

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. dr. Raffaella Genovese | Presidente |
| 2. dr. Nunzia Tesone | Consigliere rel. |
| 3. dr. Rosa Del Prete | Consigliere |

riunita in camera di consiglio ha pronunciato in grado di appello all'udienza del 13.02.2023 la seguente

SENTENZA

nella causa civile iscritta al n. 228/2020 r.g. sez. lav., vertente

tra

ROCCHETTI ENRICHETTA nata il 19.12.1955 rappresentata e difesa dagli Avv.ti Vincenzo Vitagliano, Angela Barretta, Anna Barretta e Carmen Barbieri presso lo studio dei quali elettivamente domicilia in Napoli, Via Giuseppe Pica n.48

Appellante

e

INPS- ISTITUTO NAZIONALE DELLA PREVIDENZA SOCIALE, in persona del l.r.p.t. rappresentato e difeso dall'Avv. Carmen Moscariello per procura generale alle liti a rogito Notaio Paolo Castellini di Roma in Repertorio al n. 77778 del 23.12.2011 e presso questi elettivamente domiciliato in Napoli alla via Via A.De Gasperi 55

Appellato

FATTO E DIRITTO

Con ricorso depositato in data 24.5.2017 Rocchetti Enrichetta adiva il giudice del lavoro del Tribunale di Napoli chiedendo la condanna dell'Inps- Fondo di Garanzia, al pagamento della complessiva somma di euro 1.495,00 a titolo di ultime tre mensilità, oltre accessori di legge.

A fondamento della domanda esponeva:

-di aver lavorato alle dipendenze della Zucco S.r.l nel periodo che va dal 06.06.2008 al 22.02.2011, data nella quale il rapporto di lavoro cessava a seguito di licenziamento;

-che, in seguito alla cessazione del rapporto di lavoro, l'istante inoltrava ricorso al giudice del lavoro del Tribunale di Napoli per ottenere il pagamento delle spettanze maturate e non pagate, conclusosi con sentenza n. 19148 del 6.11.2013 di parziale accoglimento della domanda, con cui la Zucco s.r.l veniva condannata al pagamento in suo favore della complessiva somma di euro 20.228,54 oltre interessi legali e

rivalutazione monetaria;

- che in data 8 febbraio 2012 il Tribunale di Napoli dichiarava il fallimento della Zucco s.r.l in liquidazione;

-che, proponeva istanza di ammissione al passivo ex art. 101 l.f., ma che, in data 12.02.2016, il suddetto Tribunale emetteva decreto di chiusura del fallimento per mancanza di attivo;

-che, in data 18.03.2015, inoltrava telematicamente all'INPS l'istanza ex D.lgs 80/92 per la liquidazione dei crediti di lavoro diversi dal trattamento di fine rapporto maturati negli ultimi tre mesi;

-che l'INPS rigettava la domanda con provvedimento dell'11.1.2017 deducendo che le retribuzioni richieste non rientrano nel periodo coperto dalla garanzia del Fondo.

Sulla resistenza dell'Inps, il Tribunale con sentenza n.6117 del 02.10.2019 rigettava la domanda per intervenuta prescrizione.

Avverso la suddetta decisione ha proposto tempestivo appello, con ricorso depositato in data 30.01.2020, la Rocchetti censurandola: per errato inquadramento della fattispecie atteso che il giudice di prime cure aveva rigettato la domanda ritenendo che, nel caso di specie, la normativa applicabile fosse quella relativa al Fondo di Garanzia nelle ipotesi in cui il datore di lavoro è soggetto alle procedure concorsuali trascurando che il fallimento era stato chiuso per mancanza di attivo e dunque l'ipotesi in esame andava ricondotta al caso di datore di lavoro non assoggettabile a procedura concorsuale; per errata individuazione del dies a quo per il decorso dei termini annuali di prescrizione che, nella specie, in applicazione del disposto dell'art.2935 c.c., era il giorno successivo alla data del verbale di pignoramento negativo; per omessa valutazione della ricorrenza, nella specie, di tutti i requisiti per l'accesso al Fondo di Garanzia.

Ricostruito il contraddittorio, all'odierna udienza, svoltasi ai sensi dell'art.127 ter c.p.c emettendo decreto di trattazione scritta con deposito di note da parte dei procuratori costituiti nel termine assegnato, la causa veniva decisa come da separato dispositivo.

L'appello è infondato.

Va premesso che è acclarato, alla luce degli arresti giurisprudenziali, che le prestazioni erogate dal Fondo di garanzia gestito dall'INPS hanno natura previdenziale e non retributiva (cfr. Cass. n. 25016 del 2017 e numerose successive conformi): si tratta, infatti, di obbligazioni affatto autonome rispetto a quelle gravanti sul datore di lavoro e inserite nell'ambito di un rapporto assicurativo contributivo previdenziale, ancorché nella loro misura coincidenti, per ciò che specialmente riguarda il TFR, con le obbligazioni di cui è debitore il datore di lavoro, di talché il loro sorgere è connesso ad un fatto costitutivo differente rispetto a quello che ne media la genesi nell'ambito del rapporto di lavoro.

Ai sensi dell'art.2 del Dlgs. 27 gennaio 1992 n.80, l'intervento del Fondo di garanzia è stato esteso anche al pagamento dei crediti di lavoro "inerenti gli ultimi tre mesi del rapporto di lavoro rientranti nei dodici mesi che precedono: a) la data del provvedimento che determina l'apertura di una delle procedure indicate nell'art. 1, comma 1; b) la data di inizio dell'esecuzione forzata; c) la data del provvedimento di messa in liquidazione o di cessazione dell'esercizio provvisorio ovvero dell'autorizzazione alla

continuazione dell'esercizio di impresa per i lavoratori che abbiano continuato a prestare attività lavorativa, ovvero la data di cessazione del rapporto di lavoro, se questa è intervenuta durante la continuazione dell'attività dell'impresa".

La suindicata norma rende operativo l'intervento del Fondo di garanzia al pagamento delle tre mensilità antecedenti la cessazione del rapporto di lavoro ed in tal senso depone chiaramente l'utilizzo del termine "ultimi" riferito ai mesi del rapporto di lavoro per i quali sussiste l'obbligo di pagamento; occorre, inoltre, che tali mensilità rientrino nell'arco temporale dei dodici mesi antecedenti l'insorgenza dell'insolvenza del datore di lavoro.

La Suprema Corte ha infatti ritenuto che "la disposizione fonda una presunzione ex lege di imputabilità dell'inadempimento allo stato di insolvenza solo ove il mancato pagamento si verifichi entro tale lasso di tempo" (Cass. sez.lav. 1/7/2009 n. 15415) e che inoltre "la garanzia dell'effettivo percepimento della retribuzione si riferisce alle ultime tre mensilità del rapporto "in atto" (Cass. sez.lav. 6/5/2005 n. 9460), dovendosi escludere l'obbligo del Fondo nell'ipotesi in cui il rapporto sia sospeso.

L'intervento del Fondo di Garanzia è subordinato al verificarsi dei presupposti previsti dall'art. 2, I. n. 297 del 1982, che sono rispettivamente, da un lato, la verifica del credito del lavoratore mediante l'insinuazione al passivo del fallimento del datore di lavoro (art. 2, commi 2° ss.) e, dall'altro lato, qualora il datore di lavoro non sia soggetto alle disposizioni della legge fallimentare, il previo esperimento dell'esecuzione forzata per la realizzazione del credito, da cui risulti l'insufficienza, totale o parziale, delle garanzie patrimoniali del datore di lavoro stesso (art. 2, comma 5°).

Con riguardo a tale ultima fattispecie, la Corte di Cassazione ha precisato che l'espressione «non soggetto alle disposizioni del R.D. 16 marzo 1942, n. 267», di cui all'art. 2, comma 5°, cit., va interpretata nel senso che l'azione nei confronti del Fondo di garanzia deve trovare ingresso quante volte il datore di lavoro non sia assoggettato a fallimento, vuoi perché appartenente ad una categoria di imprenditori non sottoponibili neanche in abstracto ad una procedura concorsuale, vuoi perché, in concreto, il fallimento non è o non è più esperibile per ragioni oggettive (cfr. fra le più recenti, Cass. n. 24767 del 2017), tra le quali rilevano adesso quelle di cui all'art. 1, comma 2°, I. fall., nel testo modificato dall'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 169 del 2007.

Ciò posto, con particolare riferimento al caso di specie, deve, altresì, rilevarsi che la giurisprudenza di legittimità, ha precisato che "in caso di insolvenza del datore di lavoro, il lavoratore assicurato che pretenda il pagamento del TFR da parte del Fondo di garanzia istituito presso l'INPS, ai sensi dell'art. 2, L. n. 297/1982, ha l'onere di dimostrare che è stata emessa la sentenza dichiarativa del fallimento e che il suo credito è stato ammesso nello stato passivo, ovvero, qualora l'ammissione del credito nello stato passivo sia stata resa impossibile dalla chiusura della procedura per insufficienza dell'attivo intervenuta dopo la proposizione, da parte sua, della domanda di insinuazione, ma prima dell'udienza fissata per l'esame della domanda suddetta, di procedere preventivamente ad esecuzione forzata nei confronti del datore di lavoro tornato in bonis a seguito della chiusura del fallimento, ex art. 2, comma 5, L. n. 297/1982, cit." (Cass. n.4610.21, Cass. 1886 del 2020, Cass. nn. 11945 e 13305 del 2007).

Ebbene, nell'ipotesi esaminata dalla Suprema Corte, l'istanza di ammissione al passivo era stata presentata ma non esaminata per la successiva chiusura della procedura per insufficienza dell'attivo e dunque il lavoratore è stato ritenuto abilitato a procedere ad esecuzione forzata nei confronti del datore di lavoro.

Nel caso di specie, l'odierna appellante non ha fornito alcuna prova di essersi insinuata al passivo, atteso che l'istanza tardiva di ammissione allo stato passivo risulta priva del timbro di depositato presso la cancelleria del Tribunale Fallimentare e dunque, come già rilevato dal giudice di prime cure, è una copia uso studio. Nè vi è prova che l'istanza sia stata depositata telematicamente, anche considerando che la lavoratrice non indica mai la data in cui l'avrebbe inoltrata.

Quanto poi all'intrapresa esecuzione individuale, occorre osservare che la Rocchetti otteneva dal Tribunale di Napoli sentenza n.19148/2013 di riconoscimento delle differenze retributive e che esperiva pignoramento mobiliare presso la sede della società in data 3 marzo 2015, mentre il fallimento veniva chiuso per mancanza di attivo con provvedimento del 11.02.2016.

Ebbene, secondo la giurisprudenza, "in caso di insolvenza di datore di lavoro non soggettoalle disposizioni della legge fallimentare, grava sul lavoratore, che invochi l'intervento del Fondo di garanzia L. n. 297 del 1982, ex art. 2, l'onere di dimostrare che, a seguito dell'esperimento dell'esecuzione forzata, le garanzie patrimoniali siano risultate in tutto o in parte insufficienti e ha precisato che, 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 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, dell'art. 543 c.p.c. e ss., e art. 555 c.p.c. e ss.(Cass. n. 4666 del 2002 e 10953 del 2003). Dovendo pertanto ritenersi che l'esito negativo della procedura individuale di esecuzione forzata non sia di per sé solo sufficiente al fine di ottenere il pagamento di quanto dovuto dal Fondo di garanzia, risultando piuttosto meramente funzionale all'accertamento dell'insufficienza totale o parziale delle garanzie patrimoniali del datore di lavoro inadempiente, coerentemente con il disposto dell'art. 2740 c.c. e con l'assunzione in via sussidiaria delle obbligazioni già gravanti sul datore di lavoro da parte del Fondo di garanzia (così ancora Cass. n. 12105 del 2008), resta da ribadire che le ricerche imposte al lavoratore costituiscono in quest'ottica mera espressione dell'ordinaria diligenza che l'ordinamento richiede a qualunque titolare di una situazione giuridica di vantaggio, quale ne sia il contenuto, per poterla utilizzare conformemente alla sua funzione e trarne la corrispondente utilità (Cass. nn. 4783 del 2003 e 12105 del 2008, entrambe citt.), dovendo semplicemente escludersi che, una volta effettuate tali ricerche, il lavoratore debba necessariamente esperire procedure esecutive che appaiano prima facie infruttuose o aleatorie, essendo i loro costi certi, secondo un criterio di ragionevole probabilità, superiori ai benefici futuri (v. in tal senso Cass. n. 14447 del 2004)" (Cassazione civile, sez. lav., 05/09/2016, n. 17593).

In applicazione di tali principi, la Suprema Corte ha ritenuto che l'infruttuosa esecuzione mobiliare esperita nei confronti del datore di lavoro non è idonea, di per sé sola, a dimostrare l'insolvenza dello

stesso, se nulla sia stato documentato (anche) in ordine alla consistenza del patrimonio immobiliare del datore di lavoro debitore e in ordine all'inidoneità di tale patrimonio immobiliare ad operare come garanzia generica dell'obbligazione gravante sul datore di lavoro nei confronti del lavoratore (Cassazione civile, sez. lav., 05/09/2016, n. 17593).

Applicando i principi richiamati al caso di specie, appare oltremodo evidente che, anche ove volesse prendersi in considerazione l'azione esecutiva individuale intrapresa dall'odierna appellante, la stessa non rappresenta un "serio tentativo di esecuzione" atteso che si è tradotta in un verbale di pignoramento con esito negativo nel quale si dà semplicemente atto che la società è soggetta a fallimento indicandosi il nome del curatore.

Benchè siano dirimenti le ragioni precedentemente espresse, per quanto ulteriormente rilevato non può, pertanto, farsi decorrere il termine di prescrizione nemmeno dalla data del verbale negativo di pignoramento.

Va, dunque, confermata la sentenza gravata che accerta l'avvenuto decorso del termine di prescrizione considerando che il fallimento era stato aperto nel febbraio del 2012 e chiuso nel giugno del 2016 in assenza della presentazione di una domanda di ammissione al passivo da parte dell'odierna appellante e dunque maturata la prescrizione alla data di presentazione della domanda amministrativa all'Inps (18.3.2015).

La complessità e peculiarità delle questioni esaminate integrano i motivi di cui all'art.92 c.p.c. per la compensazione delle spese del grado.

P. Q. M.

La Corte così provvede:

-rigetta l'appello;

-compensa le spese del grado;

- si dà atto che, fatto salvo il diritto all'eventuale esenzione, ricorrono le condizioni ai sensi dell'art.1, comma 17, l. n. 228/2012 che ha introdotto il comma 1-quater all'art.13 DPR 115/2002, per il pagamento dell'ulteriore contributo unificato previsto dall'art.13 comma 1 bis DPR n.115/2002.

Così deciso in Napoli, il 13.02.2023

Il Consigliere estensore

dr. Nunzia Tesone

Il Presidente

dr. Raffaella Genovese