

Federico Maria Putaturo Donati

# Fondo di garanzia tra fine sociale e vincoli di sistema

(doi: 10.3241/98432)

Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale (ISSN 1720-562X)

Fascicolo 3, settembre 2020

**Ente di afferenza:**

*Università di Napoli Federico II (unina)*

Copyright © by Società editrice il Mulino, Bologna. Tutti i diritti sono riservati.

Per altre informazioni si veda <https://www.rivisteweb.it>

**Licenza d'uso**

L'articolo è messo a disposizione dell'utente in licenza per uso esclusivamente privato e personale, senza scopo di lucro e senza fini direttamente o indirettamente commerciali. Salvo quanto espressamente previsto dalla licenza d'uso Rivisteweb, è fatto divieto di riprodurre, trasmettere, distribuire o altrimenti utilizzare l'articolo, per qualsiasi scopo o fine. Tutti i diritti sono riservati.

Federico Maria Putaturo Donati

## **Fondo di garanzia tra fine sociale e vincoli di sistema**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Politica sociale comunitaria e tutela per l'insolvenza del datore di lavoro. Cenni. – 3. Fondo di garanzia e prestazioni assicurate: condizioni e limiti per l'accesso al pagamento del trattamento di fine rapporto (...). – 4. (...) e di altri crediti diversi. – 5. *Segue*. Manleva e realizzazione della posizione contributiva obbligatoria (...). – 6. (...) e complementare. – 7. Fondo di tesoreria e legittimazione ad agire per la realizzazione del credito.

### 1. Premessa

L'esigenza di tutelare il reddito del lavoratore assume rilievo non soltanto nel caso in cui sia momentaneamente perduto o divenuto impossibile (come in ipotesi di disoccupazione, sospensione del lavoro, infortunio, malattia, o invalidità, vecchiaia, morte), ma anche quando lo stesso risulti di difficile o impossibile esazione.

Questa ultima eventualità rende ragione del riconoscimento di alcune misure di tipo positivo a garanzia dell'interesse protetto, dirette ad accrescere la probabilità di realizzazione del credito da lavoro oppure a sottrarre lo stesso al rischio di restare insoddisfatto, qualora il patrimonio del debitore risulti insufficiente<sup>1</sup>.

Il rinvio è, *in un caso*, all'azione esperibile, *ex art.* 1676 c.c., dal dipendente dell'appaltatore nei confronti dell'appaltante, sia pure nei limiti della sua esposizione debitoria; alla responsabilità in solido tra cedente e cessionario prevista dall'art. 2112, c. 2, c.c. per l'adempimento di tutti i

<sup>1</sup> Per tutti, M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, Torino, 2020, p. 405, per il quale lo speciale fondo di cui alla l. n. 297/1982, art. 2, unitamente ad altre tipologie di intervento previdenziale a tutela del credito da lavoro (si pensi al compito di provvedere al trattamento di fine rapporto per impiegati e dirigenti assegnato nel settore agricolo all'ENPAIA o alle analoghe funzioni mutualistiche benché per altre voci retributive assolte dalle casse edili), offrono una garanzia che, quantitativamente, resta pur sempre parziale.

crediti del lavoratore al tempo del trasferimento; o alla possibilità, recata dall'art. 29, c. 2, d.lgs. n. 276/2003, di convenire in giudizio, in caso di appalto, di subappalto e ora anche di subfornitura<sup>2</sup>, il committente per i crediti aventi natura retributiva e contributiva dei dipendenti dell'appaltatore, del subappaltatore e del subfornitore<sup>3</sup>.

*In un altro*, è data la possibilità di accedere al Fondo di garanzia che assicura, in caso di cessazione del rapporto di lavoro e in sostituzione del datore insolvente o semplicemente inadempiente, la erogazione del trattamento di fine rapporto, giusta l'art. 2, l. n. 297/1982, oltre che di crediti retributivi diversi, ai sensi del d.lgs. n. 80/1992, dando attuazione a una forma concreta di manleva diretta, svincolata dal legame con i presupposti concreti delle obbligazioni retributive rimaste insolute<sup>4</sup>, alla stregua di una copertura sociale obbligatoria, con conseguente applicazione delle norme sulle modalità per conseguire le prestazioni previdenziali<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> Cfr. Corte cost. 7 dicembre 2017, n. 254.

<sup>3</sup> Nel senso della qualificazione della obbligazione solidale alla stregua di un acollo *ex lege*, cfr. Cass. 23 maggio 2016, n. 10633, secondo cui, se è da escludere che a seguito dell'adempimento si realizza fra committente e lavoratore un rapporto giuridico assimilabile a quello scaturente da una cessione del credito, di converso, è da ritenere che l'obbligo solidale si risolve in una garanzia a favore del datore di lavoro a vantaggio del lavoratore, ovvero che il committente, adempiendo, assolva a una obbligazione propria, quale quella istituita dall'art. 29, c. 2, d.lgs. n. 276/2003, che lo legittima, come nei rapporti tra condebitori solidali, a un'azione di regresso, ai sensi dell'art. 1299 c.c., soltanto nei confronti dell'appaltatore, potendo sempre surrogarsi nella posizione del lavoratore, sulla base del principio di cui all'art. 1203, n. 3, c.c., che richiede che il surrogante abbia un interesse giuridicamente qualificato alla estinzione della obbligazione, alla stregua di quello del committente che abbia provveduto al pagamento di un debito posto a suo carico, nell'interesse esclusivo dell'appaltatore.

<sup>4</sup> Così, efficacemente, G. FERRARO, *Crisi dell'impresa, procedure concorsuali e tutela dei lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1985, I, p. 146; cui, *adde*, R. ROMEI, *La tutela dei crediti di lavoro nelle procedure concorsuali*, in *Dir. rel. ind.*, 1993, pp. 171-172.

<sup>5</sup> In questi termini, sul presupposto che il diritto del lavoratore abbia natura di diritto di credito a una prestazione previdenziale, distinto e autonomo rispetto al credito vantato nei confronti del datore di lavoro, restando esclusa, pertanto, la fattispecie di obbligazione solidale, cfr. Cass. 19 dicembre 2005, n. 27917; 5 maggio 2008, n. 11009; 3 marzo 2010, n. 8265; 28 luglio 2011, n. 16617; 22 dicembre 2016, n. 26819; 21 dicembre 2017, n. 30712; 19 luglio 2018, n. 19277; 3 gennaio 2020, n. 32.

## 2. Politica sociale comunitaria e tutela per l'insolvenza del datore di lavoro. Cenni

Entrambe le disposizioni che presiedono l'intervento del Fondo di garanzia recepiscono la direttiva n. 80/987/CEE, sia pure all'esito di un processo traspositivo travagliato<sup>6</sup> e non indolore<sup>7</sup>.

La normativa, in particolare, obbliga gli Stati membri ad adottare le misure necessarie affinché organismi di garanzia assicurino il pagamento delle retribuzioni non corrisposte ai lavoratori subordinati dipendenti di datori di lavoro per i quali sia stata chiesta l'apertura di una procedura concorsuale, riconoscendo la possibilità di introdurre massimali al *quantum* da erogare, purché siano soddisfatti i crediti da lavoro degli ultimi tre mesi nell'ambito di un periodo minimo di sei mesi precedenti il manifestarsi della insolvenza<sup>8</sup>.

Il tutto per poi stabilire: *sia* la indipendenza del patrimonio sociale dal capitale di esercizio di impresa, come anche la sua insequestrabilità; *sia* un (co)finanziamento datoriale; *sia* l'erogazione della provvidenza a prescindere dall'adempimento degli obblighi di contribuzione; *sia ancora* la effettività dei diritti alle prestazioni in caso di mancato pagamento dei

<sup>6</sup> Per la condanna dell'Italia per mancato adempimento della dir. n. 80/987/CEE, cfr. Corte giust. 2 febbraio 1989, n. 22/87, che ritiene insufficiente una tutela delle retribuzioni correnti realizzata attraverso i soli interventi della Cassa integrazione guadagni; ma già Corte giust. 19 novembre 1991, cause riunite nn. 6 e 9/90, laddove rimarca sul versante previdenziale la inadeguatezza della garanzia data dall'automatismo delle prestazioni *ex art.* 2116 c.c., operando la stessa nei limiti della contribuzione non prescritta.

<sup>7</sup> Cfr. Corte giust. 10 luglio 1997, n. 373/95, secondo cui, se nell'ambito del risarcimento del danno subito da taluni lavoratori a seguito della tardiva attuazione della dir. n. 80/987/CEE uno Stato membro può legittimamente applicare con efficacia retroattiva nei loro confronti le misure di attuazione adottate tardivamente, ivi comprese le norme anticumulo o le altre limitazioni dell'obbligo di pagamento dell'organismo di garanzia, a condizione che la normativa sia stata regolarmente recepita, spetta, tuttavia, al giudice nazionale far sì che il risarcimento del danno subito dai beneficiari sia adeguato.

<sup>8</sup> Nel senso che gli Stati membri possono eccezionalmente escludere dal campo di applicazione della dir. n. 80/987/CEE i diritti di alcune categorie di lavoratori subordinati, purché prevedano forme di garanzia idonee ad assicurare una tutela equivalente, CGUE, 25 febbraio 2016, causa n. 292/14, per cui i lavoratori marittimi residenti in uno Stato membro, ingaggiati da una società che ha sede statutaria in uno Stato terzo, ma sede effettiva nel medesimo Stato membro, per prestare lavoro a bordo di una nave da crociera battente bandiera di detto Stato terzo, devono poter beneficiare della tutela istituita dalla dir. n. 80/987/CEE relativamente ai crediti retributivi non pagati che essi vantano nei confronti della società datrice di lavoro, dichiarata fallita nello Stato membro.

contributi obbligatori dovuti al regime di previdenza pubblica o complementare dal datore di lavoro prima dell'insorgere della incapacità.

Mentre è con la dir. n. 2002/74/CE che le tutele sono estese in tutti i procedimenti finalizzati a perseguire lo stato di insolvenza, con beneficio anche per i lavoratori *part time*, a termine e interinali, inclusi quelli chiamati a svolgere la loro attività in ambito transnazionale<sup>9</sup>.

Un profilo di disciplina questo ultimo specificatamente implementato dal d.lgs. n. 186/2005<sup>10</sup>, che, nell'aggiungere il comma 4-*bis* all'art. 2, l. n. 297/1982 e il comma 2-*bis* all'art. 2, d.lgs. n. 80/1992, prevede la operatività del Fondo di garanzia anche nel caso in cui datore di lavoro sia una impresa, avente attività sul territorio di almeno due Stati membri, costituita secondo il diritto di un altro Stato membro e in questo sottoposta a una procedura concorsuale, a condizione che il dipendente abbia abitualmente svolto la sua attività in Italia, imponendo, al contempo, l'obbligo di notifica alla Commissione europea di tutti i tipi di procedura che rientrino nel campo di applicazione della misura<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> La dir. n. 80/987/CEE, come modificata dalla dir. n. 2002/74/CE, è stata codificata dalla dir. n. 2008/94/CE, come novellata dalla dir. n. 2015/1794/CE, che, entrata in vigore il 17 novembre 2008, che è valsa a chiarire la *ratio* del regime di tutela accordata ai lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro. Per una disamina articolata della disciplina comunitaria, *ex plurimis*, M. PALLINI, *La nuova disciplina comunitaria della tutela dei lavoratori in caso di insolvenza del datore: la direttiva 2002/74/CE*, in WP C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona», n. 32/2004, pp. 1 ss.; M. AIMO, *Garanzie dei crediti e insolvenza del datore di lavoro*, in F. Carinci-A-Pizzoferrato (a cura di), *Diritto del lavoro dell'Unione Europea*, in F. Carinci (diretto da), *Diritto del lavoro, Commentario*, Torino, 2010, IX, pp. 745 ss.; D. GAROFALO, *Insolvenza del datore di lavoro e tutela previdenziale dei lavoratori*, in M. MARAZZA, D. GAROFALO, *Insolvenza del datore di lavoro e tutele del lavoratore*, Torino, 2015, pp. 123-133 e ivi ulteriori riferimenti in dottrina, per il quale l'assenza di interventi della giustizia comunitaria sulla legislazione italiana, eccezion fatta per il c.d. caso Visciano (Corte giust. 16 luglio 2009, causa n. 69/08), depone per la conformità dell'ordinamento interno a quello sovranazionale del 2002 e del 2008; ma già ID., *Insolvenza del datore di lavoro e tutele del lavoratore*, in M. Persiani, F. Carinci (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, in M. Marazza (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova, IV, II, 2012, pp. 2306 ss.

<sup>10</sup> Per la tendenziale conformità dell'ordinamento interno alle altre modifiche recate dalla direttiva 2002/74/CE, cfr. relazione governativa al d.lgs. n. 186/2005, in *Guida al lav.*, 2005, n. 39, p. 28.

<sup>11</sup> Per l'intervento del Fondo anche nel caso di procedure concorsuali aperte in un altro degli stati membri dell'Unione europea solo a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 186/2005, ovvero successivamente al 6 ottobre 2005, cfr. circ. INPS n. 74/2008.

### 3. Fondo di garanzia e prestazioni assicurate: condizioni e limiti per l'accesso al pagamento del trattamento di fine rapporto (...)

Conformemente al dato comunitario, il Fondo di garanzia, che è gestito dall'INPS o dall'ente di categoria (si pensi all'INPGI per i giornalisti o all'INPDAI per i dirigenti di aziende industriali), è alimentato da specifico contributo dei datori di lavoro.

Il suo intervento, quanto al trattamento di fine rapporto, se non copre le quote maturate durante i periodi di Cassa integrazione guadagni straordinaria occasionata da un contratto di solidarietà (d.lgs. n. 148/2015, art. 21, c. 5), che, di contro, sono a carico del Fondo di tesoreria ex l. n. 296/2006, può essere richiesto: dai lavoratori subordinati – anche se dipendenti di un terzo interposto<sup>12</sup> – o loro aventi diritto, tanto se eredi ex art. 2122 c.c. quanto se cessionari del credito<sup>13</sup>; dai dipendenti degli enti pubblici economici che siano soggetti alla disciplina recata dall'art. 2120 c.c.; dai dipendenti di aziende agricole, limitatamente agli operai assunti a tempo indeterminato; nonché dai soci di cooperative di produzione e lavoro (rilegittimati ex art. 24, l. n. 196/1997).

In particolare, la domanda può essere proposta in caso di insolvenza del datore di lavoro accertata in sede di procedura concorsuale (ovvero di fallimento, liquidazione coatta amministrativa o concordato preventivo) oppure di semplice inadempienza<sup>14</sup>, purché il rapporto di lavoro

<sup>12</sup> Cfr. Cass. 3 marzo 2001, n. 3096, per cui in caso di intermediazione vietata di mano d'opera, i lavoratori, se pure sono considerati a tutti gli effetti alle dipendenze dell'imprenditore che effettivamente ne abbia utilizzato le prestazioni, possono comunque richiedere l'adempimento degli obblighi retributivi al datore di lavoro apparente (sia perché essi possono non essere consapevoli della sussistenza dell'intermediazione illecita, sia perché in ogni caso il datore di lavoro interposto non può essere sottratto alla responsabilità retributiva nei confronti dei lavoratori da lui formalmente dipendenti), e, per l'effetto, in caso di fallimento di questo ultimo, ben possono esigere dal Fondo di garanzia il pagamento del trattamento di fine rapporto, secondo modalità e termini di cui all'art. 2, l. n. 297/1982.

<sup>13</sup> Cfr. Cass. 14 dicembre 2010, n. 25257, secondo cui la locuzione «avente diritto» indica semplicemente la posizione giuridica del soggetto che, a qualsiasi titolo, sia succeduto ad altri nella titolarità di un diritto, sicché, per un verso, non può considerarsi di contenuto più limitato rispetto a quella di «avente causa», e, per altro verso, il suo utilizzo, in difetto di ulteriori specificazioni, non è di per sé idoneo a circoscrivere a una determinata categoria i soggetti succeduti nel diritto a cui viene fatto riferimento. Su cui, *amplius*, circ. INPS n. 89/2012; nonché mess n. 2506/2018.

<sup>14</sup> Sulla nozione di insolvenza latamente intesa, per tutti, A. BELLAVISTA, *Insolvenza del datore di lavoro*, in *Enc. dir.*, *Agg. IV*, 2000, pp. 668 ss.; cui, *adde*, M.L. VALLAURI, *Il*

sia cessato, nel rispetto del termine di prescrizione ordinaria (speculare della natura previdenziale della prestazione assicurata)<sup>15</sup>, segnatamente decorrente dal perfezionarsi della fattispecie attributiva<sup>16</sup> e suscettibile di sospensione<sup>17</sup> o di interruzione, giammai per effetto di atti rivolti al datore di lavoro oppure agli organi della procedura concorsuale<sup>18</sup>.

*lavoro nella crisi dell'impresa. Garanzia dei diritti e salvaguardia dell'occupazione nel fallimento e nel concordato preventivo*, Milano, 2013, pp. 48 ss. Ma ora per una definizione *ex lege* di «insolvenza», v. art. 2, co.1, lett. b, d.lgs. n. 14/2019, recante Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza in attuazione della l. n. 155/2017.

<sup>15</sup> Su cui per tutti cfr. Cass. 26 maggio 2015, n. 10824, secondo cui, essendo il lavoratore titolare di un diritto di credito a una prestazione previdenziale, distinto e autonomo rispetto al credito vantato nei confronti del datore di lavoro, la prescrizione del diritto del lavoratore nei confronti del Fondo di garanzia è decennale. *Contra*, per il riconoscimento dell'azionabilità della garanzia entro il termine di prescrizione quinquennale del diritto al trattamento di fine rapporto *ex art. 2948, n. 5*), c.c., in ragione del riconoscimento della natura subordinata della prestazione assicurata, cfr. Cass. 13 novembre 2001, n. 14091.

<sup>16</sup> Cfr., per tutte, Cass. 24 febbraio 2006, n. 4183, per cui il diritto si perfeziona al verificarsi dei presupposti previsti dalla l. n. 297/1982, art. 2 (insolvenza del datore di lavoro, verifica dell'esistenza e misura del credito in sede di ammissione al passivo, ovvero all'esito di procedura esecutiva), con la conseguenza che prima nessuna domanda può essere rivolta all'INPS e, pertanto, non può decorrere la prescrizione del diritto del lavoratore nei confronti del Fondo di garanzia. Più precisamente, nel caso di procedure concorsuali, per la individuazione del *dies a quo* nel deposito dello stato passivo, cfr. Cass. 16 giugno 2011, n. 13158.

<sup>17</sup> Per l'applicabilità della sospensione, *ex art. 34, d.l. n. 18/2020*, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 27/2020, nel periodo 23 febbraio - 1° giugno 2020 dei termini di decadenza e di prescrizione relativi alle prestazioni previdenziali anche a quelle erogate dal Fondo di garanzia, cfr. mess. INPS n. 1627/2020.

<sup>18</sup> Nel senso che la domanda di ammissione allo stato passivo nei confronti del datore di lavoro non interrompe il termine di prescrizione, atteso che la natura previdenziale della prestazione assicurata dal Fondo di garanzia rende inapplicabile la disciplina delle obbligazioni in solido, e, in particolare, dell'art. 1310 c.c., *ex multis*, cfr. Cass. 23 luglio 2012, n. 12852; 9 settembre 2013, n. 20675; 9 giugno 2014, n. 12971; 13 ottobre 2015, nn. 20547 e 20548; 10 maggio 2016, n. 9495; n. 30712/2017; n. 19277/2018; n. 32/2020, secondo cui le circolari dell'INPS, tra le quali quella n. 74/2008, che fa decorrere il termine di prescrizione dalla data di chiusura della procedura concorsuale, non possono derogare alle disposizioni di legge, né influire sull'interpretazione delle medesime disposizioni, e ciò «anche se si tratti di atti del tipo cosiddetto normativo», i quali restano comunque «atti di rilevanza interna all'organizzazione dell'ente». *Contra*, sul presupposto che l'obbligazione che il Fondo di garanzia assume presenti al contempo i caratteri della sussidiarietà e della solidarietà, perché relativa alla medesima prestazione della obbligazione principale gravante sul datore di lavoro, cfr. Cass. 18 aprile 2001, n. 5658; Cass. n. 14091/2001, cit.; Cass. 22 marzo 2003, n. 4217; cfr., *etiam*, Trib. Milano, 26 novembre 2019, in *Wikilabour.it*, per il quale la precisazione del credito nell'ambito del concordato preventivo e l'ammissione del credito al passivo della procedura fallimentare sono atti idonei a interrompere il termine di prescrizione, producendo, in particolare, questa ultima, ai sensi dell'art. 94, r.d. n. 267/1942, gli stessi effetti della domanda giudiziale.

Nella *prima ipotesi*, l'avente causa può inoltrare al Fondo istanza dopo quindici giorni dal deposito dello stato passivo o dalla data di pubblicazione del decreto di omologazione, salvo che siano state proposte contestazioni, decorrendo il termine dal giorno successivo al provvedimento che decide sulle stesse.

In tal senso depone l'art. 2, c. 2, l. n. 297/1982 che, se non richiede la previa escussione di coobbligati in solido per l'accesso alla prestazione<sup>19</sup>, è chiaro nel riferirsi alla ipotesi in cui sia stato dichiarato insolvente e sottoposto alle procedure concorsuali il datore di lavoro che è tale al momento in cui la domanda di insinuazione al passivo fallimentare sia proposta dal lavoratore, ostando, di conseguenza, alla erogazione della provvidenza in caso di (erronea) ammissione del credito per trattamento di fine rapporto che sia maturato fino al momento della cessione di azienda nella procedura fallimentare del cedente<sup>20</sup>, e fondando, di converso, il diritto alla liquidazione per intero del credito qualora il cessionario fallisca<sup>21</sup>.

La norma, nel postulare che il lavoratore provi sempre e in ogni caso la insinuazione allo stato passivo del suo credito<sup>22</sup>, non tiene, tuttavia,

<sup>19</sup> Cfr. Cass. 17 ottobre 2018, n. 26021, secondo cui l'intervento del Fondo di garanzia non è subordinato alla previa escussione degli eventuali obbligati solidali che siano tenuti, anche solo *pro quota*, per il medesimo debito, prevedendo la l. n. 297/1982 l'accesso diretto alla prestazione previdenziale, salvo una breve dilazione temporale (quindici giorni) dal deposito dello stato passivo ovvero dalla sentenza che decide l'opposizione ad esso, e nessun ulteriore requisito (beneficio d'ordine, beneficio di escussione) che suffraghi la natura sussidiaria della copertura assicurata.

<sup>20</sup> In questi termini, sul presupposto che il credito per trattamento di fine rapporto non sia ancora esigibile, neppure in parte, divenendo tale solo all'atto della cessazione del rapporto di lavoro, cfr. Cass. 19 luglio 2018, n. 19277 e 19278; 1° ottobre 2018, n. 23775; 24 maggio 2019, n. 14348; (ord.) 23 gennaio 2020, n. 1534. *Contra*, facendo leva sul rilievo dell'ammissione al passivo, per quanto erronea, del credito per trattamento di fine rapporto e della mancata contestazione in sede di opposizione allo stato passivo, cfr. Cass. 13 novembre 2014, n. 24231; 13 novembre 2015, n. 23258; 4 dicembre 2015, n. 24730.

<sup>21</sup> Cfr. circ. INPS nn. 78/2008 e 89/2012.

<sup>22</sup> Nel senso che, in caso di fallimento del datore di lavoro, il pagamento del trattamento di fine rapporto da parte del Fondo di garanzia richiede, alla stregua della disciplina della l. n. 297/1982, art. 2, che il lavoratore assolva all'onere di dimostrare che è stata emessa la sentenza dichiarativa di fallimento e che il suo credito è stato ammesso allo stato passivo, senza che questo requisito possa essere escluso a seguito della dimostrazione, da parte del lavoratore, che la mancata insinuazione nel passivo fallimentare del suo credito è addebitabile alla incolpevole non conoscenza da parte sua della apertura della procedura fallimentare, poiché la legge fallimentare contiene una serie di disposizioni che assicurano ai terzi la possibilità di conoscenza in relazione ai diversi atti del procedimento e svolgono, quindi, la funzione di una vera e

conto delle innovazioni recate dal d.lgs. n. 5/2006, laddove non soltanto eleva il termine per proporre le impugnazioni a trenta giorni (*ex artt.* 97 e 99, r.d. n. 267/1942), ma prescinde dal presupposto del necessario passaggio dell'accertamento dello stato passivo, essendo lo stesso divenuto eventuale<sup>23</sup>.

Un vuoto di tutela questo ultimo sanabile, a ritenere che, qualora, pur a fronte della dichiarazione di fallimento, la procedura si sia chiusa con la previsione di insufficiente realizzo, e quindi il credito retributivo non sia stato oggetto di accertamento nello stato passivo, possa comunque trovare applicazione, in ossequio al principio di uguaglianza formale e sostanziale, l'art. 2, c. 5, l. n. 297/1982 che prevede l'intervento del Fondo di garanzia a favore dei lavoratori dipendenti da datori di lavoro non soggetti alle procedure concorsuali<sup>24</sup>.

Questa interpretazione estensiva pare richiedere che il diritto alla prestazione previdenziale maturi solo ove risulti la insufficienza delle garanzie patrimoniali del datore di lavoro a seguito dell'esperimento della esecuzione forzata per la realizzazione del credito al trattamento di fine rapporto<sup>25</sup>.

La riserva si impone, potendo la dimostrazione oggettiva d'incapienza consistere proprio nell'esito *ex art.* 102, r.d. n. 267/1942 della procedura fallimentare aperta per un datore di lavoro in stato di insolvenza e chiusa perché non possa essere acquisito attivo da distribuire

propria pubblicità dichiarativa, cfr. Cass. 12 gennaio 2000, n. 294; 27 agosto 2004, n. 17079; 8 marzo 2012, n. 3640; 3 aprile 2014, n. 5878; 29 luglio 2020, n. 16249, secondo cui «l'accertamento giurisdizionale della misura del credito retributivo solo in esito all'ammissione allo stato passivo (...) costituisce piuttosto un presupposto letteralmente e logicamente necessario, oltreché coerente da un punto di vista sistematico, trattandosi di modalità necessaria per la individuazione della misura stessa dell'intervento solidaristico del Fondo di garanzia, essendo l'ente previdenziale terzo rispetto al rapporto di lavoro *inter partes* ed essendo nondimeno la sua obbligazione modulata sul credito maturato in costanza di rapporto di lavoro».

<sup>23</sup> Su cui, *amplius*, P. TOSI, *Riforma della legge fallimentare e rapporti di lavoro*, in *Giur. piem.*, 2006, pp. 337 ss.

<sup>24</sup> Cfr. Cass. 22 maggio 2007, n. 11945. V., *etiam*, circ. INPS n. 32/2010.

<sup>25</sup> In questi termini, cfr. Cass. n. 11945/2007, cit., secondo cui, qualora l'ammissione del credito nello stato passivo sia reso impossibile dalla chiusura della procedura per insufficienza dell'attivo intervenuta dopo la proposizione, da parte del lavoratore, della domanda di insinuazione ma prima della udienza fissata per l'esame della stessa, il lavoratore che intenda chiedere l'intervento del Fondo di garanzia ha l'onere di procedere preventivamente, ai sensi del comma 5 dell'art. 2, l. n. 297/1982, a esecuzione forzata nei confronti del datore di lavoro tornato *in bonis* con la chiusura del fallimento; cui, *adde*, Cass. 1° aprile 2011, n. 7585; n. 3640/2012; 5 aprile 2019, n. 9670.

ad alcuno dei creditori che abbiano chiesto l'ammissione al passivo; con la conseguenza che l'istante, per accedere alla prestazione previdenziale, non sarebbe tenuto a dimostrare in giudizio il credito da lavoro assicurato, né dovrebbe esperire la procedura esecutiva. Ciò tenuto conto, *da un lato*, del tenore letterale della disposizione applicata (che giammai fonda l'esperimento della esecuzione forzata su un titolo di origine giudiziale) e dalla dir. n. 80/987/CEE (laddove l'art. 3 non postula il preventivo accertamento giudiziale del diritto); e, *dall'altro*, che una diversa ricostruzione, oltre a privare di effettività la tutela di derivazione comunitaria che necessita di essere celere e non diseconomica, comporterebbe, tra l'altro, l'ingresso di una «anomala “pregiudiziale giudiziaria” al fine di ottenere una prestazione amministrativa, invertendo così le funzioni proprie della giurisdizione e della amministrazione»<sup>26</sup>.

Quanto, invece, alla *seconda ipotesi*, che è prevista dall'art. 2, c. 5, l. n. 297/1982, per la presentazione della domanda, sempre che abbia a oggetto un credito certo<sup>27</sup>, è sufficiente l'esperimento, con esito parziale o totalmente negativo, dell'esecuzione forzata nei confronti del datore di lavoro inadempiente<sup>28</sup>, dovendo considerare tale anche chi, pur astrattamente assoggettabile al fallimento, non lo sia in concreto per ragioni soggettive (a esempio, per avere cessato l'attività d'impresa da oltre un anno)<sup>29</sup>, ovvero per ragioni oggettive (si pensi, a causa della esiguità del credito azionato)<sup>30</sup>.

<sup>26</sup> Trib. Catanzaro 21 ottobre 2016, in *Arg. dir. lav.*, 2017, pp. 788 ss., per cui, ai fini della tutela prevista dalla l. n. 297/1982 in favore del lavoratore, nel caso in cui l'accertamento del credito in sede fallimentare sia stato impedito a causa della chiusura anticipata della procedura per previsione d'insufficienza dell'attivo, il credito stesso ben può essere verificato in sede diversa da quella processuale, dovendo, solo se contestato, essere accertato incidentalmente in sede giurisdizionale.

<sup>27</sup> Si pensi a un credito da lavoro accertato tramite sentenza, decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo, decreto di esecutività del verbale di conciliazione ex art. 411, c. 3, c.p.c. o ex art. 410 c.p.c., o ancora diffida accertativa ai sensi dell'art. 12, d.lgs. n. 124/2004, che, con il provvedimento del direttore dell'Ispettorato territoriale del lavoro, acquista valore di accertamento tecnico con efficacia di titolo esecutivo. In particolare, per la necessità che la misura del credito retributivo sia consacrata in un titolo esecutivo conseguito nei confronti del datore di lavoro, dal momento che la esistenza della prestazione previdenziale del Fondo di garanzia dipende esclusivamente dall'accertamento dello stato di insolvenza del datore di lavoro debitore, nelle forme e nei modi previsti dalla l. n. 297/1982, cfr. Cass. n. 16249/2020.

<sup>28</sup> Su cui, *amplius*, cfr. mess. INPS n. 3854/2019.

<sup>29</sup> Cfr. Cass. 19 gennaio 2009, n. 1178.

<sup>30</sup> In questi termini, cfr. Cass. n. 7585/2011, cit.; 4 luglio 2014, n. 15369; 29 gennaio

Con la precisazione che, per quanto potrebbe prescindersi dalla verifica da parte del tribunale fallimentare all'esito dell'istruttoria prefallimentare della non fallibilità dell'imprenditore<sup>31</sup>, l'onere di dimostrare la mancanza o la insufficienza delle garanzie patrimoniali del debitore, tenuto conto della lettera e della *ratio* della norma<sup>32</sup>, se non comporta la ricerca di altri beni mobili o immobili del datore dopo l'esperimento diligente di una procedura esecutiva individuale conclusasi con esito interamente o parzialmente infruttuoso<sup>33</sup>, è destinato a venire meno ogni

2015, n. 1607, per cui è sufficiente che il lavoratore abbia esperito infruttuosamente una procedura di esecuzione, a meno che non risultino altre circostanze che dimostrino l'esistenza di altri beni aggredibili con l'azione esecutiva.

<sup>31</sup> Cfr. Cass. 28 gennaio 2020, n. 1887, per cui, ai fini dell'accesso al Fondo di garanzia, il presupposto della non assoggettabilità a fallimento dell'imprenditore, sia in astratto che in concreto, costituisce una tipica questione pregiudiziale in senso logico rispetto alla domanda giudiziale concernente la prestazione previdenziale, che può essere accertata dal giudice adito in via incidentale, ai sensi dell'art. 34 c.p.c., senza che sia necessaria una preventiva verifica da parte del Tribunale fallimentare con il concorso degli altri creditori. *Contra*, nel senso di ritenere che il rispetto dell'art. 15, ultimo c., r.d. n. 267/1942 funge da presupposto, unitamente all'insufficienza delle garanzie patrimoniali a seguito dell'esperimento della esecuzione forzata, per l'intervento dell'INPS, Cass. (ord.) 6 settembre 2018, n. 21734.

<sup>32</sup> Su cui, *amplius*, F. BANO, *L'intervento del fondo di garanzia per il t.f.r. e l'insolvenza del datore di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, II, p. 705.

<sup>33</sup> Così, *ex multis*; cfr. Cass. 2 febbraio 2004, n. 1848; 9 marzo 2011, n. 3511; nonché più di recente, *etiam*, 21 aprile 2016, n. 8072, secondo cui in caso di insolvenza del datore di lavoro non soggetto alle disposizioni della legge fallimentare, qualora il lavoratore agisca nei confronti del Fondo di garanzia per ottenere il pagamento del trattamento di fine rapporto gravante sull'eredità giacente (perché gli eredi abbiano rinunciato all'eredità), presupposti per la liquidazione sono l'esistenza e la consistenza del credito risultante da un titolo anche giudiziale, che il lavoratore ha l'onere di preconstituire, unitamente alla insufficienza del patrimonio ereditario, che può considerarsi provata, oltre che con l'esperimento infruttuoso dell'esecuzione o con lo stato di graduazione dei crediti predisposto dal curatore dell'eredità giacente, anche con la dichiarazione del curatore della insufficienza delle garanzie patrimoniali del debitore e della impossibilità di procedere alla liquidazione concorsuale per incapienza dell'attivo; *etiam* cfr. Trib. Verona, 23 maggio 2019, n. 280, in *Guida al lav.*, 2019, nn. 33-34, p. 43, per cui il tentativo di pignoramento risultò infruttuoso (in specie, per la chiusura della sede legale della ditta individuale esecutata, ritualmente verificata dall'ufficiale giudiziario nel corso di un accesso *ad hoc*) costituisce legittimo presupposto di accesso al Fondo di garanzia non essendo tenuto il lavoratore, anche in ragione del modesto credito azionato, a produrre in giudizio una visura immobiliare da cui risulti una insufficienza patrimoniale del debitore; Trib. Verona, 30 maggio 2019, n. 288, in *Guida al lav.*, 2019, n. 33-34, p. 43, secondo cui una volta effettuati inutilmente alcuni tentativi di esecuzione mobiliare, il lavoratore anche in ragione della modestia del credito fatto valere e in una logica di ponderato equilibrio tra costi e benefici, non è tenuto ad avviare una procedura esecutiva immobiliare, notoriamente costosa e di per sé incapace di garantire un risultato utile, potendo legittimamente accedere al Fondo di garanzia per il trattamento di fine rapporto non percepito. *Contra*, per la necessità,

qualvolta lo stato di incapienza possa considerarsi provato in relazione alle particolari circostanze del caso concreto<sup>34</sup>.

Argomentando altrimenti, è necessario che l'azione esecutiva sia effettuata in modo serio e adeguato, anche se eventualmente infruttuoso, occorrendo al riguardo la ordinaria diligenza, il che determina che creditore debba tentare le forme di esecuzione che si prospettino fruttuose, non essendo tenuto a esperire quelle che appaiono infruttuose o aleatorie o allorquando i loro costi certi si appalesino superiori ai benefici futuri, valutati secondo un criterio di probabilità<sup>35</sup>.

L'intervento del Fondo di garanzia, di converso, non è ammissibile in caso di amministrazione controllata *sia* perché la l. n. 297/1982 non menziona questa particolare procedura, *sia* per mancanza del presupposto della insolvenza, ricorrendo una temporanea difficoltà ad adempiere, *sia ancora* perché il d.lgs. n. 5/2006, *ex art.* 147, c. 1, abroga, dal 16 luglio 2016 in poi, l'intero titolo V r.d. n. 267/1942; il che non vale per l'amministrazione straordinaria, stante la previsione di cui all'art. 48, l. n. 428/1990 e all'art. 5, l. n. 166/1991, e ancor più degli artt. 20 e 102, d.lgs. n. 270/1999<sup>36</sup>.

Resta fermo che le somme da erogare a titolo di trattamento di fine rapporto devono essere comprensive del danno da svalutazione moneta-

ai fini della dimostrazione della mancanza di tali garanzie, che il creditore, dopo avere tentato un pignoramento mobiliare rivelatosi infruttuoso, si assuma il compito di ricercare, nei luoghi di nascita, di residenza, di domicilio o della sede dell'impresa del debitore, l'esistenza di altri beni, mobili o immobili, appartenenti a quest'ultimo, cfr. Cass. 2 aprile 2002, n. 4666; 11 luglio 2003, n. 10953; 28 marzo 2003, n. 4783; 29 luglio 2004, n. 14447, per cui qualora si prospetti la possibilità di ulteriori forme di esecuzione, il creditore è tenuto a esperire quelle che appaiano fruttuose secondo il principio dell'ordinaria diligenza, ma non è tenuto a esperire azioni esecutive che appaiano infruttuose o aleatorie, quando, per queste ultime, i costi certi superino i benefici futuri, valutati secondo un criterio di probabilità; 8 maggio 2008, n. 11379; n. 1178/2009, cit.

<sup>34</sup> Cfr. Cass. 17 aprile 2007, n. 9108.

<sup>35</sup> Così, cfr. Cass. n. 14447/2004; n. 9108/2007; n. 11379/2008; 5 settembre 2016, n. 17593; 28 marzo 2017, n. 7924; 11 gennaio 2019, n. 579. Più specificatamente, a ritenere che l'esperimento di un serio tentativo di esecuzione costituisca, anche se non ultimato, presunzione legale circa la insufficienza delle garanzie patrimoniali del debitore, rendendo non necessari ulteriori tentativi in tal senso, anche presso terzi, cfr. Cass. 9 marzo 2001, n. 3511, Cass. 16 gennaio 2004, n. 625, che rimarca come l'art. 2, c. 5, l. n. 297/1982 si limiti a parlare di «esperimento».

<sup>36</sup> Per effetto del combinato disposto, perché il Fondo di garanzia possa intervenire solo alla cessazione del rapporto di lavoro, limitatamente alla quota maturata prima dell'avvio della procedura e per quella maturata dopo solo nel caso in cui non si possa provvedere al pagamento della relativa quota in prededuzione per mancanza di attivo, D. GAROFALO, *Insolvenza del datore di lavoro e tutela previdenziale dei lavoratori*, cit., p. 161.

ria e degli interessi legali, a fronte dell'accollo *ex lege* di una obbligazione avente a oggetto un emolumento pur sempre di natura retributiva<sup>37</sup>, senza che ciò sia contraddetto dalla natura previdenziale della prestazione assicurata<sup>38</sup>.

Mentre le stesse una volta liquidate fondano il diritto del Fondo di surrogarsi al lavoratore o suoi aventi causa nel privilegio spettante *ex artt.* 2751-*bis* e 2776 c.c. sul patrimonio del datore di lavoro insolvente e degli eventuali condebitori solidali (art. 2, c. 7, l. n. 297/1982).

Questo ultimo inciso, aggiunto dall'art. 97, c. 1, lett. b, d.l. n. 34/2020, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 77/2020, chiama in causa la responsabilità solidale dei danti causa, *in primis* dell'appaltante, cui, tuttavia, non è data possibilità di rivalsa nei confronti dell'INPS laddove, quale coobbligato *ex art.* 29, c. 2, d.lgs. n. 276/2003, abbia risposto per i crediti retributivi, comprese le quote di trattamento di fine rapporto, dei lavoratori dipendenti dell'appaltatore: ciò atteso che, in presenza dell'adempimento, non può operare la provvidenza recata dalla l. n. 297/1982, «la cui *ratio* si identifica nel tenere indenne, nella misura ivi prevista, il lavoratore dal rischio della mancata corresponsione del trattamento retributivo»<sup>39</sup>.

Di certo, ove promossa l'azione di surrogazione, il Fondo, se è tenuto a provare non già la sussistenza degli elementi costitutivi dell'autonoma fattispecie previdenziale, bensì solo l'avvenuta erogazione della prestazione assicurativa e la sussistenza del diritto al trattamento di fine

<sup>37</sup> Per tutti, Cass., sez. un., 3 ottobre 2002, n. 14220, secondo cui il credito del lavoratore per il trattamento di fine rapporto e per gli emolumenti relativi agli ultimi tre mesi del rapporto non muta la propria natura retributiva quando, in forza della l. n. 297/1982 e del d.lgs. n. 80/1992, sia fatto valere nei confronti del Fondo di garanzia per l'insolvenza o l'inadempimento del datore di lavoro, con la conseguenza che il Fondo è tenuto a corrispondere il medesimo debito che grava sul datore di lavoro nel suo intero ammontare, comprendente la somma capitale e gli accessori. Su cui, *etiam*, circ. INPS n. 74/2008, per cui l'ammissione del credito accertato per il trattamento di fine rapporto nello stato passivo determina la misura dell'obbligazione del Fondo, con conseguente debenza anche di interessi e rivalutazione monetaria.

<sup>38</sup> Nel senso che il termine «accollo» non evoca tecnicamente l'istituto di cui all'art. 1275 c.c., ma è espressione della *ratio legis* «di accollare al Fondo una obbligazione corrispondente nel contenuto (determinato *per relationem*) a quella gravante sul datore di lavoro», cfr. Cass. n. 4183/2006, cit.

<sup>39</sup> In questi termini, ferma la legittimazione del *solvens* a surrogarsi nei diritti del lavoratore verso l'appaltatore, ai sensi dell'art. 1203, n. 3, c.c., *ex multis* cfr. Cass. 20 maggio 2016, n. 10543; 8 aprile 2019, n. 9753; 27 gennaio 2020, n. 1800.

rapporto in capo al lavoratore<sup>40</sup>, al contempo, è ammesso nella procedura fallimentare nella stessa posizione che avrebbe assunto il lavoratore, comprendendo nel credito privilegiato interessi e rivalutazione monetaria rispettivamente, i primi, fino alla vendita e, la seconda, sino al momento in cui lo stato passivo diventa definitivo, non anche gli accessori a valere successivamente<sup>41</sup>.

#### 4. (...) e di altri crediti diversi

Quanto ai crediti di lavoro maturati in prossimità dell'insorgere dello stato di insolvenza, ad assumere rilievo è il d.lgs. n. 80/1992 che disciplina le condizioni modali di intervento del Fondo di garanzia, prevedendo anche una peculiare forma di risarcimento del danno per il ritardo nell'attuazione della dir. n. 80/987/CEE<sup>42</sup>.

In particolare, la copertura previdenziale è azionabile dagli stessi legittimati e negli stessi casi ammessi per il trattamento di fine rapporto<sup>43</sup>, ma entro il diverso termine di prescrizione di un anno (art. 2, c. 5, che riconosce la debenza di interessi e svalutazione monetaria dalla sola data di presentazione della domanda); termine che è suscettibile di sospensione<sup>44</sup>, come anche di essere interrotto dalla presentazione della domanda

<sup>40</sup> Cfr. Cass. 11 ottobre 2019, n. 25682, secondo cui, poiché *ex art. 2, c. 7*, seconda parte, l. n. 297/1982, «(...) Il fondo è surrogato di diritto al lavoratore o ai suoi aventi causa nel privilegio spettante sul patrimonio dei datori di lavoro ai sensi degli articoli 2751-*bis* e 2776 del codice civile per le somme da esso pagate», è evidente che tale surrogazione consegue all'intervento dell'ente previdenziale imputabile al fatto del datore di lavoro resosi inadempiente all'obbligo di corrispondere il trattamento di fine rapporto a causa della propria insolvenza, e ciò secondo principi desumibili dagli artt. 1886 e 1916 c.c.

<sup>41</sup> Cfr. Cass. 27 luglio 2011, n. 16447.

<sup>42</sup> Per la legittimità del combinato disposto di cui agli artt. 1, cc. 1 e 2, e 2, c. 7, d.lgs. n. 80/1992, laddove, *da una parte*, delimita temporalmente la garanzia in favore dei lavoratori dipendenti da datori di lavoro non assoggettabili a procedure concorsuali, operando la stessa per i crediti da lavoro maturati dopo il 28 febbraio 1992, e, *dall'altra*, riconosce ai soli lavoratori dipendenti da datori di lavoro soggetti a procedure concorsuali il diritto al pagamento di un'indennità risarcitoria per le fattispecie perfezionate dopo la data ultima di attuazione della direttiva, ma prima della entrata in vigore del decreto legislativo, cfr., da ultimo, Corte cost. 16 dicembre 1998, n. 409.

<sup>43</sup> Per l'estensione della tutela all'ipotesi di sottoposizione dell'impresa a una procedura di amministrazione straordinaria, v. art. 1, c. 1, d.lgs. n. 80/1992.

<sup>44</sup> Per l'applicabilità della sospensione di diritto durante il periodo emergenziale del termine di prescrizione annuale, cfr. mess. INPS n. 1627/2020.

che determina l'apertura del procedimento in sede amministrativa preordinato alla liquidazione<sup>45</sup>.

La misura sconta, tuttavia, alcune limitazioni, in tutto tre, che, per quanto conformi al dettato comunitario, ne riducono sensibilmente la portata applicativa (art. 2, cc. 1-4, d.lgs. n. 80/1992).

Ad assumere rilievo è, *dapprima*, il contingentamento a un importo non superiore a una somma pari a tre volte la misura massima del trattamento straordinario di integrazione salariale mensile, al netto delle trattenute previdenziali e assistenziali<sup>46</sup>.

Segue, *poi*, il riconoscimento dell'operatività della garanzia per i soli crediti di lavoro inerenti gli ultimi tre mesi del rapporto di lavoro che rientrino nel periodo dei dodici mesi precedenti la data del provvedimento di apertura della procedura fallimentare – o di messa in liquidazione dell'impresa o di cessazione dell'esercizio provvisorio o di autorizzazione alla continuazione dell'esercizio di impresa, per quanti abbiano continuato a prestare attività lavorativa, o di cessazione del rapporto di lavoro, se questa è intervenuta durante la continuazione dell'attività della impresa – o di inizio dell'esecuzione.

In tal senso depone l'art. 2, c. 1, d.lgs. n. 80/1992, rispetto al quale è necessario un duplice chiarimento.

*In primo luogo*, nei crediti di lavoro assicurati rientrano anche le somme dovute dal datore di lavoro a titolo di prestazioni di maternità o di malattia (con esclusione della quota a carico dell'INPS che avrebbe dovuto essere anticipata), mentre fuoriesce la indennità sostitutiva del preavviso in ragione della sua portata indennitaria<sup>47</sup>.

Indennizzabile è anche la indennità sostitutiva delle ferie, nella misura in cui la stessa è riconosciuta quale componente dell'obbligazione

<sup>45</sup> In questi termini, cfr. Cass. 8 luglio 2009, n. 15978; 5 settembre 2016, n. 17592, per cui il decorso della prescrizione resta sospeso fino alla conclusione dell'*iter* amministrativo; v., *etiam*, Trib. Firenze, 6 luglio 2016, cit., secondo cui il termine di un anno decorre dallo scadere dei duecentoquaranta giorni utili per il completamento del procedimento amministrativo (così computati sessanta giorni per lo *spatium deliberandi ex* art. 2, c. 7, l. n. 297/1982, più novanta giorni *ex* art. 46, c. 5, l. n. 88/1989, quale termine per il ricorso amministrativo più ulteriori novanta giorni, termine dell'Istituto per deliberare).

<sup>46</sup> Per il 2020, a fronte di retribuzione lorda mensile inferiore (o uguale) oppure superiore a euro 2.148,74, per la fissazione degli importi mensili di integrazione salariale in un importo massimo lordo, rispettivamente, di euro 998,18 (pari a un netto di euro 939,89) e di euro 1.199,72 (corrispondente a un netto di euro 1.129,66), cfr. cir. INPS n. 20/2020.

<sup>47</sup> Cfr. Cass. (ord.) 12 giugno 2017, n. 14559.

del Fondo di garanzia per la parte maturata nel trimestre di riferimento, ma non nel corso dell'intero rapporto: vale a dire, per i ratei di ferie non goduti inerenti gli ultimi tre mesi, che rientrino nel periodo utile per la erogazione della prestazione<sup>48</sup>.

Ciò si spiega in ragione della funzione di tutela del lavoratore cui è preordinata la misura, che deve condurre a valorizzare la natura retributiva della indennità sostitutiva delle ferie, pur nella consapevolezza della sua finalità anche risarcitoria<sup>49</sup>; nel senso che la stessa è volta a compensare il danno derivante dalla perdita del periodo di riposo, ma è anche connessa al sinallagma contrattuale e costituisce il corrispettivo dell'attività lavorativa resa in periodo che, pur essendo di per sé retribuito, avrebbe dovuto essere non lavorato, in quanto destinato al godimento delle ferie annuali.

*In secondo luogo*, il termine di dodici mesi è da calcolare a ritroso con decorrenza dal momento della proposizione della domanda volta all'apertura della procedura concorsuale, ovvero di qualsiasi atto di iniziativa che sia diretto a fare valere in giudizio il diritto, dovendo disapplicare la (diversa) previsione della decorrenza del termine di dodici mesi dalla data del provvedimento di apertura della procedura concorsuale.

Questa ultima disposizione, infatti, in ragione della sua formulazione, si pone in contrasto con il principio comunitario di effettività della tutela minima da assicurare al lavoratore per la circostanza del manifestarsi della insolvenza del datore di lavoro<sup>50</sup>, atteso che lo stesso provvedimento di apertura della procedura concorsuale potrebbe intervenire a molto tempo di distanza dalla domanda e dalla cessazione dei periodi di occupazione, cui si riferiscono le retribuzioni non corrisposte<sup>51</sup>.

Con la precisazione che, anche nella ipotesi cui la prestazione prosegue seppure a titolo provvisorio, il limite temporale necessariamente

<sup>48</sup> Così, innovativamente, cfr. Cass. 4 ottobre 2019, n. 24980. *Contra*, cfr. Cass. n. 14559/2017, escludere che la indennità sostitutiva delle ferie, in ragione della sua funzione anche risarcitoria, potesse rientrare tra i crediti di lavoro inerenti gli ultimi tre mesi del rapporto, per i quali opera il Fondo di garanzia, ai sensi del d.lgs. n. 80/1992, art. 1 e 2.

<sup>49</sup> In questi termini, per tutti, Cass. 29 gennaio 2016, n. 1757.

<sup>50</sup> Cfr. Corte giust. 10 luglio 1997, C-373/95.

<sup>51</sup> In questi termini, *ex multis*, cfr. Cass. 9 febbraio 1999, n. 1106; 1° febbraio 2005, n. 1885; 1° settembre 2008, n. 22011.

slitta e ricade alla fine dell'attività di impresa e, per l'effetto, del rapporto di lavoro ovvero alla risoluzione di questo se è posto in un momento anteriore<sup>52</sup>.

Ciò vale anche in caso di mera inadempienza, laddove il periodo di dodici mesi deve calcolarsi non già dalla data di inizio della esecuzione forzata, ma dalla data del primo atto con cui il lavoratore ha attivato la tutela giurisdizionale del proprio credito<sup>53</sup>.

Resta in ogni caso esclusa la possibilità che i crediti maturati antecedentemente ai dodici mesi possano ricondursi nell'ambito dell'intervento del Fondo in forza di un accordo intervenuto tra datore di lavoro e lavoratore nel senso del differimento del termine di adempimento<sup>54</sup>.

*Da ultimo*, figura, tra i limiti ordinamentali, la non cumulabilità dell'erogazione, fino a concorrenza degli importi, con il trattamento straordinario di integrazione salariale fruito nell'arco temporale dei dodici mesi, ovvero con la indennità di mobilità (ora Naspi) riconosciuta nell'ambito dei tre mesi successivi alla risoluzione del rapporto di lavoro (art. 2, c. 4, d.lgs. n. 80/1992, come modificato dall'art. 1, d.lgs. n. 186/2005).

Proprio questa ultima eventualità, ovvero la esclusione dell'intervento del Fondo qualora il lavoratore percepisca redditi alternativi, che si spiega in ragione della insussistenza di una situazione di bisogno socialmente rilevante, renderebbe manifesta una sorta di novazione che il credito del lavoratore subisce, a differenza di quanto avviene per il trattamento di fine rapporto, atteso che l'intervento protettivo assicurato è di importo non coincidente con quello delle retribuzioni non percepite dal lavoratore, che la rivalutazione monetaria e interessi non competono dalla data di maturazione del credito retributivo (ma da quella di presentazione della domanda al Fondo), e ancor più che il diritto alla prestazione si prescrive in un termine diverso da quello quinquennale *ex art.* 2948,

<sup>52</sup> In questi termini, Cass. (ord.) 4 ottobre 2019, nn. 24889, 24891 e 24892, secondo cui, se l'attività lavorativa sia proseguita, il Fondo interviene sempre che le ultime tre mensilità siano collocate nei dodici mesi anteriori alla data del provvedimento di messa in liquidazione o di cessazione dell'esercizio provvisorio o di revoca dell'autorizzazione alla continuazione all'esercizio di impresa, o ancora alla data del licenziamento o di dimissioni del lavoratore. Ma già cfr. mess. INPS n. 15924/2006.

<sup>53</sup> Cfr. Trib. Firenze 6 luglio 2016, in *Wikilabour.it*, per cui, nella fattispecie dedotta in giudizio, è da considerare dirimente la data del deposito del decreto ingiuntivo promosso in danno del datore di lavoro e non quella di inizio della procedura esecutiva successivamente intrapresa.

<sup>54</sup> Cfr. Cass. 21 giugno 2006, n. 14312.

n. 4, c.c.<sup>55</sup>, con *dies a quo* da individuare nel giorno in cui lo stesso può essere fatto valere nei confronti dell'INPS<sup>56</sup>.

Resta fermo che anche per le somme erogate per il pagamento degli altri crediti retributivi, il cui finanziamento è posto sempre a carico dei datori di lavoro attraverso un aumento del contributo già corrisposto per il trattamento di fine rapporto (art. 4, d.lgs. n. 80/1992), il Fondo ha diritto di surrogarsi nei privilegi spettanti al lavoratore sul patrimonio del datore di lavoro inadempiente e degli eventuali condebitori solidali.

## 5. *Segue*. Manleva e realizzazione della posizione contributiva obbligatoria (...)

In termini diversi si pone l'intervento del Fondo di garanzia a tutela della posizione previdenziale e assicurativa del lavoratore, segnatamente previsto dal d.lgs. n. 80/1992, laddove l'art. 3 dispone che i contributi dovuti vengano considerati come versati, a qualunque periodo essi riferiscano, anche ben oltre il limite della loro prescrizione.

Viene così introdotta una disciplina più favorevole di quella recata dalla dir. n. 80/987/CEE, che, agli artt. 6 e 7, prende in considerazione soltanto la ipotesi in cui i contributi previdenziali siano stati trattenuti sulle retribuzioni e non versati all'ente, ma non anche quella in cui non vi sia stato alcun prelievo sulle retribuzioni a titolo di trattenuta contributiva.

L'operatività della misura, tuttavia, soggiace ad alcuni limiti, oltre a essere subordinata all'assolvimento di alcuni oneri.

Quanto *ai primi*, infatti, la copertura previdenziale, se è espressamente riferita alle sole procedure esecutive concorsuali, con la conseguenza di escludere dal suo cono d'ombra i dipendenti dei datori di lavoro non soggetti alla legge fallimentare<sup>57</sup>, al contempo, involge le ina-

<sup>55</sup> Così, M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, cit., p. 412.

<sup>56</sup> In questi termini, *ex multis*, cfr. Cass. n. 27917/2005, cit.; n. 8265/2010, cit.; n. 30712/2017; n. 19277/2018.

<sup>57</sup> *Contra*, M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, cit., p. 415, per il quale ragioni sistematiche e di *ratio legis* indurrebbero ad argomentare nel senso della preordinazione del sistema alla tutela dei crediti retributivi e delle prestazioni previdenziali per tutti i lavoratori subordinati.

dempienze contributive inerenti periodi successivi alla data di entrata in vigore della innovazione, e non anche quelle pregresse.

Con riguardo ai *secondi*, invece, a condizione che non sia stata istituita rendita vitalizia (art. 13, l. n. 1338/1962), l'accesso richiede la produzione di documenti di data certa, sempre che il credito del lavoratore sia rimasto anche parzialmente insoddisfatto in esito alla procedura di insolvenza cui è assoggettato il datore di lavoro.

Deve trattarsi, in particolare, di documenti dai quali evincere la effettiva esistenza e la durata del rapporto di lavoro, nonché la misura della retribuzione corrisposta al lavoratore, ogni qualvolta la stessa sia assunta come base di calcolo della prestazione pensionistica, con l'avvertenza che in mancanza è dato fare riferimento ai minimi salariali previsti dalla contrattazione collettiva nazionale di settore<sup>58</sup>.

Anche in tale ipotesi il Fondo di garanzia, una volta erogata la prestazione, può esercitare l'azione di regresso nei confronti di quanti fossero obbligati, anche ove solidalmente condebitori, nel limite dell'equivalente della riserva matematica che sarebbe stata necessaria per supplire alla contribuzione omessa o prescritta.

## 6. (...) e complementare

Sempre il d.lgs. n. 80/1992, all'art. 5, con un netto cambio di passo rispetto al passato, assicura le forme previdenziali complementari attraverso la istituzione presso l'INPS di un apposito Fondo, con funzione non già di provvedere alla erogazione della prestazione divenuta impossibile

<sup>58</sup> Su cui, *amplius*, D. GAROFALO, *Insolvenza del datore di lavoro e tutela previdenziale dei lavoratori*, cit., p. 216-217, per il quale, se la richiesta della preventiva escissione del patrimonio del datore di lavoro insolvente e la imposizione dell'onere probatorio gravante sul richiedente «sono condizioni per il funzionamento della garanzia, che hanno l'evidente scopo di impedire frodi a danno dell'ente previdenziale agevolate dalla collusione tra datore e lavoratore, e sono giustificate alla stregua dell'art. 10 della direttiva CEE che consente agli Stati membri "di adottare le misure necessaria per evitare abusi"», al contempo, è da rilevare che la costituzione di rendita vitalizia e la fattispecie di cui all'art. 3, d.lgs. n. 80/1992, nella misura in cui comportano sempre un minimo esborso di denaro pubblico, andrebbero assoggettate a un identico regime probatorio, nella consapevolezza che l'art. 13, c. 2, l. n. 1338/1962 richiede la prova scritta dell'esistenza del rapporto di lavoro subordinato e della misura della retribuzione dovuta nel periodo di omissione contributiva.

a seguito di inadempienza datoriale, ma di integrare presso la gestione di previdenza complementare interessata i contributi risultanti omessi.

Vero che, come per la garanzia a tutela della posizione previdenziale e assicurativa obbligatoria, la misura è valida per i soli dipendenti di datori di lavoro soggetti alla legge fallimentare, e sempre limitatamente all'inadempimento degli obblighi contributivi inerenti periodi successivi alla data di entrata in vigore della innovazione.

La stessa inoltre si riferisce, in via esclusiva, alla pensione di vecchiaia che il dipendente o i superstiti non siano riusciti a costituire a causa dell'inadempienza contributiva<sup>59</sup>.

Si tratta in ogni caso di un regime – inizialmente previsto come transitorio, e solo successivamente reso definitivo (d.lgs. n. 585/1993) – del tutto conforme alla dir. n. 80/987/CEE, laddove l'art. 8 è da interpretare nel senso che, in caso di insolvenza del datore di lavoro e di insufficienza dei regimi complementari di previdenza, professionali o interprofessionali, il finanziamento dei diritti alle prestazioni di vecchiaia maturati non necessariamente deve essere assicurato dagli Stati membri, né necessariamente deve essere integrale<sup>60</sup>.

## 7. Fondo di tesoreria e legittimazione ad agire per la realizzazione del credito

*Ratione materiae* si impone, infine, un richiamo alla l. n. 296/2006, art. 1, cc. 755 ss., laddove prevede l'obbligo da parte dei datori di lavoro con più di quarantanove addetti al 31 dicembre 2006, di fare affluire al Fondo di tesoreria, gestito sempre dall'INPS, un contributo pari alla quota del trattamento di fine rapporto maturato dal 1° gennaio 2007 e, al contempo, di provvedere alla liquidazione dello stesso, dietro conguaglio

<sup>59</sup> Cass. 26 luglio 2010, n. 17526, per cui, in seno al d.lgs. n. 80/1992, l'art. 5, nel gravare il Fondo dell'obbligo di integrare i contributi nella misura necessaria per la costituzione dell'assegno previdenziale di vecchiaia per l'ipotesi in cui il lavoratore o i superstiti non abbiano recuperato, mediante la insinuazione nel fallimento, la contribuzione minima richiesta, non comporta dubbi di illegittimità costituzionale in relazione alla più favorevole disciplina prevista dall'art. 3 per le prestazioni dell'assicurazione generale obbligatoria, «poiché la limitazione della tutela trova giustificazione – nell'ambito dei diversi livelli di protezione sociale garantiti dall'art. 38 Cost. – nella finalità propria della previdenza complementare, consistente nel mantenimento del tenore di vita raggiunto durante l'occupazione lavorativa».

<sup>60</sup> Corte giust. 25 gennaio 2007, C-278/05.

sul «dare» riferito al mese di erogazione della prestazione e, in caso di incapacienza, sull'ammontare del *quantum* complessivamente dovuto agli altri enti previdenziali<sup>61</sup>.

In particolare, il comma 756, art. 1, nel prescrivere che al contributo da versare siano applicate le disposizioni in materia di accertamento e di riscossione dei contributi previdenziali obbligatori, con esclusione di qualsiasi forma di agevolazione contributiva, se induce ad argomentare per l'applicabilità dell'art. 2116, c. 1, c.c.<sup>62</sup>, pare assurgere il Fondo a vero e proprio gestore di una prestazione previdenziale, in ragione di una pretesa trasformazione della natura giuridica del credito previsto dall'art. 2120 c.c. da retributiva con carattere differito a contributiva obbligatoria.

Questa prospettiva ricostruttiva si frappone ad altra che esclude che il trasferimento delle quote di trattamento di fine rapporto al Fondo di tesoreria possa alterarne la portata<sup>63</sup>, dal momento che il principio di ripartizione, che postula che quanto versato serva a consentire i pagamenti di prestazioni della collettività, attiene al finanziamento di un sistema, non agli obblighi che ne derivano, nel senso che le somme mano a mano da erogare sono quelle disponibili versate dai datori di lavoro, chiunque essi siano: «ciò perché le somme effettivamente versate per i singoli in realtà non ci sono, perché esse vengono dirottate a finanziare vari interventi statali in ambiti diversi, elencati espressamente dal legislatore»<sup>64</sup>.

L'accesso all'una o all'altra chiave di lettura sottende un evidente profilo di criticità all'atto dell'individuazione dell'avente diritto all'insinuazione al passivo per le quote di trattamento di fine rapporto non versate antecedentemente alla insorgenza dello stato di insolvenza del datore di lavoro.

È cioè controverso, a fronte di un irragionevole agnosticismo normativo, se la prerogativa compete all'INPS, al cui servizio ispettivo è de-

<sup>61</sup> Su cui, da ultimo, C. MAROTTA, *Tutele in caso d'insolvenza del datore di lavoro*, in AA.VV., *Previdenza ed assistenza*, dir. da P. Curzio, L. Di Paola e R. Romei, Milano, 2017, pp. 266-269. Mentre per le concrete modalità di funzionamento dell'istituto, v. d.m. 30 gennaio 2007.

<sup>62</sup> Cfr. mess. INPS n. 17020/2012.

<sup>63</sup> Così, A. CORRADO, D. CORRADO, *Crisi di impresa e rapporti di lavoro*, Milano, 2016, pp. 444-445.

<sup>64</sup> Cfr. App. Genova, 30 maggio 2012, in *De Jure*.

mandato *ex lege* il compito di ricostruire la situazione e di consentire il pagamento della prestazione<sup>65</sup>, oppure se la stessa spetti al lavoratore.

La *impasse* trova ora soluzione nell'affermazione in diritto della legittimazione ad agire del lavoratore, sul presupposto che il datore di lavoro, non essendo un mero *adiectus solutionis causa* o, magari, un delegato *ex lege* del Fondo di garanzia, ogni qualvolta non sia stata resa, in corso di causa, la prova dell'avvenuto versamento di tutte o di parte delle quote, non perda la titolarità passiva della obbligazione di corrispondere (rispettivamente, per l'intero o per il residuo) la prestazione *ex art.* 2120 c.c.

Si tratta di un riconoscimento coerente con il dettato dell'art. 1, c. 756, l. n. 296/2006, a tenore del quale la liquidazione del trattamento di fine rapporto e delle relative anticipazioni viene effettuata, sulla base di una unica domanda presentata dal lavoratore al proprio dante causa, limitatamente alla quota corrispondente ai versamenti effettuati, mentre per la parte rimanente resta a carico del datore di lavoro, da ciò derivando che l'onere probatorio riferito all'effettivo versamento dei contributi debba fare carico a questo ultimo, costituendo fatto estintivo della pretesa creditoria nei suoi confronti, da dimostrarsi, pertanto, da chi lo opponga in eccezione<sup>66</sup>.

Lo stesso è auspicabile che consenta di superare la rigida compartimentazione esistente tra i Fondi<sup>67</sup>, che per il passato ha portato l'INPS a negare il pagamento del trattamento di fine rapporto a carico sia del Fondo di tesoreria, in mancanza dei prescritti versamenti, che di quello di garanzia, perché prestazione destinata al primo, obbligando il lavoratore, per quanto ammesso al passivo fallimentare per il relativo credito

<sup>65</sup> In questi termini, cfr. mess. INPS n. 15687/2009.

<sup>66</sup> Così, *ex multis*, cfr. Cass. 16 maggio 2018, n. 12009, secondo cui la disciplina recata dall'art. 1, cc. 755 ss., l. n. 296/2006, rende ragione di un rapporto trilaterale tra datore di lavoro, Fondo di tesoreria e prestatore di lavoro secondo cui il primo è obbligato nei confronti del secondo a versare le quote di trattamento di fine rapporto, il secondo è tenuto a erogare le prestazioni nei limiti della quota maturata a decorrere dal 1° gennaio 2007, mentre la materiale erogazione del trattamento di fine rapporto è affidata al datore di lavoro anche per la parte dovuta dal Fondo, salvo il conguaglio sui contributi dovuti al Fondo stesso e agli altri enti previdenziali; Cass. 2 aprile 2019, n. 9119; 24 gennaio 2020, n. 1655.

<sup>67</sup> Su cui, A. DI CORRADO, *Per la Cassazione, anche il lavoratore è legittimato a insinuare al passivo le quote del tfr Fondo di tesoreria non versate dal datore di lavoro. Sarà d'accordo anche l'Inps?*, in *ilfallimentarista.it*, 25 gennaio 2019.

maturato dal 1° gennaio 2007 in poi, ad agire in giudizio per vedere riconosciuto il suo diritto<sup>68</sup>.

<sup>68</sup> In questi termini, Trib. Monza 3 maggio 2018, n. 232, inedita, che rimarca il tratto paradossale della situazione venutasi a creare in quanto per inadempienze del datore di lavoro il lavoratore perderebbe di fatto la possibilità di ottenere il trattamento di fine rapporto.