

IRREPERIBILITA' DEL DEBITORE, DECRETO INGIUNTIVO E FALLIMENTO (20/10/2008)

Sempre più spesso ci si trova di fronte a società che operano in clandestinità. Da recente esperienza in materia di recupero crediti risulta che centinaia, se non migliaia, di piccole (e medie aziende) mantengono la sede legale all'indirizzo indicato come tale presso i registri della C.C.I.A.A. Le ragioni sono le più disparate: dalla semplice dimenticanza, per lo più se lo spostamento è all'interno dello stesso Comune (per cui l'intervento del notaio non è più necessario), sino all'estremo tentativo di resistere alle azioni esecutive dei creditori, già scoraggiati dagli elevati costi di un procedimento di tal sorta.

Il problema è poi aggravato dalla peculiarità del sistema socio-economico italiano ove molte imprese (e non solo quelle individuali) hanno un'unica sede ubicata presso l'abitazione personale del legale rappresentante o di un socio di riferimento o addirittura di un terzo (studio professionale). Se alla sede indicata il legale rappresentante o il socio non è più residente o è irreperibile, l'azione di recupero del credito diventa allora estremamente difficile, essendo già preclusa presso gli studi di semplice domiciliazione. Tale comportamento però è sovente attuato da imprenditori che si trovano in stato di insolvenza e che pensano di sfuggire al fallimento rendendosi semplicemente irreperibili sia per tramite della società che personalmente, approfittando anche del disposto dell'art. 10 L.F., non senza commettere illecito penale nella redazione del bilancio finale di liquidazione.

Con le modifiche apportate al codice di procedura civile dalla legge n. 263/2005 è possibile provvedere alla notifica del decreto ove la persona giuridica sia irreperibile, mediante la notifica del medesimo atto per tramite legale rappresentate ivi indicato, notificandogli copia conforme con le modalità di cui agli artt. 138, 139 e 140 c.p.c.. L'ultimo comma dell'art. 145 c.p.c. precisa, inoltre, che se la notificazione non può essere ancora eseguita con le suddette formalità, l'atto può essere notificato al legale rappresentante mediante le formalità di cui agli artt. 140 e 143 c.p.c. a seconda dei casi, ovviamente sempre l'indirizzo dell'organo indicato in atti sia diverso da quello della sede dell'ente.

Sovente accade che il debitore venga dichiarato fallito nelle more del tentativo di notifica del decreto ingiuntivo, proprio perché spesso il creditore si accorge dell'irreperibilità del debitore e/o del legale rappresentate solo dopo il tentativo di notifica con le varie modalità suindicate. In tale evenienza si pone il problema della valenza del tentativo di notifica del decreto e dell'opponibilità dello stesso alla massa fallimentare.

Recentemente la Corte Suprema (Sez. I, 31 ottobre 2007 n. 22959) è intervenuta per chiarire definitivamente la questione del rapporto tra il decreto ingiuntivo e l'ammissione del relativo credito al passivo del fallimento della società ingiunta, sgombrando il campo da molte incertezze.

L'argomento, particolarmente interessante sotto il profilo scientifico, è anche di grande rilevanza pratica come poc'anzi rilevato. In tale circostanza sorgono, infatti, svariati problemi che la suddetta pronuncia risolve efficacemente sulla scorta di alcuni principi giurisprudenziali fondamentali. In particolare ci si chiede: quale sia la valenza del tentativo di notifica, se il decreto ritualmente

notificato sia titolo per l'ammissione al passivo del fallimento ed infine se il curatore possa contestare il decreto ingiuntivo notificato al fallito?

In primis, si deve sottolineare che di inesistenza della notificazione del decreto si può parlare solo in presenza di un tentativo verso luoghi o soggetti che nulla hanno a che fare con il debitore: la Corte, infatti, ha chiarito che *“la notificazione comunque effettuata e quindi anche se nulla, è indice della volontà del creditore di avvalersi del decreto stesso ed esclude pertanto la presunzione di abbandono del titolo che costituisce il fondamento della previsione di inefficacia di esso di cui all'art 644 c.p.c. (cfr. Cass. Sez. Un. n. 2656 del 1974)”*.

La pronuncia in questione distingue, poi, tra decreto ingiuntivo divenuto definitivo prima della sentenza di fallimento e decreto non definitivo per pendenza dell'opposizione o di termini della sua possibilità.

Nulla quaestio -dice la Corte- se il decreto ingiuntivo è stato dichiarato esecutivo ai sensi dell'art. 647 c.p.c. (mancata opposizione nei termini di legge) poiché il giudicato sostanziale conseguente a detto comportamento omissivo copre non soltanto l'esistenza del credito azionato, il rapporto di cui esso è oggetto ed il titolo ed il rapporto su cui si fonda ma anche *“l'esistenza dei fatti impeditivi, estintivi e modificativi del rapporto e del credito precedenti al ricorso per ingiunzione e non dedotti con l'opposizione”* (v. anche Cass. Sez. Un. 4510 del 2006 e Cass. 6085 del 2004). In verità, a questo punto sorge un altro problema e cioè se per l'opponibilità alla massa fallimentare sia sufficiente che sia scaduto il termine per l'opposizione prima della pronuncia di fallimento. Secondo la giurisprudenza e la dottrina dominanti (1) il decreto ingiuntivo acquista efficacia di giudicato sostanziale solo con la dichiarazione di esecutività ex art 647 c.p.c., anche se l'effetto preclusivo di carattere processuale (giudicato formale) si produce indipendentemente dalla predetta pronuncia. Pertanto sembra iniquo far dipendere l'opponibilità del decreto ingiuntivo alla massa fallimentare da un termine incerto posto che il Giudice può apporre la formula esecutiva (come spesso accade) qualche giorno dopo la dichiarazione di esecutività. Del resto scaduti i quaranta giorni dalla notifica l'ingiunto non potrà proporre opposizione anche in assenza della formula esecutiva!

Dunque, il credito vantato nei confronti del fallimento sulla base di un decreto ingiuntivo divenuto definitivo prima dell'apertura della procedura fallimentare dovrà necessariamente partecipare al concorso (ovviamente previa domanda) sempre che lo stesso non sia fondato su un atto inefficace ex art. 64 L.F. (così Trib. Bergamo 7/04/1998). (2) Il curatore non potrà rimuovere gli effetti del decreto che nel mentre ha acquistato autorità di cosa giudicata a meno che non riesca a provare l'irregolarità della notifica e la conseguente impossibilità di aver avuto tempestiva conoscenza del decreto. Il principio è consolidato: la Cassazione (Sez. Un. 12/5/2005 n. 9938) ha chiarito che in tal caso non esistono rimedi equipollenti all'opposizione tardiva ex art. 650 c.p.c.: *“Non può cioè ritenersi equipollente a tale impugnativa la contestazione del credito da parte del curatore effettuata in sede di accertamento dello stato passivo ed il provvedimento di esclusione del credito stesso emesso dal giudice delegato in accoglimento della richiesta del curatore...non essendo la domanda del curatore ed il provvedimento endo-fallimentare emesso dal giudice delegato, strumenti idonei a rimuovere, data la tipicità delle impugnazioni, gli effetti di un*

giudicato". Lo stesso discorso, pur nel silenzio della Corte, si deve fare nel caso in cui l'opposizione non sia stata proposta per caso fortuito o forza maggiore: anche in tale caso spetterebbe al curatore fornire la prova dell'impedimento.

Se invece non sono decorsi i termini per proporre l'opposizione o è in corso il relativo giudizio, il decreto ingiuntivo è inefficace nei confronti della massa e quindi non potrà costituire titolo per l'ammissione al passivo. Il creditore per partecipare al concorso dovrà proporre domanda di ammissione al passivo al pari di tutti gli altri creditori. Ciò deve valere a maggior ragione per il decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo *ope legis ex art. 642*, qualora non sia divenuto irrevocabile alla data del fallimento. Ovviamente in tale caso le spese legali non potranno essere riconosciute in sede di ammissione al passivo in quanto in opponibili alla massa (così come quelle per l'eventuale iscrizione ipotecaria).

Così come la precedenza giurisprudenza ante-riforma negava l'applicazione dell'art. 95, 3° comma, L.F., ("se il credito risulta da sentenza non passata in giudicato è necessaria l'impugnazione se non si vuole ammettere il credito") per due ordini di ragioni: l'art. 96 L.F. è norma speciale non suscettibile di applicazione analogica; il decreto ingiuntivo, poi, in base all'art 14 delle Preleggi non può avere la stessa valenza sostanziale della sentenza emessa nel pieno contraddittorio delle parti, dato l'inattività dell'intimato porta a far ritenere l'accertamento sommario inaudita altera parte come "corrispondente alla realtà giuridica".

Così anche oggi, si deve sostenere che non possa trovare applicazione l'art. 96 2° comma L.F.: il credito per cui è controversia non può essere ammesso con riserva con conseguente inopponibilità alla massa fallimentare delle eventuali ipoteche giudiziali iscritte in forza del decreto emesso in forma provvisoriamente esecutiva.

Avv. Andrea Gulli

1) Cass. 26 marzo 2004 n. 6085; Cass. 26 maggio 2004 n. 10116 n. 849 in Giur. It., 2002, 1627 con nota di Dalmotto.

2) Riccardo Conte, *Inammissibilità dell'opposizione tardiva a decreto ingiuntivo proposta come eccezione in sede di verifica dei crediti*, il fallimento Ipsoa 2008 pag. 971, sottolinea acutamente detto limite sulla scorta della citata pronuncia di merito che ha escluso dal concorso il credito di una banca rappresentato da una fideiussione rilasciata dalla società fallita a favore di terzi a titolo gratuito.

3) Cass. 10 novembre 1961 n. 2625 in Riv. dir. Proc. 1963, 113 con nota di E. Ricci, *Il decreto ingiuntivo di fronte all'art. 95, 3° comma della legge Fallimentare*