



**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE DI APPELLO DI NAPOLI
sezione lavoro e previdenza**

SENT. N. 3672/18
R.G.N.
P.P.O.N.

composta dai magistrati:

1. dr. Vincenza Totaro	Presidente
2. dr. Flora Scelza	Consigliere
3. dr. Anna Rita Motti	Consigliere Rel.

riunita in camera di consiglio ha pronunciato in grado di appello all'udienza del 28.5.2018 la seguente

SENTENZA

nella controversia iscritta al n. 2065/15. R. G. sezione lavoro, vertente

TRA

CINQUEGRANA ALBERTO rappresentato/a e difeso/a come da mandato in atti dall'Avv. A. Fele e D. Sodano;

APPELLANTE

E

ISTITUTO NAZIONALE DELLA PREVIDENZA SOCIALE – I.N.P.S., in persona del suo Presidente pro tempore, rappresentato e difeso come da procura generale alle liti dall'Avv. Mauro Elberti con cui elettivamente domicilia in Napoli alla Via Galileo Ferraris, n. 4;

APPELLATO

MOTIVI IN FATTO ED IN DIRITTO

Parte appellante nel presente giudizio ha proposto gravame avverso la sentenza del giudice del lavoro del Tribunale di Napoli n° 11734/14 in atti, con la quale, era stata rigettata la domanda volta alla condanna dell'INPS, per il Fondo di garanzia, al pagamento della complessiva somma di euro 26.626,30, a titolo di Tfr, somma determinata a seguito di sentenza del Tribunale di S. Maria CV n° 190/2012 nei confronti della datrice di lavoro SACE servizi per l'ambiente.

La parte in primo grado ha dedotto che il credito era inesigibile dal datore di lavoro in quanto non era andato a buon fine il pignoramento mobiliare tentato presso i locali della società. Il primo giudice ha rigettato la domanda ritenendo che la parte ricorrente non avesse dato prova di aver diligentemente tentato di ricevere la prestazione dal datore di lavoro.

Deduce l'appellante che il primo giudice erroneamente avrebbe ritenuto insussistente la prova l'insolvenza del datore di lavoro, nei confronti del quale era stato rigettato il ricorso di fallimento sul presupposto che la società era già stata posta in liquidazione. Peraltro, a suo avviso, era onere dell'INPS dimostrare che vi erano altri beni aggredibili.

L'INPS ha chiesto il rigetto del gravame evidenziando che l'intervento del fondo segue all'impossibilità di soddisfacimento del credito a seguito di adeguata escussione del debitore., Nella specie, come già dedotto in primo grado, era del tutto insufficiente l'esecuzione tentata, essendosi omissso ogni serio tentativo di addivenute al soddisfacimento del credito ad esempio a mezzo pignoramento presso terzi (i comuni per i quali la società effettuava la raccolta) ovvero sui beni aziendali (capitale versato e beni desumibili dai bilanci allegati).

L'appello è infondato e non può trovare accoglimento.

Condivide il Collegio l'orientamento espresso dalla Suprema Corte in plurime pronunce secondo cui "A norma dell'art. 2, commi dal primo al settimo, l. 297/82, qualora il datore di lavoro sia un imprenditore commerciale soggetto alla l.fall., il lavoratore, per poter ottenere l'immediato pagamento (nel rispetto del termine di sessanta giorni dalla domanda) del t.f.r. da parte del Fondo di garanzia istituito presso l'Inps, deve provare, oltre alla cessazione del rapporto di lavoro e all'inadempimento, in tutto o in parte, posto in essere dal debitore, anche lo stato di insolvenza in cui versa quest'ultimo, utilizzando, a tal fine, la presunzione legale prevista dalla legge (l'apertura del fallimento o della liquidazione coatta amministrativa o del concordato preventivo nei confronti del medesimo debitore); viceversa, ove non sia possibile l'applicazione della legge fallimentare perché non ricorre la condizione soggettiva di cui all'art. 1 r.d. 267/1942, 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. (Così Cassazione civile, sez. lav., 15/11/2011, n. 23840 e 9068/2013).

La Corte ha sancito, altresì, il principio di diritto per cui "in caso di insolvenza del datore di lavoro non soggetto alle disposizioni della legge fallimentare, ai fini dell'accoglimento della domanda di intervento del fondo di garanzia per il trattamento di fine rapporto, istituito presso l'INPS dall'art. 2 della legge 29 maggio 1982, n. 297, grava sul lavoratore l'onere di dimostrare che, a seguito dell'esperimento dell'esecuzione forzata - che deve conformarsi all'ordinaria diligenza - per la realizzazione del relativo credito, le garanzie patrimoniali siano risultate in tutto o in parte insufficienti. A tal fine non basta l'esistenza di una mera parvenza di esecuzione, quale deve considerarsi l'inutile esperimento di un tentativo di pignoramento mobiliare presso il debitore, quando non risultino effettuate idonee ricerche sul debitore medesimo - nonché sugli altri soggetti personalmente e solidalmente obbligati ex art. 38 cod. civ., ove il debitore sia un'associazione non riconosciuta - in ordine alla eventuale titolarità in capo allo stesso, di crediti verso terzi o di beni e diritti immobiliari seguite, se positive, da esecuzione forzata ai sensi, rispettivamente, degli artt. 543 segg. e 555 segg. cod. proc. civ." (cfr. sent. 2 aprile 2002, n. 4666).

Con l'art. 2, comma 5, della legge 29 maggio 1982 n. 297, applicabile qualora il datore di lavoro non sia soggetto alle disposizioni della legge fallimentare, come ben potrebbe essere nella specie, il legislatore si è, infatti, preoccupato di assicurare ai lavoratori l'integrale pagamento del trattamento di fine rapporto anche se, per la mancanza in capo al datore di lavoro della condizione soggettiva prevista dall'art. 1 del r.d. 16 marzo 1942 n. 267, non possa essere dimostrato lo stato di insolvenza del medesimo.

Il comma in questione dispone che, ricorrendo questa situazione e sussistendo le altre due condizioni richieste dalla legge (la cessazione del rapporto di lavoro e l'inadempimento, totale o parziale, del datore di lavoro), il lavoratore (o i suoi aventi causa) possono fare domanda di pagamento del trattamento di fine rapporto al Fondo di garanzia, "sempre che, a seguito dell'esperimento della esecuzione forzata per la realizzazione del credito relativo a tale trattamento, le garanzie patrimoniali siano risultate in tutto o in parte insufficienti".

In tal caso, quindi, ferma restando la necessità dell'esistenza delle due condizioni sopra indicate, in luogo della terza condizione, consistente nella (prova della) insolvenza del datore di lavoro, la legge richiede la (diversa) dimostrazione che il datore di lavoro "non è soggetto alle disposizioni del regio decreto 16 marzo 1942 n. 267" e che le garanzie patrimoniali del medesimo datore di lavoro sono risultate in tutto o in parte insufficienti".



In altre parole, la legittimazione ad agire nei confronti del Fondo di garanzia è subordinata alla preventiva concreta escussione del debitore inadempiente, richiedendosi che venga esperita l'esecuzione forzata in danno di quest'ultimo e che, a eseguito di essa, le garanzie patrimoniali dello stesso debitore siano risultate, in tutto o in parte, insufficienti.

Non è né sufficiente né rilevante che l'esecuzione sia più o meno agevole: la parte non può scegliere di non tentarla.

In questo caso all'esame della Corte non vi è prova alcuna che il datore di lavoro sia insolvente ed è pacifico che la parte richiedente non abbia provato adeguatamente a far valere il credito nei confronti del predetto datore di lavoro.

Dal decreto di rigetto del ricorso di fallimento emerge, anzi, che la società non è affatto insolvente perché dal bilancio esaminato dal collegio – quello del 2011- risulta un attivo superiore al passivo, il che rassicura sulla possibilità del soddisfacimento dei creditori sociali.

L'INPS ha fornito il bilancio del 2012 le cui risultanze trovano conferma anche nel bilancio 2017, ove risultano crediti della società nei confronti di terzi per una cifra decisamente ingente e passività, ancora una volta, inferiori all'attivo.

La parte ben avrebbe potuto e dovuto tentare quantomeno un pignoramento presso terzi.

A fronte di quanto dedotto in primo grado ed in appello dall'INPS, neppure contestato, e di quanto sinora detto, in nessun caso la domanda attorea poteva essere accolta come correttamente statuito dal giudice di primo grado.

L'appello va, dunque, rigettato.

Le spese possono essere compensate in considerazione del contrasto giurisprudenziale prodottosi in primo grado e documentato dall'appellante.

La Corte dà atto, ai fini delle valutazioni di competenza di questo Collegio, salva la separata verifica di eventuali esenzioni, della sussistenza dei presupposti di cui al primo periodo dell'art. 13,1 quater, DPR n.115/2002 come introdotto dall'art. 1 comma 17 legge 228/2012. Il predetto comma 17 riguarda i casi di procedimenti -da intendersi come giudizi di gravame (e non di primo grado) perché la disposizione riguarda una norma che disciplina le sole cause di impugnazione- pendenti a far data dal 31 gennaio 2013.

P.Q.M.

La Corte così provvede:

- Rigetta l'appello;
- Compensa le spese del grado;
- Contributo unificato come in motivazione.

Così è deciso in Napoli, il 28.5.2018

Il Consigliere est.

Il Presidente

