

Art. 102 l.fall.

Corte d'appello di Venezia, Sez. I, decr., 21 maggio 2009 - Pres. Greco - Rel. Tagliatela - INPGI c. Fallimento Editrice Verona S.r.l. e altri

*Fallimento - Accertamento del passivo - Crediti di lavoro subordinato - Insufficiente realizzo - Decreto di non luogo a procedere - Domande di insinuazione di lavoratori dipendenti - Esclusione*

*(legge fallimentare art. 102; L. 29 maggio 1982, n. 297, art. 2)*

**Il tribunale può pronunciare il decreto di non farsi luogo al procedimento di verifica del passivo, ai sensi dell'art. 102 l.fall., soltanto ove non sussistano esigenze di tutela di diritti il cui accertamento risulti indispensabile anche al di fuori dell'ambito endofallimentare, ed in particolare solo qualora tra i creditori insinuati non figurino lavoratori dipendenti aventi diritto alla tutela sostitutiva del Fondo di garanzia per la corresponsione del Tfr e delle ultime tre mensilità di retribuzione ai sensi dell'art. 2 L. n. 297/1982 e dell'art. 2 D.Lgs. n. 80/1992.**

*Fallimento - Accertamento del passivo - Crediti di lavoro subordinato - Insufficiente realizzo - Decreto - Reclamo - Legittimazione dell'Istituto Nazionale di Previdenza dei Giornalisti Italiani - Esclusione*

*(legge fallimentare art. 102; L. 29 maggio 1982, n. 297, art. 2)*

**L'Istituto Nazionale di Previdenza dei Giornalisti Italiani non è legittimato, per difetto di interesse, a proporre reclamo avverso il decreto del tribunale che, ai sensi dell'art. 102 l.fall., ha disposto non farsi luogo al procedimento di verifica del passivo, ove l'ente reclamante deduca il carattere lesivo del diritto degli ex dipendenti del fallito ad adire il fondo di garanzia per la corresponsione del Tfr e delle ultime tre mensilità di retribuzione ai sensi dell'art. 2 L. n. 297/1982 e dell'art. 2 D.Lgs. n. 80/1992.**

**La Corte (omissis).**

Il Tribunale di Rovigo, con decreto 14 agosto 2008, disponeva la chiusura del fallimento dell'Editrice Verona S.r.l. a mente dell'art. 118, primo comma, n. 4 l.fall., sul rilievo che, avendo già il Giudice delegato autorizzato il curatore prima, con decreto 14 maggio 2008, ad omettere l'accertamento del passivo e poi, con decreto 27 maggio 2008, a rinunciare ai crediti risultanti dalla contabilità della fallita, l'attivo fallimentare risultava del tutto insufficiente a coprire, anche in parte, le spese di giustizia. Sul reclamo proposto dall'Inpgi (Istituto Nazionale di Previdenza dei Giornalisti Italiani), l'intestata Corte revocava l'impugnato provvedimento e rimetteva gli atti al Tribunale per l'ulteriore corso; il Tribunale, anzi, il Giudice delegato, con decreto 29 gennaio 2009, avocando a sé i poteri del Comitato Creditori ed invitando il curatore a riformulare l'istanza di cui all'art. 102 l.fall., ordinava la riapertura della procedura concorsuale e con successivo decreto in data 19 febbraio 2009 il Collegio, su ricorso del curatore, disponeva non farsi luogo alla verifica dello stato passivo; anche avverso detto ultimo provvedimento l'Inpgi proponeva reclamo; si costituiva ritualmente la curatela fallimentare ed interveniva il Procuratore Generale.

L'Istituto Nazionale per la Previdenza dei Giornalisti Italiani assume che il reclamato decreto, motivato dall'insussistenza di attivo e dalla formalizzata rinuncia ai crediti della debitrice perché inesigibili, è lesivo dei propri interessi in quanto l'accertamento del passivo e il provvedimento di ammissione dei crediti per i contributi relati-

vi ai giornalisti che hanno lavorato alle dipendenze della fallita sono necessari per la costituzione della loro posizione contributiva e l'erogazione delle prestazioni previdenziali; che, di conseguenza, la mancata verifica risulta pregiudizievole per la posizione previdenziale dei giornalisti cui si riferiscono i contributi oggetto dei crediti insinuati perché precluderebbe loro di ottenere le prestazioni previdenziali afferenti a detti contributi, contributi che esso ente è obbligato ad erogare in presenza di un diritto contributivo; lamenta, infine, che il mancato accertamento del passivo rischia di frustrare, anche, il diritto degli ex dipendenti ad adire il Fondo di garanzia - da esso reclamante gestito - per la corresponsione del Tfr e delle ultime tre mensilità di retribuzione ai sensi dell'art. 2 L. n. 297/1982 e dell'art. 2 D.Lgs. n. 80/1992.

Il reclamante è carente di legittimazione.

Tale carenza risulta evidente con riferimento ai diritti dei dipendenti di ottenere dal Fondo di garanzia il Tfr e le ultime tre mensilità; è vero, come già osservato da questa Corte (C. + altri / fall. C.&A. S.a.s.) che l'art. 102 l.fall. (nel testo novellato dal D.Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, introdotto per palesi finalità di semplificazione della procedura fallimentare), che contempla la possibilità di escludere *in limine* l'accertamento del passivo, trova una limitazione implicita nell'esigenza di assicurare la dovuta tutela di diritti di credito di assoluta rilevanza sociale, là dove tale procedimento risulti indispensabile per l'effettività degli stessi; che l'intervento del Fondo di garanzia di cui alla L. n. 297/1982, relativo al pagamento del trattamento di fine rapporto, esteso dal D.Lgs. 27

gennaio 1992, n. 80, di attuazione della direttiva 80/987/Cee in materia di tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro, anche al pagamento dei crediti dei lavoratori inerenti gli ultimi tre mesi del rapporto di lavoro, richiede, in ogni caso, l'osservanza delle formalità stabilite dall'art. 2 L. n. 297/1982, ossia, in concreto, l'ammissione del credito al passivo (o la sentenza che decida il giudizio insorto a causa dell'eventuale contestazione); che dunque, per l'operatività del predetto Fondo, occorre che il credito sia accertato in sede fallimentare, e tale espressa condizione è ritenuta - per unanime interpretazione - del tutto inderogabile e non sostituibile nemmeno da attestazioni degli organi della Procedura (cfr. Cass. 21 marzo 2000, n. 3340 e, nello stesso senso, Cass. 12 gennaio 2000, n. 294; 27 agosto 2004, n. 17079), essendo del resto detto accertamento determinante anche in ordine al *quantum* (cfr. Cass. 24 aprile 2008, n. 10713); è altrettanto vero, di conseguenza che, omettendo l'accertamento del passivo, verrebbe negato ai titolari di crediti di lavoro l'accesso alla tutela sostitutiva (nei rigorosi limiti previsti dalla normativa su citata) gestita dal Fondo di garanzia, appositamente istituito, con l'effetto che un provvedimento adottato per ragioni di mera semplificazione procedurale finirebbe per confliggere con gli interessi primari del ceto dei lavoratori dipendenti, oggetto di disposizioni speciali (*in parte qua* emanate, come già detto, in adempimento di pressanti obblighi comunitari); che dunque una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 102, primo comma l.fall., impone di privilegiare l'interpreta-

zione della norma stessa correlandola ad una facoltà, e non già ad un obbligo, di disporre il non farsi luogo al procedimento di accertamento del passivo, nel senso che tale misura sia pronunciata soltanto ove non sussistano esigenze di tutela di diritti per i quali tale accertamento risulti indispensabile anche al di fuori dell'ambito endofallimentare.

Ma è evidente che l'interesse ad ottenere, in tal caso, la revoca del provvedimento di «non luogo alla verifica dello stato passivo» può essere riconosciuto ai soli lavoratori dipendenti e non certo all'Ente previdenziale.

Ma l'Ente è carente di legittimazione anche riguardo all'ipotizzato interesse (che potrebbe definirsi mediato) all'accertamento del passivo in relazione all'esigenza di ricostruire le posizioni contributive dei propri assicurati, nel senso, cioè, che l'omessa verifica pregiudicherebbe, di riflesso, i lavoratori nella ricostruzione della loro posizione contributiva. In materia di prestazioni previdenziali, di cui all'art. 2116 c.c., così come interpretato dalla Corte costituzionale con sentenza n. 374 del 1997, trova difatti applicazione, con riguardo ai vari sistemi di previdenza e assistenza obbligatori, il principio di automatismo delle medesime prestazioni, regola generale, questa, rispetto alla quale possono esserci deroghe solo se previste espressamente dal legislatore; ne consegue, che in difetto di espresse deroghe, detto principio garantisce ai giornalisti dipendenti, anche in ipotesi di mancata verifica dei contributi omessi del datore, le prestazioni previdenziali. Il reclamo va dunque respinto.

(*omissis*).

## Insufficiente realizzo, arresto della verifica del passivo ed accesso dei lavoratori al Fondo di garanzia Inps

di Francesco Dimundo

Il provvedimento della Corte d'appello di Venezia offre l'occasione per esaminare l'ipotesi dell'arresto dell'accertamento del passivo per insufficiente realizzo, qualora tra i creditori insinuati figurino dipendenti aventi diritto alla tutela sostitutiva del Fondo di garanzia Inps istituito dalla L. n. 297/1982.

### 1. La fattispecie

Il decreto in epigrafe rappresenta un primo passo lungo un percorso che si preannuncia aspro e tortuoso, ed è manifestazione esemplare della progressiva tendenza delle corti ad accostarsi con una buona dose di (non sempre salutare) spirito critico alle disposizioni dettate dal novellato art. 102 l.fall. (che delinea i presupposti per dare corso all'arresto del procedimento di verifica del passivo), al fine di verificarne la compatibilità con il diritto degli ex dipendenti del fallito a percepire le provvidenze somministrate dal Fondo di garanzia istituito presso l'Inps dalla l. 29 maggio 1982, n. 297.

Al di là dell'aspetto processuale, oggetto della seconda massima, il tema centrale dell'odierna pronuncia, sul quale giova soffermarsi, è infatti di ordine prettamente sostanziale, e riguarda la possibilità di non fare luogo alla verifica del passivo in presenza di domande di insinuazione di dipendenti del fallito, che proprio sull'ammissione dei rispettivi crediti fanno affidamento per poter accedere al trattamento dispensato dal Fondo di garanzia.

Nella fattispecie sottoposta al vaglio dei giudici veneti, relativa al fallimento di una società editrice, il curatore aveva chiesto ed ottenuto dal Tribunale, in un primo tempo, la pronuncia di decreto di «arresto» ex art. 102 l.fall., e successivamente - accer-

tata anche la carenza dell'attivo residuo che sarebbe stato necessario per coprire le spese di giustizia - la chiusura del fallimento ai sensi dell'art. 118, n. 4 l.fall. Contro tale ultimo provvedimento l'Istituto nazionale di previdenza dei giornalisti italiani («Inpgi») proponeva tuttavia reclamo, il cui esito vittorioso determinava la remissione degli atti al Tribunale per l'ulteriore corso. Senonché, giudice delegato e curatela non demordevano, ed il primo, pur ordinando la riapertura della procedura, invitava al contempo il curatore a presentare nuova istanza ex art. 102 l.fall. e, sulla base di quest'ultima, il Tribunale disponeva così, per la seconda volta, non luogo a procedere alla verifica dello stato passivo. In questa seconda occasione, l'Istituto previdenziale dei giornalisti accorciava però i tempi e, senza attendere una (prevedibile) nuova chiusura del fallimento, proponeva reclamo contro il provvedimento del Tribunale, deducendone il carattere lesivo nei confronti dei dipendenti insinuati, perché l'omessa verifica avrebbe reso loro impossibile ottenere dal Fondo di garanzia il pagamento del Tfr e delle ultime tre mensilità ai sensi dell'art. 2 L. n. 297/1982 e dell'art. 2 D.Lgs. n. 80/1992, ed avrebbe inoltre pregiudicato la ricostruzione della relativa posizione contributiva.

Il reclamo è stato respinto *in limine* per ragioni processuali, in considerazione del ritenuto difetto di legittimazione dell'ente reclamante, ma ciò non ha impedito alla Corte d'appello di scendere nel merito della questione, e di enunciare il principio racchiuso nella prima massima, secondo il quale il Tribunale può pronunciare il decreto di «arresto» del procedimento di verifica, ai sensi dell'art. 102 l.fall., soltanto ove non sussistano esigenze di tutela di diritti il cui accertamento risulti indispensabile anche al di fuori dell'ambito endofallimentare, ed in particolare solo qualora tra i creditori insinuati non figurino lavoratori aventi diritto alla tutela sostitutiva del Fondo di garanzia ai sensi dell'art. 2 L. n. 297/1982 e dell'art. 2 D.Lgs. n. 80/1992.

Osservata con la mente rivolta al passato (i.e., alla legge fallimentare del 1942), la vicenda pare assumere, per certi versi, il sapore del *déjà-vu*: già prima delle recenti riforme, al vaglio dei giudici si erano infatti presentati casi in cui la salvaguardia dei crediti vantati dai dipendenti del debitore fallito si era posta in conflitto con le esigenze di celerità delle procedure concorsuali. L'oggetto del contendere aveva riguardato, in particolare, la possibilità di dare corso alla chiusura del fallimento per insufficienza o mancanza di attivo, e quindi ai sensi dell'art. 118, n. 4 l.fall., in pendenza di giudizi di insinuazio-

ne tardiva proposti dagli ex dipendenti del fallito, posto che anche della chiusura della procedura - come oggi dell'arresto della verifica del passivo ex art. 102 l.fall. - era stata predicata l'attitudine ad impedire l'accesso dei lavoratori al fondo di garanzia istituito presso l'Inps (1). Rispetto al passato, l'art. 102 di nuovo conio, e la fattispecie di «chiusura anticipata» ivi disciplinata (2), aprono quindi ulteriori opportunità al sorgere del menzionato conflitto, che può oggi presentarsi già quando l'attivo fallimentare risulti insufficiente a soddisfare i soli crediti concorsuali, e ciò renda inutile (non l'intera procedura, che pure continua il suo corso, ma) la fase della verifica.

Ma prima di entrare in argomento pare utile dare conto dei tratti qualificanti dei due istituti appena richiamati.

## 2. L'intervento del Fondo di garanzia

L'art. 2, primo comma L. 29 maggio 1982, n. 297, ha previsto l'istituzione, presso l'Istituto Nazionale della Previdenza Sociale, di un «Fondo di Garanzia per il trattamento di fine rapporto con lo scopo di sostituirsi al datore di lavoro in caso di insolvenza del medesimo nel pagamento del trattamento di fine rapporto, di cui all'art. 2120 c.c. spettante ai lavoratori o loro aventi diritto». Il Fondo di garanzia - che viene alimentato da apposita contribuzione a carico dei datori di lavoro, come espressamente previsto dall'art. 2, ottavo comma L. n. 297/1982 - è tenuto ad erogare il Tfr nei casi di «insolvenza legale», che il nostro ordinamento giuridico individua nelle procedure concorsuali di tipo liquidatorio (fallimento, concordato preventivo e liquidazione coatta amministrativa), ovvero in caso di esecuzione forzata infruttuosa (3).

Si tratta quindi, come ha puntualmente rilevato la dottrina, di un vero e proprio rimedio di natura assicurativa e previdenziale, perché l'intervento del

### Note:

(1) Sottolinea l'analogia fra la valutazione prognostica richiesta dal nuovo art. 102 l.fall. e quella già necessaria, ai sensi del previgente art. 108, n. 4 l.fall., per dare corso alla chiusura del fallimento, M. Montanari, *Sub art. 102 l.f.*, in *Il nuovo dir. fallimentare*, Commentario diretto da A. Jorio e coordinato da M. Fabiani, I, Bologna, 2006, 1559.

(2) E. Bruschetta, *Custodia e amministrazione delle attività fallimentari e accertamento dello stato passivo*, in *La riforma organica delle procedure concorsuali*, a cura di S. Bonfatti e L. Panzani, Milano, 2008, 330.

(3) Per un quadro completo ed aggiornato della disciplina del fondo di garanzia istituito dalla L. n. 297/1982, v. G. Santoro Passarelli, *Il trattamento di fine rapporto*, in *Il codice civile*. Commentario diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2009, 101 ss.

Fondo in questione non solo incrementa la possibilità di soddisfazione del credito originario del lavoratore in caso di inadempienza del datore di lavoro, affiancandogli un soggetto (quale appunto il Fondo) obbligato *ex lege*, ma di fatto mira ad impedire che il credito stesso rimanga insoddisfatto anche nel caso in cui il patrimonio del debitore originario risultasse insufficiente (4). In questo senso esso costituisce uno strumento di tutela diretta del lavoratore, che prescinde cioè dall'esito della procedura, e che perciò si distingue rispetto al riconoscimento del privilegio *ex art. 2751bis*, n. 1 c.c., il quale di per sé non assicura la concreta soddisfazione del credito del lavoratore, in considerazione della frequente incapienza del patrimonio del fallito (5).

In caso di datore di lavoro soggetto alle procedure concorsuali disciplinate dalla legge fallimentare, i presupposti di intervento del Fondo per la liquidazione del Tfr (e delle ultime tre mensilità: *v. infra*) sono:

- a) la cessazione del rapporto di lavoro subordinato, indipendentemente dalla causa che l'ha determinata (dimissioni, licenziamento, e scadenza del termine in caso di lavoro a tempo determinato);
- b) l'apertura di una procedura concorsuale a carico del datore di lavoro, e quindi il fallimento, il concordato preventivo, la liquidazione coatta amministrativa (art. 2 L. n. 297/1982) o l'amministrazione straordinaria (art. 102 D.Lgs. n. 270/1999);
- c) l'accertamento di un credito del lavoratore per Tfr rimasto insoluto, mediante la relativa ammissione allo stato passivo della procedura.

Al fine di rendere possibile l'intervento del Fondo, il lavoratore od i suoi aventi diritto devono presentare all'Inps domanda di pagamento entro il termine di 15 giorni decorrente:

- a) dal deposito dello stato passivo (o dalla data della sentenza di omologazione, in caso di concordato preventivo);
- b) «dalla sentenza che decide» l'eventuale ricorso in opposizione o l'impugnazione *ex artt.* 100 e 102 (ora *ex art.* 98 l.fall. novellato), e quindi, a nostro avviso, dalla data del passaggio in giudicato (e non della semplice pubblicazione) di tale sentenza;
- c) dal decreto di ammissione al passivo, nel caso di dichiarazione tardiva di credito, ovvero dalla sentenza che definisce il giudizio insorto per l'eventuale contestazione del curatore.

Ai sensi dell'art. 2, settimo comma L. n. 297/1982, il Fondo deve effettuare il pagamento entro 60 giorni dal ricevimento della domanda che, per disposizione Inps (6), deve essere corredata da determinata documentazione, ed in particolare da una

copia autentica dello stato passivo definitivo (anche per estratto), per la parte riguardante i crediti relativi all'indennità di anzianità ed al Tfr, ovvero, in caso di ammissione tardiva, da copia autentica del decreto di ammissione tardiva allo stato passivo, nonché dall'attestazione della cancelleria del tribunale che il credito del lavoratore non è stato oggetto di opposizione o impugnazione ai sensi dell'art. 98, secondo e terzo comma l.fall.

Il D.Lgs. 27 gennaio 1992, n. 80, attuando l'art. 48 della legge delega n. 428/1990, che ha disposto il recepimento della Direttiva del Consiglio CEE 20 ottobre 1980, n. 80/987, ha poi esteso la garanzia del Fondo anche «ai crediti di lavoro, diversi da quelli spettanti a titolo di trattamento di fine rapporto, 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» (cfr. art. 2 D.Lgs. n. 80/1992).

Pertanto, attualmente, ove il datore di lavoro sia fallito, i lavoratori dallo stesso dipendenti possono ottenere, a domanda, a carico del Fondo di garanzia, il pagamento:

- a) del Tfr e dei relativi accessori (non solo quindi il valore nominale del credito, ma anche rivalutazione ed interessi fino al saldo) (7);
- b) degli altri crediti di lavoro inerenti gli ultimi tre mesi del rapporto (ad es., oltre al salario, l'indennità di mancato preavviso, i ratei di ferie, tredicesima e quattordicesima mensilità, ecc.).

Tuttavia, per quanto riguarda i crediti di lavoro (diversi dal Tfr) *sub b)*, esistono alcune limitazioni, la prima delle quali risiede nel fatto che deve trattarsi

---

#### Note:

(4) Così A. Corrado, D. Corrado, *I rapporti di lavoro nel fallimento*, Torino, 2007, 339.

(5) Per questo rilievo C. Conedera, *Crisi d'impresa e tutela occupazionale (rassegna di dottrina e di giurisprudenza)*, in *Dir. fall.*, 2007, I, 516.

(6) V. le circolari Inps n. 35 del 7 marzo 2007 e n. 74 del 15 luglio 2008, consultabili sul sito [www.inps.it](http://www.inps.it).

(7) V. in argomento App. Torino 20 dicembre 2005, in *Giur. piem.*, 2006, 162, e App. Roma 21 maggio 2005, in *Banca Dati Utet*.

di crediti maturati negli ultimi novanta giorni del rapporto di lavoro rientranti nei dodici mesi che precedono la propria istanza di fallimento. Il secondo limite al pagamento dei crediti diversi dal Tfr è costituito dalla previsione di un massimale oltre il quale la garanzia non opera, pari a tre volte la misura massima del trattamento di CIGS al netto delle trattenute di legge (art. 2, secondo comma D.Lgs. n. 80/1992).

L'art. 2 D.Lgs. n. 80/1992 ha inoltre stabilito - al terzo comma - che «per il conseguimento delle somme dovute dal Fondo ai sensi del presente articolo si applicano le disposizioni di cui ai commi 2, 3, 4, 5 e 7, primo periodo e decimo dell'art. 2 della l. 29 maggio 1982, n. 297. Per le somme corrisposte dal Fondo si applica il disposto di cui al comma 7, secondo periodo, dell'art. 2 della legge citata». Il lavoratore può quindi ottenere dall'Inps sia il pagamento del Tfr che delle ultime tre mensilità prima ancora del riparto (ancorché parziale) del curatore. Quanto alla natura dell'obbligazione assunta dal Fondo di garanzia, il primo comma dell'art. 2 L. n. 297/1982, stabilisce che il Fondo «si sostituisce» al datore di lavoro nel pagamento della somma dovuta (e non che «garantisce» tale pagamento). Secondo l'orientamento ormai pacifico, tale norma «contiene dunque un precetto che induce a ritenere costituito dallo stesso legislatore (in termini più descrittivi che tecnicamente corretti, a fronte della mancanza di un contratto tra debitore e terzo) un acollo cumulativo *ex lege* e non una fideiussione», in virtù del quale «il Fondo subentra dunque nella stessa, posizione del datore di lavoro ed è tenuto a pagare il medesimo debito (retributivo) di quest'ultimo, comprensivo della, somma capitale e, a norma del secondo comma, dei relativi crediti accessori» (8). Costituisce un dato altrettanto acquisito che l'obbligazione del Fondo assume allo stesso tempo i caratteri della sussidiarietà e della solidarietà (9).

Una volta erogata la prestazione, il Fondo - che subisce dunque un acollo *ex lege* del debito del datore di lavoro insolvente - ha azione di regresso e si surroga di diritto al lavoratore nel privilegio spettantegli sul patrimonio del datore di lavoro ai sensi degli artt. 2751bis e 2776 c.c., potendo così presentare, quale condebitore adempiente, domanda di ammissione tardiva al passivo del fallimento del datore di lavoro. Tale istanza di insinuazione tardiva dovrà però riferirsi al medesimo importo originariamente insinuato al passivo dal lavoratore, dovendosi escludere che il Fondo possa richiedere al fallimento anche le somme corrisposte al lavoratore per interessi o rivalutazione.

Per le medesime ragioni ora illustrate, nel caso di corresponsione da parte del Fondo di garanzia del Tfr e degli altri eventuali crediti di natura retributiva dei lavoratori, il corrispondente credito del Fondo per le somme così anticipate va collocato nello stato passivo nella medesima posizione in cui si collocano eventuali crediti del lavoratore non assoggettati alle garanzie del Fondo, non prevedendo l'art. 2751bis, n. 1 c.c. alcuna graduazione o ordine di precedenza fra i crediti per retribuzioni e quelli relativi ad indennità dovute per effetto della cessazione del rapporto: pertanto, in sede di riparto dell'attivo mobiliare, ove le somme disponibili siano insufficienti a soddisfarli integralmente, gli stessi vanno soddisfatti, ai sensi dell'art. 2782 c.c., *pro quota* in proporzione del rispettivo importo (10) (11).

### 3. L'arresto del procedimento di verifica del passivo

È noto che, dopo la riforma del 2006, la fase di accertamento del passivo dinanzi al giudice delegato ha perso il suo tradizionale carattere di necessarietà, ed è divenuta (al pari della fase successiva di impugnazione) meramente eventuale. Nel regime previgente, infatti, ogni creditore che intendesse far valere il proprio credito all'interno della procedura concorsuale doveva superare positivamente la verifica del giudice delegato; ma al tempo stesso questo procedimento costituiva un momento necessario ed imprescindibile della procedura fallimentare. Così oggi non è più, perché, ai sensi del novellato art.

#### Note:

(8) Così Cass., sez. un., 26 settembre 2002, n. 13988, in *Corr. giur.*, 2002, 1555; conf., fra le tante, Cass. 3 settembre 2007, n. 18471, in *Mass. Giur. it.*, 2007; fra i giudici di merito v. *ex pluribus* App. Roma 4 agosto 2005, in *Banca Dati Utet*.

(9) Come ancora di recente ha ribadito la giurisprudenza, «in base all'art. 2 della legge n. 297 del 1982 e al D.Lgs. n. 80 del 1992, il Fondo di garanzia istituito presso l'INPS si sostituisce al datore di lavoro nel pagamento delle somme dovute rispettivamente a titolo di trattamento di fine rapporto o per crediti di lavoro diversi da quel trattamento», ma «il carattere sussidiario della relativa obbligazione non esclude la sua natura di obbligazione solidale (essendo essa relativa alla medesima prestazione della obbligazione principale) e comporta, altresì, che, per effetto dell'acollo legislativamente predisposto, l'originario debitore non viene liberato e il Fondo diviene suo condebitore solidale per i crediti dianzi menzionati»: così Trib. Reggio Calabria 9 marzo 2007, in questa *Rivista*, 2007, 1363 ss.; nella medesima direzione v. fra le altre Cass. 3 settembre 2007, n. 18471, in *Mass. Giur. it.*, 2007; Cass. 10 giugno 2004, n. 11060, *ivi*, 2004; in dottrina v. per tutti A. Corrado, D. Corrado, *op. cit.*, 349, ove ulteriori riferimenti.

(10) Cass. 29 agosto 1996, n. 7933, in questa *Rivista*, 1997, 69.

(11) Cass. 21 febbraio 1997, n. 1586, in *Inform. prev.*, 1997, 291; in senso conf. v. in dottrina A. Corrado, D. Corrado, *op. cit.*, 2007, 391 ss.

102 l.fall., prima dell'udienza di verifica il tribunale, su istanza del curatore (da depositarsi almeno venti giorni prima di tale udienza), può decidere, con decreto motivato, di non dare corso al procedimento di accertamento del passivo relativamente ai crediti concorsuali, ove risulti che non possa essere acquisito un attivo sufficiente da distribuire ai creditori insinuati, salva la soddisfazione dei crediti prededucibili e delle spese di procedura. Dopo la formazione dello stato passivo analogo potere di «arresto» spetta al tribunale, sempre ai sensi dell'art. 102 l.fall., quando l'insufficiente realizzo emerga nel corso delle udienze di verifica successive alla prima. Si tratta quindi di un istituto chiaramente ispirato a finalità deflattive (12), che si inserisce nel più ampio quadro delle misure di economia processuale approntate dal legislatore del 2006 per evitare l'attivazione dell'apparato procedurale del fallimento, con il connesso dispendio di tempo e di risorse (anche umane), nelle ipotesi in cui l'entità economica degli interessi in gioco sia tale per cui il gioco non vale la proverbiale candela: circostanza, questa, che si verifica quando sia richiesto il fallimento per un debito scaduto e non pagato inferiore ai 30.000,00 Euro (art. 15, ultimo comma l.fall.), ovvero quando emerga la totale assenza di attivo, tale da impedire il pagamento, sia pur parziale, non solo dei crediti concorsuali, ma anche delle spese prededucibili (art. 118, n. 4 l.fall.). Il provvedimento previsto dal novellato art. 102 risponde infatti alla medesima logica di evitare «un inutile spreco di iniziative, costi e tempi della giustizia» quando l'attività di accertamento è destinata a «sfociare in nessuna operazione di riparto in favore dei creditori concorsuali» (13): e ciò tanto più nel contesto del sistema riformato, ove è oramai positivamente codificato, all'art. 96, ultimo comma l.fall., il principio dell'incidenza strettamente endofallimentare dell'accertamento del passivo, con la conseguente impossibilità che il creditore possa ricevere pregiudizio alcuno diverso da quello dell'accertamento della insoddisfaccibilità della sua pretesa (14).

Presupposto per l'operare dell'istituto, ai sensi del primo comma dell'art. 102 l.fall., è l'impossibilità di acquisire «attivo da distribuire ad alcuno dei creditori che abbiano chiesto l'ammissione del passivo, salva la soddisfazione dei crediti prededucibili e delle spese di procedura»: occorre cioè che le risorse già acquisite e quelle acquisibili all'attivo fallimentare, considerate nel loro complesso, non consentano di distribuire alcunché ai creditori concorsuali, ma valgano solo a soddisfare in qualche misura (anche minima) i crediti di massa e le spese di giusti-

zia. Sotto questo profilo, l'istituto in esame conserva dunque un ambito applicativo ben distinto rispetto a quello della chiusura del fallimento ai sensi dell'art. 118, n. 4 l.fall., cui si potrà fare ricorso solo quando l'attivo fallimentare risulti tale da non garantire il benché minimo soddisfacimento non solo ai crediti concorsuali, ma anche a quelli prededucibili ed alle spese di procedura (15). Con l'ulteriore duplice corollario che al decreto di non luogo a procedere alla verifica del passivo non segue necessariamente - come pure è stato sostenuto (16) - la chiusura del fallimento, trattandosi di istituti fra loro non (interamente) sovrapponibili (17); e che tale provvedimento non comporta una completa omissione della fase di verifica, ma ne circoscrive semplicemente il raggio di azione, dovendo essa pur sempre aver luogo, sia pure limitatamente all'accertamento dei crediti di massa contestati o di cui è prevedibile la soddisfazione parziale e delle domande di rivendica o di restituzione eventualmente presentate (18).

#### Note:

(12) C. Miele, *Sub art. 102*, in *La legge fallimentare*. Commentario teorico-pratico, a cura di M. Ferro, Padova, 2007, 736; M. Vitiello, *Lo stato passivo*, in *Le nuove procedure concorsuali*, a cura di S. Ambrosini, Bologna, 2008, 182.

(13) P. Pajardi, A. Paluchowski, *Manuale di dir. fallimentare*, Milano, 2008, 523; analogamente, fra gli altri, G. Cavalli, *L'accertamento del passivo*, in S. Ambrosini, G. Cavalli, A. Jorio, *Il fallimento*, in *Trattato di dir. commerciale*, diretto da G. Cottino, XI, Padova, 2008, 607, e G. Scarselli, *L'accertamento del passivo*, in E. Bertacchini, L. Gualandi, S. Pacchi, G. Pacchi, G. Scarselli, *Manuale di dir. fallimentare*, Milano, 2007, 274.

(14) M. Fabiani, *Sub art. 102 l.f.*, in *Codice commentato del fallimento*, diretto da G. Lo Cascio, Milano, 2008, 918; M. Montanari, *Sub art. 102 l.f.*, cit., 1559; D. Plenteda, *Profili processuali del fallimento dopo la riforma*, Milano, 2008, 259.

(15) V. in questa direzione G.U. Tedeschi, *Manuale del nuovo dir. fallimentare*, Padova, 2006, 414; A. Saletti, *La formazione dello stato passivo: un tema in evoluzione*, in *Giur. it.*, 2006, V, 433; B. Sassani, R. Tiscini, *L'accertamento del passivo*, in *www.judicium.it*, 2006, 2; F. Filocamo, *L'accertamento dello stato passivo nella nuova legge fallimentare*, in *La nuova legge fallimentare «rivista e corretta»*, a cura di S. Bonfatti e G. Falcone, Milano, 2008, 90-91; A. Bassi, *Lezioni di dir. fallimentare*, Bologna, 2009, 162.

(16) A. Costa, *L'accertamento del passivo e dei diritti personali e reali dei terzi su beni mobili ed immobili*, in *Il diritto fallimentare riformato*. Commentario sistematico a cura di G. Schiano di Pepe, Padova, 2007, 327.

(17) M. Fabiani, *Sub art. 102 l.f.*, cit., 920. In giurisprudenza una netta distinzione tra non luogo a procedersi alla verifica del passivo e chiusura del fallimento è tracciata nella motivazione di Trib. Brescia 13 dicembre 2007, in *Guida al dir.*, 2008, fasc. 10, 63, ove si legge che «mentre l'assoluta mancanza di attivo comporta la necessità di chiudere il fallimento ai sensi dell'art. 118 n. 4 l.f., la presenza di un attivo insufficiente per pagare i creditori concorsuali consente di non procedere alla verifica dei crediti».

(18) V. in questo senso M. Montanari, *Sub art. 102 l.f.*, cit., (segue)

Sul piano procedimentale, la dispensa dalla verifica del passivo prende avvio su impulso del curatore, unico soggetto legittimato in tal senso (19), il quale deve presentare al tribunale apposita istanza corredata da una «relazione sulle prospettive della liquidazione». Tale relazione si risolve in definitiva in un raffronto ragionato fra l'entità del passivo fallimentare e quella dell'attivo già acquisito o ragionevolmente acquisibile in futuro da parte della curatela: ragionevole acquisibilità che deve rappresentare l'esito di un attento giudizio prognostico da parte della curatela, condotto con riferimento - ad esempio - alla fondatezza ed alla concreta fruttuosità di cause già pendenti o da promuovere (quali le azioni revocatorie o le azioni di responsabilità nei confronti degli organi amministrativi e di controllo della fallita), alla reale esigibilità ed alle effettive *chance* di recupero dei crediti figuranti nella contabilità del fallito (20), nonché avuto riguardo alle concrete prospettive di vendita dei beni di pertinenza di quest'ultimo (21).

Siffatta relazione del curatore, insieme all'istanza, deve essere depositata almeno venti giorni prima dell'udienza di verifica: poiché il quadro completo delle domande (tempestive) di insinuazione è però disponibile solo alla scadenza del relativo termine di presentazione (cioè trenta giorni prima di tale udienza), il curatore dovrebbe quindi disporre di soli dieci giorni (compresi tra il trentesimo ed il ventesimo giorno prima dell'udienza di verifica) per effettuare le necessarie valutazioni al riguardo e decidere se chiedere o meno la pronuncia del provvedimento *ex art. 102 l.fall.* I timori connessi alla eccessiva ristrettezza di detto *spatium decidendi*, talora paventati (22), sembrano però dover essere ridimensionati, sia perché il termine di venti giorni fissato dall'art. 102 deve in realtà ritenersi, in assenza di contrarie indicazioni, meramente ordinatorio, e la sua inosservanza non comporta quindi decadenze di sorta (23); sia - soprattutto - perché il D.Lgs. n. 169/2007, nel correggere il secondo comma dell'art. 102 l.fall., ha introdotto la possibilità di richiedere la pronuncia del decreto di arresto anche quando la condizione di insufficiente realizzo emerga «successivamente alla verifica del passivo», e quindi al fine di non dare corso all'esame delle domande di insinuazione tardive nonostante l'intervenuto svolgimento della verifica delle domande tempestive (24).

Una volta «sentito» il fallito (25), e dopo aver obbligatoriamente acquisito il parere - non vincolante (26) - del comitato dei creditori (27), il tribunale decide sull'istanza del curatore con decreto moti-

vato, che può essere di accoglimento o di rigetto. Nel primo caso, il provvedimento, dopo essere stato comunicato dal curatore ai creditori che hanno presentato domanda di insinuazione (tempestiva o tar-

**Note:**

(segue nota 18)

1561, il quale parla di giudizio di verifica «a raggio ridotto»; conf., fra gli altri, L. Guglielmucci, *Diritto fallimentare. La nuova disciplina delle procedure concorsuali giudiziali*, Torino, 2007, 206; V. Zanichelli, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Torino, 2008, 277; F. Filocamo, *L'accertamento*, cit., 91.

(19) Opinione pressoché pacifica: v. per tutti G. Cavalli, *L'accertamento*, cit., 607-608. In senso contrario si esprime solo P.P. Ferraro, *Sub art. 102 l.f.*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di A. Nigro e M. Sandulli, I, Torino, 2006, 589, secondo il quale l'iniziativa potrebbe invece essere assunta dal tribunale d'ufficio (in caso di inerzia o ritardo del curatore) o su sollecitazione del giudice delegato o del comitato dei creditori.

(20) V. al riguardo le motivazioni dei primi provvedimenti editi: Trib. Roma 22 agosto 2007, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); Trib. Milano 27 settembre 2007, in [www.fallimentitribunalemilano.it](http://www.fallimentitribunalemilano.it); Trib. Brescia 13 dicembre 2007, cit.

(21) Considerato il suo contenuto, la relazione *ex art. 102* potrebbe quindi ricalcare quanto il curatore ha già eventualmente rilevato in sede di redazione del programma di liquidazione di cui all'art. 104-ter l.fall.: cfr. G. Cavalli, *L'accertamento*, cit., 608. Per F. D'Aquino, *L'accertamento del passivo* (saggio inedito, 2006, p. 28 del dattiloscritto), «la relazione sulle prospettive di liquidazione altro non è... che il programma negativo di cui all'art. 104-ter privo di beni da liquidare».

(22) Cfr. D. Plenteda, *Profili processuali*, cit., 260, nonché C. Miele, *Sub art. 102*, cit., 737, e M.R. Grossi, *La riforma della legge fallimentare*, Milano, 2008, 1294 ss., i quali ultimi dubitano che lo strumento in questione possa trovare effettiva applicazione, specie nelle procedure di maggiori dimensioni.

(23) M. Fabiani, *Sub art. 102 l.f.*, cit., 920; A. Caiafa, *L'accertamento del passivo*, in *Le procedure concorsuali nel nuovo diritto fallimentare*, a cura di A. Caiafa, Torino, 2009, 365.

(24) F. Filocamo, *L'accertamento*, cit., 92. Anche prima dell'intervento correttivo del 2007, la giurisprudenza che aveva dato prima applicazione al novellato art. 102 ammetteva comunque che, nonostante la formulazione letterale della norma, il provvedimento di arresto della verifica del passivo potesse essere adottato anche dopo la già intervenuta verifica delle domande di insinuazione tempestive: cfr. Trib. Roma 22 agosto 2007, cit.

(25) L'interpello del fallito trova spiegazione nell'interesse di questi a collaborare con gli organi della procedura per segnalare l'esistenza di attività disponibili, nella prospettiva di poter fruire così del beneficio dell'esdebitazione ai sensi dell'art. 142, secondo comma l.fall. (per tale rilievo v. M. Vacchiano, *Considerazioni sull'accertamento dello stato passivo nel nuovo diritto fallimentare*, in *Impresa*, 2007, fasc. 1, 69). La convocazione del fallito in camera di consiglio può comunque essere omessa ove egli abbia già reso, in sede di inventario, una dichiarazione scritta esaustiva e completa in merito alla insussistenza di attivo e tale situazione sia stata accertata anche dal curatore: così Trib. Brescia 13 dicembre 2007, cit.

(26) Opinione pacifica: v. per tutti G. Scarselli, *L'accertamento del passivo*, cit., 275.

(27) In caso di mancata costituzione del comitato dei creditori, il parere potrebbe essere espresso dal giudice delegato ai sensi dell'art. 41, quarto comma l.fall.: così Trib. Udine 6 giugno 2008, in [www.unijuris.it](http://www.unijuris.it).

diva) e - si deve ritenere - anche a coloro che hanno presentato domanda di rivendica di restituzione (28), può essere da questi reclamato dinanzi alla Corte d'appello territorialmente competente, entro il termine di 15 giorni dal ricevimento della suddetta comunicazione. Nel secondo caso (i.e. decreto di rigetto), il curatore - secondo i più - non è legittimato ad impugnare il provvedimento del tribunale, non figurando fra coloro che il terzo comma dell'art. 102 individua quali destinatari della comunicazione ivi prevista (29).

Il reclamo eventualmente proposto apre un procedimento camerale governato dalle regole generali di cui agli artt. 737 ss. c.p.c. (30), all'esito del quale la Corte d'appello - dopo aver sentito il reclamante, il curatore, il comitato dei creditori ed il fallito - decide con decreto in camera di consiglio. Se la Corte rigetta il reclamo e conferma il provvedimento del tribunale, rimette gli atti a quest'ultimo per la fissazione di una nuova udienza di verifica; rimane dubbio se, in questo caso, il provvedimento della Corte d'appello sia o meno ulteriormente impugnabile con ricorso straordinario per cassazione (31).

#### 4. Intervento surrogatorio del Fondo di garanzia

Esaminati i tratti qualificanti dell'arresto della verifica del passivo disciplinato dall'art. 102 l.fall., e dell'intervento surrogatorio del Fondo di garanzia istituito presso l'Inps, occorre ora chiedersi se ed in quali termini i due istituti possano effettivamente conciliarsi.

Al quesito la sentenza della Corte d'appello in rassegna ha offerto una soluzione improntata ad un evidente *favor* per le ragioni dei lavoratori. Il Collegio veneto muove infatti dalla premessa che, a norma dell'art. 2 L. n. 297/1982, l'operatività del Fondo di garanzia presuppone necessariamente che il credito di lavoro sia accertato in sede fallimentare, desumendone che l'omissione della verifica del passivo impedirebbe così ai dipendenti del fallito l'accesso alla tutela sostitutiva (nei rigorosi limiti previsti dalla normativa su citata) gestita dal predetto Fondo. Per evitare tale conseguenza la Corte ritiene quindi necessario accedere ad «una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 102, primo comma l.fall.», in base alla quale il tribunale avrebbe la semplice facoltà (e non già l'obbligo) di disporre il non luogo a procedere alla verifica del passivo, «nel senso che tale misura sia pronunciata soltanto ove non sussistano esigenze di tutela di diritti per i quali tale accertamento risulti indispensabile anche

al di fuori dell'ambito endofallimentare». In altri termini, l'applicazione del novellato art. 102 l.fall., introdotto «per palesi finalità di semplificazione della procedura fallimentare», troverebbe - secondo questa impostazione - un limite implicito «nell'esigenza di assicurare la dovuta tutela di diritti di credito di assoluta rilevanza sociale, là dove tale procedimento risulti indispensabile per l'effettività degli stessi», e quindi in presenza di domande di ammissione al passivo proposte da dipendenti aventi diritto all'intervento del Fondo più volte citato.

Nella fattispecie, la Corte d'appello ha poi ugualmente confermato il decreto di non luogo a procedere oggetto di reclamo, sul rilievo che l'impugnazione era stata proposta da un soggetto (l'Inps) non legittimato per carenza di interesse; ma ha fatto chiaramente intendere che, qualora l'iniziativa fosse stata assunta da uno dei dipendenti della fallita, l'esito del giudizio sarebbe stato esattamente opposto.

Nonostante la novità della questione affrontata, il ragionamento seguito dalla Corte veneta non è privo di precedenti, e può essere anzi considerato la più recente manifestazione di un *trend* interpretativo che, almeno in questa prima fase applicativa, sembra riscuotere in giurisprudenza i maggiori consensi. Nella stessa linea del decreto in commento si collocano infatti sia il Tribunale di Milano, che nell'accogliere l'istanza *ex art. 102* del curatore, ha

---

#### Note:

(28) In questo senso, nonostante la lettera dell'art. 102 l.fall., v. E. Bruschetta, *Custodia e amministrazione*, cit., 332, sul corretto rilievo che coloro che hanno rivendicato o chiesto in restituzione hanno un concreto interesse a proporre reclamo, potendo anche pretendere in prededuzione il controvalore del bene appreso al fallimento il cui possesso sia stato successivamente perduto dal curatore; sulla stessa linea v. anche A. Saletti, *La formazione*, cit., 433.

(29) In senso conf. v. fra gli altri G. Scarselli, *L'accertamento*, cit., 276; M. Montanari, *Sub art. 102*, cit., 1564, e D. Plenteda, *Profili processuali*, cit., 264, il quale argomenta anche dalla natura di organo della procedura propria del curatore, che nella specie svolge il ruolo di mero segnalatore di una opportunità finalizzata ad incidere sull'economia delle attività procedurali.

(30) E. Bruschetta, *Custodia e amministrazione*, cit., 333.

(31) In termini negativi v. ad es. G. Cavalli, *L'accertamento*, cit., 610, e G. Scarselli, *L'accertamento*, cit., 276, in considerazione dell'efficacia meramente endofallimentare dell'accertamento del passivo e della conseguente inidoneità del decreto di arresto della verifica a pregiudicare l'esistenza e l'azionabilità dei crediti una volta che il fallimento sia cessato; per la ricorribilità in Cassazione del decreto della Corte d'appello v. invece B. Sassani, R. Tiscini, *L'accertamento*, cit., 2, che muovono dal ritenuto carattere contenzioso del procedimento, e M. Montanari, *Sub art. 102*, cit., 1565, sul presupposto che la constatazione della insufficienza dell'attivo non sarebbe ulteriormente sindacabile in sede di successiva chiusura del fallimento ai sensi dell'art. 118, n. 4 l.fall.

fondato la sua decisione (anche) sulla circostanza che «tra i creditori insinuati non figurano lavoratori dipendenti, e che la curatela ha accertato che la società fallita non avesse dipendenti», ritenendo che ciò escludesse che «il provvedimento richiesto» potesse «frustrare l'interesse all'utilizzo del fondo di garanzia INPS da parte di chicchessia» (32); sia la Corte d'Appello di Brescia, che con un provvedimento rimasto inedito ha revocato il decreto di arresto del procedimento di verifica, assunto dal Tribunale pur in presenza di lavoratori insinuati al passivo, osservando che «se il fine perseguito dal legislatore del 2006 è con tutta evidenza quello di semplificare ed abbreviare la procedura fallimentare, evitando incumbenti che si rivelino in fatto superflui, nondimeno rispetto ad esso non possono essere sacrificati diritti costituzionalmente garantiti, quale è quello dei lavoratori a percepire la retribuzione»; sicché, operando «un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 102 l.fall., nell'attuale formulazione, va ritenuto che il potere del Tribunale fallimentare di prescindere dalla procedura per l'accertamento del passivo possa essere esercitato entro un congruo margine di discrezionalità, che consenta di valutare l'esistenza di specifici interessi, meritevoli di tutela, che impongano invece di procedere in via ordinaria» (33).

Sulla correttezza di tale orientamento possono peraltro nutrirsi fondate perplessità.

In primo luogo, non pare consentito il ricorso ad una lettura costituzionalmente adeguata dell'art. 102 l.fall. sulla base di una premessa interpretativa (quella secondo cui l'accesso al Fondo di garanzia richiede inderogabilmente l'accertamento concorsuale del credito di lavoro) che, a ben vedere, non è affatto imposta dal diritto vivente (34): e che tale imposizione non sussista risulta chiaro - come si vedrà meglio nel prosieguo - ove si consideri la diversa soluzione ermeneutica cui è pervenuta la giurisprudenza di legittimità, la quale sembra aver inteso definitivamente svincolare l'accesso dei dipendenti al Fondo di garanzia dal presupposto della preventiva ammissione dei relativi crediti al passivo fallimentare.

A prescindere da tale rilievo, la tesi qui criticata finisce inoltre per stravolgere «il sistema fallimentare per asservirlo ad interessi extraconcorsuali di alcuni creditori» (35), e genera a sua volta una ingiustificata lesione del principio della *par condicio creditorum*, nella misura in cui introduce, nell'ambito dei creditori concorsuali, una disparità di trattamento a favore dei lavoratori ed a svantaggio dei creditori che, tali non essendo, dovrebbero veder omettere l'accertamento del passivo senza che il loro credito

fosse accertato (36). Tutto ciò senza considerare poi la quanto meno dubbia «adeguatezza» costituzionale della tesi in questione in relazione all'obiettivo della «ragionevole durata del processo», pure assunto a rango costituzionale per effetto della nuova formulazione dell'art. 111 Cost., alla cui realizzazione l'istituto dell'arresto della verifica sembra innegabilmente ispirato.

Una posizione estremamente rigorosa, ed opposta rispetto a quella appena illustrata, è stata invece assunta dall'Inps, che nelle sue più recenti circolari (37) ha invocato la «costante giurisprudenza della Suprema Corte» (di cui menziona alcune specifiche decisioni), per affermare che in caso di fallimento del datore di lavoro, il requisito della previa ammissione del credito del lavoratore allo stato passivo, richiesto per il pagamento del Tfr da parte del Fondo di garanzia, deve considerarsi presupposto indefettibile, nel senso che da esso «non può prescindere neanche nel caso in cui il lavoratore non sia responsabile della mancata ammissione»: situazione, questa, che - sempre secondo l'Istituto previdenziale - «può verificarsi:

- quando il Tribunale decreti di non procedere all'accertamento del passivo a causa della previsione di insufficiente realizzo, come previsto dall'art. 102 della nuova l.fall.;

- quando la tardiva ammissione del credito allo stato passivo sia impedita dall'avvenuta chiusura della procedura concorsuale» ai sensi dell'art. 118 l.fall.

**Note:**

(32) Cfr. Trib. Milano 27 settembre 2007, cit. L'estensore del provvedimento ha ribadito il principio anche in sede dottrinale: v. M. Vitiello, *Lo stato passivo*, cit., 184.

(33) Così, in motivazione, App. Brescia 3 aprile 2008, est. Marchetti.

(34) Nella giurisprudenza della Corte Costituzionale è regola consolidata che il diritto vivente costituisce un limite alla ricerca di soluzioni interpretative costituzionalmente orientate, nel senso che devono essere considerate manifestamente inammissibili le questioni di legittimità costituzionale quando le stesse siano sollevate sulla base di una premessa interpretativa cui non corrisponda un conforme diritto vivente, e sia invece possibile ravvisare una diversa soluzione ermeneutica idonea a soddisfare il *petitum* dei rimettenti: in questo senso, fra le altre, Corte cost. 16 maggio 2008, n. 155, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it); in dottrina v. sul punto L. Delli Priscoli, P.G. Demarchi, *L'eccezione di incostituzionalità: profili processuali*, Bologna, 2008, 102 ss.

(35) Così F. Filocamo, *L'accertamento*, cit., 94.

(36) In questi termini, sia pure con riferimento ai rapporti tra accesso al Fondo di garanzia e chiusura del fallimento per mancanza di attivo, si erano già espresse, prima della riforma, alcune corti di merito: cfr. Trib. Reggio Calabria 9 marzo 2007, in questa *Rivista*, 2007, 1353, e App. Roma 14 aprile 2003, *ivi*, 2004, 549.

(37) V. i §§ 3.1 e ss. delle già menzionate circolari Inps n. 53 del 7 marzo 2007 e n. 74 del 15 luglio 2008.

Così ragionando, l'Inps fa quindi chiaramente intendere che, nei due casi sopra indicati, i lavoratori non avrebbero accesso alle provvidenze del Fondo di garanzia, pervenendo in tal modo ad una conclusione che, per un verso, non appare condivisibile nella sua assolutezza, perché lesiva del principio di uguaglianza (38); e che, per altro verso, risulta per giunta contraddetta dall'effettivo orientamento assunto, sullo specifico tema, dalla stessa giurisprudenza di legittimità.

Nelle decisioni della Suprema Corte richiamate nelle menzionate circolari Inps (39) si afferma infatti che il requisito della previa ammissione al passivo del credito del lavoratore non può essere escluso dimostrando 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», e ciò perché «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» (40). Allo stesso tempo occorre però evidenziare che i giudici di legittimità hanno enunciato tale principio in relazione a fattispecie concrete che non riguardavano affatto ipotesi di chiusura del fallimento in pendenza di domande di ammissione al passivo (e tanto meno - per ovvi motivi - casi di arresto del procedimento di verifica ai sensi del novellato art. 102 l.fall.), ma vicende del tutto diverse, nelle quali il lavoratore non aveva proposto alcuna domanda di insinuazione a causa della mancata spedizione dell'avviso ex art. 92 l.fall. da parte del curatore (41), ovvero tale domanda aveva presentato ma senza che lo stato passivo fosse stato successivamente depositato, essendo stato sostituito da una semplice attestazione degli organi della procedura concorsuale (42).

Il discorso non cambia se si esaminano poi le ulteriori sentenze (diverse da quelle menzionate nelle circolari Inps) in cui la Cassazione ha ribadito che l'accesso del lavoratore al Fondo di garanzia presuppone necessariamente la verifica concorsuale dell'esistenza e della misura del credito. Dalla lettura delle motivazioni emerge infatti che, anche in queste occasioni, si trattava di fattispecie in cui non veniva in gioco la chiusura del fallimento (o l'arresto della verifica del passivo), ma si discorreva piuttosto della questione della decorrenza (43) o dell'interruzione (44) della prescrizione del diritto del lavoratore nei confronti del Fondo, ovvero della portata del subentro di detto Fondo, quale accollante

ex lege, nell'obbligazione definitivamente accertata - a carico del datore di lavoro insolvente - in sede fallimentare (45).

In altri termini, ed in definitiva: da un lato, le sentenze di legittimità richiamate dall'Inps, quali pre-

---

### Note:

(38) V. sul punto 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 questa *Rivista*, 2008, 146, la quale osserva correttamente che la tesi sostenuta dall'Inps crea una evidente disparità di trattamento tra il dipendente datore di lavoro non soggetto a procedura concorsuale ed il dipendente di un datore di lavoro astrattamente soggetto a procedura concorsuale, il cui fallimento non sia stato dichiarato o sia stato chiuso senza procedere all'accertamento del passivo, per motivi indipendenti dalla volontà del lavoratore stesso; nella medesima direzione v. anche F. Filocamo, *L'accertamento*, cit., 94 ss., il quale aggiunge che la tesi che richiede in ogni caso come necessaria l'insinuazione al passivo esporrebbe le norme della L. n. 297/82 anche ad una possibile violazione della direttiva n. 80/987/CEE del 20 ottobre 1980, la quale non richiede l'accertamento concorsuale del credito garantito, sicché il legislatore nazionale sarebbe libero di chiedere un simile requisito solo fino a che ciò non comporti l'esclusione della garanzia in conseguenza di eventi indipendenti dalla volontà del creditore garantito (come appunto la chiusura del fallimento o il provvedimento ex art. 102 l.fall.).

(39) Si tratta in particolare di Cass. 16 giugno 1998, n. 6004, in *Rep. Foro it.*, 1998, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1256; Cass. 12 gennaio 2000, n. 294, in *Mass. Giur. it.*, 2000; Cass. 21 marzo 2000, n. 3340, in *Dir. prat. lav.*, 2000, 2016; Cass. 27 agosto 2004, n. 17079, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1848.

(40) È questo il principio enunciato da Cass. 16 giugno 1998, n. 6004, cit., poi espressamente richiamato e condiviso dalle altre tre sentenze della Suprema Corte citate alla nota precedente.

(41) Sono le fattispecie cui si riferiscono Cass. 16 giugno 1998, n. 6004, cit., Cass. 12 gennaio 2000, n. 294, cit., e Cass. 27 agosto 2004, n. 17079, cit.

(42) A tale fattispecie si riferisce Cass. 21 marzo 2000, n. 3340, cit.

(43) Cfr. Cass. 26 febbraio 2004, n. 3939, in *Giust. civ.*, 2005, I, 492, per la quale «il diritto del lavoratore ad ottenere dall'Inps, in caso di fallimento del datore di lavoro, la corresponsione del Tfr a carico dello speciale fondo di cui all'art. 2 l. n. 297 del 1982, presuppone, oltre che la dichiarazione di insolvenza dello stesso datore di lavoro, la verifica della esistenza e della misura del credito in sede di ammissione al passivo fallimentare; prima che si siano verificati tali presupposti, nessuna domanda di pagamento può essere rivolta all'Inps e, pertanto, non può decorrere la prescrizione del diritto del lavoratore nei confronti del fondo di garanzia»; conf. Cass. 19 dicembre 2005, n. 27917, in *Rep. Foro it.*, 2005, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1612; v. altresì Cass. 20 gennaio 2000, n. 623, in *Rep. Foro it.*, 2000, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 2006.

(44) Cass. 22 marzo 2003, n. 4217, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1867; Cass. 13 novembre 2001, n. 14091, in questa *Rivista*, 2002, 627; Cass. 6 novembre 1996, n. 9697, in *Inform. prev.*, 1996, 1396; Cass. 1° settembre 1995, n. 9233, in *Rep. Foro it.*, 1995, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1769; Cass. 9 giugno 1994, n. 5606, in *Mass. Giur. it.*, 1994.

(45) Cass. 15 maggio 2003, n. 7604, in *Notiz. giur. lav.*, 2003, 792; Cass. 5 maggio 2003, n. 6808, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce *Fallimento*, n. 465.

cedenti a supporto della sua tesi, sono in realtà inconferenti allo scopo; ed altrettanto inconferenti, dall'altro lato, si rivelano anche le ulteriori sentenze di legittimità in precedenza indicate, che pur ritenendo indefettibile l'ammissione al passivo del credito del lavoratore, in realtà non hanno tratto da tale premessa la conclusione cui l'Ente previdenziale è pervenuto nelle sue circolari.

Va piuttosto rimarcato che, allorché la Cassazione ha espressamente affrontato lo specifico tema dei rapporti fra chiusura del fallimento ed intervento del Fondo di garanzia, le sue conclusioni sono state differenti da quelle raggiunte dall'ente previdenziale. In due sentenze «gemelle» del 2007 (46), sviluppando uno spunto elaborato proprio da una delle decisioni invocate dall'Inps (47), la Corte regolatrice ha infatti statuito che, ai fini della richiesta di intervento del Fondo di garanzia, il lavoratore deve dimostrare l'avvenuta ammissione al passivo del suo credito, ma ha anche precisato che, ove tale ammissione sia resa impossibile dalla chiusura della procedura per insufficienza dell'attivo, non per questo il lavoratore deve ritenersi definitivamente estromesso dalla possibilità di accedere alle provvidenze del Fondo di garanzia, perché a tal fine egli può sempre procedere preventivamente, ai sensi dell'art. 2, quinto comma L. n. 297/1982, ad esecuzione forzata nei confronti del datore di lavoro tornato *in bonis* con la chiusura del fallimento. Anzi, è proprio tale possibilità che - secondo la Suprema Corte - vale ad escludere ogni dubbio di costituzionalità della normativa in esame in relazione all'art. 38 Cost., dal momento che «rientra nella discrezionalità del legislatore, in tale parte non limitata dalla necessità di dare attuazione della direttiva comunitaria 80/987/CEE, richiedere un presupposto per l'attivazione della garanzia nei confronti dell'insolvenza o dell'insolvibilità del datore di lavoro (quale appunto la partecipazione ad una procedura esecutiva) tale da essere nella piena disponibilità del lavoratore interessato».

Nei suoi interventi più recenti e specifici sul tema in esame, la giurisprudenza della Suprema Corte sembra quindi aver reciso il collegamento necessario tra ricorso allo strumento del Fondo di garanzia e ammissione al passivo del credito di lavoro, attribuendo al dipendente la possibilità di usufruire delle provvidenze del Fondo anche in caso di chiusura del fallimento, dopo aver fatto accertare giudizialmente, in sede ordinaria, i propri crediti e dopo l'infruttuoso esperimento dell'azione esecutiva per la relativa realizzazione; e quindi senza più necessità alcuna, in questi casi, che la procedura fallimentare

debba comunque rimanere aperta per consentire ai dipendenti di veder accertati, in sede concorsuale, i propri crediti (48).

Si può anzi dire che tale indirizzo interpretativo sia in fase di netto consolidamento, perché la Corte regolatrice ne ha da ultimo esteso la portata ai casi in cui il datore di lavoro sia astrattamente assoggettabile a fallimento, ma, in concreto, non possa essere dichiarato fallito, in quanto ha cessato l'attività di impresa da oltre un anno: anche in questa ipotesi - secondo la Suprema Corte - egli deve infatti essere considerato «non soggetto» a fallimento e, conseguentemente, i lavoratori potranno avvalersi dello strumento del Fondo di garanzia alle medesime condizioni previste dall'art. 2, quinto comma L. n. 297/1982 (49).

Sostanzialmente al medesimo risultato erano del resto giunti, nel vigore della legge fallimentare del 1942, anche alcuni giudici di merito, i quali avevano interpretato in senso estensivo ed analogico le disposizioni di cui alle leggi nn. 297/1982 e 80/1992 relative al diritto dei lavoratori di ottenere il pagamento delle loro spettanze dal Fondo di garanzia, nel senso di ritenere assimilabili la fattispecie del datore di lavoro che, per qualsivoglia causa, non sia dichiarato fallito, a quella della chiusura del fallimento del datore di lavoro prima dell'ammissione al passivo (tempestiva o tardiva) dei crediti dei lavoratori; e ne avevano tratto il corollario che, anche allorché il datore di lavoro sia assoggettabile a fallimento, per l'accesso al Fondo non è necessaria la preventiva verifica dei crediti dei lavoratori in sede concorsuale, essendo sufficiente che essi abbiano fatto accertare giudizialmente, in sede ordinaria, i loro crediti ed abbiano infruttuosamente esperito l'azione esecutiva per la realizzazione delle proprie pretese (50).

**Note:**

(46) Cass. 7 giugno 2007, n. 13305, e Cass. 22 maggio 2007, n. 11945, entrambe in *Mass. Giur. it.*, 2007.

(47) Cass. 12 gennaio 2000, n. 294, cit.

(48) V. in proposito App. Roma 14 aprile 2003, cit., e Trib. Reggio Calabria 9 marzo 2007, cit., nelle cui motivazioni si osserva che la Suprema Corte, nella già citata sentenza n. 294/2000, non ha mai affermato che la procedura fallimentare, nella quale il credito del lavoratore dipendente possa eventualmente essere accertato, debba essere mantenuta aperta a tal fine, anche in carenza delle condizioni (presenza di attivo da liquidare) che ne giustificano la permanenza.

(49) Cass. 19 gennaio 2009, n. 1178, inedita; Cass. 27 marzo 2007, n. 7466, in questa *Rivista*, 2007, 842.

(50) Cfr. Trib. Roma 4 aprile 1998, in questa *Rivista*, 1998, 1083; Trib. Roma 22 ottobre 1998, *ivi*, 1999, 456; Trib. Monza 4 gennaio 2001, in *Riv. giur. lav.*, 2002, II, 595; App. Roma 14 aprile 2003, cit.; Trib. Reggio Calabria 9 marzo 2007, cit.

L'orientamento ora riferito si presta certamente ad essere applicato anche nelle fattispecie di insufficiente realizzo ai sensi del nuovo art. 102 l.fall.: come in caso di chiusura del fallimento, anche in questa ipotesi la mancata ammissione del credito al passivo non è infatti addebitabile al lavoratore, il quale può quindi chiedere l'intervento del fondo di garanzia sulla base dei medesimi requisiti (i.e. infruttuoso esito dell'esecuzione forzata) che devono far valere i dipendenti di datori di lavoro non soggetti alle procedure concorsuali, in applicazione analogica di quanto previsto dall'art. 2, quinto comma L. n. 297/1982. Tale impostazione, che trova significative conferme anche in dottrina (51), si lascia senza dubbio preferire, perché consente di apprestare comunque forme alternative di tutela ai crediti dei lavoratori dipendenti, in considerazione della particolare natura degli stessi, senza compromettere le esigenze di celerità e speditezza della procedura concorsuale: esigenze, queste, il cui rispetto comunque si impone, anche a prezzo dell'inevitabile onerosità del percorso che il dipendente deve intraprendere, potendo egli accedere allo strumento del Fondo di garanzia solo dopo aver (inutilmente) esperito l'azione esecutiva contro il datore di lavoro tornato *in bonis* (52).

D'altro canto, le ulteriori soluzioni alternative, prospettate al medesimo scopo di garantire l'intervento del Fondo, prestano il fianco a rilievi critici penetranti e difficilmente superabili. Ciò vale, ad esempio, per la posizione - rimasta isolata - assunta in passato dalla Corte d'Appello di Napoli, che muovendo da una discutibile nozione di attivo fallimentare (in cui sarebbe compreso anche il diritto dei lavoratori ad ottenere le erogazioni del Fondo di garanzia), aveva affermato che, in presenza di un decreto di chiusura del fallimento per mancanza di attivo, pronunciato in pendenza di domande di insinuazione tardiva di crediti di lavoro, i dipendenti fossero comunque legittimati a chiedere addirittura la nullità del decreto di chiusura, al fine di presentare, una volta riaperta la procedura ed essere stati ammessi al passivo, domanda nei confronti dell'Inps (53). Ed ancora meno percorribile appare la proposta, avanzata negli ambienti forensi più vicini all'Inps, secondo cui, nonostante la pronuncia del decreto di non luogo a procedere ai sensi dell'art. 102 l.fall., si dovrebbe comunque redigere un progetto di stato passivo *ad hoc*, dedicato cioè alla verifica dei soli crediti di lavoro: si tratta infatti, visibilmente, di ortopedia interpretativa operata sulla chiara lettera dell'art. 102 l.fall., la quale non pone invece alcuna condizione all'adozione del decreto

di non luogo a procedere, ulteriore o diversa dalla previsione di insufficiente realizzo.

In attesa di un auspicabile ripensamento dell'Inps sulla delicata questione (54), o di un (per ora improbabile) intervento legislativo sul punto, in una prospettiva *de jure condito* appare così ulteriormente confermata l'utilizzabilità della tesi già formulata nel vigore della legge fallimentare del 1942, secondo cui la chiusura del fallimento - ed oggi anche l'arresto del procedimento di verifica dei crediti - non trovano ostacolo nella presenza di domande di insinuazione di crediti dei dipendenti, i quali possono pur sempre ottenere il pagamento del Fondo di garanzia previa esecuzione forzata nei confronti del datore di lavoro tornato *in bonis*.

---

#### Note:

(51) V. fra gli altri A. Caiafa, *L'accertamento del passivo*, cit., 365, per il quale «una più attenta lettura dell'art. 2 della l. n. 297/1982» autorizza a concludere che, nel caso del datore di lavoro non soggetto alle disposizioni della legge fallimentare, e dunque anche nell'ipotesi di insufficiente realizzo, ai fini dell'accoglimento della domanda il lavoratore è onerato di dimostrare che, a seguito dell'esperimento dell'esecuzione forzata, le garanzie patrimoniali siano risultate in tutto od in parte insufficienti, «sicché non si vede la ragione per la quale il Fondo non dovrebbe intervenire»; nel medesimo ordine di idee v. anche F. Commisso, *La chiusura del fallimento in pendenza di insinuazioni tardive di credito*, in questa *Rivista*, 2007, 1370, e M. Montanari, *Sub art. 102*, cit., 1560, il quale osserva che la superfluità della previa ammissione al passivo del credito di lavoro, ai fini del diritto all'intervento del Fondo di garanzia, trova conferma nel fatto che tale diritto è riconosciuto anche a favore dei dipendenti dell'imprenditore ammesso a concordato preventivo, ove una fase di verifica dei crediti non esiste.

(52) Il rilievo è di M. Vacchiano, *Il procedimento di accertamento del passivo modificato dal correttivo*, in *Fall. e crisi d'impr.*, 2008, fasc. 2, 114.

(53) App. Napoli 19 gennaio 1999, in *Dir. fall.*, 1999, II, 812, e App. Napoli 19 dicembre 2000, in *Giur. comm.*, 2002, II, 450.

(54) Sollecitano una modifica della prassi e della regolamentazione interna dell'Inps sulla questione M. Vitiello, *Lo stato passivo*, cit., 184, e B. Bompieri, G. Iannaccone, *L'accertamento del passivo*, in *Le procedure concorsuali*, a cura di P.G. Demarchi, C. Giacomazzi, Milano, 2008, 200.