

CORTE DI CASSAZIONE — Sez. III — 12 aprile 1994 n. 3399 — Pres. Taddeucci — Est. Francabandera — P. M. Iannelli D. (concl. conf.) — S.a.s. I.M.A. (avv. Contaldi, Sorrentino) c. Ameri e Trapani (avv. Cabras, Borghetto).
(Cassa App. Torino 26 giugno 1990).

[7980/936] Società di persone - Società in nome collettivo - Responsabilità dei soci per i debiti sociali - Beneficium excussionis - Applicazione - Limiti.
(C.c., art. 2304).

Il beneficio della preventiva escussione del patrimonio sociale nella società in nome collettivo opera unicamente in sede di giudizio di esecuzione, configurando una condizione della sola azione esecutiva, sicché il creditore sociale non può procedere coattivamente a carico del socio se non dopo avere agito infruttuosamente sui beni della società (1).

(Omissis). — 1. Col primo motivo, denunciando la violazione degli art. 2499, 2304 e 2313 c.c., la società ricorrente rileva che, non essendo mai stato prestato il suo consenso alla trasformazione della accomandataria Gi-Emme in società di capitali, i soci illimitatamente responsabili della accomandita devono rispondere personalmente e direttamente delle obbligazioni della società anteriori alla trasformazione. Tale responsabilità non è sussidiaria e non osta a tale prospettiva il beneficio di escussione che non attiene alla legittimazione ad agire e che opera solo in sede esecutiva. Dal che consegue che il creditore può agire in sede di cognizione direttamente nei confronti dei soci illimitatamente responsabili, senza la necessità di chiamare in giudizio anche la società.

Il motivo è fondato. La Corte d'appello, pur correttamente rigettando l'eccezione dei convenuti-appellanti relativa al loro difetto di legittimazione passiva (in forza del combinato disposto degli art. 2313 e 2499 c.c.), ha poi erroneamente ritenuto che, spettando ai soci accomandatari, ai sensi dell'art. 2304 c.c., il beneficio di escussione, l'accertamento giudiziale del debito richiede necessariamente la partecipazione al giudizio del soggetto debitore, cioè della società; e la sentenza pronunciata soltanto nei confronti dei soci sarebbe *inutiliter data*.

Tale impostazione deriva dall'aver la corte di merito ritenuto che la responsabilità dei soci abbia carattere di sussidiarietà.

Osserva in contrario questo Supremo Collegio che la responsabilità dei soci nelle società di persone non si distingue dalla responsabilità della società, la quale non ha personalità giuridica: essa è la medesima responsabilità cioè è la responsabilità per le stesse obbligazioni ed è quindi diretta e non potrebbe non essere tale perché la società non ha personalità giuridica ma soltanto autonomia patrimoniale. E nel caso di trasformazione della società di persone in società di capitali, la responsabilità residua dei soci a responsabilità illimitata ai sensi dell'art. 2499 c.c. per le obbligazioni anteriori alla trasformazione non può che essere responsabilità incombente sui soci prima della trasformazione.

Il *beneficium excussionis* di cui all'art. 2304 c.c. non sposta i termini della questione, nel senso che il socio debitore rimane pur sempre soggetto passivo di una obbligazione propria, ma ha il diritto di vedere escusso prima il patrimonio della società. Tale diritto deve essere fatto valere dal debitore beneficiario e non può essere rilevato di ufficio dal giudice né in sede di cognizione né in sede esecutiva (cfr. Cass. 11 giugno 1987 n. 5106). Esso opera esclusivamente in sede esecutiva, nel senso che il creditore sociale non può procedere coattivamente a carico del socio se non dopo aver agito infruttuosamente sui beni della società. Quindi se il creditore agisca *in executivis* nei confronti del socio senza la preventiva escussione del patrimonio sociale, il socio potrà proporre opposizione e l'azione esecutiva in tal caso dovrà essere dichiarata inammissibile per difetto di una condizione dell'azione stessa.

Da quanto sopra esposto emerge chiaramente che il beneficio della preventiva escussione del patrimonio sociale non impedisce al creditore di agire in sede di cognizione per munirsi di uno specifico titolo esecutivo nei confronti del socio.

Ciò al fine di iscrivere ipoteca giudiziale sui beni del socio o al fine di poter prontamente agire esecutivamente contro lo stesso ovvero anche allo scopo di provocare l'adempimento

diretto con rinuncia al beneficio, il che praticamente dovrebbe verificarsi ogni qual volta non esista un patrimonio sociale (cfr. Cass. 23 dicembre 1983 n. 7582; Cass. 24 marzo 1992 n. 3651; Cass. 16 giugno 1992 n. 8011).

Erroneamente quindi la Corte torinese ha sostanzialmente ritenuto la sussistenza di un litisconsorzio necessario passivo tra soci e società ai sensi di cause inscindibili per motivi sostanziali. (*Omissis*)

(1) [7980/936] Sull'ambito applicativo del *beneficium excussionis* nelle società di persone.

1. La questione affrontata dalla sentenza annotata attiene all'ambito di operatività del *beneficium excussionis* a favore del socio nella società (registrata) in nome collettivo, previsto dall'art. 2034 c.c., nonché, in virtù degli art. 2315 e 2462 c.c., anche a favore dell'accomandatario, quale socio illimitatamente responsabile e come tale chiamato a rispondere delle obbligazioni della società (1).

Nella fattispecie esaminata, in cui vi era stata una trasformazione di una società in accomandita semplice in una società di capitali, la Corte d'appello di Torino aveva riconosciuto alla responsabilità dei soci, per le obbligazioni sorte anteriormente a detta trasformazione, un carattere sussidiario, come tale configurabile solo a seguito dell'accertamento dell'insorgenza e della sussistenza di tali obbligazioni nei confronti della società, quale soggetto direttamente obbligato. In assenza della partecipazione al giudizio della società, la Corte torinese aveva quindi annullato la sentenza impugnata ed aveva, ai sensi dell'art. 354 c.p.c., rimesso la causa ai primi giudici.

La Suprema Corte, nel riformare la suddetta decisione, dopo avere premesso che la responsabilità dei soci nella società di persone non si distingue dalla responsabilità della società, la quale non ha personalità ma solo autonomia patrimoniale, afferma che il socio, alla stregua del disposto dell'art. 2304 c.c., è soggetto passivo di una obbligazione propria, ma ha il diritto di vedere escusso prima il patrimonio della società. Il *beneficium excussionis* non impedisce al creditore di agire in sede di cognizione per munirsi di uno specifico titolo esecutivo nei confronti del socio, ma opera esclusivamente in sede di giudizio di esecuzione nel senso che il creditore sociale non può procedere coattivamente a carico del socio se non dopo avere infruttuosamente agito sui beni della società.

2. La suddetta sentenza, secondo cui il beneficio di escussione opera in sede di esecuzione e non invece nel giudizio di cognizione, ribadisce una posizione già espressa in giurisprudenza (2). Tale opinione si basa su una serie di argomentazioni incentrate essenzialmente sui seguenti passaggi: a) il creditore sociale non può procedere ad esecuzione a carico dei soci prima dell'escussione del patrimonio sociale, ma può agire per munirsi nei loro confronti del titolo esecutivo ed iscrivere così ipoteca giudiziaria sui loro immobili in modo che, risultato incapiente il patrimonio sociale, possa poi soddisfarsi prontamente su tali beni; né vale in contrario addurre che il titolo ottenuto nei riguardi della società assume efficacia anche nei confronti dei soci in ragione del carattere diretto, e non fideiussorio, della loro responsabilità, perché tale efficacia è limitata all'accertamento del debito e non, invece, all'accertamento della effettiva qualità dei soci, per il quale necessita una pronuncia specifica da ottenersi nei confronti dei soci stessi (3); b) la tutela offerta ai soci dall'art. 2304 c.c. costituisce una specifica applicazione, in tema di società in nome collettivo, del principio dell'art. 2740 c.c., avendo voluto il legislatore precisare che le obbligazioni sociali trovano la loro principale garanzia nel patrimonio sociale (e cioè nei beni conferiti dai soci o acquistati con l'esercizio dell'im-

(1) Su tale tematica vedi per tutti in dottrina: G. FERRI, *Delle società*, in *Commentario del codice civile* a cura di SCIALOJA e BRANCA, Bologna-Roma 1981, 432 ss.; G. BAVETTA, *La società in nome collettivo*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. RESCIGNO, 16, t. 2, Torino 1985, 144 ss.; A. ALIBRANDI, *Sul beneficium excussionis in materia di società di persone*, in *Arch. civ.* 1991, 513 ss.

(2) Cfr. al riguardo Cass. 24 giugno 1954 n. 2175, *Giur. it.* 1955, I, 1, 675; Cass. 23 dicembre 1983 n. 7582, in questa *Rivista* 1984, I, 2220; Cass. 8 settembre 1986 n. 5479, *Società* 1987, 15; Cass. 26 giugno 1992 n. 8011, *Foro it.* 1993, 867, e da ultimo Cass. 26 giugno 1993 n. 7100, *Società* 1993, 1349, che sottolinea come il *beneficium excussionis* funga da eccezione che paralizza l'azione esecutiva promossa a carico del socio sino all'espletamento (con esito totalmente o parzialmente infruttuoso) dell'azione esecutiva a carico della società. Per i giudici di merito vedi tra le altre: App. Firenze 29 marzo 1988, *Dir. fall.* 1989, II, 143; Trib. Milano 26 giugno 1989, *Società* 1989, 1278, con nota di M. PITTALIS.

(3) Cfr. in questi sensi in motivazione, Cass. 23 dicembre 1983 n. 7582, cit.

presa sociale) e soltanto sussidiariamente nei beni personali, extrasociali dei singoli soci; il socio pertanto non può essere chiamato dal creditore sociale, nei cui confronti è obbligato in via diretta, ancorché sussidiaria, a rispondere nel senso dell'art. 2740 c.c., e cioè in via esecutiva, prima della società dotata di autonomia patrimoniale, senza che però sia precluso al creditore sociale di chiedere o stragiudizialmente, o nel processo cognitivo, al socio l'adempimento della prestazione, o per provocarne l'adempimento diretto con rinuncia al beneficio dell'art. 2304, o per garantirsi il titolo all'iscrizione ipotecaria ed alla pronta esecuzione in caso di inadempimento dell'obbligata principale (società) (4).

Oltre a ribadire più volte, come già detto, l'esposto indirizzo, e sempre al fine di delimitare l'operatività del beneficio di escussione, la giurisprudenza ha avuto anche occasione di affermare: che l'art. 2304 c.c. deve essere interpretato nel senso che al mancato esito dell'azione esecutiva possa essere equiparata la dimostrazione dell'incapacità del patrimonio sociale a soddisfare le pretese del creditore o la verosimile inutilità dell'esperimento dell'azione esecutiva (5); che la dichiarazione di fallimento della società in nome collettivo non dimostra di per sé l'insufficienza del patrimonio sociale, per cui il creditore che voglia agire sui beni personali di un socio (che non sia a sua volta dichiarato fallito) è tenuto a provare di non potere soddisfare la sua pretesa sul patrimonio sociale attraverso la procedura concorsuale, esibendo a tal fine gli stati attivo e passivo della società risultanti dall'accertamento del giudice fallimentare (6). Sul piano processuale poi si è aggiunto che il beneficio in esame configura una condizione dell'azione (7), e non può essere rilevato d'ufficio dal giudice né, ove non sia stato prospettato nel giudizio di merito, può essere dedotto per la prima volta in cassazione (8). Si è infine precisato che il socio illimitatamente responsabile, sempre nell'ambito del giudizio di esecuzione, ma già con l'atto di opposizione al precetto, può far valere il beneficio in questione e richiedere la preventiva escussione del patrimonio sociale, senza essere così costretto ad attendere un pignoramento illegittimo, e ciò nell'interesse dello stesso esecutante (9).

3. Contrariamente a quanto accade in giurisprudenza, si riscontra in dottrina una maggiore articolazione di posizioni circa l'ambito di efficacia del beneficio di escussione nelle società personali.

Sul piano generale si evidenzia innanzitutto, seppure con argomentazioni non sempre coincidenti, la diversa portata che assume la responsabilità del socio a seconda che si versi nell'ambito di applicabilità dell'art. 2268 c.c. (in tema di società semplici o di società irregolari di persone, giusta il richiamo di cui agli art. 2297 e 2317 c.c.) o dell'art. 2304 c.c. (in tema di società collettive regolate o di società in accomandita semplice o per azioni, stante il rinvio agli art. 2315 e 2471 c.c.), proprio in ragione del diverso modo di operare del beneficio di escussione disciplinato dalle suddette disposizioni. Nel primo caso, e cioè nella società semplice, il creditore di tale società può immediatamente agire a sua scelta contro quest'ultima ovvero contro il socio, ed il socio, a sua volta, può paralizzare l'azione promossa attraverso una specifica eccezione, assolvendo all'onere probatorio di indicare i cespiti societari agevolmente espropriabili (10). Nell'altra ipotesi, e cioè nella società in nome collettivo, il creditore non può agire immediatamente contro il socio ma deve dimostrare l'incapienza del patrimonio sociale a soddisfare le sue pretese, sicché la previa escussione della società viene a configurarsi come vera e propria condizione dell'azione esercitata (11).

(4) Per tali argomentazioni vedi ancora in motivazione, Cass. 23 dicembre 1983 n. 7582, cit., e Cass. 26 giugno 1992 n. 8011, cit.

(5) Cfr. al riguardo Trib. Bologna 4 ottobre 1983, *Giur. comm.* 1984, II, 423.

(6) Per tale indirizzo vedi tra le altre: Cass. 4 settembre 1984 n. 4742, *Giur. comm.* 1986, II, 282; Cass. 13 marzo 1987 n. 2647, *ivi* 1987, II, 734.

(7) Parlano espressamente del beneficio di escussione come condizione dell'azione esecutiva nei confronti del socio: Cass. 6 novembre 1957 n. 4257, *Foro it.* 1957, I, 1760; Cass. 27 maggio 1960, *Dir. fall.* 1960, II, 468.

(8) Cfr. Cass. 11 giugno 1987 n. 5105, *Giust. civ. Rep.* 1987, v. *Società di persone*, 40.

(9) Cfr. al riguardo Pret. Verona 20 settembre 1990, *Foro it.* 1991, I, 1588, con nota di M. ORSENIGO.

(10) In tali sensi vedi per tutti, BAVETTA, *op. cit.*, 145; F. GUERRERA, *Società in nome collettivo*, in *Encicl. dir.*, XLII, Milano 1990, 952.

(11) Cfr. ancora BAVETTA, *loc. cit.*, e GUERRERA, *loc. cit.*

Il diverso modo di atteggiarsi del beneficio di escussione nella società semplice ed in quella collettiva è stato spiegato in ragione del diverso grado di autonomia del patrimonio sociale, e si è così evidenziato come, essendo più accentuata detta autonomia nella collettiva e nella accomandita regolare, debba escludersi in radice la stessa legittimazione all'azione nei riguardi del socio sino alla completa escussione della società (G. GHIDINI, *Società personali*, Padova 1972, 259). Per un diverso orientamento le differenze si pongono soprattutto in campo processuale, e si concretizzano in una

Con argomentazioni analoghe a quelle seguite in giurisprudenza, si è messo in luce che quando l'insufficienza del patrimonio sociale risulti chiara non è necessario percorrere le varie fasi del processo esecutivo nei confronti della società prima di agire contro il socio, perché « non si può imporre al creditore di sobbarcarsi a un procedimento lungo e dispendioso, quando *a priori* può stabilirsi che il risultato della esecuzione sarà nullo e perché non si può interpretare la disposizione dell'art. 2304 c.c., posta a difesa del socio, in modo tale da costringerlo a sopportare le spese di un inutile giudizio esecutivo sui beni della società » (12).

La tesi diretta a limitare l'efficacia e le conseguenze dell'art. 2304 c.c., seguita dalla sentenza annotata, è stata invece oggetto di attenzione critica da parte di autorevole dottrina, che ha messo in luce come la suddetta disposizione non si ponga sul piano processuale esecutivo ma stabilisca invece, dal punto di vista del diritto sostanziale, « le coordinate che tracciano la posizione del creditore ed i limiti di essa nei confronti del debitore » (13).

Si è evidenziato al riguardo che l'espressione letterale del citato art. 2304 c.c., che fa divieto ai creditori sociali di « pretendere il pagamento » dai singoli soci se non dopo l'escussione del patrimonio sociale, può correttamente essere interpretata nel senso di porre il divieto sin dalla fase cognitiva del processo, sede nella quale si crea il titolo per agire; ed una siffatta osservazione assume valore non certo marginale in forza della constatazione che proprio il giudizio di cognizione si presenta quale sede naturale della richiesta di pagamento del creditore, laddove invece il giudizio di esecuzione e la correlata aggressione del patrimonio del debitore presuppongono, quale antecedente indispensabile, la mancata soddisfazione della pretesa già oggetto di accertamento giudiziario (14).

Sotto altro versante si è poi detto che ragioni di economia processuale portano a preferire la soluzione opposta a quella accolta dalla giurisprudenza specialmente allorché l'insufficienza dei beni sociali non risulti evidente. Anche siffatta considerazione non può essere trascurata dal momento che l'esperimento dell'intera fase cognitiva da parte del creditore sociale corre il rischio di rivelarsi del tutto superfluo, e di costituire quindi un inutile aggravio per le parti, tutte quelle volte in cui il debitore invochi con successo il beneficio in questione in sede di opposizione ex art. 615 c.p.c. (15).

Per concludere, non può essere sottaciuta una ulteriore considerazione.

È opinione comune che il beneficio di escussione configuri un istituto introdotto a favore dei soci per essere diretto a mitigarne l'onerosa posizione di soggetti responsabili in via illimitata e solidale nelle società personali rispetto alle obbligazioni sociali (16). Orbene, il negare in fase cogni-

diversità nei presupposti processuali e nell'incidenza dell'onere della prova, perché mentre nella collettiva l'onere della prova sull'insufficienza del patrimonio sociale incide sul creditore e la dimostrazione della insufficienza del patrimonio rientra tra i presupposti processuali per costituire una condizione dell'azione, nella società semplice invece l'onere della prova sulla sufficienza dei beni della società a soddisfare il creditore sociale incide sul socio e l'azione del creditore può essere paralizzata soltanto in via di eccezione (così G. FERRI, *Delle società*, art. 2247-2324, in *Commentario del codice civile* a cura di SCIALOJA e BRANCA, cit., 1981, 432-433).

In argomento cfr. infine E. GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*. I. *La pronuncia di merito*, Milano 1967, 284 ss., secondo cui il *beneficium excussionis* opera in relazione al diritto del creditore sociale verso i soci illimitatamente responsabili, ora come requisito costitutivo (art. 2304 c.c.) ora come elemento impeditivo (art. 2268 c.c.).

(12) In questi precisi termini cfr. FERRI, *op. cit.*, 433 s. Per la tesi più rigorosa, secondo la quale sarebbe invece sempre necessario che il creditore, prima di agire contro il socio, proceda al pignoramento e all'espropriazione del patrimonio sociale, vedi A. DE GREGORIO, *Corso di diritto commerciale. Imprenditori. Società*, Città di Castello 1961, 210; A. GRAZIANI, *Diritto delle società*, Napoli 1962, 149.

(13) In questi precisi sensi, cfr. A. PAZZAGLIA, *Società in nome collettivo e beneficium excussionis*, in questa *Rivista* 1984, 2225, cui *adde* per analogo orientamento: G. AULETTA-N. SALANTRO, *Diritto commerciale*, Milano 1982, 133.

(14) Per una puntuale valorizzazione del dato letterale dell'art. 2304 c.c. cfr. PAZZAGLIA, *loc. cit.*

(15) Per tale argomentazione cfr. ancora PAZZAGLIA, *loc. cit.*, il quale osserva altresì come le finalità di garanzia del creditore sociale possano essere conseguite ricorrendo, invece che all'esperimento dell'intera fase cognitiva, al rimedio offerto dall'art. 671 c.p.c., e cioè al sequestro conservativo (anteriore alla causa, art. 672 c.p.c.) dei beni del socio, in modo che, una volta ottenuta una sentenza di condanna esecutiva nei confronti di quest'ultimo, il creditore possa poi giovare della conversione del predetto sequestro in pignoramento ex art. 686 c.p.c.

(16) Sulle finalità di favore per il socio perseguite dal legislatore con il *beneficium excussionis* cfr. per tutti ALIBRANDI, *op. cit.*, 513.

tiva il beneficio *ex art. 2304 c.c.* significa non solo legittimare un drastico ridimensionamento dell'istituto, limitandone eccessivamente la portata, ma anche non graduare in modo adeguato e soddisfacente la tutela del socio di società collettiva su quella del socio di società semplice, che può paralizzare in modo efficace — seppure in via di eccezione — l'azione del creditore sociale, nonostante la minore accentuazione del carattere sussidiario nella sua responsabilità e la minore autonomia patrimoniale di cui gode la società di cui fa parte (17).

GUIDO VIDIRI

(17) Sottolinea la maggiore accentuazione della sussidiarietà della responsabilità del socio nelle società collettive che non nelle società semplici: FERRI, *op. cit.*, 432.

Per il riconoscimento nella società collettiva di un più spiccato rapporto di subordinazione della responsabilità del socio rispetto a quella della società vedi ancora per tutti F. DI SABATO, *Manuale delle società*, Torino 1990, 181.