

**RECESSO ed ESCLUSIONE DA SOCIETA' DI FATTO
CONCORRENZA SLEALE DEL SOCIO RECEDUTO**

Cassaz. Sez. I civ. 07 agosto 2014 n. 17792



a cura di Luciano Aldo Ferrari

Commissione Consultiva di diritto societario e commerciale

Coordinatore: dott. Luciano Aldo Ferrari - Delegato del Consiglio: rag. Marco Mattei

Membri: Astori Riccardo, De Toni Michele, Filippini Ombretta, Mai Palazzolo Davide, Pasolini Marco, Sardo Erica, Soardi Alberto, Tonni Annamaria, Vaianella Nicolò

Alcune riflessioni in tema di società di fatto alla luce dei principi di cui a Cassazione, sez. I civile, n. 17792 del 07 agosto 2014

1. Premessa

La Corte di Cassazione, Sezione prima civile, con la sentenza n. 17792 del 07 agosto 2014 è tornata su un argomento, peraltro già discusso in dottrina e giurisprudenza, circa la validità per cronologia in relazione alla concorrenza fra risoluzione del rapporto sociale per recesso o per esclusione in una società di fatto nonché sul trasferimento della proprietà immobiliare alla medesima figura giuridica.

Nella fattispecie oggetto della sentenza in rassegna, in Tribunale di Pescara, con sentenza 934/2003 dep. 11.06.2003, su istanza di alcuni soci di una società di fatto aveva condannato un terzo socio alla cessazione di attività commerciale ritenuta in concorrenza con la società ed al rilascio di una parte di un fabbricato, occupata dal soccombente, ed asseritamente ritenuto di proprietà della società di fatto esistente fra attori e convenuto, nonché al risarcimento del danno da quantificarsi con separata CTU nel proseguimento del giudizio.

La Corte d'Appello di L'Aquila, adita dal convenuto di primo grado ed in via incidentale dalle altre parti del giudizio, con sentenza n. 113/06 del 10.01.2006 depositata il 13 febbraio seguente, R.G. 874/03, decise per la reiezione di tutte le domande proposte.

Il Giudice d'Appello ebbe a precisare che a prescindere dall'accertamento, non richiesto in via autonoma dalle parti in causa, dell'esistenza o meno di una società di fatto fra tutti, deve considerarsi pacifico un comportamento concludente del convenuto di primo grado, manifestatosi nel marzo 1979 e tale da porre in essere – qualora esistente – un recesso dalla società.

Da tale assunto, è evidente, la Corte distrettuale dedusse l'infondatezza della domanda diretta ad inibire e sanzionare dal punto di vista risarcitorio la concorrenza del socio ex art. 2301 c.c.

Sotto altro, ma concorrente profilo, sempre la Corte distrettuale ha poi ritenuto infondata la domanda di rilascio dell'immobile, proposto nei confronti sempre del socio primo convenuto, rilevando che il fabbricato insistente su un terreno di proprietà comune di tutti i soci della s.d.f. deve considerarsi di "comune proprietà indivisa", anche in considerazione della prova del suo conferimento alla società di fatto (che è mancante) e pertanto non può essere oggetto di un'azione di rilascio nei confronti di uno dei comproprietario pro indiviso.

Altre furono le doglianze poste a giudizio di entrambi i Collegi giudicanti ma esulano dalla disamina di questo scritto.

2. I presupposti analizzati dalla Corte di Cassazione

Scorrendo la parte narrativa protocollare che introduce e chiarisce l'escatocollo dispositivo, si rileva, in prima battuta, che gli attori ebbero a dolersi che nell'ipotesi di società di fatto il recesso del socio attuato senza alcuna comunicazione, neanche verbale, ma posto in essere con le modalità attuate dal convenuto di primo grado, integrasse comunque un'ipotesi di concorrenza sleale ex art. 2598 c.c., nn. 1 e 3 ed una serie di fatti illeciti soggetti alla disciplina di cui all'art. 2403 cod. civ.

Osserva il Supremo Giudice che i ricorrenti incidentali non hanno colto la *ratio decidendi* della Corte d'appello, che è stata quella di ritenere che, a voler considerare sussistente una società di

fatto, i comportamenti del convenuto – indicati da controparti come contrastanti con il divieto di attività concorrente da parte del socio, ipotesi riconducibile all'art. 2301 c.c., applicabile anche alle società di fatto, ed evidentemente diversa e più ampia rispetto a quella della concorrenza sleale, - si realizzarono dopo la sua uscita dalla società di fatto. Come, parimenti, prosegue nel suo ragionamento la Corte di Cassazione, sono infondate le censure mosse secondo cui il recesso per *facta concludentia* non può essere riconducibile ad atti arbitrari e violenti ai danni della società e secondo cui la norma di cui all'art. 2301 c.c. non troverebbe applicazione alle società di fatto in virtù del richiamo dell'art. 2293 c.c.

Conclude, *in parte qua*, il sillogismo la S.C. enunciando che l'idoneità di un comportamento concludente è strettamente correlata alla sua univocità e percepibilità¹. Nella società personale contratta a tempo determinato, il recesso di uno dei soci, che non venga esercitato né per giusta causa, né nei casi previsti dal contratto sociale, comporta la modificazione del medesimo contratto e, pertanto, la necessità del consenso degli altri soci, quale accettazione, che è atto a forma libera – al pari del negozio cui si riferisce – e può essere desunta anche da "*facta concludentia*" univoci.

In tal caso, determinandosi lo scioglimento del rapporto sociale al momento stesso del suo perfezionamento, il recesso prevale rispetto all'esclusione successivamente deliberata dai soci, in quanto il principio secondo cui deve ritenersi operante quella che si verifichi per prima, trova applicazione anche nel caso di concorso fra recesso ed esclusione.

Nel caso di specie, poi, la S.C. fa notare che la disposizione di cui all'art. 2301 c.c. è stata proposta applicabile anche alle altre forme societarie ed in particolare alla società di fatto proprio dai ricorrenti incidentali facendone fondamento della propria domanda, con ciò consacrando l'esistenza della s.d.f. fra le parti in giudizio e la perfetta conoscenza del recesso da parte di un socio.

Sotto altro profilo e con espresso riferimento alla proprietà immobiliare è stata eccepita la violazione degli artt. 1102 e 934-935 c.c. con riferimento agli artt. 936, 1350 nonché 2251 e ss. del codice civile.

Trattasi delle disposizioni relative all'utilizzo della cosa comune (1102) e delle opere e costruzioni fatte sopra e sotto il suolo o con materiali di terzi (934 e 935), in relazione alle opere fatte da un terzo con materiali propri (936) nonché alla disposizione contenuta nell'art. 1350 – atti che devono farsi per iscritto - nonché al Capo II, Titolo V, del Libro V – Del Lavoro – relativo alla Società Semplice.

Nella fattispecie concreta su un terreno di comune proprietà indivisa fra i quattro soci gli stessi avevano proceduto alla costruzione di un fabbricato con l'utilizzo di materiali e mezzi non già forniti dai soci comunisti ma dalla società di fatto (esistente sempre fra i medesimi).

Orbene, la disputa è stata sollevata proprio in relazione a tal ultima qualità: che i mezzi e di beni per edificare siano stati forniti "dalla s.d.f." e non dai comproprietari del terreno in comunione.

Se ne dovrebbe dedurre, quindi, la pacifica applicabilità della disposizione contenuta nell'art. 936 c.c. e non quelle contenute negli articoli 934 e 935: a ciò aggiungansi diverse argomentazioni circa la società semplice.

Anche in questo caso la S.C. rileva infondata la doglianza, essendo che il *thema decidendum* non è già da riferirsi ai proprietari del terreno ed alle opere e mezzi di edificazione (chi ciò avrebbe fornito), ma va oltre andando alla radice formale del problema.

¹ In punto Cassaz.Sez. I civ. n. 2438 dl 20.01.2009.

Il conferimento della proprietà dell'immobile alla società di fatto avrebbe richiesto la prova scritta ex art. 1350 1° c. n. 1 cod.civ.², in assenza della quale, correttamente, la comproprietà immobiliare spetta in comunione ai quattro singoli comproprietari del suolo. Da ciò l'infondatezza della domanda di rilascio formulata nei confronti del contro ricorrente e la conseguente, ovvia, estraneità al giudizio di cui è qui esame di ogni doglianza relativa alle disposizioni di cui all'art. 1102 c.c. in tema d'uso della cosa comune.

I due temi di notoria importanza pratica meritano un approfondimento.

3. La nozione di società di fatto

Va osservato, in via preliminare, che la definizione di "società di fatto" non esiste nel codice civile e la giurisprudenza ritiene, costantemente, che l'esistenza di una qualunque manifestazione di società, quindi anche della s.d.f., richieda il concorso degli elementi sia oggettivo che soggettivo. Quello oggettivo è rappresentato dal conferimento di beni e/o servizi, con la formazione di un fondo comune; quello soggettivo è costituito dalla comune intenzione dei contraenti di vincolarsi e di collaborare per conseguire risultati patrimoniali comuni nell'esercizio collettivo di un'attività imprenditoriale.

Tale comune intenzione costituisce il contratto sociale, senza del quale la società, qualsiasi società, non può esistere. Quel che caratterizza la società di fatto non è, dunque, la mancanza del contratto sociale, ma il modo in cui questo si manifesta e si esteriorizza; esso, infatti, può essere stipulato anche tacitamente e risultare da manifestazioni esteriori dell'attività di gruppo, quando da esse, per la loro sintomaticità e concludentza, evidenzino l'esistenza della società (*facta concludentia*).³

Questo concetto è condiviso anche dalla giurisprudenza di merito che, altresì, precisa la necessità dell'assunzione, da parte dei soci di fatto, della condivisione dei rischi.⁴

Inoltre, il concetto di società di fatto deve ritenersi circoscritto all'ambito delle società di persone, caratterizzate dalla mancanza di personalità giuridica e dalla esistenza di una semplice autonomia patrimoniale.⁵

Tuttavia caratteristica comune delle società di fatto, come di tutte le società, è il perseguimento dello scopo di lucro.

Infatti, nella società di persone detto scopo – nel duplice aspetto dello scopo di conseguire un utile (c.d. lucro oggettivo) e di ripartirlo fra i soci (c.d. lucro soggettivo) – costituisce elemento essenziale della fattispecie, che deve essere accertato in base al contratto sociale e non in base ai risultati ottenuti attraverso l'attività svolta.

Così nel caso della società di fatto, in cui il momento negoziale del rapporto e quello operativo sono connessi, l'accertamento deve riguardare lo svolgimento, in comune, di un'attività economica idonea a procurare un lucro e la presenza di strutture associative atte a farlo conseguire a coloro che hanno operato come soci, dovendosi ritenere mancante quell'elemento solo quando la finalità di guadagno, nel duplice senso dianzi menzionato, risulti in tal modo oggettivamente esclusa.

Altro elemento essenziale è l'*affectio societatis*.

Tale qualità, ai fini della sussistenza di una società di fatto nei rapporti interni, implica che il risultato economico, sperato dai soci, debba essere perseguito mediante una comune attività nel

² V. Cassaz. Civ. n. 24961 del 25.11.2011

³ *Ex pluribus*, Cassaz. 22.2.2000 n. 1961; in termini Cassaz. 7.5.1976 n. 1594

⁴ Trib. Roma 9.11.1999, *Gl.* 2000, 787

⁵ Cass. 21.1.1971, n. 118, *FP*, 1971, I, 947

senso che non è sufficiente che l'attività imprenditoriale, riferibile alla volontà di un solo soggetto, sia svolta nell'interesse anche di altri soggetti, ma è necessario che l'attività stessa sia riconducibile alla volontà collettiva dei soci – sia nella fase deliberativa che in quella esecutiva – pur non essendo indispensabile la partecipazione personale di tutti i soci ad ogni singolo atto dell'attività imprenditoriale collettiva.⁶

Irrilevante è, invece, il motivo per il quale un'attività imprenditoriale collettiva sia formalmente gestita sotto la denominazione di un'impresa individuale. Può, anzi, capitare che la sussistenza del fenomeno sociale sia inconsapevole conseguenza della collaborazione economica tra più soggetti (c.d. società "tacita" o "implicita").

Taluni hanno, inoltre, considerato possibile l'esistenza di una società di fatto fra società di persone; si rintraccia una massima del Tribunale di Biella che afferma: "E' ammissibile una società di fatto fra due società di persone ed è pertanto ammissibile che una società semplice partecipi in qualità di socio illimitatamente responsabile di una società di persone"⁷

4. La costituzione di una s.d.f.

L'accoglimento della nozione di società di fatto come fenomeno in cui il contratto sociale – inteso come comune intenzione dei contraenti di vincolarsi e di collaborare per conseguire risultati patrimoniali comuni nell'esercizio collettivo di un'attività imprenditoriale – è stipulato tacitamente o in modo implicito attraverso l'esercizio di fatto in comune dell'attività economica, implica che la costituzione della stessa non richieda l'adozione di forme particolari.

In generale la forma scritta non è necessaria per la costituzione di società irregolari.

Tale conclusione discende dall'accoglimento nel nostro ordinamento, e salvo le eccezioni previste dalla legge, del principio della libertà delle forme, di cui all'art. 1325 n. 4 cod.civ. Con la conseguenza che l'intento negoziale può essere manifestato, in linea di massima, con qualsiasi mezzo idoneo a renderlo riconoscibile all'esterno, ed è quindi giuridicamente rilevante anche in assenza di una specifica o esplicita dichiarazione.⁸

In proposito si è già visto che la società di fatto può, in generale, costituirsi anche a seguito di manifestazioni tacite di volontà o di comportamenti concludenti dei partecipanti all'impresa.

La Cassazione ha sempre ritenuto che la volontà di costituire una società possa essere desunta dalla costituzione di un fondo comune e dalla sua destinazione all'acquisto di una macchina per l'esercizio di un'attività economica col fine di ripartire gli utili fra i soci.⁹

La principale eccezione a tale principio è relativa al conferimento di immobili ove si richiede la forma scritta *ad substantiam*.

Anche in caso di conferimento in godimento di beni immobili senza determinazione di tempo il contratto verbale costitutivo di una società deve ritenersi nullo ai sensi dell'art. 2251 cod.civ. in relazione all'articolo 1350 n. 9 cod. civ. il quale contempla la forma scritta sostanziale per detti conferimenti immobiliari ove siano ultranovennali od a tempo indeterminato.

Sul punto della conclamata nullità si osservi che per escluderla non è invocabile il principio della conservazione del negozio giuridico onde circoscrivere il patto societario nei limiti del novennio per cui non sia necessaria la forma scritta, in quanto ciò esulerebbe dalla mera interpretazione della volontà delle parti, che hanno voluto un termine più lungo o senza termine.

⁶ Cassaz. 23.09.1971 n. 2464

⁷ Trib. Biella 6.10.1998, *DF*, 1998, II, 1165.

⁸ Cassaz. 1.4.1996 n. 3003

⁹ Cassaz. 17.6.1967 n. 1243

L'interpretare la volontà riducendo al novennio il periodo contrattuale si risolverebbe in un'arbitraria sostituzione della volontà contrattuale del tutto equiparabile, *quod effectum*, al fenomeno dello scioglimento della società.¹⁰

5. La prova dell'esistenza della società di fatto in generale

Dall'accertamento dell'esistenza della società di fatto consegue una serie di effetti, sia nei confronti di soci, sia nei confronti dei terzi che con tale società vengono in contatto

Quanto ai rapporti fra i soci, si tratta, in particolare, dell'obbligo dei conferimenti, del diritto alla ripartizione degli utili e delle obbligazioni che sorgono fra soci a seguito dell'attività sociale.

Quanto ai rapporti con i terzi, ci si riferisce alla soggettività giuridica, al *beneficium excussionis*, agli effetti del fallimento nei confronti dei soci.

Naturalmente, sul piano processuale, tali effetti possono essere fatti valere solo in quanto sia data prova dell'esistenza della società di fatto.

Tale prova, in mancanza di un atto costitutivo formalizzato, non sempre è agevole. In particolare, la prova dell'esistenza di una società di fatto è regolata da principi diversi, a seconda che si verta in tema di rapporti interni fra i soci o di rapporti esterni con i terzi.

La corrente dottrina è concorde nel ritenere che, in caso di società di fatto palese, debba provarsi l'esistenza del vincolo sia nei rapporti interni che in quelli esterni; nella società di fatto occulta invece sarà sufficiente provare l'esistenza del vincolo fra i soci; nella società apparente infine dovrà provarsi che il vincolo, inesistente nei rapporti interni, si configura come esistente nei confronti dei terzi.

La giurisprudenza giunge a conclusioni non dissimili stabilendo che nella verifica della sussistenza degli estremi di una società di fatto, il giudice, mentre nei rapporti con i terzi deve fare riferimento essenzialmente alle manifestazioni esteriori significative dell'esistenza di una *affectio societatis* che abbia ingenerato nei terzi un affidamento in tal senso meritevole di tutela, nei rapporti interni deve basarsi sulla ricostruzione e interpretazione della reale volontà delle parti; l'onere della prova della sussistenza di un rapporto sociale non formalizzato incombe su chi lo allega quale fatto costitutivo di una sua pretesa.¹¹

5.1 La prova nei rapporti interni

Al fine di stabilire l'avvenuta costituzione di una società di persone nei rapporti interni fra i pretesi soci, occorre accertare l'intrinseca consistenza del negozio assunto come sociale e, precisamente, l'elemento oggettivo dato dall'apporto dei beni o servizi e dalla conseguente formazione di un fondo comune, con la comune partecipazione ai guadagni o alle perdite, e l'elemento soggettivo dell'*affectio societatis*, vale a dire dell'intenzione pattizia dei contraenti di costituire un vincolo di collaborazione allo scopo di conseguire un interesse comune nell'esercizio collettivo di attività imprenditoriale.

A tal fine non può ritenersi sufficiente la circostanza che il soggetto che si assume socio abbia svolto nell'azienda una pluralità di mansioni, compresi incassi, pagamenti e versamenti, tali mansioni essendo pienamente comparabili con il contenuto di incarichi e di commissioni anche riconducibili ad un rapporto di lavoro subordinato.¹²

Attorno all'osservanza dei comportamenti concludenti è del tutto significativa e postula ogni ulteriore considerazione la seguente massima: "La sussistenza dei requisiti della società di fatto, nei rapporti interni fra i soci, può essere desunta da *facta concludentia*. In particolare, il giudice

¹⁰ In punto v. Cassaz. 2.4.1999 n. 3166; in termini Cass. 19.1.1995 n. 565, Soc.1995, 8, 1041 con nota di P. Messina

¹¹ Cassaz. 24.05.2000 n. 6797

¹² Cassaz. 25.05.1983 n. 3591

di merito può utilizzare, quali elementi rivelatori dell'esistenza della società, anche nei rapporti interni fra i soci, la corrispondenza, gli atti e, in genere, tutto il comportamento tenuto dai soci nei confronti dei terzi".¹³

Del pari, poi, non ritengo che l'accertamento della sussistenza di una società di fatto richieda la dimostrazione di un *pactum fiduciae*, estraneo alla situazione di fatto accertabile, fra i soggetti interessati all'esercizio dell'impresa comune.¹⁴

La giurisprudenza ha, poi, attribuito rilevanza ad operazioni di finanziamento e garanzia.

Si è precisato che l'esistenza del contratto sociale, anche ai fini della dichiarazione di fallimento del socio illimitatamente responsabile ex art. 147 L.Fall. può risultare, oltre che da prove dirette, anche da manifestazioni esteriori rivelatrici delle componenti del rapporto societario, fra le quali particolare significatività può riconoscersi ai rapporti di finanziamento e di garanzia che, allorquando siano costruiti sistematicamente e siano ricollegabili – per ogni altro elemento concreto – ad una costante opera di sostegno dell'attività dell'impresa, si risolvono in uno strumento di apporto di capitali alla società.¹⁵

Tuttavia tale sistematicità non deve essere intesa in senso meramente quantitativo, potendo pochi interventi di finanziamento o di prestazioni di garanzie costituire un idoneo indice rivelatore del rapporto societario in presenza di altre circostanze (ad esempio perché effettuati in momenti decisivi per lo sviluppo dell'impresa o per evitare la crisi).¹⁶

Aderendo a tali principi, la S.C. ha ritenuto accertata l'esistenza di un rapporto societario tra due soggetti dando rilievo alla circostanza che il titolare di un'attività commerciale utilizzava il conto corrente bancario, corredato di fido, intestato ad altra persona, e non altrimenti movimentato, sia per i prelievi, realizzati con assegni firmati in bianco, sia per i versamenti, e che il titolare dell'impresa girava i titoli cambiari ricevuti da clienti al socio di fatto, con cui detti clienti dovevano intrattenere il rinnovo eventuale dei titoli.

Ed ancora è stata ritenuta sufficiente a far presumere l'esistenza di una società di fatto tra due soggetti, in relazione alle circostanze, l'accertamento dell'autorizzazione ad emettere tratte rilasciata da una persona quale corrispettivo per una fornitura di merce ad altra persona,¹⁷ così come la circostanza che i terzi (comprendendo in tale nozione anche i dipendenti), negli affari concernenti un'attività economica tra due o più persone, avessero indifferentemente trattato con una qualsiasi di dette persone.¹⁸

Anche la dottrina conviene da tempo sul fatto che il rilascio di fidejussioni senza limiti possa dar luogo al sorgere di una società di fatto fra fideiussore ed imprenditore. Si verifica nella fattispecie una trasformazione del capitale di finanziamento in capitale di rischio, coinvolto nello stato di dissesto dell'impresa.¹⁹

Più in generale, per la qualifica di una persona *uti socius* deve essere fornita la prova che costui abbia tenuto un comportamento idoneo a designare la società come il soggetto cui l'obbligazione assunta debba essere riferita.

¹³ Cassaz. 30.03.1968 n. 900, *DF*, 1968, II, 692.

¹⁴ Conforme Cassaz. 08.02.1982 n. 736

¹⁵ *Ex multis*: Cassaz. 14.08.1997 n. 7624, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 1998, II, 1150; *DF*, 1998, 6, II, 1116; in termini Cassaz. 26.3.1994 n. 2985, *GI*, 1995, 1, I, 1, 46.

¹⁶ Cassaz. 26.03.1994 n. 2985, *GI*, 1995, 1, I, 1, 46.

¹⁷ Cassaz, 7.7.1976 n. 2532

¹⁸ Cassaz. 5.6.1976 n. 2032; in termini Cassaz. 27.1.1975 n. 325; Cassaz. 25.10.1972 n. 3232, *DF*, 1973, II, 420.

¹⁹ Caselli P.G., *Fideiussore e società di fatto*, *DF*, 1974, 2, 1037.

La manifestazione all'esterno del rapporto sociale comporta, nei confronti dei terzi, la costituzione di un rapporto sociale di fatto anche allorché, nei rapporti interni, la fattispecie trovi invece causa in un diverso fenomeno.

Ad esempio, nel caso dell'impresa familiare, quando il rapporto fra i componenti della stessa famiglia si strutturi all'esterno come un rapporto societario, nell'ambito del quale i soci partecipino agli utili ed alle perdite, intrattengano rapporti con i terzi assumendo le conseguenti obbligazioni, spendano il nome della società manifestando palesemente nei rapporti esterni l'*affectio societatis*, si costituisce fra i componenti stessi una società di fatto che si sovrappone al rapporto regolato dall'art. 230-bis cod.civ, di talché tale rapporto perde di rilevanza esterna, con conseguente applicazione – ad esempio – in relazione alle procedure concorsuali, dei principi generali che regolamentano la società di fatto, tra i quali l'assoggettabilità a fallimento di tutti i soggetti che partecipano al rapporto societario.²⁰

Esposte le doverose nozioni ed alcune note a corollario per individuare compiutamente la disciplina che sottende alla sentenza in commento, corre doveroso puntualizzare quanto attiene al primo argomento: Il recesso e l'esclusione del socio.

6. Variazione della compagine sociale: il recesso.

Il mutamento delle persone dei soci e l'ingresso di nuovi, pur non facendo venir meno la società di fatto, comporta la costituzione di un nuovo ente.

Il mutamento del socio si realizza mediante la cessione della quota. Tale cessione richiede la forma necessaria per il conferimento della quota ceduta.

Il recesso ha invece l'effetto di far venir meno il rapporto sociale rispetto ad un socio. Esso deve essere, tuttavia, tenuto distinto dallo scioglimento della società, benché eventualmente possa essere causa di scioglimento e benché in entrambi i casi sorga un diritto alla liquidazione.

Salvi i casi previsti nel contratto sociale, l'art. 2285 c.c. prevede due ipotesi di recesso, che corrispondono del resto a quelle generalmente ammesse dalla dottrina civilistica per i contratti di durata: *a)* il recesso c.d. ordinario o immotivato (*ad nutum*), quando la società sia stata contratta a tempo indeterminato o per tutta la vita di uno dei soci (art. 2285 2° c.); *b)* il recesso c.d. straordinario quando sussista una giusta causa. In entrambi i casi è necessario che il recesso sia comunicato agli altri soci, ma nel primo caso esso è efficace solo dopo il decorso di tre mesi dalla comunicazione.

Il recesso nel caso di società a tempo indeterminato trova la sua giustificazione nel principio dell'inammissibilità di vincoli obbligatori perpetui o indefinitamente duraturi. Vi rientra anche il caso della società contratta a tempo determinato, ma che ha continuato tacitamente la sua attività ed è stata quindi prorogata a tempo indeterminato (art. 2273 c.c.).

Quanto al secondo caso, si considera giusta causa di recesso quella che non consente la normale prosecuzione del rapporto sociale e che sia dovuta al comportamento degli altri soci o sia comunque non imputabile esclusivamente al socio che intende recedere: classico esempio è il dissidio insanabile fra i soci.

S'intende che il recesso per giusta causa è ammissibile anche nella società a tempo indeterminato: la presenza di una giusta causa ha nella specie l'effetto di esonerare dal preavviso di tre mesi.

²⁰ Cassaz. 24.03.2000 n. 35200

Proprio sul recesso nella società contratta a tempo determinato è intervenuta la sentenza di Cassazione 30 gennaio 2009 n. 248 che ha sancito: “Nella società personale contratta per tempo determinato, il recesso di uno dei soci, che non venga esercitato né per giusta causa, né nei casi previsti dal contratto sociale, comporta la modificazione del medesimo contratto e, pertanto, necessita del consenso degli altri soci, quale accettazione, che è atto a forma libera e può essere desunto anche da fatti concludenti univoci. In tal caso, determinandosi lo scioglimento del rapporto sociale al momento stesso del suo perfezionamento, il recesso prevale rispetto all’esclusione successivamente deliberata dagli altri soci, in quanto il principio secondo cui, nel concorso di più cause di scioglimento del rapporto sociale limitatamente ad un socio, deve ritenersi operante quella che si verifichi per prima, trova applicazione anche nel caso di concorso fra recesso ed esclusione”. Infatti ove il socio abbia esercitato il diritto di recesso ed esso si sia perfezionato, occorre darvi prevalenza rispetto alla pronuncia di esclusione, che avendo natura costitutiva opererebbe perciò solo nel suo passaggio in giudicato. Nel caso in cui l’una e l’altra causa di scioglimento coincidano cronologicamente, la prevalenza del recesso, in quanto ha determinato lo scioglimento del rapporto sociale al momento stesso del suo perfezionamento, s’impone perciò per motivi di logica priorità ed assorbe l’ulteriore deliberato.

Nel giudizio di cui alla sentenza di Cassazione in commento, il socio era tacitamente receduto con manifestazioni esteriori del recesso ben note agli altri soci i quali, nel chiamare in giudizio il receduto per sentirlo condannare per concorrenza sleale, non avevano disconosciuto la risoluzione del rapporto sociale con la conseguenza, positiva, del perfezionamento dell’intervenuto recesso e della libera, successiva, iniziativa imprenditoriale del terzo receduto.

7. La questione dell’immobile in comunione.

In un diverso caso esaminato dalla S.C. di Cassazione due soci, A e B, deducevano che con il terzo socio C era stata costituita una società di fatto nella quale C aveva conferito un terreno di sua proprietà e che, in attuazione dell’oggetto sociale, essi vi avevano edificato a proprie spese un edificio di otto piani. Poiché inutilmente avevano chiesto a C di procedere allo scioglimento della società ed al riparto degli immobili, chiedevano l’accertamento della società di fatto e della proprietà comune dell’edificio, lo scioglimento della società, la divisione del patrimonio e la condanna di C al pagamento della quota a loro spettante (ad A e B) del prezzo ricavato dalla vendita di taluni appartamenti e box; o, in subordine, la condanna di C al pagamento del valore dei materiali e della manodopera impiegati per la costruzione del fabbricato con l’aumento del valore apportato al terreno per effetto dell’opera edile.²¹

Nella fattispecie emerge chiaramente come tanto la domanda di accertamento della società di fatto fra i tre soci quanto quella di declaratoria dello scioglimento della stessa abbiano, in effetti, come oggetto esclusivo l’accertamento della proprietà comune tra i soci del terreno e dell’edificio sopra costruitovi, con il conseguente diritto alla divisione dello stesso ed al rilascio in favore degli assegnatari delle porzioni rispettivamente assegnate.

Fu certamente questo l’obiettivo proposto dagli attori a ciò derivando che una simile prospettiva va posta in relazione con la regola generale dell’accessione, posta dall’art. 934 c.c., comma 1, nel senso che, presumendosi il conferimento della proprietà del terreno da parte di C nella s.d.f. e con l’accertamento della proprietà comune dell’edificio, A e B avrebbero implicitamente dedotto l’intervenuto acquisto a titolo originario della proprietà dell’edificio costruito non già in capo a C

²¹ Cassaz. Civ. Sez. I, 25.11.2011 n. 24961

bensì in capo alla società stessa (e quindi ai soci), in quanto divenuta, per effetto del conferimento precedente alla costruzione, proprietaria del terreno.

Pur tuttavia, afferma la Cassazione, ammettendo che le parti avessero inteso concludere un contratto di società, nondimeno il conferimento in essa della proprietà del terreno, ove non risultante da atto scritto, sarebbe privo di validità e, quindi, di ogni effetto giuridico.

Tale conclusione è desumibile dalla regola generale posta dall'art. 1350 c.c. n. 1 letta in relazione con l'articolo 2247 c.c. e trova conferma, con specifico riguardo alla disciplina della società semplice, nell'articolo 2251 c.c. che, per l'appunto, ribadisce inequivocabilmente l'operatività di quella regola generale sulla forma degli atti di disposizione della proprietà di immobili, anche nel contesto informale – o a forma libera - della costituzione di una società semplice o di fatto.²²

Nel caso contemplato dalla sentenza 17792/2014, il terreno era in comproprietà dei tre soci e la società di fatto vi aveva edificato l'immobile.

Visto il recesso del socio (con chiamata in causa per concorrenza sleale) i due soci avevano chiesto al receduto il rilascio della parte immobiliare di sua competenza assumendone la proprietà sociale. Tuttavia la Cassazione ha riconfermato il proprio, inappuntabile, orientamento, secondo cui il conferimento della proprietà dell'immobile alla società di fatto avrebbe comportato la prova scritta ex art. 1350 c.c.; in assenza della quale la comproprietà dell'immobile deve riconoscersi in capo ai singoli titolari della comunione indivisa.

La Suprema corte ha altresì affermato, in altro pronunciamento, che il requisito della forma scritta è rispettato anche solo se tale forma sia stata adottata con riferimento ad un atto modificativo del contratto sociale.

In altre parole, il conferimento di immobile può essere stipulato oralmente tutte le volte che sia oggetto di un negozio che, secondo la legge, non richiede la forma scritta (per esempio il godimento infranovenale). Deve essere, invece, effettuato mediante atto scritto (eventualmente diverso dall'atto di conferimento) allorché esso abbia per oggetto un negozio per il quale tale forma è richiesta in via generale, quale il trasferimento di proprietà

Da un punto di vista fiscale, la Cassazione ha ritenuto che nel caso di conferimento verbale ad una società di fatto, senza determinazione di tempo, del godimento di un bene immobile, la sua conseguente nullità, ai sensi dell'art. 2251 cod.civ. in relazione all'art. 1350 n. 9 cod.civ., comporta che ai fini del pagamento dell'imposta di registro e della conseguente determinazione del reddito imponibile, del bene immobile, questo deve ritenersi conferito al momento della registrazione della successiva scrittura privata enunciativa della società di fatto e del conferimento immobiliare.²³

8. L'obbligazione nascente dal recesso

²² *Ex multis* Cassaz. n. 1613/2000 e n. 20885/2008. Cassaz. 14.12.200 n. 1613; 26.6.1990 n. 6491, AC, 1990, 12, 1132; Cassaz. 13.1.1981 n. 293.

²³ Cassaz. 21.2.1992 n. 2137, *G.Co.*, 1993, 2. II, 169.

Non pare porsi dubbio che legittimata passiva in materia di liquidazione della quota in favore del socio uscente dalla compagine di una società di fatto sia la stessa società, in quanto titolare dell'obbligazione connessa.

L'assenza della personalità giuridica dell'ente, effettivo debitore, non preclude nemmeno la *vocatio in ius* in caso di inadempimento, essendo comunque la società di fatto un centro autonomo di imputazione fornita di soggettività giuridica sostanziale distinta da quella dei soci e di propria capacità processuale.

Nemmeno può invocarsi, a parere di chi scrive, il principio della solidarietà nella responsabilità per le obbligazioni sociali assunte verso i terzi; i soci, infatti si trovano in regime di responsabilità solidale che affianca quello della società sancito dall'art. 2291 c.c. ed opera solo a favore dei terzi, ovvero anche nei confronti del socio ma per altri fatti non contrattuali, produttivi di rapporti obbligatori come il pagamento d'indebito, o l'illecito aquiliano. Eventi in relazione ai quali la "terzietà" del creditore rispetto al debitore è insita nella natura e nell'oggetto del diritto di credito, ed inoltre è compatibile con la convergenza degli interessi delle stesse parti in seno ad un distinto rapporto quale quello sociale.²⁴

Siccome il diritto alla liquidazione della quota non rientra in tale archetipo, la domanda deve essere rivolta contro la società ai sensi dell'art. 2366 c.c.

Corre doveroso, infine, sottolineare che in caso di recesso da una società personale, la quota spettante al socio uscente, pur sostanziandosi in un diritto di credito verso la società, può convenzionalmente essere soddisfatta in natura, mediante attribuzione di parte dei beni sociali.²⁵

E' altresì facilmente intuibile che dalla data di fallimento della società di fatto, la domanda di liquidazione della quota vada proposta con le forme dell'insinuazione al passivo.

Per quanto, poi, attiene alla determinazione del valore della quota del socio receduto o defunto, a norma dell'art. 2289 c.c. questa deve avvenire sulla scorta della situazione patrimoniale straordinaria della società, tenendo conto della effettiva consistenza economica dell'azienda sociale, ivi incluso il valore dell'avviamento.

Pare allora ragionevole leggere congiuntamente gli artt. 2261 e 2289 c.c. concludendo che l'obbligo dei soci amministratori di rendere il conto, previsto dalla prima norma, riguardi anche la situazione patrimoniale straordinaria relativa alla liquidazione della quota, atteso che anche in questo caso si tratta di individuare la consistenza del patrimonio sociale alla luce degli atti di gestione posti in essere durante la vita dei soci amministratori ed a fonte di un obbligo nei confronti del socio receduto o degli eredi del socio defunto che grava sulla società in quanto tale.²⁶

9. L'esclusione

L'articolo 2287 cod. civ, comma 3, espressivo di una disciplina legale tipica delle società di persone e del modo in cui il legislatore ha inteso disciplinare i rapporti dei soci con la società e dei soci fra loro, è univoco nel senso che la pronuncia di esclusione da parte dell'autorità giudiziaria è possibile solo nel caso in cui la società sia composta da due soci; e la giurisprudenza di legittimità

²⁴ Cassaz. 15 gennaio 2009 n. 816 Cassaz. SS.UU. n. 291 e, nel solco, Cassaz. 11298/01, in Rep. 2002, voce Società n. 869.

²⁵ Cassaz., 3.4.1973 n. 896, in G.I., 1974, I, 1; DF, 1974, II, 73

²⁶ Cassaz. 16 gennaio 2009 n. 1036

ha già avuto modo di precisare che tale regola vale anche per il caso in cui all'interno della compagine sociale siano configurabili due gruppi di interessi omogenei e fra loro contrapposti. Invero la norma dell'art. 2287 cod.civ., comma 3, è giustificata dalla considerazione che, dovendo la maggioranza richiesta computarsi per capi e non per quote (sia pure con il correttivo di non considerare, nel calcolo del numero dei soci, quello da escludere), nella società composta da due soli soci tale maggioranza mai potrebbe essere raggiunta con la conseguenza che l'esclusione unilateralmente decisa da uno dei due soci sarebbe illegittima, pur in assenza di opposizioni del socio escluso ed in presenza di ragioni giustificatrici.²⁷

E' altrettanto certo, d'altra parte, che in virtù dell'art. 2287 cod.civ., comma 1, l'esclusione del socio inadempiente può essere deliberata a maggioranza dei soci; e l'espressione della norma (tralasciando, qui, ogni approfondimento sul concetto di deliberazione da essa menzionato, con riferimento ai tipi di società la cui disciplina legale non prevede l'organo ed il metodo assembleare) non consente dubbi sul fatto che, nello schema normativo, sia sufficiente l'esistenza di un numero di soci superiore a due per ritenere astrattamente applicabile il meccanismo previsto dal primo comma dell'articolo 2287 c.c.

Né può affermarsi che, nell'ipotesi in cui l'esclusione prevista dall'articolo in questione si dimostrasse impossibile a causa del conflitto d'interessi che impedisce di computare nella maggioranza il socio da escludere, la posizione del socio il quale non possa avvalersi né del procedimento di cui all'art. 2287 c.c., co. 1, né del ricorso all'autorità giudiziaria ai sensi del terzo comma, resterebbe priva di tutela, posto che in tal caso sarebbe sempre possibile il recesso per giusta causa ai sensi dell'art. 2285 cod.civ, comma 2, dovendo considerare il recesso una forma di tutela reputata adeguata dal legislatore – senza che al riguardo possa prospettarsi alcun dubbio di legittimità costituzionale sotto il profilo degli artt. 3 e 24 Cost. – nella disciplina legale tipica delle società di persone.

Non pare a chi scrive contrasti con le superiori conclusioni quanto affermato da Cassazione 10.1.1998 n. 153 laddove si osserva che, nel caso in cui all'interno della compagine sociale siano configurabili due gruppi di interessi omogenei e fra loro contrapposti, difetta la circostanza, sottesa alla previsione di cui al 3° comma dell'art. 2287, che la causa dell'esclusione trovi divisa la compagine sociale in due parti.

E' evidente, infatti, che la S.C., anziché affermare “ *a contrariis*” ed in via generale che nel caso di effettiva divisione in due della compagine sociale l'art. 2287 c.c., co. 3, si renda invece applicabile, ha inteso semplicemente rafforzare la conclusione cui in concreto era già pervenuta alla stregua dell'interpretazione letterale dell'art. 2287, 3° comma, ripetutamente citato..

²⁷ Conforme Cassaz. 10.01.1998 n. 153.