

Civile Sent. Sez. L Num. 34031 Anno 2022

Presidente: BERRINO UMBERTO

Relatore: CALAFIORE DANIELA

Data pubblicazione: 18/11/2022

SENTENZA

PU

sul ricorso 10451-2017 proposto da:

██████████ elettivamente domiciliato in ROMA, VIA
██████████ presso lo studio degli avvocati ██████████
██████████ che lo rappresentano e
difendono;

2022

- ricorrente -

3112

contro

I.N.P.S. - ISTITUTO NAZIONALE PREVIDENZA SOCIALE,
in persona del Presidente e legale rappresentante pro
tempore, elettivamente domiciliato in ROMA, VIA
██████████ presso l'Avvocatura Centrale
dell'Istituto, rappresentato e difeso dagli Avvocati
██████████
██████████;

- controricorrente -

avverso la sentenza n. 355/2016 della CORTE D'APPELLO

di BRESCIA, depositata il 26/10/2016 R.G.N. 294/2016;
udita la relazione della causa svolta nella pubblica
udienza del 27/09/2022 dal Consigliere Dott. DANIELA
CALAFIORE;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore
Generale Dott. MARIO FRESA che ha concluso per il
rigetto del ricorso;

udito l'Avvocato [REDACTED];

udito l'Avvocato [REDACTED].

FATTI DI CAUSA

Si controverte della possibilità di includere tra le ultime
tre mensilità della retribuzione, indennizzabili dal Fondo
di garanzia gestito dall'INPS ai sensi del D. Lgs. n. 80 del
1992, art. 2, comma 1, (nella specie la mensilità di luglio
2002), ^{quella} dell'anno antecedente alla richiesta con cui Anand ^{di}
Balbir ha attivato, nei confronti del datore di lavoro
inadempiente, il tentativo obbligatorio di conciliazione
dinanzi alla Direzione Provinciale del lavoro prima
dell'instaurazione del relativo giudizio.

Con ricorso depositato presso il Tribunale di Brescia,
[REDACTED] aveva convenuto in giudizio l'INPS quale
gestore del Fondo di Garanzia per ottenere il versamento
di differenze sul TFR e di altri crediti da lavoro diversi dal
TFR ex art. 2 D.L.gs 92/80. In via amministrativa, l'INPS
aveva accolto la domanda limitatamente al TFR,
ritenendo che il restante credito non fosse coperto dalla
garanzia del Fondo in quanto non rientrava nei dodici
mesi precedenti i termini indicati dall'art. 2 comma 1
d.lgs. 80/1992. In particolare, *il dies a quo* a ritroso non
poteva individuarsi nella data in cui era stato promosso il
tentativo di conciliazione data la natura precontenziosa e
non giurisdizionale dello stesso tentativo.

Dr

Il ricorrente, già dipendente dell' [REDACTED] [REDACTED] dal 1° al 31 luglio 2002, dopo la cessazione del rapporto di lavoro, aveva promosso istanza di conciliazione ex art. 410 c.p.c. in data 23 giugno 2003 (con esito negativo per mancata presentazione del datore di lavoro), successivamente (7 ottobre 2003) aveva adito l'autorità giudiziaria al fine di ottenere la condanna della datrice di lavoro al pagamento della mensilità non erogata. Il Tribunale accoglieva la domanda (con sentenza del 3 ottobre 2007) ma rimaneva infruttuosa l'esecuzione forzata della sentenza.

Il lavoratore, respinta la domanda proposta all'INPS Fondo di garanzia, aveva quindi adito il Tribunale di Brescia che rigettava la domanda, ritenendo che non potesse essere presa in considerazione la data di deposito dell'istanza del tentativo di conciliazione in quanto il termine dei 12 mesi delimita l'ambito di operatività della garanzia e non è quindi soggetto alle regole della prescrizione e della sua interruzione. La Corte territoriale di Brescia, su impugnazione di [REDACTED] [REDACTED] ha rigettato il gravame condividendo la sentenza di primo grado.

Avverso la sentenza della Corte d'Appello di Brescia ricorre [REDACTED] con un motivo, illustrato da successiva memoria.

Resiste l'INPS con controricorso e successiva memoria.

RAGIONI DELLA DECISIONE

Con l'unico motivo di ricorso, proposto con riferimento all'art. 360, primo comma, n 3.) c.p.c., parte ricorrente lamenta la violazione degli artt. 1 e 2 D.lgs. 27 gennaio 1992 n. 80 in combinato disposto con gli artt. 410, 412 e

412 bis c.p.c., per non avere la Corte territoriale tenuto conto della ratio sottesa alla L. 297/1982 direttamente fondata sulla Direttiva CEE 987/80; la normativa europea, infatti, avrebbe come scopo quello di riavvicinare le legislazioni degli Stati membri ed anche di garantire che gli organismi preposti assicurino il rispetto dei diritti non soddisfatti dei lavoratori subordinati (relativi alla retribuzione del periodo situato prima di una determinata data).

Il ricorrente evidenzia la finalità del complesso normativo -comunitario e nazionale- di garantire ai lavoratori una tutela concreta ed effettiva a fronte di una situazione evidentemente critica e richiama, a tal fine, l'insegnamento di Cassazione. Sez. IV n. 1178 del 2099 e della sentenza della CGUE 10 luglio 1997 C-373/1995, sottolineando come la normativa europea richieda che il Fondo debba soddisfare il requisito dell'effettività della tutela, che nel caso di specie non sarebbe stato garantito né dal provvedimento dell'INPS, né delle autorità giudiziarie adite; sul punto richiama Cass. Sez. IV n. 1209/2008, Cass. n. 22011/2008, Cass. n.1106/1999, Cass. n. 1885/2005, Cass. n. 7395/2008, per ribadire la sua necessità di un'interpretazione della legge italiana conforme al diritto europeo e che affermi il principio secondo il quale il termine dei dodici mesi decorrente a ritroso dalla data di inizio dell'esecuzione forzata ex art. 1, comma 1, lettera b) del d.lgs. 80/1992, deve essere calcolato senza tenere conto del lasso di tempo intercorso tra la data di proposizione dell'atto di iniziativa volto a far valere in giudizio i crediti del lavoratore, siccome necessario per la precostituzione del titolo esecutivo e, quindi, per dare inizio all'esecuzione forzata,

e la data di formazione del titolo esecutivo. Ovviamente, alla condizione che le garanzie patrimoniali siano risultate in tutto o in parte insufficienti a seguito dell'esperimento dell'esecuzione forzata.

Quindi, i dodici mesi nell'ambito dei quali la tutela deve essere garantita devono decorrere dalla data dell'istanza di conciliazione che ha dato impulso al percorso di riscossione giudiziaria, trattandosi di condizione di procedibilità della domanda espressamente prevista dall'art. 412 bis c.p.c. vigente *ratione temporis* e che aveva superato anche il vaglio di costituzionalità (Corte Cost. n. 276 del 2000); ciò costituirebbe la prova che il lavoratore si è attivato e non ha lasciato decorrere il tempo restando inerte, mentre sarebbe del tutto irragionevole non considerare come termine *a quo* a ritroso dell'arco temporale in oggetto la richiesta di tentativo di conciliazione.

Il ricorso è fondato.

La questione proposta, sebbene già abbia formato oggetto di alcune pronunce di questa Corte di cassazione (Cass. n. 16249 del 2020, Cass. n. 38521 del 2021, Cass. n. 41248 del 2021; Cass. n. 4041 del 2022), richiede un intervento nomofilattico in quanto l'orientamento costituito dalle ultime tre decisioni, risulta essersi formato in relazione ad una lettura della sentenza n. 16249 del 2020 che qui va corretta.

Tale sentenza, è fondamentale rilevare, ha avuto ad oggetto la questione del corretto calcolo del periodo dei dodici mesi di cui si è detto, in relazione ad una fattispecie in cui il tentativo di conciliazione era stato sì proposto nei confronti del datore di lavoro," ma non aveva avuto alcun seguito a cagione dell'intervenuto suo

fallimento e dell'estinzione del relativo giudizio, neanche riassunto nei termini di legge" (vd. punto 4 in parte finale).

Si trattava, in altri termini, di una fattispecie in cui era mancato, per inattività del lavoratore successiva alla presentazione del tentativo di conciliazione obbligatorio, un qualsiasi accertamento giudiziale del credito di lavoro in ordine al quale si chiedeva la tutela previdenziale direttamente al Fondo, in mancanza anche di accertamento del credito in sede fallimentare.

In tale ipotesi, posta la chiusura del fallimento prima dell'accertamento del passivo ed il conseguente ritorno del datore di lavoro in bonis, già Cassazione n. 1886 del 2020 (più volte richiamata in adesione da Cass. 16249 del 2021) ha precisato che dalla disposizione di cui alla L. n. 297 del 1982, art. 2 < [...] emerge chiaramente che il legislatore ha ancorato l'intervento del Fondo alla ricorrenza di due distinte ed alternative ipotesi: 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.); 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)>. Dunque, è onere del lavoratore che intende ricorrere alla garanzia del Fondo procurarsi un titolo esecutivo e promuovere la conseguente azione esecutiva nei confronti della società, ovvero, a seguito della sua cancellazione, nei confronti dei soci, i quali avrebbero risposto dei debiti sociali nei limiti di quanto riscosso a



seguito della liquidazione (così Cass. S.U. n. 6070 del 2013)>.

Si è sottolineato che, in questi casi, il previo esperimento di un'azione volta a conseguire un titolo esecutivo nei confronti del datore di lavoro insolvente, costituisce piuttosto un presupposto letteralmente e logicamente necessario, giacché, da un punto di vista sistematico, l'accertamento giurisdizionale ovvero la sua consacrazione in un titolo esecutivo conseguito nei confronti del datore di lavoro rappresentano la modalità necessaria per l'individuazione della misura stessa dell'intervento solidaristico del Fondo di garanzia, essendo l'ente previdenziale terzo rispetto al rapporto di lavoro inter partes ed essendo nondimeno la sua obbligazione modulata sui crediti maturati in costanza di rapporto di lavoro.

Se, dunque, l'iniziativa del lavoratore non ha determinato il formarsi di un titolo esecutivo, l'atto con il quale tale iniziativa si è concretizzata non assume in sostanza rilevanza ai fini del computo dell'arco temporale di dodici mesi richiesti dal citato art. 2 d.lgs. n. 80 del 1992.

Tale conclusione poggia sulla considerazione (vd. Cass. n. 15415 del 2009) secondo cui l'apposizione del periodo di riferimento, dodici mesi decorrenti a ritroso dalla data di inizio dell'esecuzione, ha lo scopo, non solo di indurre l'interessato ad agire sollecitamente, così agevolando la verifica del diritto alla tutela da parte del Fondo di garanzia obbligato, ma soprattutto ai fini del nesso tra retribuzioni non pagate ed insolvenza.

Infatti, secondo la pronuncia appena citata, la misura in esame costituisce l'attuazione della direttiva 80/987/CEE sulla tutela dei lavoratori subordinati in caso di

insolvenza del datore di lavoro, ed < [...] è diretta a garantire, non già il generico inadempimento da parte del datore dell'obbligazione retributiva, ma unicamente quello che deriva dalla insolvenza del datore: solo in questo caso si consente l'intervento del terzo, ossia dell'organismo di garanzia, che si sostituisce, nei limiti del massimale prefissato, al datore obbligato che risulta insolvente >.

In tale senso, è imprescindibile la determinazione di un nesso temporale tra credito lavorativo insoddisfatto e insolvenza, contemplando la disposizione di cui all'art. 2 cit. una presunzione ex lege per cui le retribuzioni si considerano non pagate a causa dello stato di insolvenza, quando siano collocate temporalmente nell'anno antecedente all'insolvenza medesima. Al contrario, ove il credito retributivo si collochi temporalmente in periodo remoto rispetto a quello della insolvenza, il Fondo di garanzia non ha titolo per intervenire, escludendosi che per i diritti insorti in epoca anteriore al periodo di riferimento annuale prefissato, l'inadempimento sia dovuto all'insolvenza.

Il *dies a quo* da computare a ritroso non riguarda la data in cui la insolvenza viene accertata (tramite la verifica dell'esito infruttuoso dell'azione esecutiva individuale, ovvero, nei casi di fallimento, tramite l'apertura del procedimento medesimo) ma la data, più prossima, in cui viene proposta la domanda (cfr. Cass. n. 1885/2005, che richiama la giurisprudenza della Corte di giustizia).

La *ratio* è che non devono andare a detrimento del lavoratore i tempi lunghi del procedimento concorsuale o di quello esecutivo individuale, tuttavia, attraverso questo meccanismo, il credito retributivo non pagato può

collocarsi, temporalmente, in un momento addirittura anteriore all'anno rispetto al momento in cui si constata la effettiva esistenza dell'insolvenza.

Fatte queste precisazioni, va osservato che le conclusioni cui è giunta Cass. n. 16249 del 2021 non possono estendersi alla presente fattispecie, la quale riguarda il diverso caso in cui l'iniziativa del lavoratore ha condotto alla consacrazione di un titolo esecutivo ed alla consequenziale procedura, rimasta infruttuosa.

In questo caso, l'iniziativa del lavoratore va apprezzata nel suo completo dispiegarsi attribuendo rilevanza innanzi tutto al primo degli atti necessari al conseguimento del detto titolo esecutivo e dunque al tentativo obbligatorio di conciliazione di cui all'art. 410 c.p.c., che, ai sensi dell'art. 412 bis c.p.c. vigente *ratione temporis* (trattandosi di articolo aggiunto dall'art. 39, D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80 e poi abrogato dall'art. 31, comma 16, L. 4 novembre 2010, n. 183.), costituiva condizione di procedibilità rispetto al giudizio di accertamento del credito e di condanna del datore di lavoro.

Questa Corte (Cassazione civile sez. lav., 01/07/2013, n.16452) ha affermato che l'imposizione di tale condizione di procedibilità, durante la vigenza della disposizione in esame, costituiva deroga rispetto alla latitudine del diritto di agire in giudizio ai sensi dell'art. 24 Cost., con conseguente rilievo ai fini della necessaria interpretazione restrittiva e senza mai dubitare dunque della effettiva incidenza sull'azione giudiziaria del ricorrente.

Peraltro, la rilevanza della richiesta di espletamento della condizione di procedibilità, ai fini della delimitazione

dell'arco temporale dei dodici mesi al cui interno si deve collocare l'inadempimento datoriale secondo le previsioni dell'art. 2 d.lgs. n. 80 del 1992, costituendo un filtro di accesso alla tutela giudiziaria, si risolve in attività obbligata per il lavoratore che miri a precostituire il titolo esecutivo e non risente della soluzione data alla questione della natura processuale o meno del relativo procedimento (sulla quale si è espressa Cassazione civile sez. lav., 18/10/2011, n.21483 che, negando tale natura processuale, ha escluso gli effetti sospensivi della prescrizione durante la sua pendenza).

Tale ultima pronuncia ha rimarcato che la richiesta di tentativo di conciliazione non può confondersi con la relativa domanda giudiziale, di cui produce unicamente l'effetto interruttivo della prescrizione (nei termini di cui si tratta), ma non anche gli altri (numerosi) effetti sostanziali, né quelli processuali.

In definitiva, nel caso di specie, il lavoratore ha attivato la richiesta di espletamento del tentativo obbligatorio di conciliazione ai sensi degli artt. 410 e 412 bis c.p.c. (in data 23 giugno 2003 (con esito negativo per mancata presentazione del datore di lavoro) e successivamente (7 ottobre 2003) ha iniziato il procedimento giudiziario, con deposito del relativo ricorso, tutto nel rispetto del termine annuale entro l'anno dalla cessazione del rapporto di lavoro (31 luglio 2002). Alla sentenza di condanna nei confronti della datrice di lavoro (del 3 ottobre 2007) sono seguite le attività funzionali alla realizzazione dei diritti tutelati esposte in ricorso, al fine di assolvere l'onere di agire *in executivis* secondo l'ordinaria diligenza ai sensi del D. Lgs. n. 80 del 1992, art. 2.



La sentenza impugnata non si è attenuta al principio sopra esposto, secondo cui < la richiesta di tentativo obbligatorio di conciliazione (alla quale sia seguito il giudizio che ha condotto al formarsi di un titolo infruttuosamente eseguito dal lavoratore) va considerato quale *dies a quo* nel calcolo a ritroso del periodo di dodici mesi al cui interno devono collocarsi le retribuzioni non corrisposte rilevanti per consentire l'intervento del Fondo di garanzia>, per cui va cassata e la causa va rinviata alla Corte d'appello di Brescia, in diversa composizione, che esaminerà la fattispecie facendone applicazione. Il giudice del rinvio provvederà anche sulle spese del giudizio di legittimità.

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso, cassa la sentenza impugnata e rinvia, anche per le spese del giudizio di legittimità, alla Corte d'appello di Brescia in diversa composizione.
Così deciso in Roma, il 27/09/2022.