

**Cassazione civile sez. I , 31.01.2014 n. 2112, pres. Salmè, rel D'Amato**

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONE PRIMA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. SALME' Giuseppe - Presidente -

Dott. DI AMATO Sergio - rel. Consigliere -

Dott. RAGONESI Vittorio - Consigliere -

Dott. DI VIRGILIO Rosa Maria - Consigliere -

Dott. CRISTIANO Magda - Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso 6495/2012 proposto da:

Tonello s.p.a. (c.f. (omissis)), in persona del legale rappresentante  
prò tempore, elettivamente domiciliata in roma, via Pietro tacchini 7,  
presso l'avvocato Polese Fabrizio, rappresentata e Difesa dall'avvocato  
Bianchini Manlio, giusta procura a margine del ricorso;

- ricorrente -

Contro

Fallimento Facchin s.r.l. In liquidazione, in persona del curatore dott.  
C.m., elettivamente domiciliato in roma, viale Universita' 27, presso  
l'avvocato tedeschi massimo, che lo rappresenta e difende unitamente  
all'avvocato Gyulai Alberto, giusta procura a margine del controricorso;

- controricorrente -

avverso il provvedimento del TRIBUNALE di TREVISO, depositato il 24/01/2012;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 20/11/2013 dal Consigliere Dott. SERGIO DI AMATO;

udito, per il controricorrente, l'Avvocato TEDESCHI MASSIMO che si riporta al controricorso;

udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. CAPASSO Lucio, che ha concluso per il rigetto del ricorso.

Fatto

#### SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con decreto del 24 gennaio 2012 il Tribunale di Treviso rigettava l'opposizione allo stato passivo del fallimento della s.r.l. Facchin proposta dalla s.p.a. Tonello, osservando che: 1) non era opponibile al fallimento il decreto ingiuntivo munito del visto di esecutorietà ex art. 647 c.p.c., in data successiva a quella della dichiarazione di fallimento e ciò anche se in data anteriore alla stessa dichiarazione era ormai decorso il termine per proporre opposizione;

tale conclusione, conforme all'orientamento della giurisprudenza di legittimità, discendeva sia dalla necessità di distinguere il giudicato sostanziale, collegabile soltanto all'emissione del decreto di esecutività, dal giudicato formale, collegabile alla scadenza dei termini per proporre esecuzione, sia dal fatto che, ai sensi della L. Fall., art. 45, sono senza effetto rispetto ai creditori le formalità necessarie per rendere opponibili gli atti ai terzi se compiute dopo la dichiarazione di fallimento; 2) non potevano

essere ammesse al passivo le spese giudiziali liquidate nel decreto ingiuntivo in quanto fondate su un titolo non opponibile al fallimento; 3) le spese della procedura esecutiva immobiliare, iniziata sulla base del citato decreto ingiuntivo, munito di provvisoria esecutività, potevano essere ammesse al passivo soltanto per l'importo corrispondente alle anticipazioni sostenute per la trascrizione del pignoramento immobiliare, difettando per il resto una documentazione idonea a comprovarne l'esborso o la liquidazione giudiziale.

La s.p.a. Tonello propone ricorso per cassazione, deducendo tre motivi. Il fallimento della s.r.l. Facchin resiste con controricorso.

Diritto

#### MOTIVI DELLA DECISIONE

Con il primo motivo la ricorrente deduce la violazione degli artt. 324, 641, 645 e 647 c.p.c., e art. 2909 c.c., lamentando che erroneamente il Tribunale ha ritenuto che solo l'apposizione del visto di esecutorietà in data anteriore alla sentenza dichiarativa di fallimento determina la formazione del giudicato sostanziale con conseguente opponibilità alla massa di un decreto ingiuntivo non opposto nei termini.

Il motivo è infondato. Nella giurisprudenza di questa Corte è costante l'affermazione del principio secondo cui non è opponibile al fallimento il decreto ingiuntivo non munito di decreto di esecutorietà ai sensi dell'art. 647 c.p.c.. In tale giurisprudenza, peraltro, come rileva esattamente la difesa della ricorrente, l'affermazione è spesso contenuta in un obiter dictum, come nel caso di Cass. 25 marzo 1995, n. 3580 ove si affermava "che entrambi i

provvedimenti sopra individuati (ex art. 647 c.p.c., ovvero sentenza sull'opposizione) non possono più essere emessi a seguito del fallimento, con effetti vincolanti per la massa", ma in una situazione nella quale al momento del fallimento pendeva l'opposizione al decreto ingiuntivo; ovvero nel caso di Cass. 20 settembre 1971, n. 2627, che decideva, per escluderla, sulla sindacabilità in sede fallimentare della erroneità della sentenza che aveva accolto l'opposizione al decreto ingiuntivo; ovvero ancora nel caso di Cass. 3 gennaio 2013, n. 38 chiamata a decidere sul rilievo di una sentenza emessa all'esito di opposizione a decreto ingiuntivo, pubblicata dopo la dichiarazione di fallimento. Nella giurisprudenza di legittimità, peraltro, è stata sempre salda l'affermazione, resa indipendentemente dal fallimento del debitore, che il decreto ingiuntivo munito del decreto di esecutorietà ha efficacia di cosa giudicata (così dalle risalenti Cass. nn. 659/1966, 1246/1966, 1776/1967, 1125/1968 sino alla più recente Cass. 31 ottobre 2007, n. 22959).

Tuttavia, all'attenzione di questa Corte è venuta anche la specifica questione, risolta sempre in senso negativo, della opponibilità al fallimento del decreto ingiuntivo, munito o meno della provvisoria esecutività, ma non munito del decreto ex art. 647 c.p.c., quando i termini per proporre opposizione siano inutilmente scaduti prima della dichiarazione di fallimento (Cass. 26 marzo 2004, n. 6085;

Cass. 13 marzo 2009, n. 6198; Cass. ord. 23 dicembre 2011, n. 28553;

Cass. 13 febbraio 2012, n. 2032; Cass. 17 luglio 2012, n. 12205;

Cass. 11 ottobre 2013, n. 23202). In alcuni casi si è anche precisato che il decreto ingiuntivo è opponibile soltanto quando il decreto di esecutorietà è stato emesso prima della dichiarazione di fallimento (le citate Cass. nn. 6085/2004; 6198/2009; 12205/2012).

Tali ultime decisioni hanno argomentato, in un caso, distinguendo tra "giudicato formale, interno, endoprocessuale", che si formerebbe al momento della scadenza dei termini per proporre opposizione, e giudicato sostanziale, che si formerebbe soltanto al momento della apposizione del decreto di esecutorietà ex art. 647 c.p.c. (Cass. n. 6085/2004, richiamata da Cass. n. 6198/2009) e, in un altro, sottolineando che è "solo con la dichiarazione di esecutività che il giudice verifica se non sia possibile che, per la nullità della notificazione del decreto di ingiunzione, l'intimato non ne abbia avuta conoscenza, e dichiara che, per non esservi stata tempestiva opposizione, si sono verificate le condizioni perchè esso sia divenuto non ulteriormente opponibile ed abbia acquistato esecutorietà, si da poter fondare il diritto a procedere alla esecuzione forzata per la realizzazione coattiva del credito" (Cass. n. 12205/2012). A tale orientamento deve darsi continuità con qualche precisazione.

La diversificazione sul piano temporale tra giudicato formale e giudicato sostanziale non può essere accolta (esula, ovviamente, dal tema il caso delle decisioni in rito suscettibili di giudicato formale, ma non di giudicato sostanziale). La distinzione tra i due concetti si basa sulla disciplina dettata, da una parte, dall'art. 324 c.p.c. (la cui rubrica è intitolata "cosa giudicata formale") e, dall'altra, dall'art. 2909 c.c. (la cui rubrica è intitolata "cosa

giudicata"). Il primo stabilisce che "si intende passata in giudicato la sentenza che non è più soggetta nè a regolamento di competenza, nè ad appello, nè a ricorso per cassazione, nè a revocazione per i motivi di cui all'art. 395, nn. 4 e 5". Il secondo stabilisce che "l'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato a ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa". Come è evidente, e come è riconosciuto da autorevole dottrina e dalla pacifica giurisprudenza di questa Corte (Cass. 3 luglio 1987, n. 5840; Cass. 2 marzo 1988, n. 2217), non esiste alcuna contrapposizione fra cosa giudicata formale e cosa giudicata sostanziale, posto che i due concetti sono relativi a due aspetti del medesimo fenomeno. L'art. 2909, stabilisce, infatti, gli effetti sul piano sostanziale del giudicato, presupponendo che altrove si stabilisca quando si forma il giudicato. La decisione giurisdizionale non più impugnabile con i rimedi ordinari previsti dall'art. 324 c.p.c., determina, d'altro canto, gli effetti sul piano delle certezze giuridiche, che, ai sensi dell'art. 2909 c.c., vengono definiti giudicato sostanziale.

Affermata la coincidenza temporale del giudicato formale e di quello sostanziale, si deve stabilire se il giudicato si forma al momento del decorso dei termini per proporre opposizione al decreto ingiuntivo quando questa non sia stata proposta, ovvero al momento in cui il giudice, dopo averne controllato la notificazione, dichiara esecutivo il decreto ingiuntivo. La seconda soluzione si impone per due connesse ragioni. In primo luogo, al momento dello scadere dei termini per l'impugnazione non vi è stato alcun controllo giurisdizionale sulla notificazione e sulla sua idoneità a provocare

un contraddittorio eventuale e posticipato sulla domanda proposta con il decreto ingiuntivo. Tale controllo, invece, rappresenta un momento irrinunciabile a garanzia del diritto di difesa dell'intimato ed ha natura analoga all'imprescindibile controllo che nel giudizio a cognizione ordinaria il giudice deve necessariamente effettuare prima di dichiarare la contumacia del convenuto (artt. 164, 183 e 291 c.p.c.). Senza tale controllo sarebbe "fuori sistema" parlare di giudicato anche solo formale e vi è spazio, come si preciserà più avanti, solo per un giudicato interno, i cui presupposti, però, sono oggetto di verifica da parte del giudice all'interno del processo. In secondo luogo, l'art. 647 c.p.c., prevede che, nel caso in cui non sia stata fatta opposizione nel termine, "il giudice deve ordinare che sia rinnovata la notificazione, quando risulta o appare probabile che l'intimato non abbia avuto conoscenza del decreto". L'eventuale rinnovazione della notificazione consente perciò all'ingiunto di proporre, nei termini decorrenti dalla nuova notificazione, opposizione che va qualificata come ordinaria, ai sensi dell'art. 645 c.p.c., e non già tardiva ai sensi dell'art. 650 c.p.c.; il che conferma che alla scadenza dei termini per proporre opposizione non si forma la cosa giudicata formale e che questa si forma solo dopo il controllo del giudice sulla notificazione. Coerentemente, l'art. 656 c.p.c., prevede che, non il decreto non opposto, ma "il decreto d'ingiunzione, divenuto esecutivo a norma dell'articolo 647, può impugnarsi per revocazione nei casi indicati nell'art. 395, nn. 1, 2, 5 e 6"; sono esperibili, perciò, come emerge chiaramente dal confronto con l'art. 324 c.p.c., mezzi straordinari previsti per l'impugnazione contro i provvedimenti passati in cosa giudicata, ai quali

mezzi si aggiunge, per espressa previsione dello stesso art. 656, la revocazione per contrasto con precedente giudicato (art. 395, n. 5) nonché, per l'espressa previsione dell'art. 650 c.p.c., l'opposizione tardiva (sul fatto che l'efficacia di giudicato del decreto ingiuntivo non opposto e munito di esecutorietà ex art. 647, non viene meno di per sè a seguito dell'opposizione tardivamente proposta v. Cass. s.u. 16 novembre 1998, n. 11549 e Cass. 6 ottobre 2005, n. 19429). E' il caso di rilevare, sul piano sistematico, che la mancata definizione del procedimento d'ingiunzione con il decreto ex art. 647 c.p.c., non rende ovviamente irrilevante il fatto che il decreto ingiuntivo non sia stato opposto nei termini. Qualora, infatti, l'intimato dovesse proporre opposizione, e non ricorressero i presupposti per una opposizione tardiva, il giudizio di opposizione, che si configura come uno sviluppo della fase monitoria, dovrebbe chiudersi, previa ancora una volta l'imprescindibile verifica della regolarità della notificazione del decreto ingiuntivo, con il rilievo d'ufficio del giudicato interno, formatosi nell'ambito dell'unitario procedimento in corso (Cass. 6 giugno 2006, n. 13252; Cass. 26 marzo 1991, n. 3258; Cass. 3 aprile 1990, n. 2707). Il giudicato formale e sostanziale, tuttavia, si formerebbe solo con la sentenza che dichiara l'inammissibilità dell'opposizione, come è reso evidente dal fatto che ove il giudice dell'opposizione erroneamente non rilevasse il giudicato interno ed accogliesse l'opposizione, la sentenza, se non impugnata, sarebbe idonea a passare in cosa giudicata (Cass. 20 settembre 1971, n. 2627).

In conclusione, la funzione devoluta al giudice dall'art. 647 c.p.c., è molto diversa da quella della verifica affidata al cancelliere dall'art. 124 d.a.c.p.c.



sulla mancata proposizione di una impugnazione ordinaria nei termini di legge e dall'art. 153 d.a.c.p.c. sulla verifica che "la sentenza o il provvedimento del giudice è formalmente perfetto". Se ne differenzia, infatti, per il compimento di una attività giurisdizionale avente ad oggetto la verifica del contraddittorio, che, come già detto, nel processo a cognizione ordinaria ha luogo come primo atto del giudice e nel processo d'ingiunzione, ove non sia stata proposta opposizione, ha luogo come ultimo atto del giudice. La conoscenza del decreto da parte dell'ingiunto non rappresenta perciò una *condicio juris* che può essere accertata al di fuori del processo d'ingiunzione, eventualmente anche dal giudice delegato in sede di accertamento del passivo, ma costituisce l'oggetto di una verifica giurisdizionale che si pone all'interno del procedimento di ingiunzione e che "chiude il cerchio" dell'attività in esso riservata al giudice in caso di mancata opposizione. Ne consegue che il decreto ingiuntivo non munito, prima della dichiarazione di fallimento, di decreto di esecutorietà ex art. 647 c.p.c., non è passato in cosa giudicata formale e sostanziale nè può più acquisire tale valore con un successivo decreto di esecutorietà per mancata opposizione poichè, intervenuto il fallimento, ogni credito, secondo quanto prescrive l'art. 52 l. fall., deve essere accertato nel concorso dei creditori, secondo le regole stabilite dalla L. Fall., art. 92 e ss., in sede di accertamento del passivo.

Con il secondo motivo si deduce la violazione della L. Fall., art. 45, e art. 647 c.p.c., lamentando che erroneamente il decreto impugnato ha ritenuto

che il visto di esecutorietà costituisca formalità necessaria per rendere opponibile il decreto ingiuntivo ai terzi.

Il rigetto del primo motivo assorbe il secondo e con esso ogni rilievo sul fatto che il decreto di esecutorietà si pone su un piano diverso da quello delle formalità per rendere opponibili gli atti ai terzi.

Con il terzo motivo si deduce la violazione della L. Fall., art. 96, artt. 1709, 2770, 2702 e 2727 c.c., lamentando che erroneamente il Tribunale aveva escluso dal passivo le spese della procedura esecutiva non documentate da esborsi, ma corrispondenti ad attività processuali esposte nella nota spese e necessarie a far progredire la procedura esecutiva, prima del fallimento, sino al deposito dell'istanza di vendita.

Il motivo è fondato. Le spese della procedura esecutiva e le spese che rappresentano un accessorio di legge delle spese processuali sono a carico del debitore, e devono essere ammesse al passivo del suo fallimento, anche quando alla procedura non sia opponibile il titolo in base al quale è stata promossa l'esecuzione. Il privilegio previsto dagli artt. 2755 e 2770 c.c., per gli atti di espropriazione, certamente applicabile anche in caso di fallimento del debitore, presuppone, infatti, la sussistenza del relativo credito nei confronti del fallito indipendentemente dalle condizioni per il riconoscimento del privilegio questo perché le citate disposizioni attribuiscono il diritto di prelazione, ma non il diritto di credito che è preesistente e si fonda sul generale principio dettato dall'art. 90 c.p.c.. Tali spese, inoltre, non possono essere limitate agli esborsi, come ha ritenuto la sentenza impugnata, ma si estendono anche a quelle relative a tutte le

attività poste in essere dal creditore per promuovere e proseguire l'espropriazione sino al momento della dichiarazione di fallimento.

Ne consegue il diritto del creditore di essere ammesso al passivo anche per le spese legali sostenute per l'esecuzione e la necessità che tali spese, ove non vi abbia provveduto il giudice dell'esecuzione, siano liquidate dal giudice delegato.

P.Q.M.

accoglie il terzo motivo di ricorso, rigetta il primo e dichiara assorbito il secondo; cassa la sentenza impugnata in relazione al motivo accolto e rinvia, anche per le spese del giudizio di cassazione, al Tribunale di Treviso in diversa composizione.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio, il 20 novembre 2013.

Depositato in Cancelleria il 31 gennaio 2014