

3

2013

Diritto delle Relazioni Industriali

Publicazione Trimestrale - Poste Italiane s.p.a. - Spedizione in abbonamento postale - D.L. 353/2003 (convertito in L. 27/02/2004 n° 46) articolo 1, comma 1, DCB (VARESE)



Rivista di
ADAPT - CENTRO STUDI
"MARCO BIAGI"

Diritto delle Relazioni Industriali

Rivista trimestrale già diretta da
MARCO BIAGI

In questo numero

- RICERCHE**
Accordo sulla rappresentanza e rappresentatività del 31 maggio 2013
- RICERCHE**
Fisco e previdenza dopo le riforme del Governo Monti
- RELAZIONI INDUSTRIALI E RISORSE UMANE**
Inflazione e contrattazione salariale: prospettive dell'indice IPCA
- GIURISPRUDENZA ITALIANA**
Accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e contrattazione separata nel settore metalmeccanico
Contratto di collaborazione coordinata e continuativa a termine, accertamento della subordinazione e indennità per conversione del contratto di lavoro
Indennità forfettaria onnicomprensiva nei casi di conversione del contratto di lavoro a tempo determinato
La Corte costituzionale sul trattamento economico del socio lavoratore di cooperativa
Rimedi al licenziamento disciplinare illegittimo e principio di proporzionalità
Filiale di impresa italiana negli Stati Uniti ed eccedenza di personale: ordine pubblico ed applicazione della procedura italiana
- LEGISLAZIONE, PRASSI AMMINISTRATIVE E CONTRATTAZIONE COLLETTIVA**
La successione di più contratti a termine nei rinnovi contrattuali
Decontribuzione dei salari di produttività 2012: il deposito dei contratti di secondo livello
ABI: accordo sulla responsabilità sociale d'impresa
- GIURISPRUDENZA E POLITICHE COMUNITARIE DEL LAVORO**
Lavoratore somministrato e "terzo capitalismo"
Anzianità di servizio nelle procedure di stabilizzazione dei lavoratori del pubblico impiego
La Corte di giustizia sulle registrazioni delle presenze dei lavoratori
- OSSERVATORIO INTERNAZIONALE E COMPARATO**
Francia - Formazione professionale continua e legge sulla sécurisation de l'emploi del 14 giugno 2013
Germania - Presupposti di legittimità dei licenziamenti

N. 3/XXIII - 2013



GIUFFRÈ EDITORE

DIRITTO DELLE RELAZIONI INDUSTRIALI

Rivista fondata da Luciano Spagnuolo Vigorita e già diretta da Marco Biagi

DIREZIONE

Tiziano Treu, Mariella Magnani, Michele Tiraboschi (*direttore responsabile*)

COMITATO SCIENTIFICO

Aris Accornero, Gian Guido Balandi, Francesco Basenghi, Mario Biagioli, Roberta Bortone, Umberto Carabelli, Bruno Caruso, Laura Castelvetti, Giuliano Cazzola, Gian Primo Cella, Carlo Dell'Aringa, Riccardo Del Punta, Raffaele De Luca Tamajo, Pietro Ichino, Arturo Maresca, Luigi Mariucci, Oronzo Mazzotta, Luigi Montuschi, Gaetano Natullo, Luca Nogler, Angelo Pandolfo, Roberto Pedersini, Marcello Pedrazzoli, Adalberto Perulli, Giampiero Proia, Mario Ricciardi, Mario Rusciano, Giuseppe Santoro Passarelli, Franco Scarpelli, Paolo Sestito, Pier Antonio Varesi, Luciano Spagnuolo Vigorita, Patrizia Tullini, Armando Tursi, Carlo Zoli, Lorenzo Zoppoli.

COMITATO EDITORIALE INTERNAZIONALE

Carmen Agut García (*Castellón*), Janice Bellace (*Pennsylvania*), Roger Blanpain (*Lovanio*), Giulio Grisolia (*Buenos Aires*), Csilla Kolonnay Lehoczky (*Budapest*), Antonio Ojeda Avilés (*Siviglia*), Shinya Ouchi (*Tokyo*), Miguel Rodríguez Pinêro (*Madrid*), Juan Raso Delgue (*Montevideo*), Jacques Rojot (*Parigi*), Malcolm Sargeant (*Londra*), Michal Sewerynski (*Lodz*), Yasuo Suwa (*Tokyo*), Manfred Weiss (*Francoforte*).

REDAZIONE

Roberta Caragnano (*redattore capo*), Andrea Bollani (*coordinatore Osservatorio giurisprudenza italiana*), Luca Calcaterra, Guido Canavesi, Enrica Carminati, Maurizio Del Conte, Maria Teresa Crotti, Marco Ferraresi (*coordinatore Pavia*), Giuseppe Ludovico, Laura Magni (*coordinatore Modena*), Stefano Malandrini, Pietro Manzella (*revisore linguistico*), Marco Marzani, Emmanuele Massagli, Giuseppe Mautone, Marta Mondelli, Nicoletta Pagni, Flavia Pasquini, Pierluigi Rauseri, Raffaello Santagata, Silvia Spattini, Gaetano Zilio Grandi.

COMITATO DEI REVISORI

Aris Accornero, Francesco Basenghi, Mario Biagioli, Umberto Carabelli, Bruno Caruso, Carlo Dell'Aringa, Riccardo Del Punta, Pietro Ichino, Arturo Maresca, Oronzo Mazzotta, Luca Nogler, Angelo Pandolfo, Marcello Pedrazzoli, Giampiero Proia, Giuseppe Santoro Passarelli, Armando Tursi, Pier Antonio Varesi, Carlo Zoli, Lorenzo Zoppoli.

Adapt – Centro Studi Internazionali e Comparati Marco Biagi – Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia, Viale Berengario, 51 – 41100 Modena (Italy) – Tel. +39 059 2056742; Fax +39 059 2056043. Indirizzo e-mail: dri@unimore.it

Dipartimento di Studi Giuridici – Università degli Studi di Pavia

Corso Strada Nuova, 65 – 27100 Pavia (Italy) – Tel. +39 0382 984013; Fax +39 0382 27202. Indirizzo e-mail: dri@unipv.it

Diritto delle Relazioni Industriali si impegna a procedere alla selezione qualitativa dei materiali pubblicati sulla base di un metodo di valutazione formalizzata e anonima di cui è responsabile il Comitato dei revisori. Tale sistema di valutazione è coordinato dalla direzione che si avvale anche del Comitato scientifico e del Comitato editoriale internazionale.

Amministrazione: Casa editrice Dott. A. GIUFFRÈ EDITORE S.p.A.,
via Busto Arsizio, 40 - 20151 Milano - tel. 02/38.089.200 - fax 02/38089432
Internet: <http://www.giuffre.it> - e-mail: vendite@giuffre.it

Pubblicità:

Dott. A. GIUFFRÈ EDITORE S.p.A. - Servizio Pubblicità, via Busto Arsizio, 40 - 20151 Milano - tel. 02/38.089.335 - fax 02/38089426
e-mail: periodici@giuffre.it

CONDIZIONI DI ABBONAMENTO PER IL 2013

Unione europea € 115,00
Paesi extra Unione europea € 170,00
Prezzo di un singolo numero € 29,00
(Extra U.E. € 43,00)
Sconto 10% per i soci AISRI - soci ADAPT - abbonati Bollettino ADAPT - soci AIDP - soci GIDP

RIVISTA ON-LINE ALL'INTERNO DI "BIBLIOTECA RIVISTE" DAL 1991

U.E. abbonato € 36,00* non abbonato € 115,00*

*IVA compresa

La rivista on-line riproduce, in pdf, i contenuti di ogni fascicolo dall'anno indicato fino all'ultimo numero in pubblicazione.

La sottoscrizione dell'abbonamento "abbonato" alla rivista cartacea garantisce un accesso al contenuto dal 1 gennaio 2013, o da qualunque data successiva di sottoscrizione, fino al 31 dicembre 2013.

La sottoscrizione dell'abbonamento "non abbonato" alla rivista cartacea garantisce un accesso di 365 giorni dalla data di sottoscrizione.

In seguito alla sottoscrizione sarà inviata all'abbonato una password di accesso.

Il sistema on-line Biblioteca Riviste permette la consultazione dei fascicoli attraverso ricerche:

- full text
- per estremi di pubblicazione (numero e anno fascicolo)
- per data

In caso di sottoscrizione contemporanea alle due riviste cartacee qui di seguito indicate **sconto 10% sulla quota di abbonamento:**

	Unione europea	Paesi extra Unione europea
<i>Diritto delle Relazioni Industriali</i>	€ 115,00	€ 170,00
<i>Rivista Italiana di Diritto del Lavoro</i>	€ 145,00	€ 217,00

L'abbonamento alla rivista cartacea decorre dal 1° gennaio di ogni anno e dà diritto a tutti i numeri relativi all'annata, compresi quelli già pubblicati.

Il pagamento può effettuarsi direttamente all'Editore:

- con versamento sul **c.e.p. 721209**, indicando chiaramente gli estremi dell'abbonamento;
- a **ricevimento fattura** (riservata ad enti e società);
- mediante **carta di credito** (VISA - MASTERCARD - EUROCARD - CARTA SI), precisando: numero, scadenza, data di nascita;
- oppure tramite gli **Agenti Giuffrè** a ciò autorizzati (cfr. pagine gialle).

Il rinnovo dell'abbonamento deve essere effettuato entro il 31 marzo di ciascun anno.

I fascicoli non pervenuti all'abbonato devono essere reclamati al ricevimento del fascicolo successivo. Decorso tale termine si spediscono, se disponibili, contro rimessa dell'importo.

Le comunicazioni in merito a mutamenti di indirizzo vanno indirizzate all'Editore.

Per ogni effetto l'abbonato elegge domicilio presso la "Dott. A. Giuffrè Editore SpA" - Via Busto Arsizio, 40 - 20151 Milano.

I contributi pubblicati in questa rivista potranno essere riprodotti dall'Editore su altre, proprie pubblicazioni, in qualunque forma

Registrazione presso il Tribunale di Milano al n. 1 del 4 gennaio 1991

R.O.C. n. 6569 (già RNS n. 23 vol. 1 foglio 177 del 2/7/1982)

Direttore responsabile: MICHELE TIRABOSCHI



Rivista associata all'Unione della Stampa Periodica Italiana

Pubblicità inferiore al 45%

Tipografia «MORI & C. S.p.A.» - 21100 VARESE - VIA F. GUICCIARDINI 66

La tutela del lavoratore nei confronti dell'insolvenza del datore di lavoro

Gaetano Zilio Grandi*, Mauro Sferrazza**

Sommario: **1.** Il fondo di garanzia per i crediti di lavoro: natura e finalità. – **2.** La direttiva 80/987/CEE. – **3.** Le prestazioni del fondo di garanzia. – **3.1.** Il tfr. – **3.2.** Il risarcimento dei danni per la tardiva attuazione della direttiva comunitaria. – **3.3.** I crediti di lavoro diversi dal tfr. – **3.4.** La garanzia della posizione assicurativa. – **4.** I presupposti per l'intervento del fondo di garanzia. – **4.1.** L'accertamento concorsuale del credito del lavoratore. – **4.2.** L'insufficienza delle garanzie patrimoniali nel caso di datore di lavoro non soggetto alle procedure concorsuali.

1. Il fondo di garanzia per i crediti di lavoro: natura e finalità

La tutela del lavoratore nell'ipotesi di insolvenza del datore di lavoro costituisce approdo piuttosto recente dei moderni ordinamenti giuridici e si colloca nella più vasta area della protezione del lavoro come momento di equilibrio tra istanze di progresso e volontà di conservazione⁽¹⁾, tra esigenze di ristrutturazione dei cicli produttivi e ragioni di solidarietà sociale.

In tale contesto, la legislazione in tema di sicurezza sociale, intesa quale garanzia di libertà dal bisogno, «condizione indispensabile per l'effettivo godimento dei diritti civili e politici»⁽²⁾, è volta alla ricerca

* *Professore ordinario di diritto del lavoro, Università di Venezia "Ca' Foscari".*

** *Avvocato, Inps.*

Il presente contributo è il frutto di uno studio comune di Gaetano Zilio Grandi e Mauro Sferrazza. Se in generale, nello studio preliminare alla stesura, il primo ha particolarmente approfondito gli aspetti giuslavoristici nel loro intreccio con la disciplina dettata in materia fallimentare, mentre il secondo si è più dedicato ai profili previdenziali e a quelli di diritto processuale, a Gaetano Zilio Grandi sono specificamente attribuibili i §§ 1, 2 e 3, a Mauro Sferrazza il § 4.

⁽¹⁾ Cfr. R. PESSI, *Lezioni di diritto della previdenza sociale*, Cedam, 2005, 2.

⁽²⁾ M. PERSIANI, *Diritto della previdenza sociale*, Cedam, 2005, 12.

di modelli di tutela coerenti con l'evoluzione dei moduli organizzativi dell'impresa e del lavoro. Del resto, la stessa Carta costituzionale, innovando anche profondamente rispetto alle concezioni accolte durante l'ordinamento corporativo, considera la tutela previdenziale come espressione di una solidarietà estesa a tutti i cittadini, la cui realizzazione corrisponde alla soddisfazione di un interesse della collettività.

In tale quadro di riferimento ed in ottemperanza alla direttiva 80/987/CEE, l'articolo 2, legge n. 297/1982, istituisce il fondo di garanzia per il trattamento di fine rapporto ed attribuisce allo stesso il compito di provvedere all'erogazione del trattamento di fine rapporto nelle ipotesi di insolvenza del datore di lavoro. Con successivo decreto legislativo n. 80/1992 l'intervento protettivo in favore dei lavoratori è stato, poi, esteso al pagamento delle retribuzioni relative alle ultime tre mensilità.

Si tratta di una misura di natura previdenziale ⁽³⁾ attuata attraverso il ricorso a forme ordinarie di carattere socio-assicurativo e volta a garantire il credito retributivo dagli effetti pregiudizievoli che possono derivare dal dissesto dell'impresa. Funzione di tutela, questa, che assume ancor più rilievo in momenti di crisi economico-finanziaria, quale quello attuale, che portano, tra gli effetti "indesiderati" anche la consistente crescita delle dichiarazioni di insolvenza delle imprese.

Lo stato di crisi dell'impresa diviene, quindi, il presupposto dell'intervento pubblico che, sotto il profilo previdenziale qui in rilievo, si risolve nella precostituzione di una tutela rafforzata del credito retributivo ⁽⁴⁾, secondo logiche e meccanismi non più solo interni al sistema concorsuale ⁽⁵⁾, in una prospettiva di socializzazione del rischio dell'insolvenza. Il fondo, cioè, attraverso la configurazione di una fattispecie di responsabilità sociale, è volto a sollevare il lavoratore dal rischio di rimanere insoddisfatto, ove la garanzia patrimoniale del datore di lavoro si riveli insufficiente ⁽⁶⁾.

Preme segnalare come, prima dell'intervento legislativo del 1982 era stata codificata soltanto una forma «atecnica» ⁽⁷⁾ e «statica» ⁽⁸⁾ di tutela

⁽³⁾ Cfr. F. MAZZIOTTI, *Diritto della previdenza sociale*, ES, 1998, 138.

⁽⁴⁾ Cfr. M. CINELLI, *Problemi di diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, 1989, 174.

⁽⁵⁾ Cfr. M. SIMEON, *Insolvenza del datore di lavoro e tutela dei crediti retributivi: il problema del dies a quo per la determinazione dei crediti garantiti*, in *OGL*, 2005, 458 ss.

⁽⁶⁾ Cfr. M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, 2004, 330 ss.

⁽⁷⁾ Così A. VALLEBONA, *La garanzia dei crediti di lavoro e della posizione previdenziale in caso di insolvenza del datore di lavoro*, in *RIDL*, 1993, I, 73.

dei crediti di lavoro rimasti insoddisfatti, rappresentata dai privilegi agli stessi riservati dal codice civile, la cui scarsa effettività come strumenti di rafforzamento del credito retributivo non ha tardato a palesarsi⁽⁹⁾. In effetti, quel sistema, in un quadro in cui la tutela dei lavoratori trovava «realizzazione riflessa ed implicita»⁽¹⁰⁾ all'interno delle singole leggi che definiscono le procedure di composizione delle crisi aziendali, si era dimostrato soltanto in astratto idoneo ai fini della garanzia di cui trattasi, considerato che il privilegio, quale causa di preferenza nel pagamento, è utile nella sola ipotesi in cui, al termine della liquidazione concorsuale, sussista una massa attiva da ripartire tra i creditori.

La legge n. 297/1982, dunque, avviando (senza esaurirlo) il percorso di adempimento degli obblighi comunitari⁽¹¹⁾, porta a compimento il processo di progressiva valorizzazione dei crediti di lavoro rispetto ad altri analogamente connessi all'esercizio dell'impresa, riassorbendo il gap che fino allora aveva contraddistinto il nostro ordinamento rispetto a quello degli altri Paesi comunitari e superando la vecchia impostazione della legge fallimentare che, «fortemente ispirata ad una concezione liberale e incline più all'espulsione dal mercato delle imprese in crisi che non al loro recupero»⁽¹²⁾, dedicava scarsa attenzione alla sorte dei lavoratori e dei loro crediti.

Il fondo di garanzia è, come noto, gestito dall'Inps e per effetto della disposizione di cui all'articolo 24, comma 1, legge n. 88/1989 (ristrutturazione dell'Inps e dell'Inail), è confluito nella Gestione prestazioni temporanee ai lavoratori dipendenti, nel cui ambito conserva una contabilità separata. Per i giornalisti, invece, provvede l'Inpgi, ossia l'ente di categoria⁽¹³⁾.

⁽⁸⁾ In tali termini si esprime R. ROMEL, *Crisi di impresa e garanzie dei crediti di lavoro*, Giuffrè, 1990, 85.

⁽⁹⁾ Cfr. M. SIMEON, *op. cit.*, 462.

⁽¹⁰⁾ G. FERRARO, *Crisi dell'impresa, procedure concorsuali e tutela dei lavoratori*, in *RIDL*, 1985, I, 146.

⁽¹¹⁾ La disciplina del fondo di garanzia è stata, ad esempio, poi, integrata dal d.lgs. n. 186/2005, adottato in attuazione della direttiva 2002/74/CE del 23 settembre 2002, che ha disciplinato le fattispecie transnazionali.

⁽¹²⁾ G. CIVALE, *Insolvenza dell'imprenditore e tutela dei crediti di lavoro*, in *RGL*, 1993, I, 443.

⁽¹³⁾ Ci si riferisce ai giornalisti iscritti nell'apposito albo che svolgano attività di lavoro subordinato riconducibile all'ambito della professione giornalistica. La circ. Inps 15 luglio 2008, n. 74, precisa che, «qualora, nel corso dello stesso rapporto di lavoro, il dipendente sia stato iscritto al Fondo gestito dall'Inps e, in successione, a quello gestito dall'Inpgi, l'Istituto assicuratore tenuto a garantire l'intera prestazione, è quello competente al momento della cessazione del rapporto di lavoro». In tal senso anche

Secondo quanto disposto dall'articolo 2, ottavo comma, legge n. 297/1982, il finanziamento del fondo è a totale carico delle imprese, che hanno l'obbligo di versare una determinata percentuale (che può essere periodicamente aggiornata in funzione delle esigenze e della situazione finanziaria del fondo) calcolata sulla retribuzione imponibile corrisposta a ciascun lavoratore dipendente.

2. La direttiva 80/987/CEE

Come è sopra cenno, la richiamata direttiva 80/987/CEE, in applicazione dell'articolo 100 del Trattato di Roma e nell'ottica dell'armonizzazione delle legislazioni nazionali, ha codificato l'obbligo di garantire apposita tutela ai crediti dei lavoratori per il caso di insolvenza del datore di lavoro. In particolare, la direttiva, che si inserisce nel quadro di un più ampio intervento comunitario in materia di tutela dei lavoratori nelle ipotesi di ristrutturazione e crisi aziendale⁽¹⁴⁾ impegna i Paesi membri ad istituire specifici «organismi di garanzia» che assicurino il pagamento dei crediti retributivi dei lavoratori dipendenti rimasti insoddisfatti in conseguenza dello stato di insolvenza del datore di lavoro.

Il fondo deve avere tre precise caratteristiche: patrimonio indipendente da quello dei datori di lavoro; finanziamento garantito dai contributi dei datori di lavoro; obbligo di prestare la garanzia anche nel caso di mancato versamento dei contributi da parte del datore di lavoro. In ordine

Cass. 16 settembre 2005, n. 18294, in *MGC*, 2005, n. 7-8: «Con riferimento alla previsione di fondi di garanzia diversi (presso l'Inps, l'Inpgi per i giornalisti, essendo ormai soppresso l'Inpdai, per i dirigenti di aziende industriali), di cui all'art. 2 della legge n. 297 del 1982, nell'ipotesi di lavoratori assicurati nel tempo presso istituti diversi, ai fini dell'erogazione dell'intero trattamento di fine rapporto assume rilievo la responsabilità del fondo competente in relazione alla natura giuridica del rapporto di lavoro in essere al momento della sua cessazione, atteso che l'obbligo posto a carico del fondo è l'effetto di un accollo cumulativo "ex lege" e l'assunzione dell'obbligazione è subordinata alla verifica dell'evento protetto costituito dall'insolvenza del datore di lavoro. A diversa conclusione non può pervenirsi, né per l'esistenza di contribuzioni a favore di fondi diversi, stante la mancanza di correlazione tra misura della contribuzione e misura delle prestazioni, né per l'esistenza di adeguamenti delle contribuzioni all'andamento dei fondi, in considerazione della circostanza che i fondi diversi da quelli istituiti presso l'Inps assicurano non le imprese ma una particolare categoria di dipendenti delle stesse, le quali possono occupare anche lavoratori assicurati presso l'Inps».

⁽¹⁴⁾ Si veda la direttiva 75/129/CEE in materia di licenziamenti collettivi e la direttiva 77/187/CEE sul trasferimento delle imprese.

alle rimanenti modalità di organizzazione, funzionamento e finanziamento degli organismi di garanzia, la direttiva rimanda alle singole discipline interne.

Il campo di applicazione della disciplina comunitaria può essere individuato nella «tutela dei diritti dei lavoratori subordinati derivanti da contratti di lavoro ed esistenti nei confronti dei datori di lavoro che si trovano in stato di insolvenza»⁽¹⁵⁾, anche se il riferimento ai “rapporti di lavoro” potrebbe far pensare ad una possibile estensione delle garanzie in essa contenute agli schemi negoziali collocati ai confini della subordinazione, seppur, di fatto, nessuno Stato membro ha optato per un siffatto allargamento della tutela⁽¹⁶⁾.

Assume, dunque, rilievo centrale il concetto di insolvenza, intesa dal legislatore comunitario, come lo stato in cui viene a trovarsi l'impresa nei cui confronti sia stata richiesta l'apertura di una procedura concorsuale. Si tratta di una nozione ampia, dovendo consentirne un recepimento differenziato nei singoli ordinamenti, ma legata, nel contempo, a parametri determinati al fine di impedire che lo stato di insolvenza venga a configurarsi in termini di astrattezza e variabilità⁽¹⁷⁾.

Limitandosi a definire compiutamente soltanto uno dei termini essenziali di riferimento, ossia, come detto, lo stato di insolvenza, il legislatore comunitario mostra di preferire la tecnica del rinvio alle discipline nazionali per la concreta individuazione degli altri necessari elementi normativi, tenuta anche presente l'esigenza di considerare le specifiche peculiarità degli ordinamenti dei singoli Paesi membri.

Può evidenziarsi come la disciplina comunitaria in materia soffra di un limite evidente, connesso alla (mancata) tutela delle posizioni creditizie di quei lavoratori dipendenti da imprenditori non assoggettati, secondo le singole legislazioni interne, a procedure concorsuali. Vuoto di tutela che non appare colmata neppure dalla «clausola di salvezza» contenuta nell'articolo 9, che rimette agli Stati membri l'introduzione di più favorevoli disposizioni.

Merita, da ultimo, cenno evidenziare che diversi punti della suddetta direttiva sono stati abrogati o modificati dal nuovo intervento comunitario di cui alla direttiva 2002/74/CE, ispirato dall'intento (esplicitato nello stesso preambolo) di chiarire il campo di applicazione e talune de-

⁽¹⁵⁾ M. FEVERATI, *Il fondo di garanzia per i crediti di lavoro diversi dal T.f.r.*, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro*, vol. III, Utet, 1998, 685.

⁽¹⁶⁾ Cfr. G. VERRECCHIA, *Tardiva attuazione di una direttiva comunitaria e termine di prescrizione del diritto*, in *DL*, 2002, II, 47.

⁽¹⁷⁾ Cfr. M. FEVERATI, *op. cit.*, 685 ss.

finizioni della direttiva 80/987/CEE, ferma restando la sostanza e la struttura complessiva di quest'ultima.

Deve, poi, registrarsi l'emanazione della direttiva 94/2008/CE che impone agli Stati membri di adottare le misure necessarie affinché gli organismi di garanzia assicurino i diritti dei lavoratori, comprese le indennità maturate a seguito dello scioglimento del rapporto, nel caso di insolvenza del datore di lavoro e, segnatamente, prevede che siano adottate misure idonee a garantire i diritti alle prestazioni previdenziali dei lavoratori subordinati nel caso di mancato versamento della contribuzione obbligatoria dovuta dal datore di lavoro nel periodo precedente l'insorgere dell'insolvenza, nonché gli interessi maturati e in corso di maturazione in materia di prestazioni pensionistiche di cui ai regimi di previdenza complementare.

3. Le prestazioni del fondo di garanzia

Sono destinatari degli interventi del fondo di garanzia tutti i lavoratori subordinati (compresi gli apprendisti ed i dirigenti) del settore privato, i dipendenti degli enti pubblici economici, e, in generale, tutti i lavoratori dipendenti da datori di lavoro tenuti al versamento del contributo che alimenta la Gestione.

Ex articolo 24, legge n. 196/1997, le disposizioni in materia trovano applicazione anche ai crediti dei soci di cooperative di produzione e lavoro, rispetto ai quali, prima dell'entrata in vigore della legge n. 142/2001 (revisione della legislazione in materia cooperativistica) l'intervento del fondo aveva carattere eccezionale, considerato che il rapporto di lavoro del socio cooperativo non aveva natura subordinata.

Restano, invece, esclusi (articolo 2, comma 8, legge n. 335/1995, riforma del sistema pensionistico) i dipendenti delle pubbliche amministrazioni, quelli degli enti pubblici non economici, quelli delle aziende esattoriali e del gas iscritte ai propri fondi di previdenza e tutti «coloro i quali ricevono il trattamento di fine rapporto non dal datore di lavoro, ma da un Ente previdenziale di categoria (come, ad esempio, l'Enpaia, che eroga la prestazione ai dirigenti ed agli impiegati agricoli)»⁽¹⁸⁾.

Considerato che il fondo adempie ad una funzione di assicurazione sociale a favore dei lavoratori e dei loro aventi diritto di cui all'articolo 2122 c.c., restano esclusi dalle garanzie di cui trattasi gli eventuali ces-

⁽¹⁸⁾ R. PESSI, *op. cit.*, 90. Si veda anche Cass. 8 marzo 2004, n. 4677, in *MGC*, 2004, n. 3.

sionari del credito per tfr o per retribuzioni, stante l'indisponibilità delle prestazioni del fondo a finalità diverse dalla tutela dei diritti del prestatore di lavoro e dei suoi stretti familiari. Il fondo di garanzia, dunque, non dovrebbe soddisfare eventuali domande presentate da società finanziarie o di altri soggetti in qualità di cessionari del credito del lavoratore, diversi da quelli sanciti dall'articolo 2122 c.c. Sul punto, tuttavia, deve registrarsi il contrario orientamento della giurisprudenza, tanto di merito ⁽¹⁹⁾, quanto di legittimità ⁽²⁰⁾.

Come detto, il fondo di garanzia venne, inizialmente, istituito allo scopo di erogare, in caso di insolvenza del datore di lavoro, il trattamento di fine rapporto al lavoratore od ai suoi aventi causa. Soltanto con successivo intervento normativo (legge n. 428/1990, legge comunitaria per il 1990) volto a recepire integralmente la direttiva 80/987/CEE, l'ambito di operatività dello stesso è stato esteso ad altri crediti di lavoro diversi dal tfr.

Nei casi di intervento del fondo si verifica una modificazione soggettiva, nel lato passivo, del rapporto obbligatorio: al datore di lavoro insolvente subentra l'organismo di garanzia, secondo uno schema che realizza una ipotesi di accollo *ex lege* del debito ⁽²¹⁾.

⁽¹⁹⁾ Ad esempio Trib. Milano 1° giugno 2011, in *D&L*, 2011, n. 4, 999, secondo cui «l'art. 2 l. 29 maggio 1982 n. 297, nell'istituire il Fondo di garanzia Inps perché si sostituisca al datore di lavoro nel pagamento del t.f.r. "spettante ai lavoratori o loro aventi diritto" non intende riferirsi ai soli "aventi diritto" di cui all'art. 2122, 2° comma, c.c., bensì a qualsivoglia avente causa a titolo particolare o universale del lavoratore, e pertanto anche all'eventuale cessionario del t.f.r. a titolo oneroso».

⁽²⁰⁾ Ad es. Cass. 14 dicembre 2010, n. 25257, in *GD*, 2011, n. 8, 96, secondo cui «legittimati a chiedere il pagamento del t.f.r. al Fondo di garanzia presso l'Inps sono tutti coloro che, a qualsiasi titolo, siano succeduti nel relativo credito al prestatore di lavoro e non già soltanto gli aventi diritto di cui al combinato disposto dei commi 1 e 2 dell'art. 2122 c.c.» (nella specie, è stato riconosciuto il diritto della società di finanziamento cessionaria del credito); Cass. 13 ottobre 2010, n. 21143, in *D&L*, 2010, n. 4, 1124 (s.m.), con nota di A. CORRADO; Cass. 5 maggio 2008, n. 11010, in *D&G*, 2008, secondo cui «il credito per il tfr, una volta ceduto dal lavoratore ad una società finanziaria, può essere rivendicato da quest'ultima nei confronti del Fondo di Garanzia gestito dall'Inps. La natura retributiva, e non previdenziale, del credito per il tfr consente la cessione in favore di una società finanziaria, legittimandola così a richiedere l'esecuzione della prestazione di pagamento quale cessionaria del medesimo credito retributivo. La locuzione aventi diritto di cui all'art. 2 l. 29 maggio 1982 n. 297, invero, indica genericamente la posizione del soggetto che, a qualsiasi titolo, sia succeduto nella titolarità del diritto stesso».

⁽²¹⁾ In tali termini, in dottrina, M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, cit., 334; in giurisprudenza, Cass. 10 giugno 2004, n. 11060, in *Fall.*, 2004, 1285; Cass. 5 maggio 2003, n. 6808, in *Fall.*, 2003, 1343; Cass. 26 settembre 1996, n. 8515, in *IPrev.*, 1996, 1119; Cass. 23 novembre 1989, n. 5036, in *MGL*, 1990, 66.

È dubbio se il fondo risponda soltanto dei debiti relativi al trattamento di fine rapporto ed alle ultime mensilità di retribuzione che restino imputabili all'imprenditore sottoposto a procedura concorsuale od anche di quelli eventualmente contratti successivamente all'apertura della stessa per la continuazione dell'esercizio dell'impresa. L'esigenza di trattamento paritario, alla luce del carattere strumentale, rispetto ai fini della procedura concorsuale, dell'esercizio provvisorio dell'impresa, si scontra con il dato normativo secondo cui il fondo ha lo scopo di «sostituirsi al datore di lavoro» ed il relativo intervento richiede una espressa domanda del dipendente che, evidentemente, presuppone un credito già maturato ed esigibile, ossia un rapporto lavorativo già cessato⁽²²⁾. La questione appare, comunque, ormai superata dalla successiva evoluzione normativa e, segnatamente, dalla norma di cui all'articolo 2-ter, legge n. 143/1985, di conversione del decreto legge n. 23/1985, che così recita: «alle imprese sottoposte a procedura concorsuale, che continuano nell'esercizio di impresa, la disposizione del sesto comma dell'art. 2 della legge 29 maggio 1982, n. 297, si applica con riferimento alla data di cessazione della continuazione dell'esercizio stesso». Del resto, stante l'infrazionabilità del rapporto di lavoro sino alla sua risoluzione, momento in cui – come detto – diviene esigibile il tfr, non vi è ragione di distinguere tra la quota maturata prima dell'apertura della procedura e quella eventualmente maturata durante la continuazione dell'esercizio dell'impresa: «anche quest'ultima potrà essere pertanto corrisposta dal Fondo purché ammessa allo stato passivo in prededuzione»⁽²³⁾.

3.1. Il tfr

Il fondo di garanzia provvede, anzitutto, all'erogazione del trattamento di fine rapporto di lavoro, previa detrazione delle somme eventualmente già corrisposte dal datore di lavoro insolvente od inadempiente. Essendo le quote annuali meri accantonamenti contabili, il diritto al tfr

⁽²²⁾ Cfr. R. DE LUCA TAMAJO, G. FERRARO, *Commento all'art. 2 della l. 297 del 1982*, in *NLCC*, 1983, 280; G. SANTORO PASSARELLI, *Assicurazione obbligatoria dei crediti di lavoro per l'insolvenza dell'imprenditore*, in *AA.VV., Problemi attuali dell'impresa in crisi*, Cedam, 1984, 204; M. CINELLI, *Problemi di diritto della previdenza sociale*, cit., 181.

⁽²³⁾ *Circ. Inps 7 marzo 2007, n. 53.*

matura, come detto, soltanto al momento della cessazione del rapporto di lavoro ⁽²⁴⁾.

Sul presupposto della natura retributiva ⁽²⁵⁾ dell'obbligazione posta a carico del fondo di garanzia, si ritiene che il lavoratore abbia diritto all'intero ammontare del credito, comprensivo, cioè, della rivalutazione monetaria e degli interessi legali fino al momento dell'effettivo pagamento ⁽²⁶⁾. Occorre, tuttavia, evidenziare che il successivo orientamento della giurisprudenza di legittimità ha ritenuto che le obbligazioni per tfr e per le ultime tre mensilità a carico del fondo di garanzia hanno natura previdenziale ⁽²⁷⁾, anche se siffatte obbligazioni del fondo corrispondono nel contenuto, pur determinato "per relationem", a quelle del datore di lavoro insolvente. In tal senso, occorre osservare come il diritto alla prestazione del fondo nasce, non in forza del rapporto di lavoro, ma a seguito del distinto rapporto assicurativo-previdenziale, in presenza dei presupposti previsti dalla legge: insolvenza del datore di lavoro ed accertamento nell'ambito della procedura concorsuale secondo le specifiche regole di tale procedura; formazione di un titolo giudiziale ed esperimento non soddisfacente dell'esecuzione forzata.

3.2. Il risarcimento dei danni per la tardiva attuazione della direttiva comunitaria

L'attuazione della direttiva 80/987/CEE è stata tanto travagliata, quanto tardiva. Per tale ragione, nonostante l'istituzione sin dal 1982 del fondo di garanzia per il trattamento di fine rapporto, l'Italia non ha potuto evitare la condanna per inadempimento da parte della Corte di giustizia del-

⁽²⁴⁾ Cfr. Cass. 18 novembre 1997, n. 11470, in *MGC*, 1997, 2211.

⁽²⁵⁾ Di tale avviso, ad esempio, Cass., sez. un., 3 ottobre 2002, n. 14220, in *MGC*, 2002, 1768; Cass., sez. un., 26 settembre 2002, n. 13988, in *D&G*, 2002, n. 38, 38, con nota di V. TURCO; Cass., sez. un., 26 settembre 2002, n. 13991, in *D&L*, 2003, 179.

⁽²⁶⁾ Così C. cost. 2 novembre 2000, n. 459, in *FI*, 2001, I, c. 35; Cass. 23 marzo 2001, n. 4261, in *MGC*, 2001, 573; Cass. 24 maggio 1994, n. 5043, in *FI*, 1995, I, c. 568; Cass. 23 novembre 1989, n. 5036, in *MGL*, 1990, 66. *Contra*, Cass. 22 luglio 1995, n. 8021, in *MGC*, 1995, 1415, secondo cui la rivalutazione spetta fino al momento in cui nelle procedure concorsuali si raggiunga una forma di definitività di accertamento dei crediti.

⁽²⁷⁾ Cass. 16 giugno 2006, n. 13930, in *MGC*, 2006, n. 6; Cass. 19 dicembre 2005, n. 27917, in *OGL*, 2005, n. 4, 964, e in *D&L*, 2006, n. 2, 627.

le Comunità europee ⁽²⁸⁾, considerato che analoga tutela non era prevista per i crediti relativi alle retribuzioni correnti.

Con la nota sentenza *Francovich* ⁽²⁹⁾, poi, la Corte di giustizia, pur negando la diretta efficacia ed applicabilità della direttiva comunitaria nell'ordinamento del singolo Stato membro ⁽³⁰⁾, ha ritenuto che il cittadino che abbia subito lesione dei suoi diritti a causa della mancata attuazione, nei termini, di una direttiva comunitaria da parte dello Stato membro, ha diritto al risarcimento dei danni, a condizione che la direttiva comporti l'attribuzione di diritti soggettivi, il cui contenuto sia direttamente individuabile e che sussista nesso di causalità tra inadempimento dello Stato all'obbligo di conformare il proprio ordinamento e pregiudizio subito dal soggetto.

Per la prima volta, dunque, la Corte afferma il principio della responsabilità patrimoniale dello Stato membro per il danno causato al singolo dall'aver omesso di creare, nonostante vi fosse obbligato da un atto comunitario, le condizioni normative di tutela della situazione giuridica soggettiva maturata a favore del singolo ⁽³¹⁾. La regola dell'immediata applicabilità della direttiva incondizionata e sufficientemente precisa ⁽³²⁾ è tuttavia limitata ai c.d. effetti verticali, cioè ai rapporti tra soggetti privati e Stato inadempiente e non si estende anche ai c.d. effetti orizzontali, ossia alle relazioni tra privati, come confermato dalla stessa Corte di giustizia ⁽³³⁾.

In tal ottica, per effetto della delega contenuta nell'articolo 48 della legge n. 428/1990, l'articolo 2, comma 7, decreto legislativo n. 80/1992, sulla base del principio affermato dalla Corte di giustizia, ha espressamente riconosciuto il diritto al risarcimento dei danni ai lavora-

⁽²⁸⁾ C. giust. 2 febbraio 1989, causa 22/87, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana*, in *DL*, 1989, II, 156, con nota di R. FOGLIA, nonché in *FI*, 1992, IV, c. 22, con nota di M. DE LUCA.

⁽²⁹⁾ C. giust. 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Andrea Francovich et al. c. Repubblica italiana*, in *FI*, 1992, IV, c. 145, con nota di A. BARONE e R. PARDOLESI, in *GI*, 1992, I, n. 1, c. 1169, con nota di R. CARANTA, in *MGL*, 1991, 646, con nota di R. FOGLIA, e in *RCP*, 1992, 847, con nota di S. TASSONE.

⁽³⁰⁾ Si veda anche Cass. 11 ottobre 1995, n. 10617, in *OGL*, 1996, 255, in *D&R*, 1996, 78, con nota di G. ROSCIONI, in *FI*, 1996, I, c. 503, con nota di E. SCODITTI, in *RCP*, 1996, con nota di R. CARANTA, in *MGL*, 1996, 193, con nota di R. SASSO, e in *NGL*, 1996, 31.

⁽³¹⁾ Cfr. M. FEVERATI, *op. cit.*, 687.

⁽³²⁾ Riaffermata da C. cost. 18 aprile 1991, n. 168, in *FI*, 1992, I, c. 660, con nota di L. DANIELE.

⁽³³⁾ Si veda C. giust. 14 luglio 1994, causa C-91/92, *Paola Faccini Dori c. Recreb Srl*, in *FI*, 1995, IV, c. 38, con nota di L. DANIELE.

tori rimasti pregiudicati dal tardivo adempimento alla direttiva comunitaria in materia. L'esercizio del predetto diritto è stato assoggettato al termine di decadenza di un anno. Quanto al termine di prescrizione, considerato che l'indennizzo di cui trattasi trova fondamento nella responsabilità aquiliana degli Stati membri della CE in caso di omesso recepimento nel diritto interno delle norme contenute in una direttiva comunitaria, lo stesso ha durata quinquennale (e non già decennale) e decorre dalla data in cui si è manifestata l'insolvenza del datore di lavoro⁽³⁴⁾.

L'obbligo risarcitorio fa capo all'Inps (per il tramite del fondo di garanzia), individuato anche quale soggetto legittimato passivamente⁽³⁵⁾, mentre la competenza in ordine ai relativi giudizi è stata riconosciuta in capo al giudice del lavoro⁽³⁶⁾, anche considerato che la pretesa azionata in giudizio è direttamente collegata al rapporto di lavoro che, pur non costituendo la *causa petendi* della predetta pretesa, si pone come antecedente e presupposto necessario della situazione di fatto in ordine alla quale viene invocata la tutela giurisdizionale⁽³⁷⁾.

3.3. I crediti di lavoro diversi dal tfr

Sollecitato, dunque, dalle sentenze di condanna della Corte di giustizia, il legislatore nazionale, con il prima ricordato decreto legislativo n. 80/1992, in attuazione della delega di cui all'articolo 48, legge n. 428/1990, ha esteso la garanzia della tutela nei confronti dell'insolvenza dell'imprenditore ad alcuni crediti di lavoro, utilizzando il medesimo fondo già istituito per il tfr⁽³⁸⁾.

⁽³⁴⁾ Cfr. Cass. 15 dicembre 2001, n. 15332 e Cass. 9 aprile 2001, n. 5249, in *DL*, 2002, II, 36, con nota di G. VERRECCHIA.

⁽³⁵⁾ Cfr. C. cost. 31 dicembre 1993, n. 512, in *DL*, 1993, II, 566, e in *RIDL*, 1994, II, 277; C. cost. 16 luglio 1993, n. 285, in *FI*, 1993, I, c. 2393; Cass. 19 gennaio 1996, n. 401, in *FI*, 1996, I, c. 503, in *MGL*, 1996, 192, nonché in *OGL*, 1996, 255; Cass. 11 ottobre 1995, n. 10617/1995, cit., in *FI*, cit., c. 5011.

⁽³⁶⁾ Cfr., tra le altre, Cass. 11 novembre 1994, n. 9475, in *FI*, 1995, I, c. 831; Cass. 9 luglio 1994, n. 6482, in *LG*, 1995, 25.

⁽³⁷⁾ *Ex multis*, Cass. 2 marzo 1994, n. 2049, in *MFI*, 1995, 159; Cass. 9 novembre 1993, n. 9339, in *DL*, 1994, II, 559.

⁽³⁸⁾ L'intervento del fondo rimaneva escluso nel caso di procedura concorsuale aperta in epoca precedente l'entrata in vigore del predetto decreto legislativo (cfr. Cass. 7 maggio 2002, n. 6506, in *Fall.*, 2003, 147; Cass. 16 gennaio 2001, n. 510, in *NGL*, 2001, 354).

La prestazione qui in esame attiene al pagamento dei crediti inerenti le ultime tre mensilità di retribuzione (periodo da intendersi come l'arco di tempo compreso tra la data di cessazione del rapporto di lavoro e la medesima data del terzo mese precedente), comprensivi di indennità di mancato preavviso, ratei ferie e festività non godute, mensilità aggiuntive, nella quota maturata nel periodo di operatività della tutela⁽³⁹⁾, purché rientranti nell'arco temporale rappresentato dai dodici mesi precedenti l'apertura della procedura concorsuale o la cessazione dell'esercizio dell'impresa (amministrazione straordinaria) o la cessazione dell'esercizio provvisorio dell'impresa sottoposta a procedura concorsuale o, ancora, la data di inizio dell'esecuzione coattiva. Se la risoluzione del rapporto di lavoro interviene nel corso della continuazione dell'attività da parte dell'impresa, i dodici mesi andranno calcolati dal momento della stessa risoluzione⁽⁴⁰⁾.

Qualora gli ultimi tre mesi del rapporto lavorativo vengano a coincidere con un periodo di sospensione del medesimo, durante il quale non è sorto alcun diritto retributivo, la garanzia potrà essere riferita ai tre mesi immediatamente precedenti, sempre che gli stessi rientrino nei dodici mesi di cui si è detto⁽⁴¹⁾.

Considerato il collegamento certo stabilito tra epoca di insorgenza del credito retributivo e insolvenza del datore di lavoro, deve escludersi che i crediti inerenti gli ultimi tre mesi del rapporto possano farsi rientrare nei dodici mesi precedenti il *dies a quo* normativamente fissato, attraverso un accordo, tra lavoratore e datore di lavoro, di proroga del termine di adempimento dell'obbligazione retributiva⁽⁴²⁾. Il diritto alla garanzia sussiste, invece, anche ove le tre mensilità (rientranti nei dodici mesi che precedono l'istanza di apertura della procedura concorsuale) siano immediatamente anteriori alla materiale cessazione di ogni attività dell'impresa⁽⁴³⁾.

Con specifico riferimento al *dies a quo* per il computo dei predetti dodici mesi, individuato nella data della sentenza dichiarativa di fallimen-

⁽³⁹⁾ G. CIVALE, *op. cit.*, 460.

⁽⁴⁰⁾ Si veda circ. Inps 5 marzo 1998, n. 55.

⁽⁴¹⁾ Cfr. C. giust. 15 maggio 2003, causa C-160/01, *Karen Mau c. Bundesanstalt für Arbeit*, in *FI*, 2003, IV, 537, nonché in *MGL*, 2004, 241; Cass. 6 maggio 2005, n. 9460, in *RIDL*, 2006, II, 75, con nota di M.L. VALLAURI.

⁽⁴²⁾ Cfr. Cass. 26 ottobre 2007, n. 22621, in *MGC*, 2007, n. 10; Cass. 21 giugno 2006, n. 14312, in *LG*, 2006, 1131.

⁽⁴³⁾ Cass. 29 dicembre 2006, n. 27599, in *D&L*, 2007, 480, con nota di F. CAPURRO.

to⁽⁴⁴⁾, attenta dottrina ne aveva subito messo in rilievo la iniquità, posto che la dichiarazione di insolvenza non sempre è disposta in modo tempestivo⁽⁴⁵⁾. Ed in tal senso la Corte di giustizia ha così stabilito: l'«insorgere dell'insolvenza del datore di lavoro di cui agli artt. 3, n. 2, e 4, n. 2, della direttiva corrisponde alla data della domanda diretta all'apertura del procedimento di soddisfacimento collettivo dei creditori, fermo restando che la garanzia non può essere concessa prima della decisione di apertura di tale procedimento o dell'accertamento della chiusura definitiva dell'impresa, in caso di insufficienza di attivo»⁽⁴⁶⁾. In applicazione del principio enunciato dalla Corte di giustizia nella suddetta sentenza, considerata la *ratio decidendi* ad esso sottesa, la Corte di Cassazione ha ritenuto che «il Fondo di garanzia [...] “si sostituisce” ai datori di lavoro nel pagamento dei crediti di lavoro, [...] inerenti gli ultimi tre mesi del rapporto di lavoro rientrante nei dodici mesi che precedono qualsiasi iniziativa del lavoratore che, come la domanda di apertura della procedura concorsuale, sia parimenti volta a far valere in giudizio quei diritti, fermo restando, tuttavia, che la garanzia del Fondo non può essere concessa prima della decisione di apertura di tale procedura»⁽⁴⁷⁾.

Nel caso di liquidazione coatta amministrativa il *dies a quo* è costituito dalla data del ricorso al Tribunale per la dichiarazione di insolvenza ex articolo 195 della legge fallimentare o, se precedente, da quella del decreto di liquidazione emesso dall'autorità amministrativa competente per la vigilanza sull'impresa. Analogamente può dirsi a proposito dell'amministrazione straordinaria: il *dies a quo* è dato dal deposito in Tribunale del ricorso per la dichiarazione dello stato di insolvenza ex articolo 3 del decreto legislativo n. 270/1999 o dalla presentazione al Ministero delle attività produttive della domanda di ammissione alla procedura nel caso di imprese di notevoli dimensioni.

Il rilievo pratico della garanzia è ridimensionato dalle limitazioni previste dalla disciplina positiva: ai singoli Stati membri è, infatti, consentita l'individuazione di limiti e massimali per i crediti da garantire, a condi-

⁽⁴⁴⁾ Cfr. C. cost. 9 luglio 1996, n. 240, in *DL*, 1996, II, 299; Cass. 20 giugno 1998, n. 6164, in *MGC*, 1998, 1363.

⁽⁴⁵⁾ Così A. VALLEBONA, *op. cit.*, 77.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. C. giust. 10 luglio 1997, causa C-373/95, *Federica Maso et al. e Graziano Gazzetta et al. c. Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) e Repubblica italiana*, in *FI*, 1998, IV, c. 213, con nota di G. RICCI, nonché in *MGL*, 1997, 826.

⁽⁴⁷⁾ Cass. 1° febbraio 2005, n. 1885, in *FI*, 2005, I, 1026, in *OGL*, 2005, 450, con nota di M. SIMEON, nonché in *RIDL*, 2005, II, 973, con nota di M. ROSANO.

zione che gli stessi non siano tali da vanificare lo stesso scopo sociale dell'intervento protettivo.

In tal ottica, il legislatore interno ha, in primo luogo, fissato un massimale al *quantum* della garanzia, rappresentato da una somma «pari a tre volte la misura massima del trattamento straordinario di integrazione salariale mensile al netto delle trattenute previdenziali e assistenziali».

Ai sensi dell'articolo 2, comma 4, decreto legislativo n. 80/1992, l'intervento del fondo è, inoltre, escluso nelle ipotesi in cui il lavoratore, nel periodo di riferimento, abbia percepito retribuzioni. Il divieto di cumulo trova la sua ragione «nel fatto che la corresponsione delle somme sopra specificate annulla quella situazione di bisogno che è alla base dell'intervento del Fondo»⁽⁴⁸⁾.

Peraltro, sulla corretta interpretazione della predetta disposizione si è registrato un forte contrasto giurisprudenziale. Un primo orientamento riteneva che le retribuzioni percepite dovessero essere detratte dal credito relativo agli ultimi tre mesi di lavoro⁽⁴⁹⁾. L'opposta e successiva giurisprudenza, invece, reputava che le somme percepite in conto retribuzioni negli ultimi tre mesi dovessero essere detratte direttamente dal massimale⁽⁵⁰⁾.

Sulla problematica è, poi, intervenuta la Corte di giustizia affermando che, sebbene la direttiva consenta di fissare un massimale per tale garanzia, gli Stati membri, nei limiti di siffatto massimale, sono tenuti ad assicurare la totalità dei crediti maturati, sottraendo da essi (e non già dal massimale) eventuali anticipi ricevuti⁽⁵¹⁾. Peraltro, la disposizione contenente la suddetta previsione di incumulabilità è stata, poi, espressamente abrogata dall'articolo 2 del decreto legislativo n. 186/2005 (attuazione della direttiva 2002/74/CE).

La garanzia prestata dal fondo è, infine, esclusa nel caso di redditi alternativi percepiti dall'interessato, quali somme a titolo di indennità di mobilità riscossa nell'arco dei tre mesi successivi all'estinzione del rapporto di lavoro, di integrazione salariale o di altra prestazione previdenziale sostitutiva della retribuzione. Al riguardo, tuttavia, la Corte di giustizia ha avuto modo di affermare che uno Stato membro non può

⁽⁴⁸⁾ F. Mazziotti, *op. cit.*, 140.

⁽⁴⁹⁾ In tal senso, ad esempio, Cass. 16 giugno 1999, n. 5979, in *GC*, 1999, n. 30, 52; Cass. 7 aprile 1999, n. 3382, in *MGL*, 1999, 724.

⁽⁵⁰⁾ Tra le tante, Cass. 10 febbraio 2001, n. 1980, in *GI*, 2001, c. 2028, con nota di L. FANTINI; Cass. 21 ottobre 2000, n. 13939, in *IPrev*, 2001, 114; Cass. 20 ottobre 2000, n. 13900, in *IPrev*, 2001, 385; Cass. 19 febbraio 2000, n. 1937, in *IPrev*, 2000, 814.

⁽⁵¹⁾ Cfr. C. giust. 4 marzo 2004, causa C-19/01, *Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) c. Alberto Barsotti et al.*, in *D&L*, 2004, 273, con nota di S. BALESTRO.

vietare il cumulo di importi garantiti dalla direttiva con un'indennità quale quella di mobilità prevista dalla legge n. 223/1991, «che è diretta a sovvenire ai bisogni di un lavoratore licenziato durante i tre mesi successivi alla cessazione del rapporto di lavoro»⁽⁵²⁾. Pertanto, la garanzia deve ritenersi cumulabile con l'indennità di mobilità⁽⁵³⁾. Deve, poi, ritenersi superato anche il divieto di cumulo con il trattamento straordinario di integrazione salariale, attesa la nozione comunitaria di rapporto di lavoro adottata dalla Corte di giustizia, secondo la quale non si ha un rapporto di lavoro preclusivo della garanzia del fondo nei periodi in cui non sorgono diritti retributivi⁽⁵⁴⁾.

Al lavoratore che richiede l'intervento del fondo per la corresponsione dei crediti di lavoro diversi dal tfr competono anche interessi e rivalutazione monetaria⁽⁵⁵⁾ che, ai sensi della norma di cui all'articolo 2, comma 5, decreto legislativo n. 80/1992, decorrono dalla data di presentazione della domanda amministrativa.

3.4. La garanzia della posizione assicurativa

L'esigenza di tutela del lavoratore contro l'insolvenza del datore di lavoro sorge non soltanto in riferimento ai crediti di lavoro, ma anche in relazione ai contributi previdenziali, che costituiscono il presupposto per fruire delle relative prestazioni assicurate. A tal riguardo, come è noto, la posizione assicurativa del lavoratore dipendente, nel caso di contribuzione omessa e non prescritta, trova protezione attraverso il principio dell'automatismo delle prestazioni di cui all'articolo 2116 c.c., che pone la regola generale dell'erogazione delle prestazioni di previdenza pubblica obbligatoria a favore del lavoratore anche qualora il proprio datore di lavoro non abbia provveduto al versamento dei relativi contributi. In tale contesto, nel caso di fallimento o di crisi aziendale determinata da eccezionali calamità naturali, gli articoli 39 e 40 della legge n. 153/1969 prevedono l'accredito della predetta contribuzione obbligatoria e, comunque, considerano verificato il requisito di contribuzione rilevante ai fini del diritto ai trattamenti pensionistici di invalidità, vecchiaia e superstiti e della determinazione della misura dei medesimi.

⁽⁵²⁾ C. giust. C-373/95, cit., in *MGL*, cit.

⁽⁵³⁾ A. CAIAFA, *I rapporti di lavoro nelle crisi di impresa*, Cedam, 2004, 119.

⁽⁵⁴⁾ C. giust. C-160/01, cit., in *FI*, cit.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. Cass., sez. un., n. 14220/2002, cit., in *Fall.*, 2002, 627; App. Bari 31 ottobre 2001, in *LG*, 2002, 61.

La sopra riferita regolamentazione normativa, tuttavia, concerne soltanto l'assicurazione generale obbligatoria (con esclusione, quindi, delle gestioni pensionistiche speciali o presso altri enti previdenziali). Peraltro, la tutela subisce il limite della prescrizione dei contributi: il diritto all'accredito, infatti, sussiste soltanto per i contributi omessi, purché non prescritti. Si aggiunga, poi, che il predetto automatismo opera per il raggiungimento del diritto alla prestazione pensionistica e incide sulla misura della stessa nei limiti in cui la contribuzione mancante è considerata presente ai fini del diritto ⁽⁵⁶⁾.

Superando i suddetti limiti, il legislatore ha successivamente eliminato il riferimento al solo fallimento (articolo 23-ter, legge n. 485/1972, di conversione del decreto legge n. 267/1972), ed ha, poi, disposto (articolo 3, decreto legislativo n. 80/1992) che i contributi dovuti siano considerati come versati, qualunque sia il periodo (successivo alla data di entrata in vigore del predetto decreto legislativo) cui essi si riferiscono, anche nel caso di «sopravvenuta prescrizione del diritto alla riscossione del contributo da parte dell'ente nei confronti del datore di lavoro» ⁽⁵⁷⁾. Si ritorna, così, al principio di cui all'articolo 2116, primo comma, c.c. «istituendosi una automaticità totale delle prestazioni» ⁽⁵⁸⁾. Sotto tale profilo, la disciplina è migliorativa rispetto a quella prevista dalla direttiva comunitaria 80/987/CEE, che «considera soltanto i casi in cui i contributi previdenziali siano stati trattenuti sulle retribuzioni e non versati all'ente (e non anche quelli in cui, a fronte dell'omissione contributiva del datore, non vi sia stato alcun prelievo sulle retribuzioni, a titolo di trattenuta contributiva)» ⁽⁵⁹⁾. Peraltro, con il riferimento all'assicurazione obbligatoria invalidità, vecchiaia e superstiti (anziché all'assicurazione generale obbligatoria), la norma mostra di voler estendere la tutela anche alle gestioni speciali o di enti previdenziali diversi dall'Inps.

In altri termini, in forza della disposizione sopra richiamata, il lavoratore «recupera, nell'area dell'insolvenza, il diritto all'integrale prestazione che avrebbe conseguito se non si fosse verificata l'omissione contributiva, attraverso una sorta di automaticità generalizzata» ⁽⁶⁰⁾. Deve,

⁽⁵⁶⁾ Cfr. Cass. 26 marzo 1984, n. 1966, in *GC*, 1984, I, 1753.

⁽⁵⁷⁾ M. ORIONE, *La tutela dei diritti dei lavoratori in caso di insolvenza del datore di lavoro tra ordinamento interno e disciplina comunitaria*, in *NGCC*, II, 1994, 209.

⁽⁵⁸⁾ A. VALLEBONA, *op. cit.*, 84.

⁽⁵⁹⁾ M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, cit., 338.

⁽⁶⁰⁾ G. VILLANI, *Questioni relative alla prescrizione dei contributi previdenziali*, in *PAPP*, 2001, 81.

tuttavia, segnalarsi che l'operatività di alcune condizioni ridimensiona l'effettiva portata innovativa della predetta disciplina.

In primo luogo, non può non evidenziarsi come la garanzia di cui trattasi sia riferibile esclusivamente alle procedure concorsuali, anche se autorevole dottrina giunge all'opposta conclusione, sia attraverso considerazioni sistematiche e di *ratio legis* ⁽⁶¹⁾, sia in considerazione del principio costituzionale di eguaglianza giuridica ⁽⁶²⁾. Del resto, osserva altra dottrina, non si spiegherebbe l'estensione della tutela per i crediti retributivi a tutti i lavoratori ed una «contestuale limitazione della tutela per le prestazioni previdenziali ai soli lavoratori dipendenti da datori di lavoro soggetti a procedure concorsuali» ⁽⁶³⁾. Occorre osservare, sotto tale profilo, che la prospettiva del riassorbimento delle ricadute dell'insolvenza, in termini di recupero dello sbilanciamento creato dall'insolvenza stessa, incontra inevitabilmente un limite nella parità di trattamento rispetto alle soluzioni che connotano le situazioni normali, non essendo giustificata l'istituzione di una sorta di privilegio contributivo per una data categoria di lavoratori rispetto a quelli non toccati dal problema dell'insolvenza del datore di lavoro. Del resto, laddove la norma venga letta nel senso dell'attribuzione, al lavoratore dipendente da datore di lavoro insolvente, di un vero e proprio diritto al riconoscimento della contribuzione evasa, anche al di là della prescrizione, è evidente che si verrebbe – di fatto – a creare una discrasia rispetto a quel lavoratore che, trovandosi nella medesima situazione, non incorra nella predetta insolvenza ed al quale, dunque, non essendo assicurata la prestazione garantita dall'Inps nell'ipotesi di procedura concorsuale, «si trova a sostenere costi e disagi, per conseguire eventualmente la rendita vitalizia di cui all'art. 13 l. n. 1338 del 1962» ⁽⁶⁴⁾.

In secondo luogo, l'accesso alla tutela in questione richiede che il lavoratore abbia preventivamente esercitato l'azione giudiziaria nei confronti del datore di lavoro insolvente, allo scopo di ottenere il risarcimento del danno derivante dall'omissione contributiva ovvero la corresponsione della somma necessaria alla costituzione della rendita vitalizia *ex* articolo 13, legge n. 1338/1962 ⁽⁶⁵⁾.

⁽⁶¹⁾ Cfr. A. VALLEBONA, *op. cit.*, 83; M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, cit., 338.

⁽⁶²⁾ F. MAZZIOTTI, *op. cit.*, 144.

⁽⁶³⁾ M. ORIONE, *op. cit.*, 213.

⁽⁶⁴⁾ In questi termini G. VILLANI, *op. cit.*, 82.

⁽⁶⁵⁾ A. VALLEBONA, *op. cit.*, 84; M. ORIONE, *op. cit.*, 209; M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, cit., 339. *Contra*, F. MAZZIOTTI, *op. cit.*, 145, secondo cui la pro-

Ancora, poi, il riferimento alla formula «nel caso in cui [...] il suo credito sia rimasto in tutto o in parte insoddisfatto in esito [...]» sembra lasciare intendere che la garanzia per siffatta prestazione di previdenza sia azionabile soltanto dopo la conclusione della procedura concorsuale⁽⁶⁶⁾.

Infine, laddove il predetto tentativo si riveli infruttuoso, il lavoratore interessato dovrà essere in grado di fornire al competente Istituto «documenti di data certa, dai quali possa evincersi l'effettiva esistenza e la durata del rapporto di lavoro, nonché la misura della retribuzione corrisposta al lavoratore medesimo qualora tale misura sia assunta come base per il calcolo della prestazione pensionistica» (articolo 3, comma 2, decreto legislativo n. 80/1992). La norma, nell'intento di evitare frodi dirette alla costituzione di posizioni contributive fittizie, ripete la disposizione dettata dall'articolo 13, legge n. 1338/1962, in materia di costituzione di rendita vitalizia, che, peraltro, è stata dichiarata costituzionalmente illegittima nella parte in cui impone la prova documentale di data certa, per l'accertamento della sussistenza del rapporto lavorativo e nella parte in cui richiede la sola prova documentale per l'accertamento della durata del rapporto medesimo e della misura della prestazione⁽⁶⁷⁾.

Per quanto sopra evidenziato, non può, allo stato, non condividersi l'osservazione di chi segnala come, a causa anche di un quadro normativo piuttosto disorganico, non sia ancora maturata, specie dall'angolazione della prescrizione, «una sensibilità verso la sistemazione definitiva della materia»⁽⁶⁸⁾.

Nel caso di intervento spetta al fondo l'azione di regresso nei confronti dell'imprenditore inadempiente: l'azione ha ad oggetto la riserva matematica che, a norma dell'articolo 13, legge n. 1338/1962, «sarebbe stata necessaria per garantire la contribuzione omessa o prescritta»⁽⁶⁹⁾.

4. I presupposti per l'intervento del fondo di garanzia

Come detto, «la condizione necessaria perché sorga il diritto nei confronti del Fondo di garanzia presso l'INPS è che l'obbligo di pagare il

posizione della predetta azione giudiziaria è sì alternativa, ma non costituisce condizione necessaria ai fini della presentazione della domanda di accreditamento.

⁽⁶⁶⁾ In tal senso, seppur con accento critico, anche M. ORIONE, *op. cit.*, 214.

⁽⁶⁷⁾ Cfr. C. cost. 22 dicembre 1989, n. 568, in *FI*, 1990, I, c. 2141.

⁽⁶⁸⁾ G. VILLANI, *op. cit.*, 81.

⁽⁶⁹⁾ F. MAZZIOTTI, *op. cit.*, 146.

t.f.r. non sia stato adempiuto ed intervenga una situazione di insolvenza del datore di lavoro»⁽⁷⁰⁾. Affinché il fondo di garanzia si sostituisca al datore di lavoro per il pagamento del tfr e delle ultime tre mensilità di retribuzione devono sussistere alcuni presupposti fondamentali e, segnatamente, la cessazione del rapporto di lavoro subordinato per una qualsivoglia causa prevista dalla legge e lo stato di insolvenza del datore di lavoro oppure, per gli imprenditori non soggetti a procedure concorsuali, l'inadempimento qualificato dall'insufficienza delle garanzie patrimoniali.

La giurisprudenza di legittimità intervenuta sul punto ha chiarito che il criterio discrezionale tra le due categorie è costituito esclusivamente dalla condizione soggettiva di cui all'articolo 1 della legge fallimentare, ossia la qualificazione del datore di lavoro quale imprenditore commerciale⁽⁷¹⁾. Sulla questione, peraltro, è intervenuto il legislatore: con effetto dal 1° gennaio 2008, in forza dell'articolo 1, decreto legislativo n. 169/2007 (disposizioni integrative e correttive alla legge fallimentare), l'articolo 1 della legge fallimentare non utilizza più tale nozione, ma indica direttamente una serie di requisiti dimensionali che gli imprenditori commerciali (fermo fatto, dunque, l'esonero di tutte le imprese agricole) devono congiuntamente possedere per non essere assoggettati alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo.

L'intervento correttivo muove dall'esigenza di superare i contrasti interpretativi sorti in ordine all'individuazione dei criteri di qualificazione della nozione di piccolo imprenditore⁽⁷²⁾. Ne consegue una nuova ed autonoma nozione di imprenditore "fallibile" (o, meglio, "non fallibile") legata a criteri quantitativi connessi al (mancato) superamento di una triade di predefiniti parametri soglia (attivo patrimoniale, ricavi lordi, esposizione debitoria), idonea a recidere definitivamente ogni possibile residuale dicotomia, in materia fallimentare, tra le nozioni di imprenditore e piccolo imprenditore⁽⁷³⁾.

⁽⁷⁰⁾ Cass. 15 aprile 2013, n. 9068, in *D&G*, 2013, con nota di G. MARINO, *Il datore corrisponde il t.f.r. mediante una società del gruppo: non opera il Fondo di garanzia*.

⁽⁷¹⁾ Cfr. Cass. 29 gennaio 2002, n. 1136, in *NGL*, 2002, 380; Cass. 9 marzo 2001, n. 3511, in *MGC*, 2001, 459, in *GC*, 2001, I, 1502, nonché in *RIDL*, 2001, II, 704, con nota di F. BANO.

⁽⁷²⁾ Cfr. Trib. Firenze 31 gennaio 2007, in *Fall.*, 2007, 591; M. FABIANI, *L'impresa "fallibile"*, in *Fall.*, 2007, 327; G. LO CASCIO, *L'intervento correttivo ed integrativo del decreto legislativo 5/2006*, in *Fall.*, 2007, 866; A. SILVESTRINI, *I presupposti soggettivi del fallimento a seguito della legge di riforma*, in *Fall.*, 2007, 236.

⁽⁷³⁾ Così si esprime, a titolo esemplificativo, Trib. Mantova 1° febbraio 2007, in *Fall.*, 2007, 591.

Quanto alla cessazione del rapporto di lavoro, ricordato che il fallimento del datore di lavoro non costituisce di per sé giusta causa di risoluzione del contratto di lavoro ⁽⁷⁴⁾ deve rilevarsi come la garanzia operi indipendentemente dalla causa che ha determinato la predetta cessazione (licenziamento, dimissioni, scadenza del termine).

Attenzione particolare, sotto questo profilo, deve riservarsi alla fattispecie del trasferimento di azienda. A tal proposito, l'articolo 2112 c.c., nell'attuale formulazione, pone la regola della continuazione del rapporto di lavoro con il cessionario che, quindi, diviene l'unico obbligato a corrispondere il tfr, anche per la parte maturata alle dipendenze dell'impresa cedente ⁽⁷⁵⁾. Pertanto, se il datore di lavoro insolvente è il cedente, il fondo non sarà tenuto ad intervenire, in quanto il tfr dovrà essere corrisposto per l'intero dal cessionario; al contrario, in caso di fallimento del cessionario, il fondo sarà tenuto a corrispondere l'intero tfr maturato ⁽⁷⁶⁾.

Una ipotesi particolare è costituita dal lavoratore che fruisca del trattamento di integrazione salariale concesso ai sensi dell'articolo 3 della legge n. 223/1991: poiché la predetta erogazione presuppone la continuazione effettiva del rapporto di lavoro con l'impresa fallita, l'intervento del fondo potrà essere richiesto soltanto al termine del periodo di fruizione del trattamento medesimo, sempre che intervenga una causa di risoluzione del rapporto di lavoro.

Come già sopra ricordato, il fondo di garanzia interviene nel caso di dichiarazione di fallimento, nonché in presenza di una procedura di liquidazione coatta amministrativa o di concordato preventivo. La norma di cui all'articolo 2, legge n. 297/1982, non menziona, invece, l'amministrazione straordinaria di imprese in crisi *ex lege* n. 544/1981. Tuttavia, tanto la dottrina ⁽⁷⁷⁾, quanto la giurisprudenza di

⁽⁷⁴⁾ A. CAIAFA, *Dissesto dell'impresa e trattamento di fine rapporto*, in *DL*, 1982, I, 407; A. PATTI, *Rapporti che rimangono sospesi*, in L. PANZANI (diretto da), *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, vol. II, Utet, 1999, 394.

⁽⁷⁵⁾ Cfr. Cass. 13 dicembre 2000, n. 15687, in *MGC*, 2000, 2584; Cass. 14 dicembre 1998, n. 12548, in *MGC*, 1998, 2580; Cass. 27 agosto 1991, n. 9189, in *MGC*, 1991, 8, 65.

⁽⁷⁶⁾ In tal senso anche circ. Inps n. 53/2007, cit., e circ. Inps n. 74/2008, cit.

⁽⁷⁷⁾ Cfr. G. GIUGNI, R. DE LUCA TAMAJO, G. FERRARO, *Il Trattamento di fine rapporto*, Cedam, 1984, 144; G. SANTORO PASSARELLI, *Dall'indennità di anzianità al trattamento di fine rapporto*, Giuffrè, 1984, 205; R. ROMEI, *op. cit.*, 100.

merito ⁽⁷⁸⁾ ritenevano ammissibile l'intervento del fondo anche nell'ipotesi di amministrazione straordinaria ⁽⁷⁹⁾.

Oggi, comunque, la questione non è più controversa, atteso l'espreso intervento normativo di cui alla legge n. 428/1990, articolo 48, e alla legge n. 166/1991, articolo 5, che, appunto, prevedono l'intervento del fondo nel caso di amministrazione straordinaria, seppur a condizione che non sia stato autorizzato l'esercizio provvisorio ⁽⁸⁰⁾. Ammissibilità dell'intervento, poi, anche ribadito in sede di decreto legislativo n. 270/1999, che, all'articolo 102, prevede che le domande dirette a conseguire il pagamento, a carico del fondo, dei crediti dei lavoratori alle dipendenze di imprese sottoposte alla predetta procedura, possano essere presentate dopo l'adozione dei provvedimenti indicati nell'articolo 2, secondo e terzo comma, legge n. 297/1982.

Pacificamente inammissibile, invece, ogni intervento del fondo nel caso di amministrazione controllata: manca, infatti, non solo il riferimento normativo, ma anche il presupposto fondamentale rappresentato dall'insolvenza, atteso che l'amministrazione controllata è giustificata dalla «temporanea difficoltà ad adempiere» ⁽⁸¹⁾. Peraltro, la distinzione tra insolvenza e temporanea difficoltà ad adempiere, pur chiaramente presente nello spirito e nella lettera della legge fallimentare, si è andata progressivamente obliterando in conseguenza di prassi distorte. La questione è, comunque, ormai superata dall'espressa abrogazione, ad opera dell'articolo 147, decreto legislativo n. 5/2006 (riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali), dell'intero titolo IV della legge fallimentare, relativo, appunto, all'amministrazione controllata, nonché di tutti i relativi riferimenti contenuti nel regio decreto n. 267/1942.

Con particolare riferimento al concordato preventivo ⁽⁸²⁾, infine, occorre considerare la modifica (ad opera della legge n. 80/2005, di conversione del decreto legge n. 35/2005) dell'articolo 160, primo comma,

⁽⁷⁸⁾ Cfr. Trib. Novara 22 marzo 1990, in *DPL*, 1990, 1831; Trib. Tortona 14 ottobre 1985, in *RIDL*, 1986, II, 635, con nota di A. VALLEBONA; Pret. Milano 17 febbraio 1988, in *DPL*, 1988, 2202; Pret. Roma 19 marzo 1987, in *GC*, 1987, I, 2983.

⁽⁷⁹⁾ Per la tesi opposta si veda Cass. 9 giugno 1988, n. 3894, in *DPL*, 1988, 2875.

⁽⁸⁰⁾ Sul punto, in particolare, si veda V. CERRITELLI, *Fondo di garanzia e privilegi*, in F. CARINCI (diretto da), *op. cit.*, 608.

⁽⁸¹⁾ G. SANTORO PASSARELLI, *Dall'indennità di anzianità al trattamento di fine rapporto*, cit., 206; A. VALLEBONA, *op. cit.*, 125; M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, cit., 334. *Contra*, M. SIMEON, *op. cit.*, 470, nota 24.

⁽⁸²⁾ La circ. Inps n. 74/2008, cit., precisa che «nel concordato preventivo sono soggetti al concorso solo i crediti sorti prima del decreto di apertura della procedura (art. 184 l.f.) e pertanto il Fondo potrà corrispondere solo il Tfr maturato prima di tale data ed a condizione che il rapporto di lavoro, al momento della richiesta, sia cessato».

della legge fallimentare che, appunto, nella nuova versione, prevede la possibilità di ammettere alla procedura di cui trattasi «l'imprenditore che si trova in stato di crisi». Muovendo dalla previsione di cui al secondo comma della norma prima richiamata, come introdotto dall'articolo 36, decreto legge n. 273/2005, convertito con modificazioni dalla legge n. 51/2006, secondo cui per «stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza», deve ritenersi che siffatta ipotesi non escluda la garanzia prestata dal fondo, atteso che lo stato di crisi sottende un dissesto economico generale ed irreversibile al pari dello stato di insolvenza cui si riferisce la disciplina dettata sia dalla legge n. 297/1982, sia dal decreto legislativo n. 80/1992.

Per inciso, è possibile evidenziare come lo sviluppo del “terzo settore” abbia messo in rilievo il problema della tutela del lavoratore dipendente nel caso in cui il datore di lavoro insolvente sia un'associazione riconosciuta esercente un'attività non lucrativa di utilità sociale. In tali casi, ferma restando l'esclusione dell'intervento del fondo nel caso di associazioni non riconosciute, per quelle riconosciute, che, come noto, con l'iscrizione nel registro delle persone giuridiche istituito presso gli Uffici territoriali del Governo, *ex* articolo 1, decreto del Presidente della Repubblica n. 361/2000, acquistano la personalità giuridica, con conseguente autonomia patrimoniale dell'ente, il fondo interviene secondo le medesime modalità «previste in caso di datore di lavoro assoggettato alla liquidazione coatta amministrativa»⁽⁸³⁾.

Quanto alla nozione di insolvenza, la disciplina del fondo di garanzia è stata, di recente, integrata dal decreto legislativo n. 186/2005, in attuazione della direttiva 74/2002/CE. È stato, anzitutto, eliminato il riferimento alla data dell'insorgenza dell'insolvenza che, nel vigore della previgente disposizione, stabiliva un necessario nesso di collegamento tra il suddetto momento e l'individuazione della data da prendere in considerazione per il calcolo a ritroso del periodo coperto dalla garanzia, non essendo possibile estendere la tutela ad inadempimenti datoriali sganciati dal presupposto dell'insolvenza.

La suddetta direttiva, inoltre, recependo l'orientamento della Corte di giustizia delle Comunità europee, ha disposto che, nel caso di insolvenza relativa ad imprese che svolgono attività in almeno due Paesi membri, l'organismo di garanzia competente «è quello dello Stato membro

⁽⁸³⁾ Circ. Inps 11 novembre 2008, n. 99, che, peraltro, segnala agli operatori che nella liquidazione generale prevista per tale tipologia di associazioni «tutti gli atti (tra i quali lo stato passivo) che nella procedura di liquidazione coatta amministrativa devono essere depositati presso la cancelleria del Tribunale, sono invece depositati presso la Prefettura – Ufficio territoriale del governo (art. 18 disp. att. cod. civ.)».

sul cui territorio» i lavoratori «esercitano o esercitavano abitualmente il loro lavoro». Ne consegue, dunque, che misura e contenuto dell'intervento dell'organo di garanzia e, segnatamente, *quantum* e limiti della erogazione delle relative prestazioni, rimane determinato dalla legislazione interna del singolo Stato membro cui è soggetto il predetto organo.

In tale quadro di riferimento gli articoli 1 e 2, decreto legislativo n. 186/2005, aggiungono rispettivamente al decreto legislativo n. 80/1992 il comma 2-*bis* ed al decreto legislativo n. 297/1982 il comma 4-*bis*, che dispongono l'intervento del fondo di garanzia (soltanto per le procedure concorsuali aperte dopo l'entrata in vigore dello stesso predetto decreto legislativo) anche nel caso in cui «il datore di lavoro sia un'impresa, avente attività sul territorio di almeno due Stati membri, costituita secondo il diritto di un altro Stato membro ed in tale Stato sottoposta ad una procedura concorsuale, a condizione che il dipendente abbia abitualmente svolto la sua attività in Italia».

4.1. L'accertamento concorsuale del credito del lavoratore

Affinché il fondo di garanzia intervenga nel caso di fallimento del datore di lavoro è necessario l'accertamento del credito del dipendente. Occorre, quindi, che il lavoratore avanzi domanda di insinuazione al passivo della procedura concorsuale, che il credito sia ammesso allo stato passivo e che questo sia dichiarato esecutivo. Non occorre, invece, nel caso vi sia opposizione, che la relativa sentenza acquisisca autorità di giudicato⁽⁸⁴⁾.

Pur non sostituendosi alla procedura concorsuale, il fondo assume la medesima obbligazione definitivamente accertata a carico del datore di lavoro insolvente, con la conseguenza che la prestazione cui è tenuto l'Inps si identifica con l'oggetto del credito che, allo stesso titolo, risulta ammesso al passivo della predetta procedura⁽⁸⁵⁾.

Il fondo non soddisfa, dunque, richieste di pagamento di un credito non ammesso allo stato passivo: il pagamento del trattamento di fine rapporto da parte del fondo di garanzia richiede «che il lavoratore assolva all'onere di dimostrare che è stata emessa la sentenza dichiarativa del fallimento e che il suo credito è stato ammesso nello stato passivo, sen-

⁽⁸⁴⁾ E. D'AVOSSA, *Il T.F.R.*, Ipsa, 1988, 197.

⁽⁸⁵⁾ Cfr. Cass. 3 settembre 2007, n. 18481, in *MGC*, 2007, 9, nonché in *Il civilista*, 2011, n. 1, 66 (s.m.), con nota di A.C. MARROLLO.

za che questo ultimo 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 mancata e incolpevole non conoscenza da parte sua dell'apertura della procedura fallimentare, poiché la legge fallimentare contiene una serie di disposizioni che, in relazione ai diversi atti del procedimento concorsuale, assicurano ai terzi la possibilità della loro conoscenza e svolgono, quindi, la funzione di una vera e propria pubblicità dichiarativa»⁽⁸⁶⁾.

L'accertamento concorsuale del credito vantato dal lavoratore è requisito da cui non può prescindere neppure quando la tardiva ammissione allo stato passivo sia stata impedita dalla chiusura della procedura concorsuale⁽⁸⁷⁾. Lo stesso dicasi per il caso in cui il predetto accertamento sia precluso perché il fallimento dell'impresa, pur allo stesso assoggettata, non possa più essere dichiarato, essendo già trascorso il relativo termine di legge.

Alla medesima conclusione, anche in considerazione dell'identità di *ratio*, deve pervenirsi nell'ipotesi di cui all'articolo 102 della legge fallimentare (in tal senso anche circolare Inps 7 marzo 2007, n. 53, e circolare Inps 15 luglio 2008, n. 74). In precedenza, in relazione alla chiusura per insufficienza di attivo, si riteneva dovesse comunque procedersi alla verifica dei crediti. Oggi la norma, riscritta in sede di riforma del diritto fallimentare, prevede che il Tribunale, con decreto motivato, «dispone non farsi luogo al procedimento di accertamento del passivo» nel caso di previsione di insufficiente realizzo. La disposizione, caratterizzata da evidente scopo deflattivo ed ispirata ad un uso efficiente delle risorse, si inserisce in un quadro normativo volto ad evitare attività non utili per i creditori. La stessa, tuttavia, impedisce di fatto l'accesso alla garanzia prestata dal fondo, posto che il previo accertamento del credito in sede fallimentare ne costituisce presupposto indefettibile.

Al riguardo, tuttavia, certa dottrina osserva come esigenze di parità di trattamento tra lavoratori consentirebbero di assimilare l'ipotesi dell'imprenditore insolvente che per qualsivoglia causa non sia stato dichiarato fallito o il cui fallimento sia stato chiuso prima dell'accertamento del credito del lavoratore, alla fattispecie del datore

⁽⁸⁶⁾ Cass. 16 giugno 1998, n. 6004, in *MGC*, 1998, 1333. In senso conforme, Cass. 21 marzo 2000, n. 3340, in *DPL*, 2000, 2016; Cass. 12 gennaio 2000, n. 294, in *MGC*, 2000, 50.

⁽⁸⁷⁾ In tal senso, ad esempio, Cass. 27 agosto 2004, n. 17079, in *RIDL*, 2005, II, 453, con nota di N. GHIRARDI.

di lavoro non soggetto alle procedure concorsuali ⁽⁸⁸⁾ e, di conseguenza, di recuperare al lavoratore medesimo il diritto al pagamento dei crediti retributivi da parte del fondo nel caso di infruttuoso esperimento dell'azione esecutiva ⁽⁸⁹⁾. In altri termini, il riferito orientamento, muovendo dalla *ratio* della legge n. 297/1982, che è quella di tutelare il lavoratore, senza esclusione o disparità di trattamento, in ogni caso di insolvenza del datore di lavoro, indipendentemente dalle circostanze che non consentono l'apertura di procedure concorsuali, ritiene che l'intervento del fondo sia, comunque, ammesso, a condizione che l'interessato dimostri che le garanzie patrimoniali del datore di lavoro, rimasto o tornato *in bonis*, siano risultate insufficienti ⁽⁹⁰⁾.

Del resto, a ben vedere, l'articolo 2 della direttiva 80/987/CE, come modificata dalla direttiva 2008/94/CE, chiarisce che un «datore di lavoro si considera in stato di insolvenza» quando è stata richiesta l'apertura di una procedura concorsuale fondata sull'insolvenza del datore di lavoro e la competente autorità decida «l'apertura del procedimento, oppure ha constatato la chiusura definitiva dell'impresa e l'insufficienza dell'attivo disponibile per giustificare l'apertura del procedimento» ⁽⁹¹⁾. L'ammissione del credito al passivo della procedura concorsuale determina la misura dell'obbligazione del fondo ⁽⁹²⁾.

4.2. L'insufficienza delle garanzie patrimoniali nel caso di datore di lavoro non soggetto alle procedure concorsuali

Il lavoratore può chiedere al fondo il pagamento del tfr e delle ultime tre mensilità di retribuzione, qualora, in possesso di idoneo titolo esecutivo, anche se rappresentato da una sentenza di condanna che non ha

⁽⁸⁸⁾ Cfr. F. COMMISSO, *Intervento del Fondo di garanzia istituito per la liquidazione del Tfr e dei crediti di lavoro diversi dal Tfr in caso di insolvenza del datore di lavoro. Riepilogo delle disposizioni vigenti ed orientamenti giurisprudenziali*, in *Fall.*, 2008, 146.

⁽⁸⁹⁾ Così App. Roma 14 aprile 2003, in *Fall.*, 2004, 549, con nota di V. MASCOLO; Trib. Reggio Calabria 9 marzo 2007, in *Fall.*, 2007, 1363.

⁽⁹⁰⁾ Per una fattispecie peculiare, caratterizzata dal mancato esame della domanda di ammissione al passivo, causa fissazione della relativa udienza in data successiva a quella di chiusura della procedura concorsuale, si veda Cass. 22 maggio 2007, n. 11945, in *GD*, 2007, n. 28, 49.

⁽⁹¹⁾ O. MANZI, *Insolvenza del datore di lavoro e tutela previdenziale del Tfr dei dipendenti tramite il Fondo di garanzia*, in *LG*, 2012, n. 4, 356.

⁽⁹²⁾ Cfr. Cass. n. 11060/2004, cit., in *MGC*, 2004, n. 6; Cass., sez. un., n. 13988/2002, cit.

ancora acquisito autorità di giudicato ⁽⁹³⁾, ed a seguito dell'esperimento dell'esecuzione forzata per la realizzazione del relativo credito, le garanzie patrimoniali siano risultate in tutto o in parte insufficienti.

Sotto tale profilo, la disciplina dettata dal legislatore interno è senza dubbio migliorativa rispetto a quella comunitaria, posto che quest'ultima prevede che la garanzia sia prestata nelle sole ipotesi di apertura di procedura concorsuale. Appare, tuttavia, evidente la difformità di trattamento tra lavoratori a seconda che godano della tutela apprestata nel caso di rapporto di lavoro instaurato con un imprenditore soggetto o meno alle procedure concorsuali, specie avuto riguardo ai tempi lunghi dei processi esecutivi mobiliari ed immobiliari. Sotto tale profilo, dunque, attenta dottrina osserva come non sia stata realizzata una piena equiparazione tra lavoratori, atteso che, di fatto, permane una consistente differenziazione a seconda che si tratti di lavoratori dipendenti di datori di lavoro assoggettabili o meno a procedura concorsuale ⁽⁹⁴⁾.

Quanto al titolo, occorre che il credito sia stato accertato con sentenza, decreto ingiuntivo o decreto di esecutività del verbale di conciliazione *ex* articoli 410 e 411, terzo comma, c.p.c. L'accertamento giudiziale del credito è presupposto necessario anche nell'ipotesi di eredità giacente o accettata con beneficio d'inventario e liquidata secondo la procedura di cui all'articolo 449 c.c. (il fondo non interviene prima che sia terminata la liquidazione), non essendo sufficiente il mero inserimento del credito nello stato di graduazione. Essendo, infatti, comunque esperibile l'azione di accertamento del credito, il lavoratore, al fine di ottenere l'intervento del fondo di garanzia, ha «l'onere di preconstituire un titolo giudiziale che accerti l'esistenza e l'entità del suo credito» ⁽⁹⁵⁾.

Il lavoratore in possesso di idoneo titolo ha l'onere di dimostrare che il datore di lavoro non è soggetto alle procedure concorsuali ⁽⁹⁶⁾. Di fatto, dunque, il lavoratore, per dimostrare che il datore di lavoro non è soggetto a procedura concorsuale, dovrà esibire copia del decreto con cui il tribunale ha respinto l'istanza di fallimento per insussistenza dei presupposti, oggi divenuti, come detto, prevalentemente quantitativi. Tuttavia, la presentazione di siffatto decreto non appare necessaria quando l'impresa abbia natura agricola. L'Istituto che gestisce il fondo ha, altresì, precisato che la presentazione del decreto non è necessaria quan-

⁽⁹³⁾ Cfr. A. VALLEBONA, *op. cit.*, 81.

⁽⁹⁴⁾ Di tale avviso M. ORIONE, *op. cit.*, 199.

⁽⁹⁵⁾ Cass. 7 luglio 2005, n. 14282, in *D&G*, 2005, n. 36, 38.

⁽⁹⁶⁾ Cfr. Cass. n. 1136/2002, *cit.*; Cass. n. 3511/2001, *cit.*

do il datore di lavoro «risulti non avere avuto, in media, più di tre dipendenti nei tre anni precedenti la data della domanda di intervento del Fondo o quella di cessazione dell'attività aziendale se precedente» e quando, trattandosi di s.r.l., il lavoratore esibisca i bilanci depositati presso il registro delle imprese relativi ai tre anni precedenti la data della domanda di intervento del fondo (o, se precedente, quella di cessazione dell'attività aziendale) dai quali risultino soddisfatti i seguenti requisiti: attivo patrimoniale non superiore ad euro trecentomila; ricavi lordi non superiori ad euro duecentomila; ammontare dei debiti, scaduti e non scaduti, non superiore ad euro cinquecentomila nell'ultimo bilancio considerato ⁽⁹⁷⁾.

Si è detto che ai fini della tutela di cui all'articolo 2, quinto comma, legge n. 297/1982, in favore del lavoratore per il pagamento del tfr in caso di insolvenza del datore di lavoro, il lavoratore può conseguire le prestazioni del fondo di garanzia costituito presso l'Inps, alle condizioni previste dal comma stesso, «ogniquale volta il datore di lavoro non sia assoggettato in concreto a fallimento, sia per condizioni soggettive sia per ragioni oggettive, essendo sufficiente, in particolare, che il lavoratore abbia esperito infruttuosamente una procedura di esecuzione, salvo che risultino in atti altre circostanze le quali dimostrino che esistono altri beni aggredibili con l'azione esecutiva» ⁽⁹⁸⁾. Grava, in altri termini, sul lavoratore l'onere di dimostrare che le garanzie patrimoniali siano risultate in tutto o in parte insufficienti: ciò trova spiegazione logica nel fatto che soltanto nell'ambito di una procedura concorsuale lo stato di insolvenza, cui è normativamente ricollegato il rischio di mancata realizzazione del credito, ha già costituito oggetto di specifico accertamento giudiziale ⁽⁹⁹⁾.

Diviene, quindi, necessario verificare cosa debba intendersi per insufficienza delle garanzie patrimoniali del datore di lavoro o, meglio, quali azioni esecutive devono essere esperite dal lavoratore al fine di dimostrare la predetta insufficienza. Sotto tale profilo, l'interpretazione del dettato normativo deve attestarsi all'interno dell'area contrassegnata dai limiti rappresentati dall'esigenza del lavoratore di soddisfazione della propria pretesa creditoria senza dispendio di inutili energie economiche e di tempo, da una parte e l'esigenza pubblicistica di non porre sempre e comunque a carico della collettività il pagamento dei debiti degli im-

⁽⁹⁷⁾ Circ. Inps n. 74/2008, cit.

⁽⁹⁸⁾ Cass. 29 maggio 2012, n. 8529, in *MGC*, 2012, n. 5, 691, in *FI*, 2012, n. 7-8, I, c. 2059, nonché in *GD*, 2012, n. 28, 54 (s.m.).

⁽⁹⁹⁾ Cfr. anche Cass. 28 marzo 2003, n. 4783, in *Fall.*, 2004, 728, con nota di F. SIGNORELLI.

prenditori inadempienti, dall'altra, tenendo, altresì, presente che il concetto di "insufficienza delle garanzie patrimoniali" non è del tutto sovrapponibile al sintagma "insolvenza" ⁽¹⁰⁰⁾.

A tal proposito, la giurisprudenza di legittimità ha avuto modo di affermare che, «ove non sia possibile l'applicazione della legge fallimentare perché non ricorre la condizione soggettiva di cui all'art. 1 del r.d. n. 267 del 1942, il lavoratore, allo scopo sopra indicato, oltre alla prova dell'avvenuta conclusione del rapporto di lavoro e all'inadempimento, in tutto o in parte, posto in essere dal datore di lavoro, deve fornire anche l'ulteriore prova che quest'ultimo non è soggetto alle procedure esecutive concorsuali e deve, inoltre, dimostrare, in base alla diversa presunzione legale pure prevista dalla legge (l'esperimento di una procedura esecutiva individuale, senza che ne sia necessario il compimento), che mancano o sono insufficienti le garanzie patrimoniali del debitore» ⁽¹⁰¹⁾. Si osservi che la mancata applicazione della legge fallimentare deve intendersi tanto nel senso della sua inapplicabilità per difetto delle condizioni soggettive di cui all'articolo 1, quanto l'esclusione del fallimento per la esiguità del credito azionato nei confronti del datore di lavoro comunque soggetto alla legge fallimentare ⁽¹⁰²⁾.

⁽¹⁰⁰⁾ In tali termini A. SGROI, *Esecuzione forzata e intervento della gestione prestazionali temporanee*, in *IPrev.*, 2000, 978.

⁽¹⁰¹⁾ Cass. 15 novembre 2011, n. 23840, in *LG*, 2012, n. 1, 93, con nota di G. LUDOVICO. Cfr. anche Cass. 27 ottobre 2009, n. 22647, in *D&L*, 2009, 1035; Cass. 17 aprile 2007, n. 9108, in *LG*, 2007, 1247; Cass. 16 gennaio 2004, n. 625, in *GC*, 2004, I, 1755, con nota di L. RONDELLI; Cass. 11 luglio 2003, n. 10953, in *NGL*, 2004, 102; Cass. n. 4783/2003, cit., in *OGL*, 2004, I, 185.

⁽¹⁰²⁾ «Ai fini della tutela prevista dalla l. n. 297 del 1982 in favore del lavoratore, per il pagamento del t.f.r. in caso di insolvenza del datore di lavoro, quest'ultimo, se è assoggettabile a fallimento, ma in concreto non può essere dichiarato fallito per la esiguità del credito azionato, va considerato in concreto non soggetto a fallimento, e pertanto opera la disposizione dell'art. 2, comma 5, della predetta legge, secondo cui il lavoratore può conseguire le prestazioni del Fondo di garanzia costituito presso l'Inps alle condizioni previste dal comma stesso, essendo sufficiente, in particolare, che il lavoratore abbia esperito infruttuosamente una procedura di esecuzione, salvo che risultino in atti altre circostanze le quali dimostrino che esistono altri beni aggredibili con l'azione esecutiva» (Cass. 1° aprile 2011, n. 7585, in *LG*, 2011, 631, in *D&G*, 2011, con nota di C. BIANCO, *Il lavoratore ha diritto al Tfr anche senza fallimento: al pagamento ci pensa l'Inps*, in *MGC*, 2011, n. 4, 533, in *D&L*, 2011, n. 2, 483 (s.m.), nonché in *FI*, 2011, n. 10, I, c. 2763). Cfr. anche Cass. 29 luglio 2010, n. 17740, in *LG*, 2010, 1048; Cass. 22 luglio 2010, n. 17227, in *GD*, 2010, n. 46, 86; Cass. 1° luglio 2010, n. 15662, in *MGC*, 2010, 994; Cass. 19 gennaio 2009, n. 1178, in *RIDL*, 2009, II, 831 ss., con nota di L. D'ARCANGELO, nonché in *ADL*, 2009, n. 4-5, II, 1149 ss., con nota di M. CONGEDUTI; Cass. 27 marzo 2007, n. 7466, in *Fall.*, 2007, 842.

In altri termini, il lavoratore per poter richiedere il pagamento del suo credito di lavoro al fondo di garanzia è tenuto a verificare la mancanza o l'insufficienza della garanzia del patrimonio del datore di lavoro attraverso un serio tentativo di esecuzione forzata e, qualora, eseguita infruttuosamente una forma di esecuzione, si prospetti la possibilità di eseguirne ulteriori, è tenuto ad esperire quelle che, secondo l'ordinaria diligenza, si prospettino fruttuose, mentre non è tenuto ad esperire quelle che appaiano infruttuose o aleatorie, allorquando i loro costi certi si palesino superiori ai benefici futuri, valutati secondo un criterio di probabilità ⁽¹⁰³⁾.

In tal ottica, ad esempio, deve ritenersi inutile il tentativo di pignoramento immobiliare qualora dal certificato della conservatoria dei registri immobiliari dei luoghi di nascita e di residenza del datore di lavoro risulti l'assenza di titolarità di beni immobili o che gli stessi sono gravati da ipoteche in misura superiore al proprio valore.

È, dunque, possibile, in via generale, affermare che, ai fini della prova dell'incapienza dei beni del datore di lavoro, non è sufficiente che il lavoratore si limiti ad esibire unicamente un verbale negativo di pignoramento mobiliare, senza dare dimostrazione dell'inesistenza di altri cespiti pignorabili ⁽¹⁰⁴⁾, ma è necessario (ed anche sufficiente) che il lavoratore esperisca o, meglio, tenti di esperire quell'esecuzione forzata che, nel singolo caso di specie, appaia possibile ed utile allo scopo e che detta azione esecutiva venga condotta in modo serio ed adeguato ⁽¹⁰⁵⁾. Non occorre, dunque, che siano poste in essere e tentate tutte le esecuzioni in astratto esperibili, purché il lavoratore abbia concretamente, con serietà e diligenza, tentato di realizzare il proprio credito nei confronti del datore di lavoro. Il fondo di garanzia deve, dunque, «provvedere al pagamento del trattamento di fine rapporto, nel termine di sessanta giorni dalla presentazione della domanda, senza attendere il compimento della procedura esecutiva» ⁽¹⁰⁶⁾, considerato che ai sensi dell'articolo 2, quinto comma, legge n. 297/1982, che si riferisce all'«esperimento», e non già al «compimento» dell'esecuzione forzata, «il lavoratore deve fornire idonea dimostrazione di avere sottoposto ad esecuzione forzata il proprio debitore, pignorando (o tentando di pigno-

⁽¹⁰³⁾ Cfr. Cass. 29 luglio 2004, n. 1447, in *MGC*, 2004, n. 7-8.

⁽¹⁰⁴⁾ P. BOER, *Il fondo di garanzia del Tfr e le condizioni del suo intervento*, in *RGL*, 1991, III, 287; Trib. Torino 17 gennaio 2000, in *IPrev*, 2000, 969; Pret. Taranto 24 giugno 1993, in *IPrev*, 1993, 1083; Pret. Arezzo 13 marzo 1993, in *IPrev*, 1993, 1214. *Contra*, Trib. Pavia 12 luglio 1997, in *IPrev*, 2000, 972.

⁽¹⁰⁵⁾ In tali termini Cass. n. 1136/2002, cit.; Cass. n. 3511/2001, cit.

⁽¹⁰⁶⁾ Cass. n. 23840/2011, cit.

rare) beni mobili o immobili o crediti appartenenti al medesimo (non importa se presso la casa di abitazione dell'esecutato o presso la sede dell'impresa o in un altro luogo che abbia un collegamento certo con lo stesso debitore e con il suo patrimonio), ma non anche di avere portato a termine il procedimento»⁽¹⁰⁷⁾.

Deve, peraltro, a tal riguardo precisarsi che un "mancato pignoramento" mobiliare non può essere considerato "pignoramento negativo"⁽¹⁰⁸⁾, atteso che lo stesso non è idoneo ai fini della prova dell'incapienza⁽¹⁰⁹⁾. In via di prassi, tuttavia, l'Istituto ritiene che al pignoramento negativo possa essere equiparato quello mancato quando l'ufficiale giudiziario abbia accertato l'irreperibilità del datore di lavoro all'indirizzo risultante dall'anagrafe comunale o constatato l'assenza del debitore in occasione di almeno due accessi⁽¹¹⁰⁾.

La tutela del lavoratore nei confronti dell'insolvenza del datore di lavoro – Riasunto. *Tra i destinatari degli effetti pregiudizievoli che ordinariamente si accompagnano ad una situazione di dissesto dell'impresa vi sono i prestatori di lavoro: il saggio affronta, appunto, il tema delle garanzie che il legislatore comunitario e quello nazionale hanno complessivamente pensato per il lavoratore nel caso di insolvenza del datore di lavoro, con particolare riferimento alle prestazioni del Fondo di garanzia per i crediti di lavoro. Si tratta di un'area sulla quale insistono diversi interessi (quelli del lavoratore e quelli di solidarietà ed equità sociale propri di una collettività democraticamente organizzata, anzitutto) e in relazione alla quale l'intreccio tra differenti discipline (diritto del lavoro, diritto fallimentare, diritto previdenziale) appare più intenso che altrove. Gli AA. hanno voluto indagare a fondo questo intersecarsi, a volte confuso, tra corpi normativi di diversa fonte, con l'obiettivo di metterne in luce le problematiche di maggior spessore e le relative soluzioni proposte dalla dottrina e*

⁽¹⁰⁷⁾ Cfr., tra le altre, Cass. n. 625/2004, cit.

⁽¹⁰⁸⁾ Cfr. Pret. Monza 7 maggio 1991, in *RGL*, 1991, III, 283, con nota di P. BOER.

⁽¹⁰⁹⁾ Sul punto, ai fini dell'accoglimento della domanda proposta verso il fondo, è stata, ad esempio, ritenuta non sufficiente «la chiusura dell'azienda di imprenditore non soggetto a fallimento, constatata dall'ufficiale giudiziario in sede di sia pur ripetuti accessi effettuati nel tentativo di procedere a pignoramento mobiliare, ma senza che abbia adottato le misure opportune secondo le circostanze per aprire le porte (chiedendo, per esempio, l'intervento di un fabbro, come consentito dall'art. 513, comma secondo, c.p.c.) e senza che risultino effettuati altri tentativi di pignoramento mobiliare presso l'abitazione dell'imprenditore individuale o ricerche a carico del debitore, in ordine alla sua eventuale titolarità di diritti reali su immobili, mediante visure dei registri immobiliari nei luoghi di nascita e di residenza, seguite, se positive, da esecuzione forzata (rivelatasi in tutto o in parte infruttuosa) per la realizzazione del credito, come previsto dall'art. 2, comma quarto, legge 297 del 1997» (Cass. 6 luglio 1999, n. 13532, in *MGC*, 1999, 2440).

⁽¹¹⁰⁾ Cfr. circ. Inps n. 53/2007, cit.

dall'elaborazione giurisprudenziale, alla luce dell'evoluzione normativa in materia. Nell'ambito dei moduli ordinamentali attraverso cui viene garantita al lavoratore la suddetta tutela rafforzata e mediante i quali i rischi dell'insolvenza vengono in qualche modo "socializzati", lo studio, caratterizzato da un approccio teorico-pratico, dedica particolare attenzione ai presupposti richiesti per l'accesso alle corrispondenti prestazioni previdenziali e alle concrete modalità di esercizio dei diritti riconosciuti ai prestatori di lavoro.

Worker's Protection against the Employer's Insolvency (Article in Italian) – Summary. *This paper discusses the measures laid down by national and EU legislation to safeguard workers in the event of a company's insolvency, focusing on the establishment of a special fund (Fondo di Garanzia). This is an aspect which involves different parties – primarily the workers – and considers such values as social equity, the result of a democratically-established community. For this reason, the safeguards provided to workers have also been the subject of different disciplines, viz. labour law, bankruptcy law, and social security law. In this connection, the paper sets out to investigate the complex interconnection of these different branches of the law, with the intention of pointing out the major issues as well as the solutions put forward by relevant case law and legal opinion. By means of an approach which is both theoretical and practical, the paper concludes by focusing on the requirements and the modalities to access this fund.*