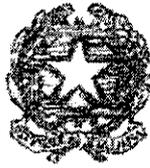


contributo  
unificato



XI  
23749/2011  
**ORIGINALE**

REPUBBLICA ITALIANA

Oggetto

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

TERZA SEZIONE CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. FRANCESCO TRIFONE - Presidente -

Dott. GIOVANNI BATTISTA PETTI - Consigliere -

Dott. FULVIO UCCELLA - Consigliere -

Dott. FRANCO DE STEFANO - Consigliere -

Dott. GIUSEPPINA LUCIANA BARRECA - Rel. Consigliere -

ha pronunciato la seguente

**SENTENZA**

sul ricorso 2048-2007 proposto da:

COLTRO DANIELE CLTDNL54M24L967J, elettivamente

domiciliato in ROMA, VIA L. MANCINELLI 65, presso lo

studio dell'avvocato MOSCATI ENRICO, che lo

rappresenta e difende unitamente all'avvocato

CIPOLLONE GABRIELE;

- ricorrenti -

*nonchè contro*

BERTO GRAZIELLA;

- intimato -

avverso la sentenza n. 16/2006 del TRIBUNALE di

Escussione  
della  
società ex  
art. 2304 cc  
ed  
esecuzione  
nei  
confronti  
del socio -  
opposizione  
all'esecuzione  
-  
qualificazione  
del giudice  
a quo come  
opposizione  
agli atti  
esecutivi

R.G.N. 2048/2007

Cron. 23749

Rep. 6263

Ud. 12/10/2011

PU

2011

2248

ROVIGO, depositata il 25/01/2006; R.G.N. 944/2005.

udita la relazione della causa svolta nella pubblica  
udienza del 12/10/2011 dal Consigliere Dott.  
GIUSEPPINA LUCIANA BARRECA;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore  
Generale Dott. AURELIO GOLIA che ha concluso per il  
rigetto.

IL CASO.it

A handwritten signature in black ink, appearing to be the initials 'CB' or similar, located to the right of the 'IL CASO.it' watermark.

## SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1.- Daniele Coltro propose opposizione avverso l'atto di precetto notificato nei suoi confronti, quale socio della società s.n.c. Impresa Coltro di Coltro Valdestino & C. (contro la quale si era formato il titolo esecutivo costituito dalla sentenza del Tribunale di Rovigo n. 334 del 24 maggio 2005), da Graziella Berto. Dedusse l'opponente che non gli era stato notificato il titolo esecutivo e che la creditrice non aveva il diritto di agire *in executivis*, quanto meno per il mancato rispetto dell'art. 2304 cod. civ., non avendo preventivamente escusso il patrimonio sociale; concluse quindi chiedendo che il precetto fosse dichiarato nullo e comunque privo di efficacia, che fosse dichiarato inesistente il diritto di agire in via esecutiva in capo alla Berto, che questa fosse condannata al risarcimento dei danni ed al pagamento delle spese e competenze di lite.

1.1.- Graziella Berto si costituì in giudizio ed eccepì la tardività dell'opposizione per il mancato rispetto dei termini dell'art. 617 cod. proc. civ.; negò la violazione dell'art. 2304 cod. civ., in quanto col precetto l'azione esecutiva nei confronti del socio era stata soltanto preannunciata, ma non ancora iniziata; chiese la condanna dell'opponente al pagamento delle spese del giudizio ed al risarcimento dei danni ex art. 96 cod. proc. civ.

1.2.- In sede di precisazione delle conclusioni, l'opponente rinunciò al primo motivo di opposizione, confermando le altre richieste contenute nelle conclusioni dell'atto introduttivo.



2.- Il Tribunale di Rovigo, con sentenza contestuale emessa in data 25 gennaio 2006 ai sensi dell'art. 281 sexies cod. proc. civ., ha dichiarato inammissibile l'opposizione, perché tardiva; ha quindi condannato l'opponente al pagamento delle spese processuali in favore dell'opposta.

3.- Avverso quest'ultima sentenza Daniele Coltro propone ricorso straordinario per cassazione, a mezzo di quattro motivi, illustrati da memoria. Non si difende l'intimata.

#### MOTIVI DELLA DECISIONE

1.- Preliminarmente va detto dell'ammissibilità del ricorso straordinario per cassazione.

Il ricorso è proposto avverso una sentenza pronunciata in primo grado dal Tribunale di Rovigo il 25 gennaio 2006.

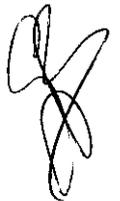
Sebbene, come si dirà trattando dei primi due motivi di ricorso, fossero stati proposti due diversi motivi di opposizione, l'uno qualificabile come opposizione agli atti esecutivi e l'altro invece come opposizione all'esecuzione, il giudice di merito ha concluso nel senso della inammissibilità di entrambi perché tardivamente proposti. Il Tribunale ha espressamente qualificato come proposto ai sensi dell'art. 617 cod. proc. civ. soltanto il motivo di opposizione concernente la mancata notificazione del titolo esecutivo; tuttavia ha finito per ricondurre alla norma appena citata anche il motivo di opposizione concernente la violazione dell'art. 2304 cod. civ., per come è reso palese dalla statuizione di inammissibilità dell'opposizione proposta <<perché tardiva>>, secondo quanto si legge sia in

motivazione che in dispositivo. A ciò si aggiunga che nella parte della motivazione dedicata alla doglianza dell'opponente concernente il citato art. 2304 cod. civ. il giudice, nell'escluderne la violazione, non afferma il diritto della creditrice di procedere ad esecuzione forzata (come avrebbe dovuto fare se avesse ritenuto di decidere ex art. 615 cod. proc. civ.), ma dimostra di trattare la censura come riferita ad un vizio di <<inesistenza del precetto>>, così risolvendola con l'affermazione di esistenza/regolarità dell'atto e, quindi, prescindendo da ogni riferimento all'art. 615 cod. proc. civ.

**1.1.-** Orbene, in proposito non può che essere ribadito il principio più volte espresso da questa Corte per il quale l'individuazione del mezzo di impugnazione esperibile contro un provvedimento giurisdizionale va effettuata facendo esclusivo riferimento alla qualificazione data dal giudice all'azione proposta, con il provvedimento impugnato, a prescindere dalla sua esattezza e dalla qualificazione dell'azione data dalla parte, in base al principio dell'apparenza, e tanto al fine di escludere che la parte possa conoscere *ex post*, ad impugnazione avvenuta, quale era il mezzo di impugnazione esperibile (cfr., tra le tante, proprio in materia di opposizioni esecutive, Cass. n. 26294/07, n. 11012/07, n. 4507/06, nonché, da ultimo, anche Cass. ord. n. 2261/10); ne consegue che avendo il giudice a quo qualificato come opposizione agli atti esecutivi l'opposizione proposta dal Coltro, questi correttamente ne ha individuato il rimedio nel ricorso straordinario per cassazione e non nell'appello -come

avrebbe dovuto se fosse stata qualificata come opposizione all'esecuzione, trattandosi di sentenza alla quale si sarebbe dovuto applicare l'art. 616 cod. proc. civ., nel testo anteriore alla modifica apportata dall'art. 14 della legge n. 52 del 2006 (poi abrogata dall'art. 49, comma secondo, della legge n. 69 del 2009).

2. - Col primo motivo di ricorso, il ricorrente denuncia appunto la violazione e/o la falsa applicazione degli artt. 615, comma primo, cod. proc. civ. e 2304 cod. civ., con riferimento all'art. 360 n. 3 cod. proc. civ., per avere il giudice di merito qualificato come opposizione agli atti esecutivi, e quindi dichiarato inammissibile, il motivo di opposizione concernente la violazione dell'art. 2304 cod. civ. Sostiene l'opponente che l'opposizione avrebbe dovuto essere qualificata come opposizione all'esecuzione poiché relativa al diritto della creditrice di una società di persone, nel caso di specie società in nome collettivo, ad agire in via esecutiva direttamente contro i soci, facendo valere nei loro confronti il titolo esecutivo formatosi nei confronti della società: ciò, che dovrebbe avvenire previa escussione del patrimonio sociale, appunto ai sensi del citato art. 2304 cod. civ.; conseguentemente, avrebbe errato il giudice di merito nel dichiarare inammissibile l'opposizione perché proposta oltre il termine dell'art. 617 cod. proc. civ., decorrente dalla data di notificazione del precetto, in quanto si sarebbe dovuta ritenere la stessa svincolata dal rispetto di tale termine di decadenza. Aggiunge l'opponente che non vi sarebbe stata da parte sua la contestazione dell'esistenza del titolo



esecutivo, bensì la contestazione che la creditrice Berto non avesse diritto ad agire esecutivamente nei suoi confronti, quale socio illimitatamente responsabile di una società in nome collettivo, se prima non si fossero verificate le condizioni dell'azione, consistenti nel mancato pagamento da parte della società o comunque nell'accertata insolvibilità di questa. Conclude rilevando che, avendo il giudice di merito dichiarato l'inammissibilità dell'opposizione, non avrebbe esaminato una serie di circostanze atte a dimostrare, nel merito, la fondatezza delle suesposte ragioni dell'opponente in punto di mancato rispetto dell'art. 2304 cod. civ.

**2.1.-** Il motivo è fondato.

L'art. 2304 cod. civ. prevede il *beneficium excussionis* in favore dei soci illimitatamente responsabili di una società di persone, in base al quale il creditore sociale non può pretendere il pagamento da un singolo socio se non dopo l'escussione del patrimonio sociale (ovvero, nel caso di società semplice o di società irregolare, dopo l'escussione dei beni sociali che il socio richiesto del pagamento gli abbia indicato come agevolmente idonei a soddisfarlo). Trattasi di beneficio operante, secondo la giurisprudenza di questa Corte, esclusivamente in sede esecutiva, poiché non è impedito al creditore, pure se abbia un titolo esecutivo di origine stragiudiziale, di formarsene uno giudiziale nei confronti del socio (cfr. già Cass. n. 7582/83, nonché Cass. n. 1050/96, n. 13183/99, n. 15700/02, n.6048/03, n. 15713/04, n. 1040/09); e ciò in ragione del fatto che, se il titolo riguarda la società,

può essere azionato pure contro il socio (Cass. n. 613/03, n.19946/04, nonché, da ultimo, Cass. n. 6734/11), mentre altrettanto non avviene nel caso inverso.

Proprio perché il creditore sociale non può procedere coattivamente a carico del socio se non dopo avere agito infruttuosamente sui beni della società, la preventiva escussione di questa si configura come condizione dell'azione esecutiva nei confronti del singolo socio. Più specificamente, in applicazione del principio dell'art. 2740 c.c. e del concetto di garanzia generale che è connesso al patrimonio del debitore a favore del creditore, il beneficio attiene alla garanzia del patrimonio del socio nei confronti del creditore sociale ed opera nel senso che il socio non può essere chiamato a rispondere in sede esecutiva prima della società, dotata di autonomia patrimoniale (cfr. Cass. n. 15036/05); pertanto, il creditore sociale è privo del diritto di agire nei suoi confronti, se non abbia preventivamente escusso la società.

Ne segue che l'inosservanza dell'art. 2304 cod. civ. può essere eccepita dal socio, anche quando l'azione esecutiva sia soltanto minacciata nei suoi confronti con la notificazione del precetto (cfr. Cass. n. 15036/05 cit.) e comunque quando sia iniziata, mediante opposizione a norma dell'art. 615 c.p.c. (cfr. anche Cass. n. 3399/94, in motivazione).

Poiché la differenza fra opposizione all'esecuzione ed opposizione agli atti esecutivi deve essere individuata nel fatto che la prima investe l'an dell'azione esecutiva, cioè il diritto della parte istante a promuovere l'esecuzione

sia in via assoluta che relativa, mentre la seconda attiene al *quomodo* dell'azione stessa e concerne, quindi, la regolarità formale del titolo esecutivo o del precetto ovvero dei singoli atti di esecuzione, senza riguardare il potere dell'istante ad agire *in executivis* (cfr., fra le tante, Cass. n. 16262/05, n. 8112/06, n. 24047/09), **l'opposizione del socio di società di persone illimitatamente responsabile, avverso il precetto notificatogli dal creditore sociale sulla base del titolo esecutivo giudiziale formatosi nei confronti della società, con la quale si fa valere la mancata osservanza dell'art. 2304 cod. civ., si configura come opposizione all'esecuzione. Essa infatti attiene ad una condizione dell'azione esecutiva nei confronti del socio, quindi al diritto del creditore sociale di agire esecutivamente ai danni di quest'ultimo.**

2.2.- La sentenza impugnata non ha fatto applicazione dei principi di cui sopra e, qualificando l'opposizione come opposizione agli atti esecutivi e ritenendone perciò la tardività perché proposta oltre il termine dell'art. 617 cod. proc. civ., ha reso, con la declaratoria di inammissibilità, una decisione non conforme a diritto, non pervenendo all'esame nel merito della domanda (*arg. a contrario* da Cass. n. 23847/08).

Va pertanto accolto il primo motivo di ricorso.

3.- Col secondo motivo di ricorso è dedotta violazione e/o falsa applicazione, con riferimento all'art. 360 n. 3 cod. proc. civ., degli artt. 183, comma quinto, cod. proc. civ. e 112 cod. proc. civ., per avere il giudice del merito

deciso su un motivo di opposizione al quale l'opponente aveva espressamente rinunciato con la precisazione delle conclusioni compiuta all'udienza del 25 gennaio 2006, senza trarre le debite conseguenze da tale rinuncia.

**3.1.-** In effetti, la sentenza impugnata dà atto dell'intervenuta modificazione delle domande compiuta dall'opponente all'udienza di precisazione delle conclusioni, e malgrado ciò si pronuncia nel merito del motivo di opposizione agli atti esecutivi.

Risulta invece dalle conclusioni riportate alle pagine 14 e 15 del ricorso che l'opponente aveva espressamente rinunciato al motivo di opposizione basato sulla mancata notificazione del titolo esecutivo e, quindi, aveva sì insistito per la declaratoria di nullità e/o di inefficacia del precetto -come rilevato pure dal giudice a quo- ma soltanto con riguardo al motivo di opposizione all'esecuzione basato sull'inosservanza dell'art. 2304 cod. civ. da parte della creditrice precettante.

**3.2.-** Orbene, è giurisprudenza costante di questa Corte, che qui si ribadisce, quella per la quale la rinuncia alla domanda, a differenza della rinuncia agli atti del giudizio, non richiede l'adozione di forme particolari, non necessita di accettazione della controparte ed estingue l'azione (cfr. Cass. n. 8387/99, n. 19946/04). Pertanto, il Tribunale di Rovigo, dopo aver constatato la modificazione delle conclusioni da parte dell'opponente nel senso anzidetto, avrebbe dovuto prendere atto del venir meno del suo potere-dovere di giudicare in merito al motivo di opposizione rinunciato, fatta salva ogni determinazione,

riservata allo stesso giudice di merito, in punto di decisione sulle spese processuali (da adottarsi secondo il noto principio della soccombenza virtuale: cfr., tra le altre, Cass. n. 271/06, n. 21244/06).

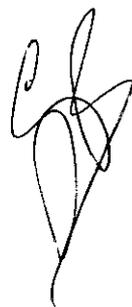
Pertanto, va accolto anche il secondo motivo di ricorso.

**4.-** In conseguenza dell'accoglimento del primo e del secondo motivo di ricorso, la sentenza impugnata va cassata e la causa va rinviata al Tribunale di Rovigo in diversa composizione, che si atterrà ai principi di diritto sopra richiamati. Restano assorbiti il terzo ed il quarto motivo di ricorso.

**4.1.-** Infatti, col terzo motivo è denunciata violazione e/o falsa applicazione di norme di diritto (artt. 115 e 116 cod. proc. civ. e 2700 cod. civ.), nonché vizio di motivazione, con riferimento alla mancata valutazione da parte del giudice a quo del verbale di pignoramento redatto dall'ufficiale giudiziario a seguito dell'accesso presso la sede dell'Impresa Coltro dei F.lli Coltro s.n.c.

Trattasi di valutazione attinente al merito del motivo di opposizione all'esecuzione (del quale si è detto al precedente punto n. 2), poiché riguarda la verifica della sussistenza della condizione di cui al più volte citato art. 2304 cod. civ. Ad essa provvederà pertanto il giudice del merito, nuovamente investito della causa a seguito del rinvio.

**4.2. -** Col quarto motivo è denunciata violazione dell'art. 360, comma primo, numeri 3 e 5 cod. proc. civ. - art. 92 cod. proc. civ. , con riferimento alla statuizione di condanna dell'opponente al pagamento delle spese



processuali, che viene meno a seguito della cassazione della sentenza impugnata.

5.- Avuto riguardo al fatto che il ricorso straordinario si è reso necessario per l'erronea qualificazione di uno dei motivi di opposizione da parte del giudice del merito e per la mancata considerazione da parte di questi della rinuncia all'altro motivo di opposizione, ed avuto altresì riguardo al comportamento processuale dell'intimata, che non ha resistito dinanzi a questa Corte, si ritiene di giustizia la compensazione delle spese del giudizio di cassazione.

**Per questi motivi**

La Corte accoglie il primo ed il secondo motivo di ricorso, dichiara assorbiti gli altri; cassa e rinvia al Tribunale di Rovigo in diversa composizione. Compensa le spese del giudizio di cassazione.

Così deciso in Roma, il 12 ottobre 2011.

Il Presidente

*Francesco Mar*

L'Estensore  
*Giuseppe Lucio Leone*

Il Funzionario Giudiziario  
**Innocenzo BATTISTA**

*[Signature]*

DEPOSITATO IN CANCELLERIA

0001 ..... 14 NOV 2011

Il Funzionario Giudiziario  
**Innocenzo BATTISTA**

*[Signature]*