

Maria Luisa Vallauri

Il lavoro nella crisi dell'impresa

Garanzia dei diritti e
salvaguardia dell'occupazione
nel fallimento e nel concordato
preventivo

**Diritto
del Lavoro**

NEI SISTEMI GIURIDICI NAZIONALI,
INTEGRATI E TRANSNAZIONALI

Collana fondata da Giuseppe Pera
Diretta da Franco Liso, Luca Nogler
e Silvana Sciarra

FRANCOANGELI

Informazioni per il lettore

Questo file PDF è una versione gratuita di sole 20 pagine ed è leggibile con



La versione completa dell'e-book (a pagamento) è leggibile con Adobe Digital Editions. Per tutte le informazioni sulle condizioni dei nostri e-book (con quali dispositivi leggerli e quali funzioni sono consentite) consulta [cliccando qui](#) le nostre F.A.Q.





Collana fondata da Giuseppe Pera

*Diretta da Franco Liso, Luca Nogler e
Silvana Sciarra*

Comitato scientifico: Maria Vittoria Ballestrero (Università di Genova) – Nicola Countouris (University College London) – Riccardo Del Punta (Università di Firenze) – Maximilian Fuchs (Katholische Universität Eichstätt-Ingolstadt) – Sir Bob Hepple, QC, FBA, (University of Cambridge) – Antonio Lo Faro (Università di Catania) – Mario Napoli (Università Cattolica del Sacro Cuore) – Magdalena Nogueira Guastavino (Universidad Autónoma de Madrid) – Paolo Pascucci (Università di Urbino) – Roberto Pessi (Università Luiss Guido Carli) – Roberto Romei (Università di Roma 3) – Valerio Speciale (Università di Pescara) – Quanxing Wang (Shanghai University of Finance and Economics)

I contributi pubblicati sono sottoposti a referaggio anonimo "double blinde"

Con l'integrazione innescata dalla globalizzazione dei mercati economici e finanziari, il diritto del lavoro è entrato dovunque in una fase di ripensamento dei propri presupposti sistematici e valoriali. I sistemi nazionali tendono a integrarsi in quelli sovranazionali e si affermano nuove relazioni transnazionali, che richiedono di essere individuate, analizzate e regolamentate con strumenti vincolanti e non.

La prestigiosa Collana di diritto del lavoro, già diretta dall'indimenticato Giuseppe Pera, viene così riattivata in un contesto che presenta forti elementi di novità, sia dal punto di vista dei fenomeni regolati, sia delle risposte regolative, sia della metodologia d'analisi.

La Collana, aperta a contributi relativi a tutti i sistemi giuridici, intende favorire il confronto con le nuove prassi internazionali e con l'analisi economica, nella prospettiva di misurare le conseguenze delle diverse scelte regolative. I direttori auspicano che il confronto tra sistemi nazionali di diritto del lavoro possa essere il frutto di analisi comparate metodologicamente corrette, aperte all'analisi del contesto socio-economico, culturale e antropologico di riferimento.

Nella consapevolezza che il diritto del lavoro oggi non possa prescindere da un dialogo sistematico con le altre discipline giuridiche, né da un confronto con l'evoluzione del pensiero giuridico nel contesto europeo e "mondiale", la Collana intende ospitare contributi di studiosi non solo italiani ed è aperta alla prospettiva di pubblicazioni in lingue diverse. Per raggiungere questi obiettivi, la Collana ospita nel comitato scientifico studiosi di varie nazionalità, in modo che siano rappresentate le culture accademiche delle differenti parti del pianeta.

La Collana vuole, inoltre, contribuire a un'esigenza di rinnovamento che è ormai ampiamente avvertita nell'accademia italiana e dedica la massima attenzione alla verifica della qualità dei prodotti scientifici, utilizzando rigorosi criteri di valutazione.

I lettori che desiderano informarsi sui libri e le riviste da noi pubblicati possono consultare il nostro sito Internet: www.francoangeli.it e iscriversi nella home page al servizio "Informatemi" per ricevere via e.mail le segnalazioni delle novità.

Maria Luisa Vallauri

Il lavoro nella crisi dell'impresa

**Garanzia dei diritti e
salvaguardia dell'occupazione
nel fallimento e nel concordato
preventivo**

**Diritto
del Lavoro**

**NEI SISTEMI GIURIDICI NAZIONALI,
INTEGRATI E TRANSAZIONALI**

FRANCOANGELI

Desidero ringraziare quanti hanno reso possibile la pubblicazione di questo lavoro con i loro consigli, le loro letture e attenzioni: i miei genitori cui devo ciò che sono, Riccardo Del Punta cui devo ciò che so, i Direttori della Collana che mi hanno accolta e seguita pazientemente, Franca Borgogelli che mi ha permesso proficui confronti. Com'è ovvio degli errori sono l'unica responsabile.

Grafica della copertina: Elena Pellegrini

Copyright © 2013 by FrancoAngeli s.r.l., Milano, Italy.

L'opera, comprese tutte le sue parti, è tutelata dalla legge sul diritto d'autore. L'Utente nel momento in cui effettua il download dell'opera accetta tutte le condizioni della licenza d'uso dell'opera previste e comunicate sul sito www.francoangeli.it.

A Marcello, e ai nostri Duccio e Cecilia

Indice

Introduzione	pag.	9
1. Le crisi d'impresa tra interessi individuali e dovere inderogabile di solidarietà	»	13
<i>Parte I – Il quadro costituzionale</i>		
1. Gli interessi individuali coinvolti nelle crisi d'impresa	»	13
1.1. La libertà d'iniziativa economica	»	13
1.2. Gli interessi dei creditori	»	16
1.3. "Sicurezza, libertà e dignità umana". Le tutele del lavoratore nel rapporto	»	18
2. Il dovere inderogabile di solidarietà nel secondo comma dell'art. 41 Cost.	»	20
2.1. "Utilità sociale" e tutela dell'occupazione (art. 4 Cost.)	»	20
2.2. (Segue) L'economia sociale di mercato	»	26
3. Le modalità del contemperamento dei principi fondamentali e di rispetto del dovere inderogabile di solidarietà tra regolazione, interpretazione e procedimentalizzazione	»	37
<i>Parte II – L'incerta nozione di "crisi" dell'impresa</i>		
Premessa	»	45
1. "Crisi" e insolvenza	»	48
2. Il fallimento	»	58
Premessa	»	58
1. Il fallimento	»	59
1.1. Dalla dichiarazione di fallimento al programma di liquidazione: la compressione dei poteri dell'imprenditore e il ruolo del curatore	»	61
1.1.1. L'inapplicabilità dell'art. 72 l. fall. ai contratti di lavoro pendenti	»	64

1.1.2. La prosecuzione dei contratti di lavoro e la richiesta di intervento straordinario di integrazione salariale	pag. 71
1.1.3. I limiti al potere di recesso del curatore dai contratti di lavoro pendenti	» 81
1.2. Le sorti dei lavoratori addetti all'azienda affittata prima della dichiarazione di fallimento (art. 79 l. fall.)	» 96
1.3. L'esercizio provvisorio dell'impresa	» 99
1.3.1. L'automatica prosecuzione dei contratti pendenti e il trattamento straordinario di integrazione salariale	» 105
1.4. L'affitto (endofallimentare) di azienda o di ramo d'azienda	» 110
1.5. Il programma di liquidazione e la vendita dell'azienda	» 126
2. Il concordato fallimentare	» 133
3. La liquidazione coatta amministrativa (cenni)	» 142
3.1. La liquidazione coatta amministrativa nel settore assicurativo	» 144
3.2. La liquidazione coatta amministrativa nel settore del credito (e per le imprese di investimento) e della finanza	» 150
3. Le soluzioni concordate della crisi d'impresa	» 155
Premessa. Il <i>favor</i> per le soluzioni concordate della crisi d'impresa	» 155
1. Il concordato preventivo	» 157
1.1. Il concordato preventivo di risanamento "diretto", con continuazione dell'attività da parte dell'imprenditore...	» 167
1.1.1. (Segue) e "indiretto" con continuazione dell'attività da parte di un terzo	» 172
1.2. Il concordato preventivo con esito liquidativo	» 176
1.3. Il ricorso al trattamento straordinario di integrazione salariale	» 179
2. Gli accordi di ristrutturazione dei debiti e i piani di risanamento	» 184
Riflessioni conclusive	» 191
1. Solo armi spuntate?	» 191
2. Trama e ordito	» 192
3. L'anello di congiunzione	» 200
Bibliografia	» 205

Introduzione*

In una relazione tenuta nel 2004 Floriano D'Alessandro, a proposito del tema "Rapporti di lavoro e crisi d'impresa", affermava: "(...) non si deve commettere l'errore di considerare il tema che siamo qui convenuti a discutere come uno dei temi del diritto della crisi d'impresa. Il tema è assolutamente centrale nel diritto fallimentare di oggi. È forse *il* tema centrale. Ed è un tema assai trascurato, anzi quasi del tutto ignorato, dalla letteratura corrente (...). La ragione credo si debba individuare nel fatto che si tratta di materia collocata nella *terra di nessuno*, che sta tra due discipline dotate di forte individualità e autonomia, e quindi pure di forte separatezza, anche dal punto di vista accademico e culturale: il diritto del lavoro e quello fallimentare"¹.

L'analisi condotta in questo libro porta a concludere che diritto fallimentare e diritto del lavoro non hanno dialogato tra loro nella regolazione delle crisi d'impresa, perché ciascuna delle due discipline ha messo a fuoco interessi distinti: gli interessi dei creditori, compresi i singoli lavoratori, nell'un caso, e gli interessi dei singoli lavoratori a salvaguardare la propria posizione, nell'altro², senza che nessuno dei due ambiti disciplinari si sia posto fino in fondo il problema di come gestire la coesistenza di tali interessi.

Per quanto concerne il diritto fallimentare occorre sgombrare il campo, innanzitutto, da qualsiasi equivoco circa le sue finalità. "La tutela dei credi-

* Desidero ringraziare l'attenta revisione dei Lettori anonimi. Le osservazioni critiche e i suggerimenti ricevuti sono stati preziosi per migliorare questo lavoro.

¹ D'Alessandro, 2004, 1209. Il convegno che ospitava la relazione si era svolto in occasione della presentazione del volume di A. Caiafa, *I rapporti di lavoro nelle crisi d'impresa*, Padova, Cedam, 2004. I corsivi sono dell'A.

² Cfr. Romei, 1999, 382, quando denuncia il "ripiegamento su se stesso" del diritto del lavoro, che "ha determinato un concentrarsi su temi esclusivamente lavoristici, diminuendo la porosità della materia nei confronti di altre".

tori è, salvo limitate e necessariamente circoscritte deroghe, la finalità principale delle procedure d'insolvenza"³. Anche quando il legislatore apre la porta alla ripresa o alla prosecuzione dell'attività economica dell'impresa in "crisi", la priorità rimane sempre quella di dare soddisfazione ai creditori, semmai potendosi differenziare il percorso e gli strumenti per raggiungerlo⁴. Ne è un esempio la procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza nella sua versione "risanativa", che si caratterizza, secondo quanto espressamente previsto dall'art. 1 del d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270, per avere finalità conservativa del patrimonio produttivo, mediante prosecuzione, riattivazione e riconversione dell'impresa, ed il cui programma di risanamento deve essere condotto "in modo da salvaguardare l'unità operativa dei complessi aziendali", pur sempre "tenuto conto degli interessi dei creditori" (art. 55, primo comma), rispetto ai quali devono essere indicati "tempi e (...) modalità di soddisfazione" (art. 56, comma terzo). L'interesse dei creditori irrompe, perciò, in modo prepotente sulla scena, pretendendo di essere soddisfatto quando l'impresa versi in uno stato più o meno grave di "crisi".

Pertanto, anche laddove si presentino spazi di "dialogo" con il diritto del lavoro, occorre sempre aver presente che allo stato attuale la *ratio legis* del diritto fallimentare rimane quella di soddisfare le ragioni del credito e la visione dell'impresa che è alla base di tale disciplina è quella classica di "luogo di accumulazione del capitale", piuttosto che di "luogo di occupazione dei lavoratori"⁵.

Nelle trattazioni più avvedute, tuttavia, si è giunti ad intravedere il problema. Si domanda, infatti, Lorenzo Stanghellini, "se la procedura che scatta al verificarsi dell'insolvenza debba perseguire solo gli interessi dei creditori o debba invece perseguire anche interessi diversi", il che implica la risposta a un interrogativo fondamentale: "quali sono gli obiettivi della nor-

³ Stanghellini, 2007, 94. Occorre però tener presente che i creditori non sono una categoria omogenea dal punto di vista degli interessi, potendo porsi all'interno della procedura con prospettive assai diverse; cfr. sul punto Angelici, 2003, 225 e ss.

⁴ Stanghellini, 2007, 113-114. Così conclude l'A. il capitolo dedicato alle finalità delle procedure d'insolvenza: "quello della tutela dei creditori deve quindi essere considerato il canone interpretativo principale della disciplina delle procedure di insolvenza, mentre le norme dettate a tutela di interessi diversi si pongono come eccezione a una regola altrimenti posta dall'ordinamento" e ciò perché "la conservazione di un'impresa che distrugge ricchezza è dannosa non solo per le imprese concorrenti, ma anche per il sistema economico nel suo complesso, ed è contraria – se specificamente riservata a imprese di un certo tipo o di una certa dimensione – ai principi della libera concorrenza e del sistema di mercato". "La finalità di massimizzazione del valore del patrimonio *non* implica invece la necessità di occuparsi durante la procedura del 'risanamento dell'impresa risanabile', operazione per la quale, rispetto a giudici e curatori privi di competenza e di incentivi, il mercato è molto più adeguato".

⁵ Persiani, 1979, 263; Stanghellini, 2007, 83 e ss. Ma v. *infra* sui limiti posti dalla Costituzione alla libertà d'iniziativa economica.

mativa in materia di insolvenza?”), per poi proseguire chiarendo che “non vi è necessariamente *contrapposizione* fra i vari interessi ora citati, né fra questi e quello dei creditori, come pure, all’opposto, non vi è necessariamente *coincidenza*. Vi sono, infatti, casi in cui tutti gli interessi possono essere contemporaneamente soddisfatti, nel qual caso non sono necessarie scelte da parte dell’ordinamento, ma vi sono anche casi in cui la soddisfazione di uno o più interessi implica il sacrificio degli altri”⁶.

Ma esistono, e quali sono esattamente, gli interessi diversi a cui allude l’autore? E come si collocano rispetto agli interessi dei creditori?

Nel primo capitolo si tenterà di dare risposta a queste domande analizzando il quadro costituzionale⁷.

Volendo anticipare fin d’ora l’esito di fondo della riflessione sui profili costituzionali della materia indagata, segnaliamo che si giungerà a ravvisare nell’art. 41 Cost. l’indicazione della necessità di operare la sintesi di tre valori, la libertà d’iniziativa economica, il dovere di solidarietà che esige il perseguimento dell’occupazione, la soddisfazione dei creditori che emerge nel caso della crisi dell’impresa, per poi giungere a verificare quali tecniche il legislatore adotti in simile circostanza e in quale ordine disponga i diversi interessi nell’operazione di contemperamento. La previsione costituzionale dell’art. 41 Cost. sancisce la libertà d’iniziativa economica privata, contestualmente limitando la latitudine del suo esercizio in modo da impedire che esso generi un contrasto con l’utilità sociale o rechi danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana. In tal modo la disposizione costituzionale già prefigura il complesso procedimento ermeneutico del quadro costituzionale, di contemperamento degli interessi coinvolti e di rispetto del dovere di solidarietà, al quale è chiamato l’interprete che intende sciogliere i dubbi che originano dal diritto positivo⁸.

Nei capitoli successivi si tenterà, invece, di ricostruire il quadro di diritto positivo e di dare risposta ai relativi problemi interpretativi, alla luce, ovviamente, del quadro costituzionale tracciato nel primo capitolo.

⁶ Stanghellini, 2007, 67-68; i corsivi sono dell’A. Cfr. anche Libonati, 1985, 206.

⁷ Incentrare la riflessione intorno ai valori espressi nella Costituzione diviene viepiù necessario quando una materia si trovi al crocevia di più discipline. L’unità del sistema, infatti, come ricorda Irti (1999, 75), può essere “ricostruita mediante la gerarchia delle fonti”, una “unità dinamica”, tuttavia, il cui raggiungimento non può che seguire un “processo affannoso e convulso” stante la complessità del nostro tempo.

⁸ Le regole concretamente individuate contribuiscono a creare quel contesto che secondo Pulignano, 2011, 492 e ss. influenzano il comportamento delle imprese. Afferma, infatti, l’A. che le imprese non mutano significativamente l’*an* delle scelte di ristrutturazione in ragione del modello di mercato in cui si trovano, ma adattano il *quomodo* delle stesse agli strumenti offerti dal rispettivo ordinamento, variando in base a questi ultimi anche il grado di coinvolgimento degli attori locali nella gestione della crisi.

L'interrogativo di fondo è se la disciplina, ad iniziare dalla nozione stessa di crisi d'impresa, si faccia o meno carico degli "interessi diversi" protetti dalla Costituzione.

Anche con riguardo a questa parte del libro, possiamo anticipare che l'ultima importante riforma del diritto fallimentare, che pure non mette in discussione che il fine principale delle procedure concorsuali resta quello di trovare "la soluzione che massimizza il ricavato dei creditori"⁹, dimostra di far proprio uno spirito "nuovo", più ispirato alla volontà di salvaguardare, laddove ciò risulti possibile e vantaggioso, l'impresa, in quanto *going concern*, insieme avviato ed organizzato di beni e rapporti¹⁰, aprendo così la porta al rispetto del dovere di solidarietà, con ciò che ne consegue in termini di tutela dell'occupazione. Si pensi, per fare un esempio, al caso in cui il curatore è chiamato a scegliere il terzo cui affittare l'azienda o un suo ramo ai sensi dell'art. 104 *bis* l. fall., e all'obbligo che il legislatore gli impone di considerare le garanzie offerte con "riguardo alla conservazione dei livelli occupazionali" insieme alla convenienza della proposta in relazione all'ammontare offerto¹¹.

Più in generale, dunque, sarà interessante saggiare l'ipotesi ricostruttiva secondo la quale quello della crisi dell'impresa è un terreno nel quale è messa alla prova la tenuta del dovere inderogabile di solidarietà quale "versante deontologico dell'esercizio dei diritti fondamentali"¹², e dunque la sua capacità di indirizzare andamento ed esiti delle procedure.

⁹ Stanghellini, 2007, 10.

¹⁰ Terranova, 2006, 548; Lo Cascio, 2006, 385; Rocco di Torrepadula, 2010a, 5. L'insoddisfazione verso un'impostazione meramente soddisfattiva delle procedure concorsuali si era manifestata già a partire dagli anni '70, soprattutto di fronte ai casi di crisi ad alto impatto sociale. In tema v. Persiani, 1979, 261 e ss.; Magnani, 1991, 142.

¹¹ Nel contesto dell'amministrazione straordinaria l'art. 63 d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270 giunge fino a imporre all'acquirente, quale condizione per la cessione dell'azienda o dei rami, di garantire la prosecuzione per almeno un biennio delle attività imprenditoriali e il mantenimento dei livelli occupazionali. Inoltre, con una formulazione pressoché analoga a quella dell'art. 104 *bis* l. fall., il terzo comma stabilisce che la scelta dell'acquirente deve essere compiuta tenendo conto "oltre che dell'ammontare del prezzo offerto, dell'affidabilità dell'offerente e del piano di prosecuzione delle attività imprenditoriali da questi presentato, anche con riguardo alla garanzia del mantenimento dei livelli occupazionali".

¹² Mengoni, 1998, 9.

1. Le crisi d'impresa tra interessi individuali e dovere inderogabile di solidarietà

Parte I – Il quadro costituzionale

1. Gli interessi individuali coinvolti nelle crisi d'impresa

1.1. La libertà d'iniziativa economica

La latitudine della libertà d'iniziativa economica dipende sostanzialmente dall'interpretazione dei limiti ad essa posti dalla norma costituzionale, poiché in generale i diritti e le libertà sanciti a livello costituzionale nascono illimitati e possono essere compressi solo in forza dei limiti posti dalla stessa disposizione o da altre disposizioni aventi la stessa forza cogente¹.

La portata della libertà espressa nell'art. 41 Cost., dunque, può essere determinata stabilendo che cosa debba intendersi per "iniziativa economica", ma anche e soprattutto fissando il contenuto dei limiti ad essa posti dal precetto costituzionale². Infatti, se appare difficile individuare con ragionevole certezza un nucleo minimo intangibile di tale libertà, nonostante i tentativi operati dalla giurisprudenza che lo ha ravvisato, ad esempio, nell'ottenimento di un "certo margine di utile" dal suo esercizio³, risulta più agevole verificare la portata delle sue possibili compressioni, le quali peral-

¹ Cfr. Barile, 1991, 580 e ss.; poi Cintioli, 2009, 376.

² Sia consentito ricordare che il primo esplicito riconoscimento alla libertà di iniziativa economica privata in Italia si deve alla Carta del lavoro, risalente al periodo corporativo ed esattamente al 1927. Ivi, tuttavia, la libertà in questione era intesa in senso funzionale al perseguimento dell'interesse della nazione, ossia al conseguimento di "benessere dei singoli e sviluppo della potenza nazionale". Si v. la ricostruzione di Niro, 2006, 848. Cfr. anche Esposito, 1962, 33.

³ C. cost. 10 luglio 1975, n. 200 e già C. cost. 8 luglio 1957, n. 103 e 24 luglio 1972, n. 144, che parla di prezzo remunerativo, tutte reperibili su www.giurcost.org/decisioni.

tro non potranno spingersi fino a costituire un grave ostacolo⁴ o una totale interferenza al suo svolgimento⁵.

La dottrina è tendenzialmente unanime nel ricondurre a questa libertà ogni attività economica, esercitata in forma di impresa⁶, rilevante nel mercato⁷, e ogni attività ad essa correlata e finalizzata alla sua realizzazione; dunque vi rientrano la scelta se intraprendere o meno un'attività produttiva, la scelta dell'oggetto e delle modalità del suo svolgimento, la produzione di beni e servizi in senso stretto, le modalità di organizzazione produttiva, la possibilità di disporre delle risorse materiali ed umane, la determinazione di cessarla⁸.

Il termine "iniziativa", pertanto, può essere inteso come *sineddoche*, per cui alla libertà espressa dall'art. 41 Cost. è possibile ricondurre tanto la fase di avvio di un'attività economica, quanto quella di svolgimento e conclusione della stessa.

Una siffatta definizione dell'ambito di applicazione della previsione si riflette sulla determinazione dell'ambito di applicazione dei due commi successivi. Si deve ritenere, infatti, che i limiti ivi previsti, e sui quali ci soffermeremo nel proseguito, operino nel medesimo ambito, dunque con ri-

⁴ C. cost. 25 marzo 1980, n. 30, www.giurcost.org/decisioni.

⁵ C. cost. 30 dicembre 1958, n. 78, www.giurcost.org/decisioni. Secondo Galgano, 1982, 15 si tratta di una delle libertà meno garantite, o forse di una delle libertà più riducibili da parte di altri diritti affermati nella Carta.

⁶ In dottrina si è sviluppato un dibattito in merito alla possibilità di ricondurre al concetto di "libertà di iniziativa economica" ogni forma di attività economica oppure solo quelle svolte in forma di impresa. Sul punto v. in quest'ultimo senso l'opinione di Galgano (1982, 3), che circoscrive l'ambito di applicazione della previsione costituzionale alla sola attività di impresa, in quanto essa sarebbe l'unica in grado di porsi in contrasto con la dignità umana, così, peraltro, dissociandosi dal tenore del dibattito svoltosi in seno dell'Assemblea Costituente ove si era segnalata l'opportunità di ricomprendere nella disposizione ogni attività economica, anche svolta in modo occasionale o in regime di lavoro autonomo o di libera professione. Questa lettura del primo comma dell'art. 41 consentirebbe senz'altro di escludere dal suo ambito di applicazione il lavoro subordinato. Cfr. pure Spagnuolo Vigorita, 1959, 71; Luciani, 1983, 11.

⁷ Cfr. Morbidelli, 1989, 2; Luciani, 1990, 380 anche per ulteriori riferimenti.

⁸ Cfr. Virga, 1947, 93; Barresi, Comunale, 1969, 238; Luciani, 1983, 17; Pace, 1992, 461. In giurisprudenza ha trovato affermazione il principio per cui la garanzia posta nel primo comma riguarda non soltanto la fase iniziale di scelta e avvio dell'attività, ma anche quella del suo svolgimento, da cui la necessità di applicare i limiti del secondo e terzo comma in ogni momento. Cfr., fra le altre, C. cost. 16 dicembre 1958, n. 78, cit. (che comprende nella libertà di iniziativa economica "le attività di operatori non solo dirette a creare e costituire un'azienda, ma anche inerenti alla vita e allo svolgimento di essa"); C. cost. 23 aprile 1965, n. 30, www.giurcost.org/decisioni. Ritengono, invece, che sia affermata la libertà assoluta solo dell'iniziativa economica in senso stretto, vale a dire del momento di avvio dell'attività economica, Baldassarre, 1971, 593 e ss. e Mazzotti, 1956, 153, secondo i quali, pertanto, solo lo svolgimento di tale attività ricadrebbe nel secondo e terzo comma, con ciò che ne consegue in termini di limiti applicabili.

ferimento tanto alla fase di avvio quanto alla fase di esercizio dell'attività economica⁹, ma anche nel momento in cui essa cessa.

Dal punto di vista delle tecniche di tutela della libertà in esame, in primo luogo l'ordinamento pone la garanzia che essa possa esplicarsi senza interferenze del legislatore, che non siano giustificate dalla protezione di altri diritti del medesimo rango. La garanzia opera anche orizzontalmente rispetto alle altre forze economiche e sociali presenti sul mercato, le quali, partecipando della medesima natura, fungono da contro limite. Tuttavia può rendersi necessario un intervento da parte dell'ordinamento finalizzato a stabilire regole per la salvaguardia dei reciproci spazi di libertà, e la cui portata dipende dall'opzione di natura politica compiuta dall'ordinamento, in ordine al governo dell'economia. L'art. 41 Cost., come abbiamo visto, infatti, consente soluzioni diverse quanto alla via per dare attuazione alla libertà di iniziativa economica.

In linea teorica l'ordinamento potrebbe rinunciare ad ogni forma di intervento, qualora si ritenesse che il mercato sia in grado di autoregolarsi e di soddisfare autonomamente le istanze di tutela contenute in tale disposizione (delle quali, però, diviene urgente stabilire il senso).

Eventuali interventi, invece, possono risultare necessari quando nel mercato non si affermi spontaneamente un equilibrio tra le forze che in esso si contrappongono, perciò occorrendo regole che disciplinino l'esercizio dell'iniziativa economica di modo che non venga lesa la posizione di coloro che in esso si trovino coinvolti, e ciò anche quando l'impresa versi in condizione di crisi o programmi una ristrutturazione o una riorganizzazione.

L'elasticità della norma ha consentito e consente di trovare nuovi punti di equilibrio fra i vari interessi coinvolti nelle singole vicende che sono oggetto di regolazione; il bilanciamento di tali forze rappresenta, del resto, l'obiettivo che il nostro legislatore ha tentato di perseguire da sempre e che lo ha impegnato maggiormente nei periodi di crisi del mercato, a partire dagli anni '80 quando l'equilibrio fondato su modelli di produzione tradizionali si è incrinato per l'affacciarsi di nuove istanze di contenimento dei costi di produzione e di diversificazione delle modalità di espletamento delle prestazioni lavorative.

Dapprima la globalizzazione, con l'apertura dei mercati a paesi con regimi di protezione inferiori rispetto agli standard minimi fissati dal nostro ordinamento o finanche inesistenti, e poi la crisi finanziaria, hanno imposto e tutt'oggi impongono uno sforzo continuo per accomodare il punto di equilibrio, sia attribuendo di volta in volta maggior prevalenza all'una o all'altra istanza in operazioni di assestamento già conosciute, sia rinnovan-

⁹ V. Luciani, 1983, 18.

do formule e tecniche che consentano di raggiungere nuovi ordini che diano la massima soddisfazione possibile ai portatori di diversi interessi.

La ricerca di nuovi equilibri, se da un lato mira alla salvaguardia di alcune istanze, dall'altro provoca inevitabilmente il sacrificio di altre. La legittimità/correttezza di questo gioco di bilanciamento di pesi e contrappesi è garantita innanzitutto dal fatto che esso avvenga nel rispetto di quanto disposto dall'art. 41 Cost., dalla cui formulazione, tuttavia, si può desumere un unico limite generale consistente nella garanzia che nessun interesse può sopravanzare del tutto gli altri.

Il rispetto di questo limite dipende in prima battuta dal tipo di strumenti messi in campo dall'ordinamento per consentire le operazioni di bilanciamento, e dalla loro efficacia, nonché dai soggetti cui tale potere è demandato e dalla loro capacità di esprimere una sintesi degli interessi che chiedono di essere posti in equilibrio¹⁰.

1.2. *Gli interessi dei creditori*

Gli strumenti apprestati dall'ordinamento per il governo della "crisi" d'impresa sono molteplici e comportano, anzitutto, pressoché tutti, una compressione, maggiore o minore, delle prerogative imprenditoriali in ragione degli interessi dei creditori.

Se nella richiesta di omologazione di un accordo di ristrutturazione l'imprenditore mantiene intatta la propria libertà d'impresa, nella procedura di concordato preventivo tale libertà è soggetta al controllo degli organismi della procedura, mentre nel fallimento essa è compressa significativamente per essere "consegnata" al curatore ed essere, anche in questo caso, soggetta alla verifica da parte degli organismi della procedura.

Ancor prima di comprimerla con l'avvio della procedura fallimentare che prevede il passaggio dei poteri gestori nelle mani degli organi della procedura stessa, l'imprenditore che versi in stato di dissesto e che intenda ricorrere a forme concordate di soluzione della crisi, che gli consentano – laddove possibile – di proseguire nella propria attività o di cederla salvaguardandone il valore ancora esistente, deve rispettare limiti ulteriori rispetto a quelli che caratterizzano l'attività dell'impresa *in bonis*. Limiti che derivano dalla legittima pretesa dei creditori insoddisfatti a causa del dissesto dell'imprenditore a vedere realizzate le proprie ragioni¹¹.

¹⁰ Cfr. fin da ora la riflessione di Mengoni, 1998, 3 e ss. sul bilanciamento fra diritti individuali e fra diritti individuali e interessi collettivi costituzionalmente garantiti.

¹¹ Ammonisce Stanghellini, 2007, 94 nt. 47, che sarebbe più corretto parlare di tutela dei "portatori di una pretesa finanziaria", per comprendere anche la posizione degli azionisti.

La possibilità di contenere la libertà di iniziativa economica dell'imprenditore per tutelare le ragioni dei creditori presuppone, tuttavia, che a tale pretesa sia riconosciuta rilevanza costituzionale¹², in quanto solo tale consistenza consente di immetterla in quel processo di contemperamento di interessi che trova la sua sede naturale nell'art. 41 Cost.¹³. Ed in ogni caso tale compressione non sarà mai assoluta ed incondizionata, essendo piuttosto destinata ad essere oggetto di un "giusto equilibrio tra l'imperativo di un interesse generale e la salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo"¹⁴.

Non si può, invece, ritenere che tali procedure "attuino anche un interesse pubblico a sottrarre la gestione dell'impresa all'imprenditore che non sia capace di trarne la massima utilità possibile"; "il principio costituzionale di

¹² In questo senso Galletti, 2006, 15 che, tuttavia, si limita a precisare che, poiché le procedure concorsuali si ingeriscono nell'esercizio di una libertà di rilevanza costituzionale, solo la legge potrà stabilire in quali casi si giustifichi tale sacrificio. Così anche Stanghellini, 2007, 118, ma già Libonati, 1985, 223. Ricorda invece D'Alessandro, 2006, 330, che "il diritto di garanzia dei creditori sul patrimonio del debitore è assistito da tutela costituzionale, onde non può essere espropriato, neppure indirettamente, né a vantaggio dell'interesse pubblico (alla piena occupazione e simili) (...)". Il credito, infatti, è situazione giuridica soggettiva strumentale e prodromica alla situazione finale della proprietà, ed in quanto tale costituzionalmente rilevante. In questo senso Lanfranchi, 2010, 8 e 21. V. anche Tarzia, 2005, 1.

¹³ Secondo Stanghellini, 2007, 111 "la scelta di quali interessi siano da tutelare e quali invece siano da sacrificare nel contesto delle procedure d'insolvenza ha carattere politico, e dunque deve essere operata dalla legge e non dalla magistratura o dagli organi delle procedure d'insolvenza". Dello stesso avviso, nella sostanza, Galletti, 2006a, 15.

¹⁴ Cfr. Lo Cascio, 2011, 385 con riferimento a Cass. 22 marzo 2010, n. 6904 (*Foro italiano*, I, 2010, 2742 nt. Fabiani), la quale ricorda che "non può essere dimenticato l'insegnamento della giurisprudenza CEDU secondo la quale se è vero che il divieto per il fallito di amministrare i suoi beni e di disporne ha lo scopo di soddisfare i creditori del fallimento e l'ingerenza in questione persegue quindi uno scopo legittimo e conforme all'interesse generale, ossia la tutela dei diritti altrui, nondimeno 'la misura dell'ingerenza deve assicurare un 'giusto equilibrio' tra gli imperativi dell'interesse generale e quelli della salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo', imponendo l'art. 1 del Protocollo n. 1 alla Convenzione EDU (...), l'esistenza di 'un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito', pur dovendosi riconoscere al legislatore 'un ampio margine di valutazione sia per scegliere le modalità di attuazione che per valutare se le conseguenze trovino giustificazione nell'interesse generale per il raggiungimento dell'obiettivo della legge in questione'. (...) Le norme che permettono di assicurare la menzionata proporzionalità vanno individuate indubbiamente (...) per [l'esecuzione] concorsuale, nella L. Fall., art. 108, le quali, consentendo la sospensione della vendita allorché il prezzo offerto sia notevolmente inferiore a quello giusto, 'alla stregua di una valutazione necessariamente combinata – mediante la comparazione del prezzo in concreto realizzato con l'aggiudicazione e quello che, in assenza di condizioni di interferenza illegittima nella sua formazione, sarebbe stato conseguito nel processo liquidatorio così come concretamente adottato e normativamente disciplinato' (Sez. 3^a, Sentenza n. 23799 del 16/11/2007; Sez. 3^a, Sentenza n. 14634 del 23/06/2009)". Dello stesso tenore Cass. 12 febbraio 2010, n. 3327, *Foro italiano*, I, 2742 nt. Fabiani.

libertà di iniziativa economica impedisce che lo stato intervenga nel governo delle imprese *solo* a causa della loro inefficiente gestione”, essendo infatti lasciata al mercato la selezione delle imprese migliori¹⁵.

1.3. “Sicurezza, libertà e dignità umana”. Le tutele del lavoratore nel rapporto

Passando a considerare più specificamente i singoli lavoratori (quali portatori di interessi di assoluta rilevanza nel contesto della crisi d’impresa), la domanda che si pone riguarda il rapporto intercorrente fra la disciplina di tutela della loro posizione soggettiva e le regole che invece sono poste a salvaguardia dei creditori (ossia di quei soggetti, fra cui i lavoratori, che non “sono in grado di tutelarsi adeguatamente” o che “non possono tutelarsi affatto”¹⁶).

Orbene, le tutele dei lavoratori non subiscono variazioni sostanziali con l’avvento della crisi dell’impresa. Resta ferma, quindi, la necessità di rispettare tutti i limiti posti dalla normativa lavoristica a tutela dei lavoratori.

Il secondo comma dell’art. 41 Cost. vincola la libertà di iniziativa economica al rispetto di tre nuclei di interessi, la libertà, la sicurezza e la dignità umana, i quali possono agevolmente essere intesi come sintesi delle istanze di tutela della persona del lavoratore, perciò potendo ad essi essere ricondotti tutti i diversi contenuti della legislazione protettiva del lavoro, e prima ancora le garanzie poste dalla stessa Carta costituzionale¹⁷.

Occorre specificare, in prima battuta, che libertà e dignità non rappresentano un’endiadi, potendo essere riferite a valori della persona diversi e contenendo due distinti criteri di legittimazione degli interventi pubblici.

Il riferimento alla libertà funge da richiamo alle libertà costituzionali riconosciute ai singoli cittadini, intese sia come diritti di libertà, sia come posizioni soggettive attive comprese in una più ampia potestà di signoria.

¹⁵ Così, ancora, Stanghellini, 2007, 15 (“Nessun ordinamento giuridico moderno può tollerare, senza reagire, che le obbligazioni non vengano adempiute, pena l’inevitabile cessazione dell’attività economica o la sostituzione della forza pubblica con una “forza” privata capace di assicurare il generale rispetto degli impegni assunti. (...). Il diritto di determinarsi liberamente e di disporre del proprio patrimonio cede dunque di fronte al diritto dei creditori di ottenere quanto a loro dovuto”) e poi 118 (“il valore costituzionale garantito dalla procedura concorsuale è quello della tutela del credito, senza il quale il sistema economico inevitabilmente regredisce a livelli primitivi”). V. pure Galletti, 2006a, 16, anche per ulteriori riferimenti sul dibattito intervenuto in dottrina in merito alla funzione delle procedure d’insolvenza.

¹⁶ Cfr. Stanghellini, 2007, 31-32.

¹⁷ Niro, 2006, 653. Secondo Nogler (2009, 436, e 2010, 112) non ricadono nel secondo comma dell’art. 41 Cost. le tutele che non riguardano la persona del lavoratore.

La dignità umana, invece, viene invocata per ricondurre ad essa tanto la libertà di autodeterminazione del soggetto, quanto il diritto a vedersi riconosciuti standard minimi di tutela che assicurino un livello di sussistenza decoroso, l'integrità della forza lavoro e della personalità del lavoratore¹⁸.

I tre limiti riportati nel secondo comma dell'art. 41 possono essere considerati la sintesi dei diritti e delle libertà espressamente sanciti nelle altre disposizioni costituzionali dedicate al lavoro¹⁹. Ad esempio, libertà e dignità si declinano in quanto previsto dall'art. 36 Cost., laddove assicura al lavoratore il diritto a percepire una retribuzione che sia sufficiente a garantire a sé e alla propria famiglia un'esistenza libera e dignitosa. Ma tale disposizione accoglie anche una specificazione del valore della sicurezza, nella parte in cui rinvia al legislatore la definizione della durata massima della giornata lavorativa o fissa il principio della irrinunciabilità delle ferie in quanto istituto funzionale a garantire al lavoratore il ripristino delle energie psico-fisiche spese nel tempo di lavoro.

Analoghe considerazioni valgono per l'art. 38 Cost., che stabilisce i principi regolatori del nostro sistema di sicurezza sociale, garantendo ai lavoratori che siano divenuti inidonei alla prestazione lavorativa temporaneamente o definitivamente, per motivi a loro non imputabili, mezzi adeguati alle loro esigenze di vita. Su questa norma poggia il sistema degli ammortizzatori sociali, il quale intende sollevare il lavoratore dallo stato di bisogno in cui versi a seguito del verificarsi di un evento protetto dall'ordinamento, ma assolve pure alla funzione di sostegno dell'impresa in crisi, consentendo la conservazione dei complessi produttivi in vista di una loro più proficua alienazione, salvaguardandone i livelli occupazionali che ne rappresentano parte del valore.

¹⁸ Baldassarre, 1971, 602. In giurisprudenza a titolo di esempio v. C. cost. 5 marzo 1969, n. 27, www.giurcost.org/decisioni, che, rigettando la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 ultimo comma l. n. 7/1963, afferma che "si giustificano costituzionalmente i mezzi scelti dal legislatore per rendere effettivamente operante il divieto di licenziamento a causa di matrimonio: da un lato la particolare situazione delle donne lavoratrici cui si è voluto far fronte legittima il trattamento ad esse riservato nei confronti degli altri lavoratori; dall'altro la tutela della loro dignità e libertà realizza una disciplina dell'esercizio dell'iniziativa economica rispettosa dei limiti previsti dall'art. 41 della Costituzione"; C. cost. 28 aprile 1976, n. 94, www.giurcost.org/decisioni, che con riguardo alla legittimità costituzionale delle disposizioni che stabiliscono la chiusura settimanale dei negozi per garantire il riposo dei lavoratori afferma che "la tutela del diritto del lavoratore al riposo settimanale costituisce una delle ragioni di finalità sociale e di salvaguardia della dignità umana poste al limite della libera iniziativa economica privata; né vale distinguere fra lavoratore dipendente e lavoratore in proprio. La legge ha inteso tutelare anche il lavoratore in proprio creando, attraverso l'obbligo della chiusura, il presupposto logico giuridico della chiusura, perché anch'egli possa usufruire del riposo settimanale".

¹⁹ Si tratterebbe di una "formula omnicomprendiva" secondo Niro, 2006, 853.