



Numero 3 / 2026

Giuseppe LUDOVICO

**L'accesso al Fondo di Garanzia
tra rigore ed effettività della tutela**

L'accesso al Fondo di Garanzia tra rigore ed effettività della tutela¹

Giuseppe LUDOVICO

Professore associato di Diritto del lavoro nell'Università degli Studi di Milano

Sommario: 1. Il difficile contemperamento tra selettività ed effettività delle tutele previdenziali. – 2. I requisiti di accesso al Fondo di Garanzia nella interpretazione dei giudici di legittimità. – 3. Le ragioni interpretative e sistematiche per una diversa lettura più favorevole al lavoratore.

1. Il difficile contemperamento tra selettività ed effettività delle tutele previdenziali

La disciplina del Fondo di Garanzia gestito dall'INPS di cui all'art. 2 della legge 29 maggio 1982, n. 297, non è affatto estranea, al pari di qualunque altra tutela previdenziale, all'esigenza di contemperare contrapposte esigenze parimenti meritevoli di considerazione: da un lato, quella di garantire l'effettività della tutela evitando di onerare il lavoratore di adempimenti inutilmente dispendiosi che, in ragione della sottostante situazione di bisogno, pregiudicherebbero irrimediabilmente la finalità stessa della tutela; dall'altro, la non meno rilevante necessità di prevenire ed evitare condotte strumentali o possibili frodi che si tradurrebbero in un danno a carico della stessa tutela.

Il bilanciamento tra queste due esigenze può essere talvolta di difficile definizione come dimostra la particolare fattispecie che sarà esaminata nel prosieguo di queste riflessioni, riguardante l'accesso al Fondo di Garanzia dei lavoratori dipendenti da un datore di lavoro fallito – e ora dopo il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza di cui al d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 (CCII) sottoposto a liquidazione giudiziale – allorché il tribunale abbia decretato di non procedersi all'accertamento dello stato passivo nella previsione di insufficiente realizzo e, cioè, ai sensi dell'art. 209 del medesimo decreto², qualora risulti «che non può essere acquisito attivo da distribuire ad alcuno dei creditori che abbiano chiesto l'ammissione al passivo»³.

Occorre anzitutto premettere che il sistema previdenziale è continuamente soggetto ad operazioni di contemperamento di questa natura che, come tutte le operazioni di bilanciamento tra interessi contrapposti, devono essere risolte evitando che una esigenza possa nettamente prevalere sull'altra, giacché diversamente non si tratterebbe più di contemperamento ma del

¹ * Il contributo ripropone con l'aggiunta delle note bibliografiche il testo dell'intervento svolto al convegno “*Il trattamento di fine rapporto e il fondo di garanzia: contrasti interpretativi e prospettive di tutela dei lavoratori*”, tenutosi a Roma il 26 marzo 2026.

² Che ripropone in maniera pressoché identico la formulazione dell'art. 102 Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267 (L. fall.) introdotte dal d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, come modificate dal d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169 e dal d.l. 18 ottobre 2012, n. 179.

³ Sul punto, in generale, A. MOTTO, *La previsione di insufficiente realizzo*, in *Il diritto della crisi*, 16 Settembre 2024; S. MENCHINI, A. MOTTO, *L'accertamento del passivo e dei diritti di terzi sui beni compresi nella liquidazione giudiziale nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Giustizia Civile*, 2022, p. 415 ss.; G. IMPAGNATIELLO, *L'accertamento del passivo nella liquidazione giudiziale*, in G. TRISORIO LIUZZI (a cura di), *Diritto della crisi d'impresa*, Cacucci, Bari, 2023, p. 485 ss.,

sacrificio della effettività della tutela in nome della contrapposta esigenza di evitare l'accesso alla tutela da parte di soggetti privi dei relativi requisiti.

Un esempio piuttosto significativo e non privo di importanti riflessi per la questione in esame in considerazione del bilanciamento operato dal giudice costituzionale è quello riguardante le condizioni di esercizio del diritto del lavoratore alla costituzione della rendita vitalizia in ipotesi di omesso versamento della contribuzione e intervenuta maturazione della prescrizione, precludendo al lavoratore l'originaria formulazione dell'art. 13 della legge 12 agosto 1962, n. 1338 la possibilità di provare con mezzi ulteriori e diversi rispetto ai «documenti di data certa» l'effettiva esistenza del rapporto di lavoro, la sua durata e la misura della retribuzione corrisposta al lavoratore⁴.

Con la sentenza n. 568 del 22 dicembre 1989⁵ la Corte Costituzionale ha dichiarato la parziale illegittimità della norma nella parte in cui, salva la necessità della prova scritta sull'esistenza del rapporto di lavoro con onore a carico del lavoratore, non consente di provare altrimenti la durata del rapporto stesso e l'ammontare della retribuzione.

Ai presenti fini la parte più interessante della motivazione della sentenza riguarda, per l'appunto, «il necessario temperamento degli interessi in gioco e cioè quello del lavoratore al riconoscimento del diritto alla rendita vitalizia e quello dell'INPS di limitarlo ai casi di esistenza certa e non fittizia del rapporto di lavoro, onde evitare le possibili frodi che, poi, in definitiva, si riversano a danno dello Stato»⁶.

In quella decisione il giudice delle leggi aveva affermato che «secondo logica e ragionevolezza, deve anche ritenersi che la disposizione in esame debba trovare effettiva applicazione, dovendosi escludere che il legislatore da un verso abbia previsto la possibilità del riconoscimento del diritto del lavoratore alla rendita vitalizia e dall'altro abbia voluto rendere la relativa prova talmente difficoltosa da escludere detto riconoscimento o quanto meno da farlo diventare inattuabile»⁷.

Questo intervento del giudice costituzionale, per quanto apparentemente estraneo alla questione in esame, appare invece di evidente utilità nella misura in cui dimostra come l'esigenza di evitare comportamenti opportunistici – o, peggio, vere e proprie frodi – non possa andare a detrimento della necessità di evitare che l'eccessivo rigore dell'accertamento dei presupposti di accesso alla tutela possa tradursi nella negazione della tutela stessa.

2. I requisiti di accesso al Fondo di Garanzia nella interpretazione dei giudici di legittimità

La questione riguardante l'accesso al Fondo di Garanzia in caso di mancata ripartizione del passivo per incapienza dell'attivo pone il medesimo problema di temperamento tra esigenze contrapposte che, diversamente da quanto predicato dal giudice costituzionale in materia di costituzione della rendita vitalizia, ha visto finora prevalere un orientamento di legittimità piuttosto rigoroso che, come si vedrà, rischia di pregiudicare non solo la funzione della tutela del lavoratore contro l'insolvenza del datore di lavoro in violazione dell'art. 38 Cost. ma anche la conformità della disciplina nazionale di cui all'art. 2 della legge n. 297 del 1982 alla Direttiva 80/987/CEE del 20 ottobre 1980, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati

⁴ Sulla relativa disciplina nel più ampio quadro delle tutele del lavoratore dalle conseguenze dell'omissione contributiva v. GAROFALO D., *Prescrizione dei contributi e tutele alternative: art. 2116, comma 2, cod. civ. versus art. 13, l. n. 1338/1962*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2025, p. 973 ss.

⁵ in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 1990, II, p. 303 ss., con nota di V. POSO.

⁶ Corte cost. 22 dicembre 1989, n. 568, *cit.*, par. 2.1 della motivazione.

⁷ Corte cost. 22 dicembre 1989, n. 568, *cit.*, par. 2.1 della motivazione.

Membri relative alla tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro, così come interpretata dalla Corte di Giustizia, ponendosi la direttiva l'obiettivo di «tutelare i lavoratori subordinati in caso d'insolvenza del datore di lavoro e per assicurare loro un minimo di tutela, in particolare per garantire loro il pagamento dei diritti non pagati tenendo conto della necessità di un equilibrato sviluppo economico e sociale nella Comunità» (primo considerando). I giudici di legittimità hanno finora ritenuto con orientamento costante ed univoco che, in caso di anticipata chiusura della procedura senza verifica dello stato passivo per insufficienza dell'attivo e successiva cancellazione della società dal registro delle imprese con incapacienza del bilancio finale di liquidazione, il lavoratore sia comunque tenuto a precostituirsi un titolo esecutivo di formazione giudiziale in quanto presupposto letteralmente e logicamente necessario dell'accesso al Fondo di Garanzia, posto che l'accertamento giurisdizionale del credito ovvero la sua consacrazione in un titolo esecutivo conseguito nei confronti del datore di lavoro, lungi dal costituire un onere inutile e inutilmente dispendioso, costituisce 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 sul TFR maturato in costanza di rapporto di lavoro»⁸. Ciò significa che il previo accertamento del credito mediante titolo giudiziale deve essere conseguito nei confronti del legittimo contraddittore e non, *incidenter tantum*, nei confronti dell'ente previdenziale in quanto carente di ogni legittimazione a contestare le pretese inerenti al rapporto di lavoro⁹.

Né, secondo l'orientamento in questione, la formazione del titolo esecutivo giudiziale sarebbe preclusa dall'estinzione della società, dal momento che i soci sono destinati a succedere nei rapporti debitori della società cancellata e non definiti all'esito della liquidazione, mentre il riparto effettuato sulla base del bilancio finale di liquidazione non costituisce una condizione per la successione, che si verifica in ogni caso, sicché l'eventuale infruttuosità dell'azione non si riverbera sulla legittimazione passiva del socio e non esclude l'interesse ad agire del creditore¹⁰ che permane intatto allorché sia necessario – come nel caso di specie – ottenere l'accertamento della pretesa nel contraddittorio con il datore di lavoro¹¹. Ne consegue che, ove datrice di lavoro sia una società cancellata dal registro delle imprese, l'accertamento giudiziale dell'esistenza e della misura del credito prima della richiesta di intervento del Fondo di Garanzia dovrà essere esperito nei confronti dei soci in quanto successori della società e, come tali, dotati della legittimazione passiva, a prescindere dall'effettiva riscossione di somme in base al bilancio di liquidazione della società¹².

⁸ Cass. civ. sez. lav., 4 maggio 2026, n. 12544; Cass., sez. lav., 29 aprile 2026, n. 11851; Cass. civ. sez. lav., 14 febbraio 2026, n. 3295; Cass. civ. sez. lav., 14 febbraio 2026, n. 3330, e Cass. civ. sez. lav., 14 febbraio 2026, n. 3333, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2026, n. 5, p. 520-521, con mia nota di commento; Cass. civ. sez. lav., 10 luglio 2025, n. 18970; Cass. civ. sez. lav., 18 febbraio 2025, n. 4262; Cass. civ. sez. lav., 31 gennaio 2025, n. 2397; Cass. civ. sez. lav., 28 gennaio 2025, n. 1934; Cass. civ. sez. lav., 27 gennaio 2025, n. 1864 e Cass. civ. sez. lav., 27 gennaio 2025, n. 1870, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2025, n. 4, p. 410-411; Cass. civ. sez. lav., 18 novembre 2022, n. 34031, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2023, n. 2, p. 199-200, con mia nota di commento; Cass. civ. sez. lav., 28 gennaio 2020, n. 1886, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2020, n. 4, p. 415-416, con mia nota di commento; Cass. civ. sez. lav., 5 aprile 2019, n. 9670, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2019, n. 7, p. 737-738, con mia nota di commento; Cass. civ. sez. lav., 22 maggio 2007, 11945, in *Guida al Diritto*, 2007, n. 28, p. 49; Cass. civ. sez. lav., 7 giugno 2007, n. 13305.

⁹ Cass. civ. sez. lav., 4 maggio 2026, n. 12544; Cass. civ. sez. lav., 21 aprile 2026, n. 10621; Cass., sez. lav., 27 gennaio 2025, n. 1864; Cass. civ. sez. lav., 6 aprile 2026, n. 8569 e n. 8568; Cass. civ. sez. lav., 2 aprile 2026, n. 8275 e n. 8264.

¹⁰ L'orientamento in questione si richiama relativamente agli effetti dell'estinzione della società per cancellazione dal registro delle imprese ai principi affermati da Cass. civ. sez. un., 12 marzo 2013, n. 6070, in *Foro Italiano*, 2014, I, c. 228, con nota di A. PROTO PISANI; Cass. civ. sez. un., 12 marzo 2013, n. 6071, in *Giustizia Civile*, 2013, I, p. 2461.

¹¹ In questo senso la giurisprudenza citata alla nota n. 7.

¹² Questo orientamento è stato recepito dal Messaggio INPS n. 3854 del 24 ottobre 2019.

Il ragionamento dei giudici di legittimità muove dal presupposto che l'accoglimento della domanda del lavoratore volta ad ottenere l'intervento del Fondo di Garanzia del trattamento di fine rapporto in caso di insolvenza del datore di lavoro presuppone il perfezionarsi di tutti di requisiti previsti dalla legge che richiedono il preventivo accertamento della sussistenza e della misura del credito sulla base della quale è modulata la prestazione erogata dal Fondo stesso. Quest'ultima, avendo pacificamente natura previdenziale e non retributiva¹³ in quanto oggetto di un ulteriore e distinto rapporto rispetto a quello lavoristico¹⁴, è così connessa a fatti costitutivi differenti rispetto a quelli che riguardano l'adempimento dell'obbligazione retributiva, dovendo la modulazione dell'onere di agire *in executivis* nei confronti del datore di lavoro essere conformata all'ordinaria diligenza¹⁵, mentre l'aleatorietà delle azioni esecutive riguarda semmai un *posterius* rispetto al requisito pregiudiziale costituito dalla sussistenza di un titolo giudiziale di accertamento del credito¹⁶.

Per quanto formalisticamente suggestivo, il ragionamento presta il fianco, tuttavia, ad una serie di rilievi critici a partire dal fatto che il lavoratore non può essere considerato un creditore qualsiasi, tenuto conto della rilevanza costituzionale del credito in questione che risulta protetto non soltanto nell'ambito del rapporto contrattuale ai sensi dell'art. 36 Cost. ma diventa oggetto di ulteriore e specifica garanzia di effettività in caso di insolvenza del datore di lavoro ai sensi dell'art. 38 Cost. e della direttiva n. 80/987/CEE¹⁷.

È chiaro da queste primi rilievi come le argomentazioni dedotte dalle regole generali in materia di accertamento dei crediti in caso di estinzione della società o di mancata verifica del passivo debbano fare i conti – come rilevato su altra questione dal giudice costituzionale – con la necessità di non rendere l'accesso alla tutela previdenziale contro l'insolvenza talmente difficoltoso da rendere il relativo diritto sostanzialmente ineffettivo.

3. Le ragioni interpretative e sistematiche per una diversa lettura più favorevole al lavoratore

¹³ Così pacificamente Cass. civ. sez. lav., 23 marzo 2023, n. 8406, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2023, n. 6, p. 633-634, con mia nota di commento; Cass. civ. sez. lav., 21 gennaio 2022, n. 1861, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2022, n. 4, p. 428-429, con mia nota di commento; Cass. civ. sez. lav. 25 agosto 2020 n. 17643, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2017, n. 1, p. 95-96, con mia nota di commento; Cass. civ. sez. lav., 29 luglio 2020, n.16249, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2021, n. 1, p. 91; Cass. civ. sez. lav., 17 ottobre 2018, n. 26021, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2019, n. 1, p. 92, con mia nota di commento; Cass. civ. sez. lav., 13 ottobre 2015, n. 20547 e 20548; Cass. civ. sez. lav. 9 giugno 2014, n. 12971.

¹⁴ Sulla terzietà dell'ente previdenziale rispetto al rapporto di lavoro v. Cass. civ. sez. lav., 3 settembre 2024, n. 23562; Cass. civ. sez. lav., 19 luglio 2018, n. 19277. È altresì ricorrente in giurisprudenza l'affermazione secondo cui la definitività dello stato passivo, pur impedendo all'INPS di «opporre eccezioni derivanti da ragioni interne al rapporto di lavoro che mirino a contestare esistenza ed entità dei crediti» del lavoratore (Cass. civ. sez. lav., 19 luglio 2018, n. 19277), non preclude all'ente previdenziale di contestare i presupposti d'intervento del fondo e gli elementi costitutivi della propria obbligazione previdenziale, posto che le risultanze dello stato passivo «sono inopponibili all'INPS in ordine agli elementi soggettivi e oggettivi al cui ricorrere scatti l'obbligo di tutela assicurativa interna alla stessa autonoma fattispecie previdenziale» (Cass. civ. sez. lav. 8 gennaio 2025, n. 327; Cass. civ. sez. lav. 31 gennaio 2025, n. 2292; Cass. civ. sez. lav. 2 settembre 2024, n. 23467; Cass. civ. sez. lav. 27 dicembre 2022, n. 37789, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2023, n. 3, p. 322-323, con mia nota di commento; Cass. civ. sez. VI, 6 dicembre 2021, n. 38696; Cass. civ. sez. VI, 28 novembre 2019, n. 31128; Cass. civ. sez. lav., 28 novembre 2018, n. 30804; Cass. civ. sez. lav., 14 novembre 2018, n. 29363; Cass. civ. sez. lav., 19 luglio 2018, n. 19277).

¹⁵ Cass. civ. sez. lav., 14 febbraio 2026, n. 3295, Cass. civ. sez. lav., 14 febbraio 2026, n. 3330, e Cass. civ. sez. lav., 14 febbraio 2026, n. 3333, *cit.*; Cass. civ. sez. lav., 22 novembre 2022, n. 34358; Cass. civ. sez. lav., 7 luglio 2020, n. 14020.

¹⁶ Cass. civ. sez. lav., 4 maggio 2026, n. 12544; Cass. civ. sez. lav., 14 febbraio 2026, n. 3295, Cass. civ. sez. lav., 14 febbraio 2026, n. 3330, e Cass. civ. sez. lav., 14 febbraio 2026, n. 3333, *cit.*; Cass. civ. sez. lav. 4 aprile 2023, n. 9284.

¹⁷ Cfr. A. CAIAFA, *Il trattamento di fine rapporto e dei crediti di lavoro negli strumenti di regolazione della crisi e insolvenza*, in *Lavoro Diritti Europa*, LDE, n. 2/2026, p. 21 ss.

Oltre ai suddetti rilievi sul piano costituzionale, sussistono ulteriori argomentazioni derivanti specificamente dalla legge n. 297 del 1982 che depongono in senso contrario all'orientamento finora seguito dai giudici di legittimità.

L'art. 2, della legge n. 297 del 1982 contempla – come noto – due distinte fattispecie disciplinate rispettivamente dai commi 2 e 5: mentre il primo si riferisce ai dipendenti di datori di lavoro soggetti a liquidazione giudiziale o concordato preventivo liquidatorio richiedendo l'accertamento del credito mediante gli strumenti della procedura concorsuale (comma 2); la seconda riguarda i dipendenti di datori di lavoro non soggetti a dette procedure, condizionando l'intervento del Fondo di Garanzia all'insufficienza delle garanzie patrimoniali del datore di lavoro accertata mediante esperimento dell'esecuzione forzata con obbligo di pagamento del fondo «ove non sussista contestazione in materia» (comma 5).

Quest'ultima norma, derogando *in melius* alla direttiva n. 80/987/CEE¹⁸, ha esteso l'intervento del Fondo di Garanzia all'imprenditore non assoggettato al fallimento ma la giurisprudenza di legittimità è solita ricondurre a tale previsione anche le ipotesi in cui il datore di lavoro, pur astrattamente assoggettabile a fallimento, non sia in concreto fallibile vuoi per le sue condizioni soggettive, vuoi per ragioni ostative di carattere oggettivo, come nel caso di chiusura del fallimento per insufficienza dell'attivo¹⁹.

Occorre altresì rilevare come dinanzi al suddetto indirizzo interpretativo lo stesso INPS abbia mutato il proprio orientamento²⁰, ritenendo, onde evitare che in assenza dell'accertamento del passivo i lavoratori possano rimanere «“di fatto” privi della tutela apprestata dal Fondo di garanzia», che nella definizione comunitaria di “datore di lavoro insolvente” debba rientrare anche la previsione di insufficiente realizzo di cui all'art. 102 della legge fallimentare (e ora art. 209 CCII), con la conseguenza che in queste ipotesi l'intervento del Fondo di Garanzia rimane condizionato all'accertamento del credito ai sensi dell'art. 2, comma 5, della legge n. 297 del 1982 ovvero alla presentazione del documento originale del titolo esecutivo (decreto ingiuntivo o sentenza) con il quale il credito di lavoro era stato riconosciuto nonché copia autentica del verbale di pignoramento negativo²¹.

Questa soluzione si era resa necessaria per il fatto che dopo la riforma del 2006 e ora con il CCII l'accertamento dello stato passivo del comma 2 è solo eventuale, sicché la giurisprudenza e lo stesso istituto previdenziale hanno dovuto assimilare interpretativamente la fattispecie del comma 2 a quella del comma 5 onde evitare in questi casi una irragionevole esclusione dalla tutela.

Sennonché, la soluzione accolta dall'istituto previdenziale non si avvede del fatto che, ove ai sensi dell'art. 118, comma 2, della legge fallimentare e ora dell'art. 233, comma 2, CCII, sia stata disposta la cancellazione della società dal registro delle imprese a seguito della chiusura della procedura per insufficienza dell'attivo, il lavoratore non potrà ottenere alcun titolo esecutivo

¹⁸ Sul punto Corte Cost. 16 dicembre 1998, n. 409, in *Giust. civ.* 1999, I, p. 957, per la quale «è evidente che la scelta di tutelare, per il futuro, pure i crediti dei lavoratori dipendenti da datori di lavoro non assoggettabili a procedura concorsuale non deriva da vincoli comunitari, ma è imputabile unicamente alla mera discrezionalità del legislatore italiano».

¹⁹ È quanto affermato da Cass. civ. sez. lav., 4 luglio 2014, n. 15369, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2014, n. 11, 1027-1028, con mia nota di commento; Cass. 29 maggio 2012, in *Foro Italiano*, 2012, I, c. 2059; Cass. civ. sez. lav. 1° aprile 2011, n. 7585, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2011, n. 6, p. 631, con mia nota di commento; Cass. civ. sez. lav. 29 luglio 2010, n. 17740, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2010, n. 10, p. 1048, con mia nota di commento; Cass. 1° luglio 2010, n. 15662; Cass. civ. sez. lav. 22 luglio 2010, n. 17227, in *Guida al Diritto*, 2010, n. 46, p. 86; Cass. civ. sez. lav. 19 gennaio 2009, n. 1178, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2009, II, p. 831 ss, con nota di L. D'ARCANGELO, *Datore di lavoro non fallibile e accesso al fondo di garanzia*; Cass. civ. sez. lav., 27 marzo 2007, n. 7466, in *Fallimento*, 2007, 7, p. 842.

²⁰ Circ. INPS n. 70 del 26 luglio 2023, §6.1, che sul punto ha confermato quanto stabilito dalla circ. INPS n. 32 del 4 marzo 2010, §3, che aveva superato le istruzioni previste dalla circ. n. 74 del 15 luglio 2008.

²¹ Circ. INPS n. 32 del 4 marzo 2010, §3.

giudiziale di accertamento del credito, né tantomeno procedere ad azioni esecutive nei confronti del datore di lavoro ormai estinto, restando così precluso in questi casi l'accesso alla tutela, salvo che il lavoratore abbia ottenuto il titolo giudiziale di accertamento del credito prima dell'apertura della procedura²².

La domanda che occorre allora porsi, è se sia ragionevole, nell'ottica della necessaria effettività della tutela e nei limiti dell'ordinaria diligenza, che in questi casi il lavoratore sia tenuto ad agire – in via autonoma e non *incidenter tantum* nella controversia promossa nei confronti dell'istituto previdenziale – nei confronti dei singoli soci al fine di preconstituirsì un titolo giudiziale di accertamento del credito anche ove il bilancio finale di liquidazione della società sia risultato incapiente, tenuto conto dei normali tempi processuali e della situazione di bisogno nella quale versa il lavoratore che richiederebbe invece un pronto e immediato intervento della tutela previdenziale.

È interessante notare come rispetto alla fattispecie del comma 5 la giurisprudenza abbia affermato che il lavoratore è tenuto ad esperire un serio tentativo di esecuzione forzata e, qualora si prospetti la possibilità di ulteriori forme di esecuzione, ad eseguire quelle che, secondo l'ordinaria diligenza, si prospettino fruttuose, escludendosi invece quelle che appaiano infruttuose o aleatorie o che palesino costi superiori ai benefici²³.

La regola fondamentale allora non è di per sé lo strumento utilizzato ma l'ordinaria diligenza del creditore²⁴, sicché l'accertamento dell'incapienza e l'anticipata chiusura della procedura per insufficienza dell'attivo dovrebbero già costituire strumenti idonei, secondo l'ordinaria diligenza, a dimostrare il requisito sostanziale della insufficienza delle garanzie patrimoniali del datore di lavoro, e allo stesso modo allora dovrebbe ragionarsi con riguardo all'accertamento della misura del credito ove il presupposto del titolo esecutivo giudiziale risulti inutilmente dispendioso sul piano dell'ordinaria diligenza e possa pregiudicare l'accesso del lavoratore alla tutela apprestata dal Fondo di Garanzia²⁵.

Diversamente – ed è qui l'irrazionalità della tesi contraria – il lavoratore dipendente di un datore di lavoro fallito senza ripartizione dell'attivo si troverebbe a dover esperire maggiori e talvolta insuperabili adempimenti procedurali rispetto al lavoratore dipendente di un datore di lavoro per il quale il procedimento non si è chiuso anticipatamente per insufficienza dell'attivo.

Una ulteriore riprova di quanto finora sostenuto riguarda proprio l'ipotesi di cancellazione dal registro delle imprese per insufficienza dell'attivo di società di capitali. In questa ipotesi, tenuto conto che «il lavoratore non può più agire giudizialmente contro il datore di lavoro società di capitali, perché questi non esiste più quale soggetto giuridico dopo la cancellazione dal registro delle imprese», l'INPS ha ammesso, onde evitare una esclusione incompatibile con la disciplina comunitaria, che il Fondo di Garanzia debba intervenire «anche in assenza di accertamento giudiziale del credito»²⁶. Di conseguenza, l'accertamento del credito in questi casi non sarà svolto

²² A. CAIAFA, *op. cit.*, p. 10-11.

²³ Cass. civ. sez. lav., 5 aprile 2019, n. 9670, cit.; Cass. civ. sez. lav., 5 settembre 2016, n. 17593, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2017, n. 1, 96-97, con mia nota di commento; Cass. civ. sez. lav., 17 aprile 2007, n. 9108, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2007, p. 1247, con mia nota di commento; Cass. civ. sez. lav., 29 luglio 2004, n. 14447.

²⁴ I giudici di cassazione sono soliti distinguere la questione attinente alla diligenza del creditore con quella relativa all'accertamento del credito mediante titolo giudiziale: Cass. civ. sez. lav., 4 maggio 2026, n. 12544; Cass. civ. sez. lav., 7 luglio 2020, n. 14020; Cass., sez. lav., 28 gennaio 2020, n. 1886.

²⁵ L. TRIA, *op. cit.*, p. 13.

²⁶ Così Messaggio INPS del 14 aprile 2017, n. 1646. Vedi anche il messaggio n. 4302 del 24 giugno 2015 che per le società a responsabilità limitata o per azioni ammetteva quale prova dell'esistenza del credito la produzione dell'originale del titolo esecutivo e nell'esemplificazione dei titoli esecutivi si riferiva alla diffida accertativa quale atto che, con provvedimento del

in via giudiziale ma sarà compiuto «in via eccezionale» attraverso i documenti allegati all'istanza di ammissione al passivo, le informazioni presenti nella banca dati UniEmens inviati dal datore di lavoro, e ove disponibili, le dichiarazioni presentate all'Agenzia delle Entrate²⁷. Dinanzi al rischio dell'irragionevole esclusione dall'accesso alla tutela previdenziale, l'istituto si è visto costretto, pertanto, ad ammettere, seppure «in via eccezionale», l'accertamento extragiudiziale del credito retributivo.

D'altra parte, la Direttiva non richiede alcun titolo esecutivo giudiziale limitandosi a garantire i crediti che derivano dal rapporto di lavoro, fermo restando l'obbligo dei legislatori nazionali di non pregiudicare la finalità di garanzia della stessa direttiva. Il che evidentemente spiega anche le ragioni per cui una indicazione di questo tipo non si rinviene neppure nella legge n. 297 del 1982, che all'art. 2, comma 5, si limita a richiedere un titolo esecutivo non necessariamente di origine giudiziale e ciò evidentemente onde evitare di porsi in conflitto con la normativa sovranazionale, posto che, imponendo un requisito talvolta difficilmente realizzabile, avrebbe irrimediabilmente frustrato le finalità di tutela della garanzia contro l'insolvenza²⁸.

È altrettanto evidente come anche da questo versante il rischio maggiore sia quello di generare una disparità di condizioni di accesso alla tutela tra i lavoratori che ricadono nella fattispecie del comma 2 e quelli che incolpevolmente ricadono nella fattispecie del comma 5, onerando questi ultimi di un accertamento giudiziale anche ove il credito non sia oggetto di contestazione né da parte del datore di lavoro né da parte dell'INPS, e, ancora, tra i lavoratori dipendenti da società di capitali e gli altri lavoratori che non possono fruire della possibilità ammessa in via eccezionale dallo stesso istituto previdenziale.

Anche da questo versante è forte l'impressione di una surrettizia confusione tra lo strumento e il fine, elevando l'accertamento giudiziale dell'esistenza e della misura del credito a requisito costitutivo del diritto quando quest'ultimo è condizionato soltanto alla dimostrazione – non necessariamente per via giudiziale – della sussistenza del credito. Tanto più che, trattandosi di prestazioni previdenziali, i fatti costitutivi del diritto – e cioè la sussistenza e l'ammontare del credito – dovrebbero essere ordinariamente dimostrabili per via amministrativa e solo in caso di contestazione per via giudiziale²⁹.

Nell'interpretazione accolta dai giudici di legittimità e recepita dall'ente previdenziale (ad eccezione dell'ipotesi delle società di capitali), si invertono invece i termini procedurali di accesso alle prestazioni previdenziali, imponendo al lavoratore che si trovi in stato di bisogno a causa del mancato adempimento del credito retributivo, un'autonoma procedura giudiziale di accertamento del credito che sarebbe facilmente comprovabile secondo le ordinarie procedure amministrative o comunque incidentalmente verificabile nel giudizio relativo alla domanda di intervento del Fondo di Garanzia³⁰.

Occorre altresì considerare che per orientamento consolidato l'oggetto del diritto del lavoratore è l'erogazione di una prestazione previdenziale che – come gli stessi giudici di legittimità non mancano di ricordare³¹ – ha natura autonoma rispetto al diritto di credito vantato nei confronti

Direttore della Direzione del Lavoro, acquista valore di accertamento tecnico con efficacia di titolo esecutivo (cfr. art. 12 del d.lgs. n. 124/2004).

²⁷ Sul punto v. P. BONETTI, F. SCAINI, *Rapporti di lavoro nel codice della crisi*, Ipsoa, Milano, 2022, p. 416.

²⁸ Trib. Catanzaro, 21 ottobre 2019, in *Rivista di Diritto della Sicurezza Sociale*, 2017, p. 171 ss., con nota di C. FABBRIZIO, *Si ampliano le possibilità di accesso alle prestazioni del Fondo di garanzia per il trattamento di fine rapporto*.

²⁹ Trib. Catanzaro, 21 ottobre 2019, cit.

³⁰ L. TRIA, *Il fondo di garanzia del TFR e dei crediti di lavoro: un istituto da maneggiare con cura*, in *Lavoro Diritti Europa*, LDE, n. 2/2026, p. 16.

³¹ Vedi la giurisprudenza citata alla nota 11.

del datore di lavoro, dovendosi così ritenere che l'accertamento del credito è soltanto un presupposto di fatto del diritto previdenziale dell'assicurato e, come tale, verificabile – come per tutte le altre prestazioni previdenziali – in via amministrativa, rappresentando la via giudiziale soltanto lo strumento sussidiario attivabile in caso di contestazione di quei presupposti da parte dell'ente previdenziale.

In conclusione, la questione dell'accertamento giudiziale della esistenza e misura del credito sono tutte riconducibili ad un duplice errore di prospettiva: da un lato, lo strumento che diventa fine, mentre l'unico presupposto della tutela è l'insolvenza del datore di lavoro; dall'altro, l'esigenza, pur condivisibile, di evitare condotte fraudolente e strumentali che, però, nella interpretazione dei giudici di legittimità e in contrasto con quanto predicato dal giudice costituzionale, non diventa oggetto di bilanciamento ma di netta prevalenza sull'esigenza non meno rilevante di protezione del lavoratore, arrivando in questo modo a pregiudicarne o addirittura a negarne il diritto alla tutela previdenziale.