

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE DI APPELLO DI NAPOLI
sezione controversie di lavoro e di previdenza ed assistenza

composta dai magistrati:

- | | |
|------------------------------------|-----------------|
| 1) dott. Anna Carla Catalano | Presidente rel. |
| 2) dott. Rosa Bernadina Cristofano | Consigliere |
| 3) dott. Edoardo Cilenti | Consigliere |

riunita in camera di consiglio ha pronunciato in grado di appello all'udienza del 8.4.2019 la seguente

SENTENZA

nella causa civile iscritta al n. 2545/2016 R. G. sezione lavoro, vertente

TRA

ISTITUTO NAZIONALE DELLA PREVIDENZA SOCIALE in persona del Presidente legale
rappresentante pro tempore, anche quale procuratore speciale della S.C.C.I. s.p.a., rappresentato e difeso
dall' Avv.to Luca Cuzzupoli con cui elett.te domicilia in Napoli alla via De Gasperi n.55

Appellante

E

Felline Donata, Andreozzi Generoso, Andreozzi Donato Ciro, nella qualità di eredi di Andreozzi Pietro,
rappresentati e difesi dall'Avv. Raffaele Ferrara con cui elett.te domiciliano in Aversa alla via S. D'Acquisto
n.200

APPELLATI

FATTO E DIRITTO

Con rituale ricorso l'Inps si rivolse al Tribunale di Napoli Nord, in funzione di giudice del lavoro,
opponendosi al decreto ingiuntivo n.177/13 con il quale veniva ingiunto il pagamento, in favore di Andreozzi
Pietro, dell'importo di euro 26.048,87 a titolo di tfr.

Instaurato regolare contraddittorio nei confronti di Andreozzi, la causa veniva decisa con sentenza n.807/16
del 19.5.16, previa costituzione degli eredi del convenuto, deceduto nelle more del giudizio.

Il Tribunale adito respingeva l'opposizione e dichiarava l'esecutorietà del decreto ingiuntivo opposto.



In sintesi il giudice di prime cure riteneva che l'Andreozzi aveva fornito adeguata prova di aver esperito infruttuosamente una procedura di esecuzione nei confronti della società datrice e la carenza di beni da aggredire.

Con ricorso depositato presso questa Corte il 18-7-2016 l'Inps ha proposto appello contro la sentenza, insistendo per l'accoglimento della opposizione così come proposta in primo grado.

Gli eredi dell'Andreozzi si sono costituiti tardivamente in giudizio, sostenendo l'infondatezza dell'impugnazione e chiedendo la conferma della sentenza appellata.

All'udienza odierna, la Corte ha deciso la causa come da dispositivo.

L'appello, pur alquanto confusionario, è fondato per le seguenti osservazioni, assorbenti ogni altra eccezione sollevata in gravame.

In punto di diritto deve premettersi che la norma contenuta nell'art. 2 del D. lgs. 80/1992 prevede l'obbligo del Fondo di garanzia costituito presso l'INPS di pagare ai lavoratori la retribuzione delle ultime tre mensilità rientranti nei dodici mesi che precedono la data del provvedimento di apertura della procedura concorsuale a carico del datore di lavoro, ovvero la data di un'iniziativa giudiziaria per la realizzazione del credito (Cass.26.10.2007 n.22621).

Al riguardo la Suprema Corte ha affermato che "il Fondo di garanzia (istituito presso l'INPS e dal medesimo gestito, ai sensi dell'art. 2 della L. n. 297 del 1982 e dell'art. 2 del D.Lgs. 27 gennaio 1992 n. 80) si sostituisce al datore di lavoro inadempiente per insolvenza nel pagamento dei crediti di lavoro inerenti agli ultimi tre mesi del rapporto di lavoro rientranti nei dodici mesi che precedono (alla luce della sentenza della Corte di Giustizia UE 10 luglio 1997, nella causa C 373/95), non la data d'apertura della procedura concorsuale, ma la data di proposizione della domanda volta all'apertura della stessa procedura, ovvero la data di proposizione dell'atto d'iniziativa volto a far valere in giudizio il credito del lavoratore". La Suprema Corte ha rilevato che "La Direttiva CE n. 987/1980 prevede l'intervento del fondo di garanzia quando sia stata chiesta l'apertura di un procedimento volto a soddisfare collettivamente i creditori e quando l'autorità competente ha deciso l'apertura di detto procedimento ovvero ha constatato la chiusura definitiva dell'impresa e l'insufficienza dell'attivo disponibile per giustificare l'apertura del procedimento (art. 2). La Direttiva pone quindi due ipotesi: apertura della procedura concorsuale, ovvero provvedimento dell'autorità competente che dichiara inutile aprire la procedura stessa. Appare evidente quindi l'intento del legislatore comunitario di apprestare una garanzia totale per il pagamento del TFR, sia quando viene aperta una procedura concorsuale, sia quando tale procedura non viene aperta in quanto l'impresa è definitivamente chiusa e l'attivo disponibile non giustifica tale apertura. Non rileva tanto l'assoggettabilità in astratto dell'impresa a fallimento, quanto l'insolvenza accompagnata alternativamente o da una dichiarazione di fallimento ovvero da una constatazione di inutilità di una procedura.

La l. n. 297 del 1982, art. 2, ha previsto il pagamento del TFR da parte dell'INPS quando l'impresa sia assoggettata a fallimento ovvero quando (comma 5) il datore di lavoro, non soggetto alla Legge Fallimentare, venga sottoposto senza esito ad esecuzione forzata.

Una lettura della legge nazionale orientata nel senso voluto dalla direttiva consente, secondo una ragionevole interpretazione, l'ingresso ad un'azione nei confronti del fondo di garanzia, quando l'imprenditore non sia in concreto assoggettato al fallimento e l'esecuzione forzata si riveli infruttuosa. L'espressione "non soggetto alle disposizioni del R.D. n. 267 del 1942", va quindi interpretata nel senso che l'azione della citata L. n. 297 del 1982, ex art. 2 comma 5, trova ingresso quante volte il datore di lavoro non sia assoggettato a fallimento, vuoi per le sue condizioni soggettive (ad esempio, piccolo imprenditore) vuoi per ragioni ostative di carattere oggettivo (ad esempio, trattandosi di ditta individuale cessata da oltre un anno). L'imprenditore "non più" assoggettabile a fallimento va considerato come imprenditore non soggetto alla Legge Fallimentare. L'interpretazione qui accolta trova un precedente specifico nella sentenza di questa Corte 27.3.2007



n. 7466. Essa ha come risultato non solo di meglio aderire al testo della Direttiva, ma anche di eliminare una zona di non copertura assicurativa, quando, come nella specie, il datore di lavoro è astrattamente assoggettabile a fallimento, ma il fallimento non può essere dichiarato per il decorso del tempo, mentre il lavoratore era in causa per ottenere un titolo esecutivo. Il principio da affermare è il seguente: quando un datore di lavoro è assoggettabile a fallimento, ma in concreto non può essere dichiarato fallito per avere cessato l'attività di impresa da oltre un anno, esso va considerato "non soggetto" a fallimento e pertanto opera la L. n. 297 del 1982, art. 2 comma 5, ai sensi del quale il lavoratore può conseguire le prestazioni del fondo di garanzia costituito presso l'INPS alle condizioni previste dal comma stesso. Ulteriore condizione prevista per il pagamento è che venga esperita una esecuzione forzata e questa non dia esito.

A tal proposito Cass. 8.5.2008 n. 11379 richiede un "serio tentativo di esecuzione forzata", con la possibilità che ne venga esperita più di una, ma sempre a condizione che esse presentino possibilità di successo, non essendo esigibile dal lavoratore che egli intraprenda azioni esecutive infruttuose o aleatorie.

Tale sentenza costituisce l'approdo finale di una serie di pronunce, le quali richiedono una esecuzione infruttuosa e non una "parvenza di esecuzione" (Cass. 2.4.2002 n. 4666); ma l'onere di procedere ad esecuzione non è richiesto quando l'esperimento dell'esecuzione forzata ecceda i limiti dell'ordinaria diligenza ovvero quando la mancanza o l'insufficienza delle garanzie patrimoniali del debitore possano considerarsi provate in relazione alle particolari circostanze del caso concreto (Cass. 17.4.2007 n. 9108). Di regola, è sufficiente una esecuzione infruttuosa (Cass. 16.1.2004 n. 625).

Nell'ipotesi in oggetto, l'istante, ottenuto l'accertamento del proprio credito con decreto ingiuntivo n.614/09 emesso dal Tribunale di S. Maria C.V., dichiarato esecutivo per mancanza di opposizione in data 16.7.09, e a fronte di un verbale di pignoramento negativo, ha proposto ricorso per fallimento al Tribunale di S.Maria C.V. .

Tale ricorso veniva dichiarato improcedibile in data 24.2.12 con la seguente motivazione: "è risultato che l'attività risulta cessata in data 16.4.08 per trasferimento sede all'estero e, per come riconosciuto dalla stessa parte ricorrente, la stessa non risulta essere più continuata in Italia".

Successivamente ha proposto domanda in data 16.1.13 per ottenere il pagamento di quanto dovuto ai sensi dell'art.2 legge 297/82, e tanto sull'assunto, condiviso dal Tribunale, secondo cui ogni atto di esecuzione si sarebbe rilevato inutile ed infruttuoso.

Orbene il Collegio ritiene erroneo siffatto argomentare, in ciò dovendosi necessariamente discostare dal primo Giudice.

Ed invero, 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 non soggetto a fallimento, 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.

In base a tale principio, dove concludersi che la decisione impugnata ha erroneamente accertato il diritto di ottenere la tutela del Fondo di garanzia, non risultando accertato, in modo pacifico e certo, che il lavoratore avesse dato prova dell'infruttuosità dell'esecuzione forzata intrapresa nei confronti della società datrice.

Deve sottolinearsi in proposito che giammai un atto di esecuzione ovvero il serio tentativo della stessa risulta essere stato posto in essere, non soltanto nei confronti della "De Nigris s.a.s." che aveva trasferito la propria sede in Lettonia, ma soprattutto nei confronti del socio accomandatario Vaiano Luigi, illimitatamente responsabile .



In assenza di tali azioni tese a dimostrare l'infruttuosità di tentativi di realizzazione del credito, si impone, in accoglimento del gravame, il rigetto della domanda avanzata da parte attorea, con revoca del decreto opposto.

Le spese attese la particolarità e complessità delle questioni sottoposte all'attenzione del Collegio, si compensano.

P. Q. M.

La Corte così provvede: Accoglie l'appello e, per l'effetto, rigetta la domanda proposta dagli odierni appellati ; compensa tra le parti le spese del doppio grado.

Napoli 8.4.19

Il Presidente EST.

(dr. Anna Carla Catalano)

