

Numero 2 / 2019

(estratto)

Lucia D’Arcangelo

*Prime riflessioni sulla tutela del lavoratore nella
riforma della crisi d’impresa**

* Testo dell’intervento tenuto al seminario “Diritto del lavoro e diritto civile di fronte alla crisi dell’impresa”, Gruppo delle Conversazioni del lavoro di San Cerbone, Verona, 4-5 maggio 2019, destinato alla pubblicazione nella relativa raccolta degli atti.

Prime riflessioni sulla tutela del lavoratore nella riforma della crisi d’impresa

Lucia D’Arcangelo

Università di Napoli Federico II

La complessità e ampiezza del tema di questa sessione mi hanno riportato alla mente alcune riflessioni che tempo addietro avevo iniziato a maturare sul *secondo welfare*, detto anche *welfare di seconda generazione*¹, e in tale ambito, segnatamente, sul cd. *welfare* di comunità.

Prima, però, vorrei compiere un cenno, brevissimo per ovvie esigenze tematiche, al momento della vita del lavoratore che precede l’uscita dall’azienda, oggetto della prima sessione di queste Conversazioni, alla luce del nuovo concetto di crisi d’impresa introdotto dal decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155, che mi pare costituire una vera e propria innovazione culturale, oltre che di sistema, per la disciplina delle procedure concorsuali prevista dal nostro ordinamento giuridico, e che inevitabilmente impatterà sulla posizione dei lavoratori.

L’art. 2, comma 1, lett. a), d.lgs n. 14/2019, nel definire la «crisi» come lo «stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l’insolvenza del debitore, e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici» offre all’interprete una chiave di lettura della crisi d’impresa nuova e diversa, che gli consente per la prima volta di identificare dal punto di vista ontologico la situazione di crisi e di separarla dalla distinta nozione di «insolvenza», a sua volta definita, alla successiva lett. b), del medesimo comma 1, come «inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni»². In questo senso la crisi si identifica nella condizione di probabilità futura dell’insolvenza, a fronte, cioè, di uno stato in cui i pagamenti non sono ancora cessati o comunque sono in procinto di cessare.

In verità, l’intitolazione stessa del testo di riforma «Codice della crisi dell’impresa e dell’insolvenza (...)», essendo già impostata sulla distinzione fra i due termini, sottende l’*intentio legis* di apprestare tutela all’impresa che si trova in una situazione gestoria economica e finanziaria di difficoltà iniziale tale da prospettare con verosomiglianza il verificarsi – nel breve/periodo – della condizione di insolvenza.

Il fattore “tempo” assume un rilievo fondamentale nella riforma del 2019 e muta i connotati culturali della odierna disciplina delle procedure concorsuali segnando il passaggio dal vecchio criterio dell’emergenza al principio della prevenzione, come può evincersi in più di una delle disposizioni dell’articolato normativo, globalmente volte a favorire, in maniera esplicita, l’emersione anticipata della crisi d’impresa. A tal fine il legislatore ha predisposto una serie di strumenti funzionali a rivelare anticipatamente la crisi: le procedure di allerta e di composizione assistita della crisi contemplati nel titolo II, capo I, agli artt. 12 ss.

Non entro nella disamina di suddette fattispecie, mi limito a sottolineare che l’allerta si fonda su un approccio *forward looking* di derivazione europea, risalente alla Raccomandazione

¹ U. Ascoli, *Il welfare in Italia*, Bologna, 2011.

² È noto che l’attuale comma 3 dell’art. 160 della legge fallimentare, in un rapporto di *genus a species* specifica che “..per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza?”. Cfr. M.A. Cardarelli, *Insolvenza e stato di crisi tra scienza giuridica e aziendalistica*, in *Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2019, I, pag. 11.

dell'Unione europea n. 2014/135/UE, e alla proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 novembre 2016, su cui la commissione Rordoff, all'epoca istituita allo scopo di redigere un testo di riforma delle procedure concorsuali, ha fondato l'elaborazione di strumenti *early warning*, di cd. allerta precoce, in grado, cioè, di cogliere i segnali iniziali di una eventuale cattiva *performance* dell'impresa.

Nella delega n. 155/2017, e ora nel d.lgs. n. 14/2019, di sua attuazione, la procedura di allerta è indicata come l'obbligo di segnalare gli indizi di crisi dell'impresa al fine di sollecitare il ricorso da parte dell'imprenditore alla misura della composizione assistita della crisi. Si distingue in: «esterna» quando la segnalazione spetta, tra i creditori, agli enti pubblici qualificati, quali l'Agenzia delle entrate, l'Istituto nazionale della previdenza sociale e l'agente della riscossione (art. 15, d.lgs. n. 14/2019); «interna» quando è a carico degli organi di controllo societari (art. 14, d.lgs. n. 14/2019). Ciò posto, va sottolineato che permangono gli obblighi organizzativi a carico dell'imprenditore posti dal codice civile, tra cui, in via principale, il dovere «(...) di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale (...)» così come previsto dall'art. 2086 c.c., comma 2, introdotto in via aggiuntiva dall'art. 375, d.lgs. n. 14/2019 che ne ha modificato anche la rubrica ora intitolata «Gestione dell'impresa».

E bene, queste novità (il nuovo concetto di crisi, il sistema dell'allerta, il rafforzamento dell'obbligo a carico dell'imprenditore di dotarsi di una organizzazione amministrativa e contabile «funzionale alla rilevazione tempestiva» della crisi), nel loro insieme possono annoverarsi tra gli indicatori della emersione anticipata dello stato di crisi. Soprattutto, esse indicano l'inizio di un cambiamento di rotta del modo di leggere, interpretare e gestire la crisi aziendale e le procedure ad essa connesse, benché -e questa è la criticità del sistema- nel risvolto applicativo siano ancora calibrate sull'insolvenza. La cessazione dei pagamenti resta, infatti, il momento a partire dal quale muove l'obbligo di segnalazione nell'allerta, sia essa interna o esterna, così come l'art. 211 del nuovo Codice prevede che l'apertura della procedura di liquidazione giudiziale non determina automaticamente la cessazione dell'attività d'impresa salvo poi richiedere -comunque- che l'attività continui previa autorizzazione del giudice delegato e il parere favorevole del comitato dei creditori.

Ciò porta a ribadire che le novità contenute nella disciplina della riforma, se da un lato manifestano il carattere di enunciazioni di principio, dall'altro pongono le basi per un modello di crisi d'impresa teso a valorizzare il bene-impresa come entità a sé stante, non più mera proiezione dell'imprenditore, in ragione di un legame di quasi identificazione con la sua figura, bensì come complesso di beni e di mezzi disgiunto dalla titolarità imprenditoriale che rileva in una fase anteriore a quella dell'insolvenza vera e propria, che possiamo individuare nella pre-insolvenza³. A piccoli passi, dunque, il legislatore italiano inizia a muoversi in direzione del ripristino della concezione pubblicistica di impresa e di intervento dello Stato che si basava sulla idea della conservazione dell'impresa e della salvaguardia dell'interesse pubblico (dell'occupazione). Tale impostazione si fondava, come noto, sul recupero della capacità produttiva dell'azienda, e ha dominato a cavallo degli anni '70, più precisamente intorno alla seconda metà, prevalendo sull'altra linea di politica legislativa, cd. privatistica, incentrata sulla protezione dell'interesse creditorio.

³ M. Fabiani, *Etica, legalità e crisi d'impresa tra diritto ed economia al tempo delle riforme*, in *Il Fallimento*, 2017, pag. 1262.

Se così stanno le cose, sarebbe opportuno indulgere verso un uso alternativo delle procedure concorsuali⁴, di fatto calibrandole non più soltanto sul soddisfacimento dei creditori, bensì anche sulla tutela dei lavoratori, in altri termini sulla considerazione della continuità aziendale come valore-fine teso alla tutela del bene occupazione invece che come valore-mezzo volto prevalentemente alla soddisfazione delle posizioni creditorie. In ciò potrebbe essere di avallo la legislazione francese, all'avanguardia con la procedura di *sauvegarde*⁵, un istituto rivolto all'imprenditore in stato di difficoltà, che presuppone, ai fini della propria attivazione, il requisito soggettivo della mancanza dello stato di cessazione dei pagamenti e che consiste in un piano di riorganizzazione dell'impresa, richiesto dal debitore che si trova in situazione di difficoltà, preordinato alla prosecuzione dell'attività attraverso il mantenimento dei livelli occupazionali e la sistemazione del passivo. La *sauvegarde* rileva non solo perché si fonda su una situazione di difficoltà economica che prelude, prospetticamente, alla interruzione dei flussi di cassa ma non è divenuta tale, bensì per la ragione che sulla richiesta dell'imprenditore il Tribunale decide dopo aver ascoltato, fra gli altri, *anche* i rappresentanti dei dipendenti. Due elementi, in particolare, nel diritto francese riflettono prioritariamente sulla protezione dei lavoratori: l'irregolarità dei flussi di cassa che non si è ancora tradotta in insolvenza e l'audizione delle rappresentanze sindacali in fase istruttoria.

E' evidente, difatti, che la risoluzione anticipata della crisi, puntando a salvare l'impresa, può sortire una reale efficacia per la conservazione dei posti dei lavoratori, dovendo ritenersi implicito nel concetto di «beni organizzati» di cui all'art. 2555 c.c. che definisce l'azienda «il complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa» anche la forza lavoro impiegata.

In questo caso, *condicio sine qua* non per il mantenimento dei posti di lavoro è l'«utilità» del lavoratore, quale fattore della produzione, e tale utilità non può che misurarsi in termini di capacità di adeguamento -dal punto di vista della professionalità- ai modi e alle tecniche di produzione.

Nei tempi odierni, infatti, il rischio di andare incontro ad una spersonalizzazione della prestazione lavorativa, per effetto di uno snaturamento erosivo della prestazione dal suo autore, causato dalla forza dirompente della digitalizzazione del lavoro, pone in discussione la funzione di norma inderogabile del diritto del lavoro. La questione investe la più autorevole dottrina giuslavoristica come già è stato osservato in più di una delle relazioni che mi hanno preceduto ma vorrei solo ricordare un saggio del '90 di Luigi Mengoni sul tema dell'influenza del diritto del lavoro sul diritto civile, (processuale civile e amministrativo), che ho riletto mentre riflettevo su quale dovesse essere l'oggetto del mio intervento nell'ambito del dialogo tra diritto civile e del lavoro.

Egli scriveva che il diritto del lavoro è nato dall'affrancamento dal diritto comune dei contratti e delle obbligazioni nel segno del «principio etico della personalità del lavoro (...) contro la riduzione civilistica delle relazioni di lavoro alla categoria dei contratti di scambio». E spiegava che «il problema del diritto del lavoro è di correggere la logica tradizionale del contratto, non di rifiutarla», posto che nel diritto civile il contratto crea e governa l'obbligazione, nel diritto del

⁴ R. Rordorf, *Le procedure concorsuali e la par condicio fra diritto positivo, usi alternativi e prospettive di riforma*, in *Quaderni del C.S.M.*, Frascati, 1988.

⁵ La *Loi de sauvegarde des entreprises* 845/2005 del 26.7.2005 ha previsto due procedure preventive (la *conciliation* e la *sauvegarde*), riportando l'accento su una concezione non sanzionatoria delle procedure e recuperatoria delle potenzialità dell'impresa, con baricentro sulla nuova procedura di *sauvegarde* (rimessa all'iniziativa del debitore che non sia ancora in cessazione dei pagamenti), intermedia tra i meccanismi di prevenzione e i successivi procedimenti di *redressement* e *liquidation judiciaire*. Più recentemente la legge del 22.10.2010 (n. 2008-1345) ha introdotto la procedura *de sauvegarde financière accélérée*.

lavoro il contratto crea ma non governa il rapporto che è invece appannaggio delle fonti eteronome, norme legali e contratto collettivo.

Oggi quella stessa dialettica diritto del lavoro-diritto civile prende nuova linfa dal fenomeno della digitalizzazione del lavoro e l'ipotesi che il diritto dei rapporti di lavoro compia un "ritorno al futuro" del diritto civile, a quella concezione patrimoniale ed egualitaria delle relazioni obbligatorie che è tipicamente civilistica, è più reale di quanto si pensi.

In questa prospettiva, il lavoratore, per poter rimanere un bene utile all'azienda in stato di crisi, deve possedere attitudini professionali richieste dalla natura delle mansioni da svolgere. Ce lo ricorda Gianni Loy nello scritto su "Professionalità e rapporto di lavoro", in cui richiama le argomentazioni svolte da Mario Napoli su "Le dimensioni della professionalità" in occasione della relazione presentata alle giornate di studio Aidlass nel 2003⁶. Fra i tre profili caratterizzanti la prestazione di lavoro (personalità, professionalità, continuità) -chiarisce G. Loy- la professionalità si configura in termini di presupposto, prerequisito della prestazione che dischiude il diritto alla formazione e all'elevazione professionale e il diritto alla tutela della professionalità posseduta, ambedue coesenziali all'attuazione del diritto al lavoro. Della professionalità pone in evidenza la sua intrinseca dimensione teleologica intesa come diritto all'adeguamento della propria professionalità che riferisce non solo alla figura del lavoratore ma prima ancora a quella della generalità dei cittadini. Nello stesso ordine di idee, M. Magnani, nella relazione alle medesime giornate Aidlass, ribadiva che il lavoro si basa sulla conoscenza, che «(...) il futuro dell'occidente (...) sta nell'ulteriore sviluppo di conoscenze utilizzabili che generino valore»⁷.

Su tali aspetti varrebbe la pena riflettere. Se è vero che non bastano più rimedi compensativi della crisi d'impresa sul versante della protezione dei redditi e della tutela della disoccupazione, come per esempio iniziative proattive con finalità *lato sensu* formative⁸, quella logica tradizionale del contratto di diritto civile che come ci diceva L. Mengoni all'epoca venne "corretta" realizzando uno sbilanciamento sulla persona del lavoratore perché tali erano le condizioni del mercato e dell'industria, oggi andrebbe "ri-corretta" valorizzando l'aspetto della professionalità con misure *stricto sensu* formative articolate in un percorso -da definire- di riqualificazione dei lavoratori allo scopo di assicurare il soddisfacimento delle esigenze di utilità aziendale e/o di ricollocazione lavorativa⁹.

Da questa angolazione, ci spostiamo sul versante delle tutele del reddito del lavoratore, tema centrale del mio intervento.

Credo che il ragionamento, oggi, debba muovere da due angoli prospettici, fra loro complementari.

Intendo riferirmi, da un lato, alle misure di *welfare state*, dall'altro, agli interventi di *secondo welfare*, che comprendono sia il *welfare* aziendale riconducibile all'attività sindacale di contrattazione collettiva, sia il *welfare* cd. volontaristico, che trova espressione in una varietà di forme, per così dire, atipiche, riconducibili allo schema comune del cd. *welfare civile* (o *societario*) e, in tale ambito, al *welfare* cd. *di comunità* (o *community*).

In questi anni abbiamo assistito alla soppressione della mobilità, alla valorizzazione della bilateralità, al ricorso agli istituti classici (Aspi, MiniAspi, Asdi, Rei, oggi Rdc). Ma abbiamo assistito anche ad un forte ridimensionamento del nostro *welfare* statalista a favore di un *welfare*

⁶ In proposito v. il volume di M. Napoli (a cura di), *La professionalità*, Vita e pensiero, 2004.

⁷ M. Magnani, *Organizzazione del lavoro e professionalità tra rapporti e mercato del lavoro*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 7/2003

⁸ G. Ferraro, *Crisi occupazionali e tecniche di tutela*, in G. Ferraro (a cura di), *Redditi e occupazione nelle crisi d'impresa*, 2014, p. 79.

⁹ Sul problema della transizione verso l'economia digitale nel contesto delle politiche passive e attive del mercato del lavoro attuale, cfr. D. Garofalo, *Rivoluzione digitale e occupazione: politiche attive e passive*, in *Lavoro nella giurisprudenza*, n. 4/2019, p. 329 ss.

che delega ampi margini di protezione sociale a privati, gruppi intermedi, associazioni senza scopo di lucro, di volontariato, a comunità locali. Si è passati da un *welfare* pubblicistico e monolitico, ad un *welfare* misto, flessibile, poliedrico, in cui si integrano tecniche protettive di estrazione privatistica.

Il quadro istituzionale stesso, nel suo complesso, è mutato. Dal lato della pubblica amministrazione, già dalla seconda metà degli anni '90 ha avuto inizio la fase della "nuova *governance* della cosa pubblica" che ha segnato il passaggio da una visione tradizionale del rapporto con il cittadino, per così dire monocentrica, in cui la pubblica amministrazione governava e guidava in posizione sovraordinata, ad una visione policentrica, basata sulla interazione tra gli attori sociali nell'azione collettiva.

Sul versante dell'economia e dei mercati si è registrata -ed è tuttora in aumento- la tendenza ad andare oltre il modello del capitalismo. La logica del profitto tesa al raggiungimento dell'efficienza dei mercati ha determinato un aumento dei costi sociali che impone di riconvertire il mercato da motore di produzione di ricchezza e reddito a produttore di benessere collettivo. Cambia la configurazione originaria del mercato, non solo luogo di scambi, ma prima di ogni altra cosa, valore, *ethos*, stile di vita per imprese, cooperative, fondazioni, etc., teso alla formazione e allo sviluppo di valori quali reciprocità, solidarietà, condivisione, in una parola, "economia civile di mercato". In tale contesto è cambiato il ruolo della società civile, da mero soggetto passivo delle prestazioni sociali erogate dallo stato sociale a soggetto attivo, anzi, proattivo, produttore, anch'essa, di servizi di assistenza e sicurezza sociale.

E, questo, il cd. *welfare civile*, un modello *bottom up* espressione del principio della sussidiarizzazione delle politiche sociali, quella sussidiarietà orizzontale, e specificatamente circolare, che ne costituisce il fondamento e che attribuisce alla società civile il compito di sostenere la mano pubblica.

La dottrina delle scienze sociali non da oggi è attenta al fenomeno del *welfare* civile, che definisce in termini di simbiosi (sinergica) tra la mano invisibile del mercato, la mano visibile dello Stato e la mano fraternizzante degli attori economici che fanno del principio di reciprocità la propria regola d'azione. Con il termine di secondo *welfare* si allude, in senso più ampio, ad un *mix* di protezione e investimenti sociali a finanziamento non pubblico, erogati da un insieme di attori economici e sociali, che tra loro interagiscono per attuare programmi di promozione sociale volti a soddisfare bisogni sociali.

In altre parole, la produzione di benessere collettivo e di tutela, non è -più-prerogativa soltanto dello Stato, essa è divenuta *funzione sociale diffusa*.

E allora mi domando: perché quando parliamo di protezione sociale del lavoratore ci riferiamo soltanto al *welfare* statale? Non c'è dubbio che sia compito dello Stato garantire la sicurezza sociale di tutti i cittadini ma quel che sta accadendo ormai da circa un ventennio, e con più forte intensità negli ultimi dieci anni, ci induce a prendere atto che lo Stato, di fatto, non è solo nello svolgimento del proprio dovere di predisporre e attuare misure di assistenza e sicurezza sociale.

Tra l'altro, non va sottaciuto che le vigenti misure in materia di politiche passive e attive manifestano non pochi profili di criticità, ivi compreso, da ultimo, il reddito di cittadinanza, una misura assistenziale e ad un tempo condizionata.

Il rdc esprime una condizionalità certamente forte, piuttosto aspra, sulla cui effettività, tuttavia, c'è da rimanere perplessi. Lo strumento è stato emanato in mancanza di due presupposti: la riforma sui centri per l'impiego e la previsione di misure antielusive e di contrasto al lavoro sommerso, anche questa una riforma solo annunciata. Plausibilmente, dunque, usufruiranno del reddito di cittadinanza, per larga parte, anche coloro che svolgono attività non dichiarate o nel

cui ambito familiare vi sono già redditi da lavoro, i quali non avranno interesse a svolgere alcuna attività lavorativa imposta dalla misura assistenziale.

Negli ultimi tempi la più autorevole dottrina giusprevidenzialistica ci ha offerto diversi spaccati sulle condizioni del nostro sistema di Stato sociale, sollecitando riflessioni sull’esigenza di “ripensare il welfare” attraverso una «riscrittura» e non una «rilettura» dell’art. 38 Cost. «a mezzo di un approdo ad un *welfare* universalistico»¹⁰.

Come dicevo in apertura, si potrebbe ripensare il *welfare* in una prospettiva allargata, favorendo, a partire già dal dibattito scientifico, l’inclusione del fenomeno crescente del pluralismo sociale e le sue modalità di varia estrinsecazione. Il *welfare* di comunità, ad esempio, è la più elevata rappresentazione di pluralismo sociale ponendosi in rapporto di specie a genere con il *welfare* societario per la valenza fortemente inclusiva insita nel concetto stesso di comunità. L’etimologia del termine comunità ci riporta al termine latino *communis* (che è di tutti) e allude ad un insieme di persone unite dalla legge del dono reciproco.

Il *welfare* di comunità è diffuso nella prassi, è testimonianza dello spostamento del baricentro della protezione sociale dallo Stato alla società e si traduce nel funzionamento dei “servizi di prossimità” ovvero di quei servizi che sono offerti nei territori comunali da soggetti pubblici e privati, che sono finalizzati alla promozione del bene sociale e implicano un forte legame relazionale tra chi eroga la prestazione e chi ne fruisce.

Trova fondamento giuridico anzitutto nella Costituzione, agli artt. 38, commi 4-5 e 118, comma 4, e poi nella legge n. 205/2017 (finanziaria 2018), all’art. 1, comma 201, che incentiva il *welfare* di comunità prevedendo l’assegnazione di un credito d’imposta alla fondazioni che nell’ambito dei propri scopi statutari realizzano progetti volti alla promozione del *welfare* di comunità, attraverso interventi e misure di contrasto alla povertà, alle fragilità sociali e al disagio giovanile, di tutela dell’infanzia, di cura e assistenza agli anziani e ai disabili, di inclusione socio-lavorativa. Segnatamente, la norma riconosce «alle fondazioni di cui alla l. 153/1999 un contributo, sotto forma di credito d’imposta, pari al 65 per cento delle erogazioni effettuate nei periodi d’imposta successivi a quello in corso al 31 dicembre 2017, a condizione che le predette erogazioni siano utilizzate dai soggetti richiedenti nell’ambito dell’attività non commerciale».

Il territorio nazionale vanta numerosi progetti di *welfare* comunitario, particolarmente per l’iniziativa della Fondazione Cariplo che ne ha sostenuto circa 37 attraverso quattro bandi editi nel quadriennio anni 2014-2018, che hanno visto il coinvolgimento di 352 partner pubblici e del privato sociale, oltre molte aziende profuse in attività di *welfare* aziendale (servizi di cura e conciliazione, politiche per i giovani e affetti da disabilità, accoglienza e integrazione socio-lavorativa dei richiedenti asilo). Meritevoli iniziative solidaristiche sono state compiute anche in area meridionale da Fondazione con il Sud, a conferma dell’attualità di un antico e autorevole insegnamento secondo cui la solidarietà prima di essere “regola” deve essere “fatto”¹¹.

¹⁰ Si vedano i saggi di R. Pessi e di M. Cinelli pubblicati su *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, 2017, n. 3, sulla trama del dibattito con M. Persiani e P. Sandulli.

¹¹ Si tratta di P. Barcellona che L. Zoppoli ricorda nello scritto *Solidarietà e diritto del lavoro: dissolvenza o polimorfismo?*, WP CSDLLE “Massimo D’Antona”.IT – 356/2018, p. 14.