro nazionale in materia di insolvenza che permetta loro di ristrutturarsi in una fase precoce in modo da evitare l'insolvenza, massimizzandone pertanto il valore totale per creditori, dipendenti, proprietari e per l'economia in generale".

²⁰ È interessante notare, tuttavia, che tale teoria trovò, in passato, una decisa opposizione in giurisprudenza, infatti la Cassazione affermò senza mezzi termini che nell'ordinamento italiano non emergeva "né un dato normativo testuale, né una situazione di struttura procedimentale, che consentano di considerare la conservazione dell'impresa nel concordato come una finalità primaria perseguita dalla legge, come variabile indipendente rispetto alla tutela dell'interesse dei creditori ovvero preminente rispetto ad esso". Con tale pronuncia si intendeva che il concordato non doveva perseguire la finalità di conservazione dell'impresa, bensì quella di tutela dell'interesse del ceto creditorio, dando così una caratterizzazione prettamente liquidatoria dell'istituto. In tal senso, Cass. 12 luglio 1991, n. 7790, in *Dir. fall.*, 1991, p. 1248-1249.

²¹ CARNELUTTI, *Espropriazione del creditore*, in *Riv. dir. comm.*, 1930, X-XI, pag. 676 ss.

In perfetta continuità con siffatta impostazione concettuale si colloca il c.d. concordato con continuità aziendale, disciplinato dall'art. 186 *bis* l. fall.²², così come aggiunto dall'art. 33, comma 1°, d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito con modificazioni dalla l. 7 agosto 2012, n. 134.

È opportuno soffermarsi su tale istituto poiché è destinato a diventare, da quanto emerge dal disegno di legge n. 2681 del 2017, lo strumento principe per il superamento della crisi d'impresa, che deve essere oltrepassata attraverso la salvaguardia del complesso produttivo e dei posti di lavoro, e non per mezzo della liquidazione atomistica dei beni aziendali.

Elemento caratterizzante è la continuità, che, a norma dell'art. 186 *bis*, comma 1°, l. fall., può distinguersi in diretta, da intendersi quale prosecuzione dell'attività d'impresa da parte del debitore, o indiretta, consistente nella cessione dell'azienda in esercizio o nel suo conferimento in una o più società, anche di nuova costituzione. Nei riguardi del primo caso, è pacifico che il fabbisogno concordatario viene soddisfatto attraverso i flussi di cassa netti generati dalla prosecuzione dell'attività aziendale, oltre che dalla liquidazione dei beni non più funzionali all'esercizio dell'impresa.

Nascono invece maggiori problemi interpretativi e pratici per quanto riguarda il c.d. concordato con continuità indiretta, che, come si è detto, presuppone un mutamento del soggetto che amministra l'impresa, e il soddisfacimento dei creditori passa attraverso il ricavato della cessione dell'azienda. La caratteristica comune alle due fattispecie di continuità indiretta è che si tratti di "azienda in esercizio", ossia il complesso di beni organizzato dall'imprenditore per l'esercizio dell'attività d'impresa deve essere in fase di funzionamento. Da ciò deriva che non si possono ricomprendere nella fattispecie in esame quei casi in cui sia avvenuta la completa cessazione dell'attività produttiva.

Particolarmente problematica, nel contesto della continuità c.d. indiretta, è inoltre l'applicabilità dell'art. 186 *bis* l. fall. ai casi in cui il debitore intenda stipulare con un soggetto terzo un contratto di affitto d'azienda, finalizzato poi alla successiva

²² Tale norma dispone che quando il piano di concordato *ex art.* 161 l. fall. prevede la prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore, la cessione dell'azienda in esercizio o il conferimento dell'impresa in una o più società, anche di nuova costituzione, si è in presenza di un concordato in continuità aziendale. Il piano di cui all'art. 161, comma 2°, lettera e), che può prevedere anche la liquidazione dei beni non funzionali alla continuazione, deve contenere un'analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività d'impresa, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura, nonché deve essere accompagnato dalla relazione del professionista di cui all'art. 161, comma 3°, la quale deve attestare che la prosecuzione dell'attività d'impresa prevista sia funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori. I contratti in corso di esecuzione alla data di deposito del ricorso, fermo quanto previsto nell'art. 169 *bis*, non si risolvono per effetto dell'apertura della procedura, né l'ammissione al concordato preventivo impedisce la continuazione dei contratti pubblici, se il professionista designato dal debitore ha attestato la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento. L'ammissione al concordato non impedisce poi all'impresa stessa di partecipare a procedure per l'assegnazione di contratti pubblici, a patto che questa presenti in gara sia una relazione del professionista che attesti la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento del contratto, sia un documento contenente la dichiarazione di un altro operatore in possesso dei requisiti tecnici, economici e finanziari per lo svolgimento dell'appalto, che si impegni giuridicamente a portarlo a termine nel caso in cui l'azienda in procedura concorsuale non sia più in grado di darne regolare esecuzione. È fondamentale ricordare, infine, che se l'esercizio dell'attività d'impresa cessa o risulta manifestamente dannoso per i creditori, il tribunale ha il dovere di aprire la procedura per la revoca dell'ammissione al concordato, in quanto sarebbe venuta meno una delle condizioni costitutive ed imprescindibili dell'istituto stesso.

cessione della stessa. Siffatta *vexata quaestio* prende le sue basi dal fatto che l'art. 186 *bis*, comma 1°, l. fall. formalmente non sembra ricomprendere tale ipotesi.

È necessario analizzare la questione sia perché frequente nella prassi, sia perché, come si vedrà, è diventato molto rilevante stabilire con certezza la natura del concordato preventivo a cui si ricorre, così come si può ben capire in virtù delle modifiche disposte al r.d. 16 marzo 1942, n. 267, dal d.l. 27 giugno 2015, n. 83, convertito con modificazioni dalla l. 6 agosto 2015, n. 132.

Esistono sostanzialmente due scuole di pensiero in dottrina ed in giurisprudenza sul tema, quella c.d. soggettiva, maggiormente intransigente, e quella c.d. oggettiva.

La prima delle due tesi sostiene fermamente che l'affitto d'azienda non può essere mai ricompreso nell'art. 186 *bis* l. fall., sia che il contratto d'affitto sia stato stipulato precedentemente al ricorso *ex art.* 161, comma 6°, l. fall., sia posteriormente²³.

Tali conclusioni si fondano su un impianto concettuale e normativo ragguardevole, basato innanzitutto sull'interpretazione strettamente letterale²⁴ dell'art. 186 *bis* l. fall., che non prevede, almeno formalmente, riferimenti espliciti e specifici all'affitto d'azienda (la norma in questione si limita infatti a nominare solamente la cessione dell'azienda in esercizio). Ulteriore argomentazione a sostegno della c.d. teoria soggettiva è l'imprescindibilità, ai fini della configurazione del concordato preventivo con continuità, della soggettività dell'imprenditore in quanto tale, e perciò una fattispecie come l'affitto d'azienda, nella quale la prosecuzione viene temporaneamente affidata ad un soggetto terzo, non può essere in alcun modo compresa all'interno del 186 *bis* l. fall. Da ultima, a sostegno di tale tesi, vi è anche una interpretazione c.d. teleologica dell'art. 186 *bis* l. fall., che viene messo in relazione con l'intero *corpus* normativo fallimentare, da cui emergerebbe che "per sua natura, il concordato preventivo con continuità non può che implicare una sopportazione del rischio d'impresa per i creditori concorsuali, che può giustificarsi e sussistere se e finché l'impresa sia gestita dall'imprenditore, e la gestione continui a presentare dei caratteri di aleatorietà rispetto ai creditori dell'impresa in concordato"²⁵.

E' di opposta opinione la scuola c.d. oggettiva, che, è bene puntualizzare sin da ora, è quella che offre l'interpretazione più conforme ai più recenti orientamenti dottrinari, giurisprudenziali, nonché legislativi. Secondo tale impostazione, per poter essere applicato l'art. 186 *bis* l. fall., è sufficiente che ci sia prosecuzione e continuità dell'esercizio d'impresa, indipendentemente dal soggetto che gestisce tale continuazione e che assume su di sé il relativo rischio d'impresa. È lapalissiano che si tratti di una interpretazione estensiva dell'art. 186 *bis* l. fall., all'interno del quale

²³ Di tale pensiero, in dottrina, GALLETTI, *La strana vicenda del concordato in continuità e dell'affitto di azienda*, in www.ilfallimentarista.it, 3/10/2012; o LAMANNA, *La legge fallimentare dopo la miniriforma del D.L. n. 83/2015*, in *Il Civilista*, Milano, 2015, pag. 19 ss.

²⁴ In tal senso Trib. Ravenna, 22 ottobre 2014, il quale indica che "nell'ambito del concordato con continuità aziendale di cui all'art. 186 *bis* l. fall., l'esplicita previsione del requisito della "cessione di azienda in esercizio" consente di escludere che il concordato con continuità possa essere attuato tramite la distinta ipotesi dell'affitto d'azienda". Tale pronuncia si pone in linea con numerosi e precedenti orientamenti giurisprudenziali, tra cui si segnala, per la chiarezza, quello del Trib. Terni del 28 gennaio 2013, entrambe in www.ilcaso.it.

²⁵ Trib. Firenze, 1 febbraio 2016, in www.ilcaso.it.