

IL *DIES A QUO* NEL COMPUTO DEL PRIVILEGIO SEMESTRALE
EX ART. 2751 N. 4 C.C.(*)

Negli ultimi anni a cavallo del periodo '40-'50 non c'è stata e non c'è sede giudiziaria che a causa del moltiplicarsi delle procedure fallimentari non si sia posta il problema della datazione del semestre di retribuzioni privilegiate a norma dell'art. 2751 n. 4 c.c.

Purtroppo, e la dottrina più recente di carattere innovatrice, lo ha avvertito, le decisioni che si sono avute non sono state sempre delle più felici. Basta vedere la sentenza della Corte d'Appello di Milano, 11 aprile 1950, Pres. Tommasi estensore Gabrielli.

Anzi talvolta si è perfino caduti nell'eccesso di coinvolgere le medesime indennità di licenziamento, che il chiaro dettato della legge non consentiva neppure di porre in discussione.

Esemplare è stata al riguardo la sentenza del Tribunale di Milano, 27 giugno 1949 in causa Cormio c. Fall.to Zappacosta.

Pregevoli note come quelle del Barbero, che ci trova in tutto concordi, pubblicata in *Foro padano*, fasc. maggio 1950, parte I, pp. 501 ss. e del DEL MARTELLO, in *Riv. diritto fallimentare*, fasc. n. 3, 1950 hanno toccato il punto dolente della questione. Ma la giurisprudenza a distanza di due anni da siffatte pubblicazioni va avanti per la propria strada e si potrebbe al riguardo raccogliere una sconcertante statistica. Quali siano i pregiudizi e di quale mole non si può neppure immaginare.

1. - Il quesito che si agita è in sintesi questo.

L'art. 2751 n. 4 c.c. recita: «Hanno privilegio generale sui mobili e nell'ordine che segue i crediti riguardanti:... n. 4) le retribuzioni dovute sotto qualsiasi forma ai prestatori di lavoro subordinato *per gli ultimi sei mesi* e tutte le indennità dovute per effetto della cessazione del rapporto di lavoro».

Queste ultime non riguardano il nostro caso. Sulla precedente ipotesi normativa si pone invece il quesito: nel caso per esempio di una procedura fallimentare aperta, detti ultimi sei mesi saranno ultimi in relazione a che?

(*) Da «Diritto del lavoro», fasc. 3-4, 1952.

CAPITOLO TERZO

Alla data della sentenza di fallimento, o al momento dell'esercizio del privilegio, od a quello della cessazione del rapporto di lavoro?

Detto interrogativo vale anche *mutatis mutandis*, per il caso di un concorso in esecuzione singolare (artt. 525 c.p.c. ss.).

Diremo più tardi come il terzo corno del dilemma non sia esatto in senso esclusivo.

Ma per non complicare le cose in principio è bene osservare come i risultati pratici dei tre criteri di datazione assunti sono notevolmente divergenti.

La sentenza di fallimento infatti apre il mero concorso dei crediti mentre il privilegio può essere esercitato prima d'essa su un terreno di concorso limitato in precedente esecuzione singolare, dopo di essa coll'insinuazione del credito nel passivo fallimentare. Il rapporto di lavoro può infine cessare al momento della sentenza, ma anche notevolmente prima. Es. art. 10 legge fallimentare.

La stessa cosa si dica nel caso del concorso di cui al 525 c.p.c.: il concorso può verificarsi contemporaneamente all'esercizio del privilegio (se chi interviene è il prestatore d'opera od ove avvenga l'unione pignoramenti di cui all'art. 523 c.p.c.) ma anche può verificarsi dopo l'esecuzione del creditore privilegiato (intervento di terzo creditore in tempo successivo ad esso anche se tardivo *ex* art. 528 c.p.c. ultimo comma). A *fortiori* dicasi dei rapporti tra la cessazione del rapporto di lavoro e l'evento processuale.

Ed allora potendo detti fatti giuridici avere tempi diversi ne consegue che il riferire una decorrenza semestrale all'uno od all'altro di essi conduce a risultati pratici di calcolo prevedibilmente diversi.

È ovvio che tale quesito se risolto nei primi due sensi, porta ad una discriminazione del credito di questo da quel lavoratore nel loro grado di soddisfabilità e quindi all'ammissione totale o solo parziale del privilegio od infine all'esclusione di esso a seconda che si vantino crediti più o meno lontani dall'evento processuale. È il caso di licenziamento a scaglioni.

Ma può portare anche all'esclusione totale di ogni credito salariale dal beneficio del privilegio, se ricorrono gli estremi dell'art. 10 legge fallimentare, succitato.

È legalmente ammesso infatti che la sentenza di fallimento (a *fortiori* la insinuazione del passivo) può avvenire entro l'anno successivo alla cessazione dell'azienda. Se detto provvedimento interviene dopo sei mesi da essa il privilegio è irrimediabilmente non invocabile, per alcuno.

Quale criterio dei tre annunciati sarà quello statuito dal legislatore dall'art. 2751 n. 4 c.c.?

Oltre i riflessi pratici, non mancano quelli teorici.

In termini generali infatti il problema si riduce sostanzialmente a questo: come *dies a quo*, devesi assumere un evento che attenga alla vita del

CAPITOLO TERZO

Alla data della sentenza di fallimento, o al momento dell'esercizio del privilegio, od a quello della cessazione del rapporto di lavoro?

Detto interrogativo vale anche *mutatis mutandis*, per il caso di un concorso in esecuzione singolare (artt. 525 c.p.c. ss.).

Diremo più tardi come il terzo corno del dilemma non sia esatto in senso esclusivo.

Ma per non complicare le cose in principio è bene osservare come i risultati pratici dei tre criteri di datazione assunti sono notevolmente divergenti.

La sentenza di fallimento infatti apre il mero concorso dei crediti mentre il privilegio può essere esercitato prima d'essa su un terreno di concorso limitato in precedente esecuzione singolare, dopo di essa coll'insinuazione del credito nel passivo fallimentare. Il rapporto di lavoro può infine cessare al momento della sentenza, ma anche notevolmente prima. Es. art. 10 legge fallimentare.

La stessa cosa si dica nel caso del concorso di cui al 525 c.p.c.: il concorso può verificarsi contemporaneamente all'esercizio del privilegio (se chi interviene è il prestatore d'opera od ove avvenga l'unione pignoramenti di cui all'art. 523 c.p.c.) ma anche può verificarsi dopo l'esecuzione del creditore privilegiato (intervento di terzo creditore in tempo successivo ad esso anche se tardivo *ex* art. 528 c.p.c. ultimo comma). A *fortiori* dicasi dei rapporti tra la cessazione del rapporto di lavoro e l'evento processuale.

Ed allora potendo detti fatti giuridici avere tempi diversi ne consegue che il riferire una decorrenza semestrale all'uno od all'altro di essi conduce a risultati pratici di calcolo prevedibilmente diversi.

È ovvio che tale quesito se risolto nei primi due sensi, porta ad una discriminazione del credito di questo da quel lavoratore nel loro grado di soddisfabilità e quindi all'ammissione totale o solo parziale del privilegio od infine all'esclusione di esso a seconda che si vantino crediti più o meno lontani dall'evento processuale. È il caso di licenziamento a scaglioni.

Ma può portare anche all'esclusione totale di ogni credito salariale dal beneficio del privilegio, se ricorrono gli estremi dell'art. 10 legge fallimentare, succitato.

È legalmente ammesso infatti che la sentenza di fallimento (a *fortiori* la insinuazione del passivo) può avvenire entro l'anno successivo alla cessazione dell'azienda. Se detto provvedimento interviene dopo sei mesi da essa il privilegio è irrimediabilmente non invocabile, per alcuno.

Quale criterio dei tre annunciati sarà quello statuito dal legislatore dall'art. 2751 n. 4 c.c.?

Oltre i riflessi pratici, non mancano quelli teorici.

In termini generali infatti il problema si riduce sostanzialmente a questo: come *dies a quo*, devesi assumere un evento che attenga alla vita del

rapporto sostanziale o un fatto che attenga a quella del rapporto processuale?

2. - *Esposizione.* Per ritornare ai tre criteri sovra posti, in cui praticamente si concreta la questione è bene dire che dottrina e giurisprudenza si sono orientate verso i primi due, opportunamente integrandoli.

Ne è risultato di riferire la datazione al momento del pignoramento da parte del lavoratore-creditore, siccome momento d'esercizio del privilegio, se precede la sentenza del fallimento od altro evento concorsuale, e al momento della sentenza dichiarativa di fallimento, se non è preceduto da atto di esercizio del privilegio.

Non manca però chi, come il Gaetano, sostiene o lascia intendere di sostenere l'adozione esclusiva e rigorosa del puro criterio di esercizio del privilegio che in sé porta ai seguenti risultati pratici: datazione dal pignoramento o dalla insinuazione del passivo (e non dalla sentenza di fallimento) ovvero dall'intervento nell'altrui procedura esecutiva⁽¹⁾.

La formula di compromesso preminente evidentemente richiama come fondamento la validità dei due criteri-guida di modo che la critica va condotta nella sua integralità contro i due principi ispiratori che la basano.

Se ad una critica condotta contro di essa in forma separata, l'una o l'altra delle formule od entrambe non reggeranno, cade inevitabilmente anche la sintesi complementare proposta.

Continuando si osserva come la formula dell'esercizio del privilegio è stata caldeggiata dal GAETANO, in *Privilegi, Trattato dir. civ. it. Vassalli*, UTET, vol. XIV, tomo I, ed in *Commentario c.c. D'Amelio*, ed. Barbera; ANDRIOLI, in *Commentario c.c. Scialoja e Branca*, ed. Zanichelli; ZAPPULLI, in *Commentario c.c.*, ed. SEL.

Tra le massime giurisprudenziali: Tribunale Milano, Sez. II, 27 giugno 1949, Pres. ed estens. Console.

La formula della datazione della sentenza dichiarativa di fallimento ha l'avallo di innumeri sentenze giurisprudenziali oltre il valore del richiamo al precedente art. 773 codice di commercio 1882.

(¹) A p. 17 del vol. XIV tomo I, *Trattato dir. civ.*, Vassalli, egli per esempio afferma: «Il privilegio è però limitato agli ultimi sei mesi, cioè agli ultimi sei mesi anteriori al momento in cui il creditore fa valere il suo credito». A p. 475 del *Commentario D'Amelio* lo stesso autore dichiara: «Il computo di tale periodo va fatto in riferimento al momento in cui il creditore mette in esercizio il suo privilegio... sia promuovendo egli stesso l'azione esecutiva sui mobili sui quali intende far valere il suo diritto cioè l'*Ius praelationis* sia intervenendo nella procedura che fosse stata da altri promossa».

Entrambe poi hanno l'autorità storica della dottrina e giurisprudenza formatasi sull'art. 1956, n. 4, c.c., 1865 che poneva un caso identico.

Per l'una si citano i nomi dei nostri vecchi massimi civilisti dal Pacifici-Mazzoni, al Ricci, al Bianchi, Luzzati, Chironi, Lomonaco, Pochintesta, Venzi⁽²⁾.

Per l'altra le sentenze pubblicate in oltre sessant'anni di attività ad eccezione di tre sole: Cass. Torino, 8 maggio 1903, Appello Torino, 21 novembre 1913, Tribunale Busto Arsizio, 30 dicembre 1927.

Unico punto in controversia era il caso che il concorso fosse stato preceduto dalla morte di uno dei soggetti del rapporto di lavoro.

Ed essa inconsciamente rivelava la perplessità di autori e giudici sulla bontà del sistema, astrattamente sostenuto, in quanto applicato con coerenza sino alle estreme conseguenze.

Giustificazione. Due sono le formule teoretiche invocate a presidio delle soluzioni sovra annunciate:

1) Teoria dell'esercizio del privilegio.

Essa evidentemente si fonda sul canone generale *vigilantibus iura succurunt*. Il privilegio in sostanza *acquista rilevanza ed è opponibile* nei confronti *degli altri possibili creditori* a cui garanzia è posto il limite, colla esecuzione del credito, sintomo della volontà di vedere realizzato integralmente il proprio diritto.

Il limite semestrale deve essere coordinato colla veduta dominante, arguibile dall'art. 2955, che sottopone i crediti da lavoro ad alto trattamento di igiene processuale.

Il prestatore di lavoro eseguiti, se vuol salvarsi. L'onere è rafforzato dal limite e viceversa.

2) La teoria del concorso.

Si spiega coll'osservazione che il privilegio e quindi ciò che gli si riferisce, acquista un significato logico se coordinato logicamente alla concorrenza dei crediti, alla quale deve essere rapportato il termine segnato dalla legge.

È un criterio di interpretazione formale del privilegio. Il bisogno d'esso sorge in necessaria relazione ad un concorso di crediti; il termine va riferito a tale momento che gli dà senso. Così il Coppola in *Digesto it.*,

(²) PACIFICI-MAZZONI, *Tratt. dir. civ.*, vol. 3°, p. 2° 435 ss.; LUZZATI, *Privilegi*, vol. I, Torino, 1884, n. 286; CHIRONI, *Privilegi, ipoteche e pegno*, Torino, 1884, n. 95, Bianchi dei Privilegi, Napoli, 1894, nn. 138-144; BONELLI, *Tratt. fall.* II, p. 594; in Francia: DURANTON, *Troplong des Privileges et Hipoteques*, IV, p. 143. Detta tesi aveva anche il conforto storico di precedenti legislativi:

Art. 2156 codice sardo, art. 1970 codice Due Sicilie, art. 2133 codice parmense, art. 2227 codice estense, art. 66, 67 legge pontificia, art. XIV legge toscana.

vol. XIX, p. 2ª, Torino, 1925, pp. 137. Può dirsi anche che potrebbe essere un corollario del canone *par condicio creditorum* dominante nel fallimento.

Il contemperamento delle due teoriche regge lo sforzo di rendere complementari le due soluzioni proposte.

3. - *In teoria*. Le tesi sovraesposte appaiono ad un serio esame più che criticabili, addirittura frutto di pericolosi equivoci, nella loro stessa impostazione teoretica.

Una osservazione del tutto pregiudizievole si impone, per coloro che patrocinano *la complementarità delle soluzioni*.

A tenerle per buone si dovrebbe ammettere la impossibilità di ancorare la risoluzione della *vexata quaestio* ad un criterio unitario valevole in senso generale per ogni caso di applicazione della norma di legge.

Ed è appunto questa mancanza di linearità di interpretazione che si traduce poi in carenza di una unità dogmatica e quindi sistematica, che ci sembra una confessione della estrema debolezza logica delle soluzioni avanzate.

Né basta, ma tale pluralità di formule usate, sia pure in via di complemento, rivela che i criteri se usati isolatamente porterebbero molto più in là di quello che i loro sostenitori sostengono sia giusto (vedi casi pratici). Di qui il temperamento, che poi non è che un artificio introdotto per prevenire parecchie obiezioni.

E ciò nega la chiarezza e la coerenza che sono requisito di una ricerca scientifica e quindi indice della esattezza delle conclusioni.

Ed ora vediamo invece separatamente i due criteri guida:

La teoria dell'esercizio.

a) È una *contradictio in terminis*.

L'esercizio presuppone concettualmente che il privilegio esista, e per di più in modo certo e definito. Non si esercita un privilegio se esso non esiste ed anzi non esiste tutt'ora al momento del suo esercizio.

Il contrario è un non senso.

Quindi se il privilegio deve essere nato prima del suo esercizio, ciò che attiene *alla sua esistenza* non può che riferirsi ad un momento estraneo al suo esercizio: vale a dire si misurerà su altro evento che per noi è necessariamente quello attinente alla vita del rapporto di lavoro, da cui sorge il credito ed il privilegio a norma dell'art. 2745 c.c.

Di conseguenza la formula della commisurazione del semestre al momento d'esercizio del privilegio per negarne l'esistenza se gli arretrati riguardano un periodo anteriore ai sei mesi da tale momento, è una *contradictio in terminis*.

Il vizio logico dei due assunti derivabili da questa teorica (misura dell'esistenza, misura della decadenza) si rivela se si traducono in queste frasi, cui sono riducibili:

il privilegio nasce concettualmente dopo che è stato esercitato!?

il privilegio decade concettualmente dal momento in cui viene esercitato!?

Si ravvisano in esse un evidente assurdo logico. Oltre a ciò si aggiunga che le decadenze devono essere esplicitamente annunciate dal legislatore.

b) La tesi della datazione dal momento dell'esercizio del privilegio implica una visione di un estinguersi automatico del privilegio in forma autonoma dalla estinzione del diritto, e ciò mentre perdura la causa che ha indotto il legislatore ad accordare la prelazione (art. 2745 c.c.).

Essa pone dogmaticamente la risoluzione di questo quesito: nel caso dell'art. 2751 n. 4 c.c. esiste un diritto di privilegio od un diritto privilegiato? Solo se lo si risolve nel primo senso la formula proposta è giustificata. Altrimenti no.

La soluzione di questo problema: *jus praelationis* di natura reale o processuale ovvero qualificazione del credito non è pacifica in dottrina specie per l'assenza di una definizione nel vigente codice civile, del privilegio (cfr. art. 2745 c.c. 1942 coll'art. 1952 c.c. 1965).

Veggasi per l'ultima tesi per es., F. MESSINEO, *Manuale dir. civ. e comm.*, 102, n. I, A.

Al contrario la tesi precedente porterebbe ad intestare un capitolo di teoria generale: «Della dinamica estintiva del privilegio generale, distinta da quella del diritto soggettivo».

Non nascondiamo la perplessità nell'accogliere siffatte conclusioni, che per lo meno devono essere dimostrate in via pregiudiziale da chi sostiene la tesi combattuta.

c) Comunque sia, il pignoramento non rappresenta una formula di esercizio del privilegio. È una formula di realizzo del credito: questa sì.

Dà corpo alla mera *voluntas satisfactionis*, non a quella: *se preferendi in concursus*.

Il carattere privilegiato del credito o lo *jus praelationis*, che sia, si esercita solo in sede di concorso, che esso esercizio presuppone concettualmente.

Ed il verificarsi del concorso non dipende dal titolare del credito privilegiato in maniera esclusiva, tale da ricollegarlo alla sua volontà.

Dipende solo in parte nel caso che il lavoratore privilegiato sia l'interveniente ai sensi dell'art. 525 c.p.c. Ho detto in parte perché anche qui è presupposto un terzo estraneo che abbia precedentemente pignorato, e in cui intervenire. Ma se poi l'interveniente è un altro ed il lavoratore è il

pignorante il verificarsi del concorso dipende dalla volontà del terzo e quindi ad esso è condizionato l'esercizio del privilegio (momento successivo al concorso).

Se infine costui è un interveniente in ritardo: art. 528 specie ultimo comma c.p.c., sarà il suo ritardo che fonderà la data opportuna dell'esercizio del privilegio?

Con ciò si vede come il canone *vigilantibus iura succurrunt* non sia invocabile, ed anzi contraddetto.

d) Il privilegio disposto dall'art. 2751 n. 4 c.c. è «generale».

Tale aggettivazione lungi dal determinare un onere d'esercizio immediato del privilegio, lo nega creando un interesse esattamente contrario.

Il carattere generale determina in una parola l'affidamento che qualunque esecuzione sia iniziata da altri, egli avrà pur sempre qualcosa su cui soddisfarsi. Aggiungasi che l'esecuzione iniziata dal creditore privilegiato nega anche concettualmente il privilegio.

Specie se lo si vede in coordinazione col principio legislativo in materia ricavabile dall'art. 258 ultimo comma c.p.c.

Anche sotto questo aspetto il criterio guida è da scartarsi.

e) Oltre a ciò è bene dire che tra il lavoratore, con crediti arretrati e l'azienda c'è una evidente connessione di interessi e di sorti che il legislatore non può non avere previsto e valutato.

Il lavoratore che vede nella vita dell'azienda la propria possibilità di occupazione purchessia sarà l'ultimo ad eseguire l'azienda stessa.

Per tutti questi rilievi la formula d'esercizio del privilegio deve essere respinta nella stessa sede teoretica.

La teoria del riferimento al concorso.

Tre ordini di vizi dimostra questa formula ad una analisi coerente:

f) non è suscettibile di applicazione generale e perciò manca del requisito di essere elevata alla dignità di «principio»;

g) il ragionamento che la fonda in ultima sede si rivela un paralogismo;

h) contrasta con una chiara visione dogmatica del rapporto privilegio-credito.

Ciò è stato implicitamente riconosciuto dagli studiosi che sono ricorsi alla tesi di ripiego che riferiva il semestre al momento di esercizio del privilegio.

Ipotizziamo infatti il soprariferito caso di concorso di cui all'art. 525 c.p.c. nella sua manifestazione più semplice: un concorso a due.

Chi determina il nascere di esso, posto che l'esecutante sia il salariato, è l'intervento del terzo creditore, che può anche essere tardivo e ciononostante aver salvi i diritti (*ex art. 528 ultimo comma c.p.c.*).

Il tempo di conseguenza sarebbe fissato dal terzo interveniente.

CAPITOLO TERZO

Quest'ultimo conscio di ciò, è chiaro che avrebbe l'interesse ad intervenire il più tardi possibile, onde sacrificare il concorrente in maggiore misura.

Inutile il dire come tale ripercussione pregiudizievole debba essere condannata al lume dei principi generali dell'ordine giuridico perché nel migliore dei casi sarebbe giustificata dalla negligenza del terzo interveniente e nel peggiore addirittura dal *dolus malus*.

Tale visione consegnerebbe il privilegio salariale all'arbitrio di un portatore di un interesse antagonistico.

Che se poi l'interveniente fosse il salariato si dovrebbe escludere l'applicazione a suo favore della norma dell'art. 528 ultimo comma c.p.c.

Il che non è accoglibile. Ed esclusa in questo caso la teorica concorsuale, essa stessa si rivela in sé come indegna del rango di «principio».

i) il vizio logico.

Che il concorso — abbiamo sotto gli occhi la giustificazione del Copola soprariferita (Capo 2, B, § 2) — sia veramente il fatto in previsione del quale il legislatore ha creato l'istituto del privilegio, come pure ogni altra forma di prelazione (da pegno o ipoteca per es.) è cosa del tutto ovvia. Valga l'art. 2741 c.c.

Ma da qui ad inferire per la reciproca: «che cioè per ciò solo il concorso sia il fatto che determini il nascere della prelazione onde il metro della sua esistenza od estensione vada ad esso riferito senz'altro in via presuntiva» molta acqua ci passa.

Simile illazione che è poi l'unica che porti ad uno scambio dei termini storici di riferimento è viziata logicamente.

Sarebbe come dire in via analogica:

Mi preconstituisco una ipoteca od un pegno per garantirmi di fronte ad un'eventuale diritto poziore di un terzo, per es. da compera od aggressione esecutiva. Sempronio, terzo, ha comperato od aggredito esecutivamente i beni del comune debitore Caio.

Dunque Sempronio colla sua compera od aggressione esecutiva ha determinato il nascere della mia ipoteca (o del mio pegno).

La stessa cosa può dirsi per stare all'ipoteca sostituendo all'atto giuridico individuale il fenomeno «concorso».

Che l'argomento combattuto incorra in un paralogismo non è mestieri dire. Basta l'osservare come l'*error inferendi* consista nell'indurre dalla premessa minore del sillogismo deduttivo un fatto contraddetto dalla premessa maggiore. Ed asserendo tale induzione errata come provata invece esatta dalla validità della deduzione, che altrimenti non sarebbe più tale.

Che qui venga *confusa l'esistenza del privilegio colla sua manifestazione*, è il punto reale, della questione.

l) In sede dogmatica.

LAVORO

Su questo terreno essa non pare bene fondata.

Il privilegio è una forma particolare di garanzia legale. Il concetto di garanzia e così quello di prelazione è un concetto eminentemente di relazione a quello di credito.

Il limite della garanzia non è che limite del credito garantito. Il limite della prelazione è limite del credito preferito.

Così la loro estensione.

Senza tale riferimento non è neppure formulabile.

Aggiungiamo che ci sono elementi della garanzia che non appartengono al credito: così la materia d'essa (beni che garantiscono o su cui si estende la prelazione che può essere per l'appunto generica o speciale) ma determinati questi, ci sono altri elementi che appartengono a ciò che è garantito o preferito.

Tale è il limite semestrale su cui sorge questione.

Di guisa che parlare delle retribuzioni dovute per gli ultimi sei mesi significa dire le ultime sei mensilità dovute rispetto ad un rapporto di lavoro che non sia quiescente (su quest'ultima specificazione più oltre).

Chi sostiene il contrario sembra colui che vuole ragionare di un metro senza una estensione da misurare o di un'arma senza beni da difendere.

Né discriminazione di sorta è ammessa dalla legge tra rapporti di lavoro esauriti prima o dopo, perché essa per lo meno tace ed è canone fondamentale che laddove *lex non distinguit nec nos distinguere debemus*.

In tutto ciò che cosa è il concorso?

È il momento storico di rivelazione del potere di acquisto di ciascun credito.

E non si può rivelare come privilegiato se non ciò che già prima era privilegiato. Che esso non interessi il venire in essere della prelazione è dimostrato dal fatto che ciò che è la causa d'essa, è esclusivamente il carattere della prestazione in un rapporto sinallagmatico, di lavoro (art. 2745 c.c.).

Bene infatti dice il Zappulli: è il carattere sociale attribuito al lavoro che per ciò è stato tutelato.

Il concorso è bene influente come momento in cui il privilegio si rivela. E l'operazione di calcolo è posticipabile a questo momento, mentre i termini del calcolo sono quelli del rapporto di lavoro.

In pratica. Vediamo ora che cosa significhi adottare tali criteri nella realtà effettuale ed a quelli conseguenze portino.

Esse sono state annunciate all'inizio del lavoro e si è citato nel caso del riferimento alla sentenza di fallimento l'ipotesi macroscopica dell'art. 10 della legge fallimentare.

Nessun credito di lavoro potrebbe essere privilegiato.

Ma per generalizzare si può senz'altro dire che tanto adottando la tesi dell'esercizio del privilegio che quella del riferimento al concorso, il limite sarà sempre inferiore a quello legale.

Si faccia il caso di un salariato con sei mesi giusti di retribuzione arretrate. *Quid facti?* Per giungere al pignoramento egli dovrà ottenere un titolo esecutivo: procedimento d'accertamento preceduto o no dalla vertenza sindacale, esperimento di tutti i mezzi istruttori, sentenza, attesa, se non gli è concessa la provvisoria esecuzione, del tempo prescritto per l'esperimento della impugnativa, notifiche, ecc.

A cosa si ridurranno i suoi sei mesi?

E si trattasse pure per qualche miracolo divino imprevedibile di un solo giorno egli non sarebbe più privilegiato per sei mesi interi, ma per sei mesi meno un giorno. La perdita da quali basi di convinzione sarebbe giustificata?

Lo stesso caso vale per la sentenza di fallimento. O sarà un fatto eventuale che registrerà come un mero accidente storico, o la provocherà lui stesso.

In quest'ultima ipotesi ci passerà pure del tempo.

Se farà istanza di fallimento, dovrà già essere in possesso di un titolo esecutivo che lo legittimi, se invece optasse per l'eccitazione del dovere d'ufficio del magistrato, la via sarebbe forse più rapida.

Ma l'accertamento dello stato di insolvenza, anche a trovare un giudice che attenda colla massima sollecitudine, richiede pure del tempo.

Foss'anche di un solo giorno la falceria non sarebbe giustificata.

Ma i casi più tipici accadrebbero se si adottasse come momento di riferimento la data della sentenza di fallimento.

Si pensi che il salariato abbia proposto istanza di fallimento.

Ai sensi dell'art. 161 della legge fallimentare il fallendo può proporre istanza di concordato preventivo.

Ecco quello che capita:

i) Accettiamo l'ipotesi che il debitore venga ammesso a questa procedura (art. 163). Con questa domanda il debitore si impegna a pagare il prestatore di opera subordinato, come privilegiato.

Quest'ultimo come privilegiato non ha diritto a voto deliberativo nell'assemblea, sotto pena di decadere al rango chirografario (art. 177, 2° comma). Poniamo che la maggioranza favorevole all'accoglimento della domanda non si raggiunga. La procedura fallimentare riprende vita: si arriva alla sentenza di fallimento. Il creditore-lavoratore ne avrà subito il danno?

Senza avere in mano alcuna arma per difendersi, escluso dalla riunione dei creditori con voto deliberativo?

Può concedersi una violazione più grave del *principio dispositivo del*

processo che giusta la Relazione ministeriale è canone fondamentale del processo vigente?

l) Facciamo ora il caso inverso che la maggioranza favorevole sia raggiunta. Concediamo anche che ci sia sentenza di omologazione.

Ma c'è appello o addirittura ricorso in Cassazione (art. 183 legge fallimentare). Pensiamo al caso che l'appello od il ricorso in Cassazione contro la sentenza di omologazione sia accolto. Riprenda vita la procedura di fallimento e relativa sentenza.

Il tempo a danno di chi sarebbe decorso? Il creditore concorrente ed opponente sarebbe in questo caso *dominus* del privilegio operaio.

Ed il titolare del privilegio, viceversa dovrebbe star lì a subire i colpi impotente.

Ma non sarebbe la parodia del diritto?

m) Facciamo ora la ipotesi che il concordato preventivo sia omologato e non ci sia appello e successivo ricorso.

Che anzi si inizi ad eseguirlo ma sopraggiunga la risoluzione o l'annullamento del concordato (artt. 137 e 138 rich.ti dal 186 legge fall.).

Sarà esperita azione revocatoria per quanto fu percepito in base ad una diversa computazione del privilegio in sede concordataria ed in sede fallimentare?

Secondo l'interpretazione giurisprudenziale ciò sarebbe oltre che possibile, doveroso per il curatore.

n) Un caso analogo capita nel caso di una sentenza di fallimento revocata (art. 21 legge fall.) cui segua in prosieguo di tempo una nuova sentenza di fallimento.

o) Id. nel caso di amministrazione controllata cui segua sentenza di fallimento.

Ora se si adotta la tesi sfavorevole per il creditore-lavoratore contro ogni principio basilare di equità di dovrebbe aprire un capitolo a questo riguardo intitolato:

«Del potere giuridico del debitore e del terzo creditore concorrente di determinare effetti riflessi pregiudizievoli nella sfera del creditore da lavoro, senza che questi abbia la possibilità di stornarli, difendendosi».

Essi facendogli perdere del tempo, gli farebbero perdere in tutto o in parte il privilegio.

Ed un altro capitolo si potrebbe aprire: «*Della dinamica estintiva differenziata del privilegio salariale nei casi di sentenza di fallimento diretta o successiva a tentativo di concordato preventivo (v. lett. i) o successiva all'accoglimento della impugnativa contro la sentenza di omologazione del concordato (v. lett. l) o successivo ancora all'annullamento o risoluzione del concordato preventivo (v. lett. m)*».

CAPITOLO TERZO

In tutti questi casi il processo anziché garantire il diritto soggettivo lo danneggia di continuo: un caso più macroscopico di reversione tra scopo e risultato del processo sarebbe inimmaginabile.

Che se invece, come ha fatto il Del Martello, si volesse considerare tale data del concordato successivamente estinto, o della sentenza di fallimento revocata, o del provvedimento che ha aperto l'amministrazione controllata, come rilevante per la determinazione del semestre anche nel successivo procedimento fallimentare, adducendo una forma di congelamento per la manifestazione di un concorso potenziale è chiaro che si vanno incontro a numerosi ostacoli.

In primo luogo sta l'obiezione che detti atti al momento, cui si ha attualmente riguardo, sarebbero per lo meno *estinti*.

Così il concorso precedentemente manifestatosi al momento in cui si deve giudicare è inesistente.

E non si vede in base a quale disposizione particolare di legge si dovrebbe attribuire al fatto estinto un vigore ed efficacia postuma, sia pure in senso limitato.

Il preteso congelamento proposto dal Del Martello porterebbe poi più in là del segno. Infatti per un rapporto di lavoro in corso al momento della sentenza di fallimento o del concorso in esecuzione singolare cui si ha riguardo, congelati i sei mesi arretrati col verificarsi di uno degli eventi annunciati, si congelerebbero ulteriormente le ulteriori mensilità più vicine alla sentenza di fallimento col risultato che supererebbero il limite semestrale fissato dalla legge.

Ed in ciò non si può consentire.

Si aggiunga che detta tesi non avrebbe neppure il conforto del ricorso al principio della identità tra esistenza e manifestazione invocato come corollario della *par condicio creditorum*, che invece ha la formula negativa avversata.

Tanto più che i creditori concorrenti al momento ultimo cui si fa riferimento possono non essere intervenuti nella precedente procedura estinta, in quanto divenuti creditori del fallito in prosieguo, e non si vede come si possa far valere contro di essi l'autorità di un evento processuale che è morto.

Scartata per ciò questa correzione artificiosa non resta che a giudicare delle conseguenze della tesi sfavorevole per il lavoratore-creditore.

L'argomentazione *mutatis mutandis* vale per il caso di concorso in esecuzione singolare.

p) L'esempio succitato dell'art. 10 dalle legge fallimentare che potrebbe portare alla esclusione totale del privilegio per tutti i lavoratori ricorre anche nel caso della sentenza di fallimento di imprenditore defunto (art. 11 stessa legge).

Questa ipotesi concentrò per un certo tempo la disputa tra autori e giudici in quanto non mancarono coloro⁽³⁾ che proponeva una deroga alla datazione dal momento della sentenza di fallimento per l'appunto nel caso del fallimento di imprenditore defunto.

Naturalmente il problema non fu visto nei suoi termini generali, e si fece una questione empirica.

Sta di fatto che essa permette di vedere come tra gli stessi sostenitori della tesi concorsuale fu avvertito che qualcosa di essa non andava e col sostenere — almeno alcuni di essi — la datazione dalla morte, inconsciamente si erano messi sulla strada della datazione dalla cessazione del rapporto di lavoro. La morte di uno dei soggetti è infatti una causa della estinzione del detto rapporto. Ed è la tesi più vicina a quella che qui si sostiene.

4. - Nell'articolo citato nel preambolo il Prof. Del Martello dopo avere scartata la tesi della datazione dal momento d'esercizio del privilegio, accoglie invece quella concorsuale che modifica però nel senso di assumere a tempo determinante quello del verificarsi del concorso potenziale. Un sintomo obiettivo di esso sarebbe l'esecuzione iniziata da altri creditori del medesimo debitore.

Egli dice testualmente: «il momento decisivo è quello in cui si manifesta obiettivamente la potenzialità del concorso», p. 79, *Riv. dir. fall.*, n. 3.

E più oltre: «l'evento necessario, ma anche sufficiente, è dunque soltanto quello in cui, di fronte al creditore di lavoro, si manifesta l'esistenza di un creditore insoddisfatto, che si trovi in situazione tale da dovere ricorrere alla espropriazione forzata o concorrere ad essa», p. 80 cit. *Riv.*

Conclude praticamente che il momento cui bisogna far capo per determinare gli ultimi sei mesi è:

a) il momento della cessazione del rapporto di lavoro, quando non vi sia stata una precedente manifestazione di insolvenza attraverso il sintomo obiettivo di un'altrui iniziativa esecutiva nel corso del rapporto di lavoro.

b) il momento dell'altrui iniziativa esecutiva, quando tale iniziativa si manifesta mentre il rapporto di lavoro è ancora in atto, p. 83, cit. *Riv.*

⁽³⁾ A p. 17 del vol. XIV tomo I, *Trattato dir. civ.*, Vassalli, egli per esempio afferma: «Il privilegio è però limitato agli ultimi sei mesi, cioè agli ultimi sei mesi anteriori al momento in cui il creditore fa valere il suo credito». A p. 475 del *Commentario D'Amelio* lo stesso autore dichiara: «Il computo di tale periodo va fatto in riferimento al momento in cui il creditore mette in esercizio il suo privilegio... sia promuovendo egli stesso l'azione esecutiva sui mobili sui quali intende far valere il suo diritto cioè l'*Ius praelationis* sia intervenendo nella procedura che fosse stata da altri promossa».

CAPITOLO TERZO

In ordine a tutto ciò si possono muovere i seguenti rilievi:

Anzitutto c'è una dualità di criteri, che ostano alla unità che è invece possibile nella interpretazione dell'art. 2751 c.c.

Infatti la datazione dalla cessazione del rapporto di lavoro non è evidentemente sussumibile sotto il criterio della potenzialità del concorso, né da esso giustificato.

Che il riferimento al momento formale della cessazione del rapporto di lavoro non sia esatto in senso per lo meno esclusivo è dimostrabile col caso della quiescenza del rapporto stesso.

Ove ci fosse una sospensione del lavoro, per es. di tutta la maestranza per mancanza di commissioni, e ad essa seguisse il licenziamento *quid iuris?*

I mesi che intercorrerebbero tra sospensione e licenziamento devono essere considerati persi agli effetti del privilegio?

A chi scrive non pare.

Ma maggiori ostacoli incontra la tesi della potenzialità del concorso.

Teoricamente essa va incontro a tutte le obiezioni di principio mosse nei confronti della teoria del concorso.

C'è però di più:

Anche a prescindere dall'inconveniente logico-pratico di accogliere una simile formula, il fatto si è che trattandosi di un privilegio «generale» limitato alla entità del credito salariale, se ne dovrebbe arguire che l'esecuzione altrui per un credito, pure limitato di beni limitati, pignorati, non necessariamente determina un concorso potenziale col lavoratore.

Infatti se è generale il privilegio significa che se il titolare dei salari arretrati ha a disposizione altri beni su cui rivalersi su di essi, in difetto di suo intervento in causa si trasferisce il privilegio.

La posizione rovescia di quella sostenuta dal Del Martello mi sembra la più consona al carattere generale del privilegio.

Una conseguenza del pari inaccoglibile sarebbe che accettando questa tesi, qui combattuta, nel caso di un creditore operaio che alla data dell'esecuzione abbia maturati già sei mesi di arretrati e continui dopo di essa cionondimeno a lavorare potrebbe pretendere un privilegio superiore al limite semestrale disposto tassativamente dalla legge. E ciò solo per il fatto che ha avuto la fortuna rispetto ad uno nelle sue condizioni che un terzo ha pignorato.

Che dire poi nel caso di una esecuzione proceduralmente decaduta?

L'atto estinto servirà ai fini della datazione proposta dal Del Martello?

Putacaso una provvisoria esecuzione concessa sulla base di un decreto ingiuntivo annullato nella sentenza sulla opposizione per ragioni di rito?

Se poi si dovessero succedere più esecuzioni a distanza di tempo e prima di sei mesi dalla cessazione del rapporto di lavoro ci saranno più

LAVORO

congelamenti fino a raggiungere l'intera cifra del credito che sarebbe così privilegiato?

A chi scrive pare che si cada nell'eccesso opposto a quello combattuto nelle teorie tradizionali.

E deve onestamente dissentirne.

5. - Ed allora quale può essere il *dies a quo*?

Per chi scrive non può che essere quello della data in cui è venuto a maturare l'ultima retribuzione dovuta e che sia tale in quanto rapportata al rapporto di lavoro.

Con ciò si vuole superare gli ostacoli di un riferimento ad un momento formale d'esso, quale può essere la sua cessazione, in vista del suo verificarsi nel corso di una quiescenza del rapporto stesso.

Si è fatto infatti prima l'ipotesi di una sospensione dal lavoro in costanza della quale si realizzi il licenziamento.

Che tale visione sia anche giustificata dal punto di vista dogmatico apparirà dalla considerazione della relazione tra credito e prelazione.

La prelazione presuppone un credito e viceversa, essa quindi si deve riferire al credito, essendo il suo limite, limite del credito preferito.

La cessazione se mai interessa come data ultima della maturazione delle retribuzioni.

Non altro.

Il legislatore dell'art. 2751, n. 4, c.c. infatti ha presupposto che durante gli ultimi sei mesi del rapporto di lavoro ci siano delle retribuzioni arretrate e ad esse ha concesso il privilegio.

Se in questo tempo non c'è stata possibilità di maturazione delle retribuzioni per la quiescenza del rapporto stesso è evidente che ci si deve riferire alla data ultima in cui è maturata o poteva essere maturata, per una vita effettiva del rapporto, l'ultima retribuzione. Il vuoto non si può contare.

Si da scendendo ad una particolarizzazione del criterio proposto il seguente caso: il rapporto di lavoro ha subito una reviviscenza breve successiva alla sua quiescenza. Es.: dopo una sospensione di cinque mesi l'operaio è stato riassunto, ha lavorato un mese, due, poi è intervenuto il licenziamento.

Quid iuris?

Si conteranno a partire dal licenziamento sei mesi a ritroso, ivi comprendendo i cinque mesi di quiescenza?

A chi scrive non pare. Per lui il limite è limite di sei mensilità che sono fatte preferire. Si intendono le ultime sei mensilità in ordine di tempo maturate.

CAPITOLO TERZO

Infatti ad usare il criterio opposto si verificherebbe che la riassunzione gli avrebbe recato un grave danno anziché un vantaggio.

Ed altri sospesi ma non riassunti godrebbero di un privilegio maggiore, ingiustificato.

Lo spazio intermedio è il nulla, il vuoto.

Per ciò si dovrebbe andare a ritroso saltando a piè pari detto spazio intermedio e contare fino alla sesta, se c'è, retribuzione non pagata.

Si intende che le retribuzioni devono essere le ultime sei *in ordine continuo*.

Che il criterio proposto abbia rilevanza lo si può desumere da questo: esso si adatta molto bene nel caso che la sentenza di fallimento intervenga mentre il rapporto di lavoro è in corso.

Infatti non potendosi contare ai fini del privilegio le retribuzioni che matureranno nell'eventuale stato di gestione provvisoria, per la loro qualità di credito verso la massa fallimentare, non resta che a contare le ultime sei mensilità sino alla sentenza di fallimento che di per sé non significa cessazione del rapporto di lavoro.

È cosa del tutto ovvia che il privilegio generale dell'art. 2751, n. 4 c.c. tuteli un credito di retribuzioni, che non siano già di per sé privilegiate per altra causa.

Altrimenti si verificherebbe una superfetazione legislativa che non è accoglibile in una interpretazione rigorosa del precetto normativo in esame.

Pertanto la sentenza dichiarativa di fallimento ha la rilevanza di *termine comunque ultimo* per il computo dell'ultima retribuzione privilegiata.

Per tornare un passo indietro la non computabilità del periodo di quiescenza è confortata da parecchi casi pratici in cui può concretarsi.

Il primo caso che si offre, oltre quello annunziato, è il seguente:

Il datore di lavoro ha licenziato per assunta giusta causa (art. 2119 c.c.) un prestatore di lavoro subordinato.

Quest'ultimo contesta giudiziariamente la giusta causa, e nel contempo si trova a casa disoccupato.

Il Tribunale con sentenza dichiara la insussistenza della giusta causa e condanna il datore di lavoro a riassumerlo (v. blocco di licenziamenti).

Ma sopraggiunge lo stato fallimentare, come accidente storico.

Se il tribunale avesse giudicato non doversi corrispondere al lavoratore per motivi specifici di temperamento, le retribuzioni maturate eventualmente nel frattempo legalizzando in tal modo la quiescenza e l'operaio fosse creditore di arretrati anteriori al licenziamento annullato si dovrebbero almeno questi escludere dal privilegio dell'art. 2751, n. 4 c.c.?

Non pare. Altrimenti un atto arbitrario avrebbe l'efficacia di operare comunque un pregiudizio a danni della vittima del torto.

Altro caso:

Il datore di lavoro abbandona l'azienda per mesi e mesi. Si dà il caso di una impossibilità per lo meno temporanea nell'adempimento per parte sua del contratto di lavoro.

Al suo ritorno dopo una breve vita effimera c'è lo stato fallimentare.

Dovrebbero i lavoratori che hanno salari anteriori da percepire perdere il privilegio generale?

L'equità direbbe di no.

Altro caso: quello di serrata padronale, che una ordinanza recente ha reputato non realizzare una fattispecie criminosa. Sopraggiunge il fallimento. Dovrebbe questo periodo computarsi come compreso nel calcolo dei sei mesi?

Sarebbe ingiusto.

Per concludere su questo punto, la tesi da noi sostenuta come la più congrua alla lettera ed allo spirito della norma in esame è:

La datazione dal momento in cui è venuta a maturare l'ultima retribuzione in relazione ad un rapporto di lavoro in vita effettiva e comunque non oltre la sentenza dichiarativa di fallimento. Detto criterio non incontra difficoltà di applicazione tanto nel concorso fallimentare che in quello in esecuzione singolare (525 c.p.c.).

6. - Rileggiamo la norma succitata. Essa dice:

«Hanno privilegio generale sui mobili nell'ordine che segue i crediti riguardanti... (n. 4) le retribuzioni dovute sotto qualsiasi forma ai prestatori di lavoro subordinato *per gli ultimi sei mesi* e le indennità dovute per effetto della cessazione del rapporto di lavoro».

Lettera. L'art. 2751, n. 4, c.c. recita: *per gli ultimi sei mesi, non negli ultimi sei mesi* come l'art. 1956, n. 4 c.c. 1865.

Siamo cioè di fronte ad una *quota* di credito privilegiato ed il termine ultimo indica che essa copre le ultime sei mensilità in ordine continuo a ritroso.

Spirito. Il precetto fissato ha determinato detto privilegio in vista di un *limite di sicurezza vitale* per il lavoratore che deve presumersi non abbia altro reddito che quello derivatogli dal lavoro.

Infatti le indennità di liquidazione di cui all'art. 2118 e 2110 c.c. che sono privilegiate per l'ultima parte di detto articolo hanno una destinazione specifica che è quella di permettere al lavoratore di superare il periodo che intercorrerà tra l'occupazione cessata ed una nuova occupazione.

Se non ci fosse la quota degli arretrati privilegiata, egli dovrebbe adoperare dette indennità per pagare i debiti contratti nel corso del rapporto di lavoro e che avrebbe pagato con le retribuzioni che doveva percepire.

CAPITOLO TERZO

La destinazione degli privilegio delle indennità di liquidazione rimarrebbe così frustata.

Insomma il privilegio degli ultimi sei mesi retributivi si inquadra in una visione: *di previdenza assicurata al lavoratore* ed in ciò è consona a tutto lo spirito della legislazione in materia di lavoro.

Nessuna giustificazione può darsi alle tesi combattute se si risale allo spirito del precetto legislativo.

7. - Il periodo di preavviso prestato si computerà o meno nel semestre?

Sembra che esso cada piuttosto sotto la voce dell'indennità dovute per effetto della cessazione del rapporto di lavoro.

Infatti nel caso di licenziamento immediatamente operativo è dovuta una indennità sostitutiva a tenore dell'art. 2118, 2° comma che rientra ed ha la sua causa storica nella cessazione del rapporto.

In via analogica si dovrebbe argomentare che qui tanto importante è la prospettiva della cessazione del rapporto di lavoro cui è idealmente connessa che non devesi contarla nel novero delle retribuzioni privilegiate per la prima parte dell'art. in esame.

Non sembra dubbio infatti che la destinazione del periodo di preavviso sia assimilabile a quella sopra annunciata della indennità di anzianità ed entrambe concorrono a formare le indennità dovute a causa del licenziamento. Il licenziamento infatti è il presupposto e giustificazione della loro *ratio essendi*, e la risoluzione del rapporto è la causa teleologica del preavviso.

Quid nel caso dell'aggiungersi agli arretrati delle indennità di cui all'art. 2110, 1° comma, c.c., per es. di una donna in stato di gravidanza?

Pare di sì.

È fuori discussione che esse sostituiscono a tutti gli effetti le retribuzioni che sarebbero state corrisposte nel caso di prestazione effettiva del lavoro. L'assicurazione del minimo di sicurezza vitale che è la ragione del privilegio generale onde è questione si verifica computandole.

Essa farà valere le differenze arretrate a titolo chirografario.

La stessa cosa si dica per le indennità dovute per effetto di una risoluzione precedente arbitraria di un contratto di lavoro a tempo determinato (art. 2097 c.c.).

È inteso di un contratto il cui termine se osservato sarebbe scaduto in tutto od in parte prima del verificarsi della sentenza dichiarativa di fallimento.

Inutile poi l'aggiungere che l'indennità di contingenza deve essere computata così come si deve prescindere dalla forma della retribuzione: a cottimo o meno data l'esplicita dizione del precetto legislativo al riguardo.