

BREVI RIFLESSIONI SULLE DIFFERENZE TRA COMUNIONE A SCOPO DI GODIMENTO E SOCIETÀ

*Giovanna Cucinella**

Corte di Cassazione, Sez. II civ., 6 febbraio 2009 n. 3028**

Pres. L. A. Rovelli – Rel. V. Mazzacane

SOCIETÀ IN GENERE - ASSOCIAZIONI - ASSOCIAZIONI IN PARTECIPAZIONE - COMUNIONE A SCOPO DI GODIMENTO - DIFFERENZE.

*Nel caso di comunione d'azienda, ove il godimento di questa si realizzi mediante il diretto sfruttamento della medesima da parte dei partecipanti alla comunione, è configurabile l'esercizio di un'impresa collettiva (nella forma della società regolare oppure della società irregolare o di fatto), non ostendovi l'art. 2248 c.c., che assoggetta alle norme degli art. 1100 seg. dello stesso codice la comunione costituita o mantenuta al solo scopo di godimento; l'elemento discriminante tra comunione a scopo di godimento e società è infatti costituito dallo scopo lucrativo perseguito tramite un'attività imprenditoriale che si sostituisce al mero godimento ed in funzione della quale vengono utilizzati beni comuni***.*

SOMMARIO: 1. Sintesi della vicenda processuale - 2. Società e comunione a scopo di godimento - 2.1 Alcuni spunti di riflessione a margine delle differenze poste tra società e comunione a scopo di godimento - 3. Società di fatto e comunione a scopo di impresa - 4. Il labile confine tra comunione a scopo di impresa, società di fatto e godimento «comune» di un bene immobile - 5. Conclusioni

1.- La fattispecie esaminata da Cassazione 6 febbraio 2009 n. 3028 (così testualmente pubblicata in *Foro it. online*), riguarda un'intricata

* Assegnista di ricerca, prof. a contratto presso l'Università degli Studi di Palermo.

** Per il testo della sentenza v. www.giureta.unipa.it/cassazione_3028.pdf.

*** Massima così testualmente pubblicata in *Foro it. Rep.* Voce: Impresa.

controversia familiare, al cui centro vi è l'attività commerciale di tipo alberghiero svolta «apparentemente mediante *impresa individuale*» ed intestata ad uno solo dei tre comproprietari dell'immobile, al quale era stato concesso in comodato dalle altre due comproprietarie ma, nella sostanza, «con gestione comune e proporzionale distribuzione degli utili», rivenienti dallo svolgimento dell'attività commerciale, tra i tre.

L'unico superstite dei tre proprietari ha chiesto all'autorità giudiziaria di accertare il proprio diritto di comproprietà *iure ereditatis* sulla suddetta azienda ed in conseguenza ordinare la restituzione del bene alla comunione nonché al pagamento in suo favore degli utili maturati e non ripartiti e di una somma a titolo di risarcimento del danno.

La decisione del giudice di primo grado adito ha condiviso tutte le domande attoree ed ha dichiarato sussistente la comproprietà indivisa sull'azienda alberghiera.

Anche la Corte di Appello territoriale è giunta ad analoghe conclusioni, affermando che la situazione sopra descritta aveva dato luogo fra i tre comproprietari ad una società di fatto. Aggiungendo, con riguardo al presunto conferimento dell'azienda alberghiera nella società di fatto, che, mentre la concessione al convenuto da parte degli altri due comproprietari del comodato sull'immobile risultava da atto scritto, lo stesso non poteva dirsi per la azienda alberghiera che, pertanto, doveva intendersi conferita nella società di fatto a mero titolo di godimento.

Si afferma, peraltro, nel provvedimento della Corte d'Appello che alla morte delle due comproprietarie essendo venuta meno la pluralità dei soci e non essendo stata ricostituita nel termine di sei mesi dall'unico superstite, si è sciolta la società di fatto e, dunque, è stata ritenuta fondata la richiesta avanzata dall'erede di uno di esse di vedere restituita alla comproprietà l'azienda alberghiera.

Simile conclusione, condivisa pure dai giudici di legittimità, è stata raggiunta dopo aver verificato, al fine di operare una salda distinzione tra comunione di godimento e società, l'esistenza o meno dell'esercizio in comune di un'attività d'impresa. Merita di ricordare in proposito che la Corte suprema ha già avuto occasione di dichiarare che «l'elemento discriminante tra comunione a scopo di godimento e società è costituito dallo scopo lucrativo perseguito tramite un'attività imprenditoriale che si

sostituisce al mero godimento ed in funzione della quale vengono utilizzati beni comuni e che (...) nel caso di comunione d'azienda, ove il godimento di essa si realizzi mediante il diretto sfruttamento della medesima da parte dei partecipanti alla comunione, è configurabile l'esercizio di un'impresa collettiva (nelle forme della società irregolare o di fatto), non ostandovi l'art. 2248 c.c., che assoggetta alle norme degli art. 1100 e seguenti c.c. la comunione costituita o mantenuta al solo scopo di godimento».

2.- La sentenza in commento interviene su un tema classico del diritto commerciale le cui questioni interpretative hanno da sempre interessato dottrina e giurisprudenza¹ ossia la distinzione tra società e comunione

¹ *Ex plurimis*, A. Amatucci, *Società e comunione*, Napoli, 1971; C. Costa, *Le società di godimento tra disciplina civilistica e disciplina fiscale*, in *Vita notar.*, 1995, 564; G. Baralis, *Comunione coniugale legale e titolarità di partecipazioni sociali*, in *Riv. notar.*, 1977, 291; B. Bastianelli, *Ancora sulle società immobiliari ex art. 29, L. n. 449/97* (nota a Trib. Ancona 14-3-2000, decr.), in *Le Società*, 2001, 82; M. Bertolissi e U. Vincenti, *Inapplicabilità dell'art. 29, primo comma, ultima parte, L. n. 449/1997 sulla trasformazione di società di gestione di immobili* (nota ad App. Trieste 23 dicembre 1999 - decr.), in *Le Società*, 2000, 1105; M. Cian, *Società di mero godimento tra azione in simulazione e Durchgriff*, in *Giur. comm.*, 1998, 452; F. Corsi, *Azienda coniugale, comunione e società*, in *Giur. Comm.*, 1976, 615; M. Di Camillo, *Società di fatto, comunione di impresa, società di mero godimento* (nota a Trib. Roma 19-2-1991), in *Giur. di merito*, 1992, 1124; R. Donnini, *Requisiti di validità dell'oggetto sociale* (nota a Trib. Genova 11-7-1987), in *Le società*, 1987, 1076; U. Ferrante, *Il problema della qualificazione della società*, Milano, 1974, 155 s.; P. Ferro Luzzi, *I contratti associativi*, Milano, 1971, 184 s.; P. Ferrero, *Comunione incidentale di azienda e società di fatto*, in *Giur. comm.*, 1977, 252; B. Ianniello, *I nuovi confini della trasformazione eterogenea*, in *Le società*, 2005, 573; E. Iozzelli, *S.p.a. simulata e comunione dissimulata*, in *Giur. comm.*, 1988, 495; F. Galgano, *Comunione d'impresa, società di fatto e conferimento immobiliare*, in *Contr. e Imp.*, 1988, 689 e s.; G. Marasà, *Comunione di mero godimento, in forma di società per azioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1989, 159 s.; A. Matturri, *Differenze funzionali e formali tra società e comunione di godimento* (Nota a Corte Appello Genova 9-6-1994, *Maggiani c. Soc. galleria Scaglietti e Corte Appello Genova, 11-7-1994, Maggiani c. Maggiani*), in *Le Società*, 1995, 793; P. Menti, *Società semplice di gestione di beni sociali?*, in *Giur. comm.*, 2000, 722; S. Pescatore, *Attività e comunione nelle strutture societarie*, Milano, 1974; M. Pittalis, *Comunione di godimento e società di fatto* (Nota a Trib. Napoli 28-2-1989, *Scandiffo c. Scandiffo*), in *Le Società*, 1989, 817; G. Ragusa Maggiore, *Successione nella titolarità dell'azienda, comunione incidentale e società di fatto* (nota a Cass. 21-2-1984, n. 1251, *Fiore c. INAIL*), in *Dir. fall.*, 1984, 418; G. Ragusa Maggiore, *Società di fatto e durata del conferimento verbale di immobile essenziale all'oggetto sociale* (nota a Cass. 19-1-1995, n. 565), in *Dir. fall.*, 1995, 811 e s.; V. Ricciuto, *Sul bene «azienda» e sul passaggio dalla comunione di godimento alla società* (Nota a

di godimento o, in altri termini, la qualificazione del contratto di società e la sua distinzione da figure affini.

Come è noto, a mente dell'art. 2247 c.c. «*con il contratto di società due o più soggetti conferiscono beni e servizi per l'esercizio in comune di una attività economica allo scopo di dividerne gli utili*»,, mentre al successivo art. 2248 c.c. lo stesso legislatore ha cura di precisare che «*la comunione costituita o mantenuta al solo scopo del godimento di una o più cose è regolata dalle norme del titolo VII del libro III*», (cioè dalle norme relative alla comunione: art. 1100-1116)².

Cass. 21-2-1984, n. 1251, *Fiore c. Inail*), in *Riv. dir. comm.*, 1985, 369; G. Romagnoli, *Ammissibilità (eccezionale) della trasformazione di una società semplice di (mero) godimento (nota ad Corte Appello Trieste 23-12-1999 - descr.)*, in *Le Società*, 2000, 1105; L. Santa Maria, *Società e simulazione, società e comunione di godimento*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1995, 205; G. La Rocca, *A proposito di «società simulata», comunione e art. 2248 c.c.*, in *Foro it.*, 1999, 3018; P. Menti, *Società semplice di gestione di beni sociali?*, in *Giur. Comm.*, 2000, 722.

Per la giurisprudenza, cfr., tra gli altri, Trib. Milano, 19-2-1998 e più di recente, Trib. Lucera, 11-1-2005 in *Dir. e pratica delle soc.*, 2006, 63, con nota di A. Ghini per il quale «in tema di contratto societario, l'elemento caratterizzante di qualsiasi tipo di società è costituito dallo svolgimento di attività economica al fine di ripartirne gli utili (quindi di attività di impresa in forma collettiva); in questo senso, essa si differenzia rispetto alla comunione, in cui è presente il solo scopo di godimento, diretto o indiretto, del bene comune (art. 2248 c.c.); sotto tale profilo, l'attività di gestione di immobili di proprietà comune finalizzata a ricavare da essi i frutti civili (per mezzo della locazione e dell'affitto) non rappresenta attività economica, secondo la nozione accolta dall'art. 2082 c.c., ma semplice godimento indiretto della cosa comune; quanto ricavato dalla locazione o affitto non rappresenta, infatti, produzione di beni ma, appunto, ricavo di frutti civili, e non richiede alcuna organizzazione dei mezzi della produzione».

Detta sentenza, peraltro, non si discosta dal consolidato orientamento della Suprema Corte e, fra le altre, Cass. 1-4-2004, n. 6361 in *Rep. Foro it.*, 2004 Voce: Società [6270]; Cass. 3-4-1993, n. 4053 e Cass. 17-2-1987, n. 1688.

² La Relazione ministeriale (n. 923 e 924) avverte che nel sistema del nuovo codice la società è una forma di esercizio collettivo di un'attività economica produttiva e normalmente di un'attività economica organizzata durevolmente ad impresa. Tale concetto è enunciato chiaramente nell'art. 2247, che pone come oggetto della società l'esercizio in comune di un'attività economica ed è ribadito nel successivo art. 2248, che esclude dalla disciplina della società le forme di godimento collettivo dei beni, così particolari come universali. L'accento logico della disciplina della società si sposta, dunque, dal momento negoziale a quello organizzativo. Pertanto, la disciplina della società, pur non trascurando i rapporti tra soci, è posta prevalentemente in funzione dei rapporti esterni e, sotto questo profilo, tiene conto della diversa organizzazione che la società può in pratica presentare e della diversa responsabilità che i soci assumono per le obbligazioni sociali.

Società e comunione a scopo di godimento, dunque, si caratterizzano per la contitolarità dei rapporti patrimoniali rispettivamente in capo ai soci ed ai comuniti, salvo, nel primo caso la loro imputabilità ad un distinto soggetto nel caso di società dotate di personalità giuridica³.

Palesi sono le differenze tra le due situazioni giuridiche sotto il profilo funzionale tanto che il legislatore applica alla comunione al solo scopo di godimento le norme sulla comunione in generale di cui agli artt. 1100 e seguenti del codice civile, ma tutte discendono dalla verificabilità o meno della presenza dell'impresa: si ha comunione quando la situazione di contitolarità si esaurisce nel godimento dei beni e l'attività dei comuniti è meramente strumentale al godimento; si configura, invece, una società se la situazione di contitolarità con relativo perseguitamento dello scopo lucrativo⁴ da parte dei contitolari si risolve nell'esercizio di una impresa⁵.

³ Sulla distinzione tra società di persone e società di capitali, *ex plurimis*, cfr. F. Galgano, *Società (dir. Privato)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XLII, Milano, 1990, 865 e s.; Id. *Contratto e persona giuridica nelle società di capitali*, in *Contr. e Imp.*, 1996, 1; F. Ferrara Jr - F. Corsi, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2009; Di Sabato, *Delle Società*, Milano, 2003; AA.VV., *Manuale di diritto commerciale*, a cura di Vincenzo Buonocore, Bologna, 2007.

⁴ Lo scopo lucrativo o di profitto è il cosiddetto «lucro oggettivo» al fine di ricomprendere nella definizione generale dell'art. 2247 c.c. anche le ipotesi di perseguitamento di uno scopo mutualistico o consortile. Infatti, la nozione di società, prevedendo come elemento causale l'intento di profitto (sia oggettivo che soggettivo) definisce la società lucrativa e solo questa; tuttavia, il modello organizzativo societario è in astratto dissoziabile dal fine perseguito dai soci, e, in particolare, dallo scopo di lucro proprio delle società lucrative, per essere utilizzato, se la legge lo prevede, anche per altri scopi (G. Grippo - V. Allegri in AA.VV., *Diritto Commerciale*, Bologna, 2007, 64). Sulla distinzione tra scopo lucrativo e scopo mutualistico, tra gli altri, G. Marasà, *Le «società» senza scopo di lucro*, Milano, 1984 e L. F. Paolucci, *La mutualità dopo la riforma*, in *Le Società*, 2003, 398 s. Quest'ultimo punto è sicuramente uno degli argomenti più caldi sui quali dibattono i giuscommercialisti, giacché nel silenzio del legislatore si dubita che la divisione degli utili assuma il ruolo di causa del contratto, assuma in altre parole la configurazione di ragione economico-sociale tipica per la quale la società stessa viene in essere;

⁵ Cfr. G. Grippo - V. Allegri, *op. cit.*, 66 s.; e in giurisprudenza, tra gli altri, Corte Appello Genova 9-6-1994, in *Le società*, 1995, 6, 793 per la quale «la comunione di godimento non è riconducibile alla società: le due fattispecie differiscono, sul piano funzionale e teleologico, in ciò che nella prima il bene comune forma oggetto del godimento e tale godimento rappresenta il fine della comunione, mentre nella seconda il godimento è solo il mezzo per l'esercizio di un'attività di impresa; sul piano formale e strutturale,

La norma di cui all'art. 2248, fissando uno spartiacque tra società e comunione a scopo di godimento segna il confine tra due diversi ordinamenti e indica le diverse discipline applicabili a seconda che i beni comuni siano strumento di una attività economica esercitata dai contitolari (società) o siano mezzo per il mero godimento dei contitolari.

Per cui si potrebbe argomentare che benché il codice non distingua nettamente il concetto di società da quello di comunione agli art. 2247 e 2248, la differenza tra l'uno e l'altro istituto risiede nella diversa configurazione degli oggetti (beni) sui quali si esercita la comunione tra due o più soggetti ovvero nel diverso *animus* che i contitolari hanno rispetto ai beni medesimi: nella società, i beni (*rectius*, i servizi) costituiscono il mezzo attraverso cui realizzare l'attività d'impresa, nella comunione «in senso proprio», i beni dei quali si ha la contitolarietà tra due o più soggetti è fine a se stessa ed è costituita o mantenuta al solo fine del godimento.

Argomentando a contrario, si potrebbe, pertanto, dire che tra società e comunione si verifica una sorta di mutamento nel rapporto che si instaura tra contitolari e beni; nella società, ad essere svolta in comune è l'attività economica per l'esercizio della quale ci si avvale di beni che pur conferiti nell'ente «meta-individuale»,⁶ possono restare al limite nella proprietà del soggetto conferente⁷ o essere utilizzati ad altro titolo dall'ente stesso⁸, mentre nella comunione «in senso proprio», la contitolarietà tra due o più soggetti è sui beni dei quali è possibile disporre (fa-

tale differenza si traduce nella connotazione della società come contratto, mentre la comunione si esaurisce in una situazione giuridica di contitolarietà. È possibile l'evoluzione da società a comunione e viceversa, ma non è mai concepibile una comunione d'impresa che non sia anche società».

⁶ Il termine «meta-individuale» è utilizzato in modo atecnico al fine di ricomprendere nella fattispecie sia le società prive che quelle dotate di personalità giuridica.

⁷ Ci si riferisce alla eventualità prevista dall'art. 2254 c.c. che le cose siano conferite dal socio in godimento e, pertanto, il rischio resta a carico del socio che le ha conferite. Al terzo comma del medesimo articolo è poi previsto che la garanzia per il godimento è regolata dalle norme sulla locazione. Nella fattispecie concreta per la Suprema Corte, in adesione all'orientamento espresso dalla Corte di Appello territorialmente competente, il conferimento dell'azienda alberghiera nella società di fatto sarebbe avvenuto a titolo di godimento;

⁸ Si pensi ai beni presi in affitto o acquistati in leasing.

cendo venire meno la comunione) o godere (percepisce i frutti). Peraltro, anche se, in entrambi i casi (disposizione o godimento) è possibile o necessario l'esercizio di una attività, questa non è mai finalizzata alla produzione di nuova ricchezza come avviene in quella particolare attività economica che è l'impresa ma al godimento dei beni medesimi. In altri termini, nella comunione a scopo di godimento ad essere in comunione non è l'attività economica ma il diritto di proprietà sui beni che si manifesta come potere di godere e di disporre (art.832 c.c.). Infatti, oltre che un potere di disporre (es. alienare), i comunisti hanno un potere di godimento se, ad esempio, vengono ceduti ad altri i diritti parziali (uso, usufrutto, abitazione) per ottenerne un reddito mediante contratto di locazione (vedi art. 1571 e leggi speciali 392/1978 333/1992) per i beni immobili, di per se stessi non produttivi, come gli appartamenti o i capannoni industriali o anche una sala cinematografica, o un albergo, o un negozio o uno studio o mediante contratto di affitto per i terreni che sono invece considerati cosa produttiva (art. 1615 e ss.) o per l'azienda (art. 2562 e 2561).

Il godimento, infine, può derivare anche dal semplice incremento di valore dell'immobile nel tempo o dall'uso personale che del bene si faccia, realizzando in tal modo un risparmio di spesa rispetto alla locazione del medesimo bene presso terzi.

È ben vero che anche nella comunione ricorrono certi caratteri tipici dei rapporti associativi (la comunanza di interessi, l'organizzazione unica basata sui poteri deliberativi spettanti alla maggioranza e sulla nomina di uno o più amministratori⁹), ma mancano in essa due elementi per completarla: l'esercizio dell'attività di impresa e la conseguente funzionalizzazione dei beni comuni all'attività stessa¹⁰.

Con riferimento al primo di tali elementi (l'esercizio dell'attività di

⁹ Ai sensi dell'art. 1105 c.c. «tutti i partecipanti hanno diritto di concorrere all'amministrazione della cosa comune. Per gli atti di ordinaria amministrazione, le deliberazioni della maggioranza dei partecipanti, calcolata secondo il valore delle loro quote, sono obbligatorie per la minoranza dissentente» ed ancora, per il comma 2 dell'art. 1106 c.c. «l'amministrazione può essere delegata ad uno o più partecipanti, o anche a un estraneo, determinandosi i poteri e gli obblighi dell'amministratore».

¹⁰ Cfr. V. Buonocore, *L'imprenditore collettivo*, in AA.VV., *Manuale di Diritto Commerciale*, cit.

impresa), basti ricordare che l'art. 2247 c.c. postula indefettibilmente l'obbligo per la società dell'esercizio in comune di una attività produttiva (la causa del contratto di società, appunto) e tale obbligo funzionalizza in conseguenza i beni sociali che mutano la loro condizione giuridica rispetto ai beni in mera comunione.

C'è comunione e, quindi, comproprietà dei beni quando i soggetti che vantano su di essi il medesimo diritto lo mantengono al solo fine di godere dei beni stessi e dei frutti da questi ritraibili (artt. 1100); i comunisti, nel rispetto dell'altrui diritto, possono ciascuno in modo autonomo rispetto agli altri esercitare tutte le facoltà spettanti al proprietario purché non si impedisca agli altri comunisti di farne parimenti uso¹¹. Si ha, invece, società quando ai beni sociali viene impresso, per effetto della volontà di tutti i soci, uno specifico vincolo di destinazione che ne consente l'utilizzazione solo per l'esercizio in comune fra i soci medesimi dell'attività di impresa, essendone esclusa ogni diversa destinazione, se non entro certi limiti ed a certe condizioni.

Il che non è una mera petizione di principio ma trova nel codice civile una solida base normativa e precisamente:

a) nell'art. 2256 c.c. (uso illegittimo di cose sociali) che impedisce al singolo socio di servirsi delle cose appartenenti al patrimonio sociale per fini estranei a quelli sociali e senza il preventivo consenso degli altri soci¹²;

b) negli artt. 2272 e 2284 c.c. che rimettono alla volontà di tutti i soci lo scioglimento e la liquidazione della società sottraendo tale possibilità all'iniziativa del singolo socio; operazione questa, legittimata, invece, nella comunione dove, ex art. 1111 c.c., ciascun partecipante può sempre chiedere lo scioglimento della comunione medesima¹³;

¹¹ Ex art. 1102 c.c. «ciascun partecipante può servirsi della cosa comune, purché non ne alteri la destinazione e non impedisca agli altri partecipanti di farne parimenti uso secondo il loro diritto. (...) il partecipante non può estendere il suo diritto sulla cosa comune in danno degli altri partecipanti, se non compie atti idonei a mutare il titolo del suo possesso».

¹² Cfr. L. Jannucci, *La disponibilità del patrimonio sociale da parte dei soci e l'art. 2256 c.c.*, Ist. giuridico Facoltà Economia e commercio, Univ. studi Firenze, 1986;

¹³ La diversa possibilità riconosciuta ai soci ed ai comunisti di determinare uti singuli lo scioglimento della società trova una solida giustificazione anche nel diverso regime cui sono assoggettati i beni nell'uno e nell'altro caso: nella società, infatti, (e, prescin-

c) negli artt. 2289 e 2437 ter comma 2 c.c. che, disciplinando le modalità di liquidazione della quota al socio recesso, stabiliscono che al socio medesimo non spetti la restituzione del bene in *illo tempore* eventualmente conferito ma «*una somma di denaro che rappresenti il valore della quota*», ovvero una somma «*determinata tenuto conto della consistenza patrimoniale della società e delle sue prospettive reddituali, nonché dell'eventuale valore di mercato delle azioni*»;

d) nell'art. 2267 c.c. a mente del quale i creditori possono fare valere i loro diritti sul patrimonio sociale evidenziando in tal modo, da un lato, la destinazione esclusiva del patrimonio sociale alla soddisfazione dei creditori sociali, anche nelle società prive di personalità giuridica e, dall'altro, la conseguente autonomia del patrimonio rispetto ai creditori particolari dei singoli soci¹⁴. Nella comunione tutto questo manca: innanzitutto non ricorre la distinzione tra creditori della comunione e creditori personali dei comunisti, anzi, dagli artt. 599 e 600 c.p.c. si può desumere il principio contrario e cioè che, da un lato, è consentito il pignoramento dei beni indivisi anche quando non tutti i comproprietari sono obbligati verso il creditore e, dall'altro, che se la separazione dei beni non è possibile il giudice può ordinare la vendita della quota indi-visa e disporre che si proceda alla divisione a norma del codice civile¹⁵.

dendo momentaneamente dal diverso grado di autonomia patrimoniale) i beni sociali sono asserviti alle ragioni dei creditori e non possono essere ripartiti tra i soci se non quando si verificano determinate condizioni.

Ex art. 2280 c.c. (ripreso anche dall'art. 2493 c.c. per le società di capitali) «i liquidatori non possono ripartire tra i soci, neppure parzialmente, i beni sociali, finché non siano stati pagati i creditori della società o non siano state accantonate le somme necessarie per pagarli».

¹⁴ Secondo Trib. Genova 26-5-1994., in *Le Società*, 1994, 1395 «La soggettività giuridica delle società personali è una formula riassuntiva utilizzata per riferire all'ente un patrimonio da sottrarre ai creditori particolari del socio, e, quindi, nell'interesse degli stessi creditori sociali». Nella comunione, invece, ex art. 1113 c.c., i creditori e gli altri aventi causa da ciascuno dei partecipanti possono intervenire a proprie spese nella divisione e, perché la divisione abbia effetto nei loro confronti, devono essere chiamati ad intervenire i creditori iscritti e quelli che hanno acquistato diritti sull'immobile in virtù di atti soggetti a trascrizione e trascritti prima della trascrizione dell'atto di divisione;

¹⁵ Cfr. in tal senso Cass. 9-7-1996, n. 6253, in *Rep. Foro. It.*, 1996, Voce *Concordato preventivo* [1500], n. 63 per cui in tema di concordato preventivo con cessione dei beni, è inammissibile il ricorso per cassazione ex art. 111 Cost. proposto dal comproprietario

Le differenze testé rilevate consentono, infine, di concludere definitivamente che tra gli artt. 2247 e 2248 c.c. non c'è spazio per le *società di comodo* che ricorrono qualora, ad onta della esistenza di un contratto sociale aente per oggetto lo svolgimento di una attività economica, i beni conferiti sono asserviti al mero godimento dei soci medesimi. In tal caso, infatti, a prescindere dalla qualificazione nominale, i soggetti hanno dato luogo ad una comunione volontaria con il conseguente assoggettamento alla disciplina del libro terzo del codice civile. Trattasi, in definitiva, di società costituite non già per l'esercizio effettivo di una attività economica, bensì al solo scopo di trarre vantaggio dalla particolare condizione giuridica dei beni conferiti che, in quanto costituenti patrimonio autonomo e differenziato da quello personale dei soci, non sono esposti al rischio di possibili pretese da parte del fisco o dei creditori personali¹⁶.

2.1- A) Analizzando l'art. 2247 c.c. ciò che viene in primis rilievo (come già evidenziato nel superiore paragrafo) è «l'esercizio in comune dell'attività economica», che rappresenta lo scopo – mezzo attraverso il quale le parti si propongono di raggiungere la finalità della realizzazione dell'utilità; ed essendo l'unico comune a tutti i soci è in virtù di esso che può parlarsi della società come «contratto con comunione di scopo».¹⁷

del bene contro la pronunzia di inammissibilità emessa dal tribunale sul reclamo avverso il provvedimento che dispone la vendita all'incanto della quota indivisa del bene acquisita al compendio offerto in cessione (nella specie, trattavasi della quota della moglie, socia della società ammessa al concordato), non potendo il suddetto provvedimento incidere su diritti, di natura sostanziale, del comproprietario, atteso che la notificazione dell'avviso di pignoramento ai comproprietari non debitori è prescritta dall'art. 599 c.p.c. nell'esclusivo interesse del creditore pignorante, che l'audizione degli interessati davanti al giudice dell'esecuzione (art. 600 c.p.c. e 180 disp. att. stesso codice) non autorizza le persone convocate a proporre istanze e che la vendita di quota indivisa, a differenza della separazione in natura, non determina alcuna diminuzione del compendio comune né comporta alcuna restrizione nei diritti degli altri comproprietari, poiché il rapporto di comunione non viene sciolto e la successiva divisione investe necessariamente anche la quota espropriata.

¹⁶ Cfr. M. Di Camillo, *Società di fatto, comunione di impresa, società di mero gradimento (nota a Trib. Roma 19-1-1991)*, in *Giur. di merito*, 1992, 1124 e s.

¹⁷ Di «scopo comune» con riferimento ai contratti si parla innanzitutto nel codice civile. L'art. 1420 c.c., rubricato «Nullità del contratto plurilaterale», stabilisce che nei

L'attività economica si concretizza di volta in volta nella scelta di un particolare ramo merceologico di attività che costituisce l'oggetto sociale.

La concreta individuazione dell'oggetto sociale è importante da più punti di vista:

a) consistendo in un'attività economica, consente di distinguere la società dalla comunione di godimento: così per esempio, lo stesso bene denaro nella società viene investito per attuare concretamente l'oggetto sociale; nella comunione di godimento, dei beni ci si limita a percepire i frutti;

b) consistendo in una attività professionalmente esercitata, quella della società se effettivamente svolta è una attività d'impresa.

Da ciò ne discende che non integrano gli estremi della società quei contratti che hanno ad oggetto il godimento e l'amministrazione collettiva dei beni (le cc.dd. «società di comodo», la cui *species* più nota è la società immobiliare¹⁸).

contratti con più di due parti, in cui le prestazioni di ciascuna sono dirette al conseguimento di uno scopo comune, la nullità che colpisce il vincolo di una sola delle parti non importa nullità del contratto, salvo che la partecipazione di essa debba, secondo le circostanze, considerarsi essenziale. Analoga prescrizione presenta il codice con riguardo alle ipotesi di annullabilità (art. 1446), di risoluzione per inadempimento (art. 1459) e per impossibilità sopravvenuta della prestazione (art. 1466).

Nei contratti con comunione di scopo - si è rilevato - «la prestazioni di un contraente non va a vantaggio solo degli altri, ma anche del contraente stesso che la compie», con la conseguenza che «mentre nei contratti di scambio la prestazione di ciascuna parte soddisfa l'interesse solo dell'altra, e costituisce solo un sacrificio per chi la compie, [nei contratti con comunione di scopo] tale prestazione finisce con il tornare a vantaggio anche di chi la compie, indirettamente o direttamente» (Belvedere). Peraltro, sebbene il Codice, negli articoli prima richiamati, menzioni il contratto plurilaterale, non è possibile identificare i contratti con comunione di scopo con i contratti con più di due parti: infatti, quella di contratto plurilaterale è nozione più ampia (si veda art. 1321 c.c.) in cui può ricorrere o meno la comunanza di scopo. Gli articoli in questione disciplinano solo una sottospecie di contratti plurilaterali: i contratti plurilaterali con comunione di scopo;

¹⁸ Si pensi a quelle società di gestione immobiliare destinate a produrre solo canoni di locazione o di affitto. In questi casi non si ha produzione o scambio di beni (come invece avviene per le società di costruzione e di vendita immobiliare) né la produzione o lo scambio di servizi (se la locazione fosse un servizio, anche due proprietari comunisti che danno in locazione il loro immobile dovrebbero essere considerati in società) ma il semplice godimento dei canoni. Quindi, le società di gestione immobiliare destinate solo a produrre canoni si comportano come i comunisti e come tali dovrebbero essere

Molto efficacemente Amatucci¹⁹ rileva che anche l'attività d'impresa è una attività di godimento, ove questa si intenda come «l'attività volta a trarre da un bene le sue capacità a soddisfare esigenze patrimonialmente valutabili».

Sennonché il legislatore mostra di accoglierne una nozione tecnicamente più precisa e più delimitata. Indicativa, in tal senso, è la comparazione della formula dell'art. 820 cod. civ. con quella dell'art. 2247: il godimento del bene da parte di un soggetto diverso dal proprietario fa acquistare al proprietario i frutti; l'esercizio in comune di una attività d'impresa produce non già frutti, ma «utili». Invero, la giurisprudenza che si è pronunciata nel vigore del vecchio sistema normativo è unanime nel ritenere che le disposizioni codistiche (art. 2433 I co. c.c., applicabile, per espresso richiamo dell'art. 2492 c.c., alle srl) non possano essere interpretate nel senso che il socio, allo scadere di ogni esercizio sociale, abbia il diritto di vedersi attribuire, sotto forma di dividendo, gli utili maturati nello svolgimento dell'attività sociale.

Tale diritto, infatti, sebbene insito nello status di socio, per quanto attiene al suo profilo astratto, acquista in realtà la caratteristica di un vero e proprio diritto di credito solo attraverso la deliberazione assembleare che dispone l'erogazione ai soci degli utili realizzati.

Nel senso che il socio di una società di capitali non ha diritto agli utili se non dal momento e nella misura in cui di questi venga dalla società deliberata la distribuzione, previa l'approvazione del bilancio da cui gli stessi risultano²⁰.

Viene così contrapposta una attività di godimento ad una attività

trattate. Tenendo presente che, di solito, vengono costituite per evadere o eludere le norme fiscali e che vengono utilizzate come scatole cinesi.

Il godimento indiretto di un bene, infatti, non implica lo svolgimento di un'attività, ma si tratta di un singolo atto, di per sé inidoneo non solo a dar luogo (ovviamente) ad un'attività d'impresa, ma anche ad una società (e questo anche nel caso in cui si ritiene ammissibile la società senza impresa).

¹⁹ Cfr. C. Amatucci, *Società e Comunione*, Napoli, 1971, 46 e s.

²⁰ A tal fine, si confronti, Cass. 28.5.2004, n. 10271 per la quale «anche nelle società a responsabilità limitata (nel vigore della disciplina dettata dal codice civile del 1942, anteriormente alla riforma organica di cui al D. Lgs. 17 gennaio 2003, n.6) non è configurabile – al pari di quanto si verifica in tema di società per azioni – un diritto del socio agli utili senza una preventiva deliberazione assembleare in tal senso».

d'impresa, la quale necessariamente esclude la prima.

Il proprietario il quale «goda», del suo bene esercitandovi una impresa è sottoposto alla disciplina del libro V: il bene viene sottratto alla comune disciplina delle cose, solitamente neutre rispetto all'attività che su di esse si esercita, per essere ricompresso nella disciplina dell'azienda.

Ancora per Amatucci, pertanto, l'attività di godimento è, perciò, definibile solo negativamente: essa sussiste se e fino a quando l'attività di godimento non integri i requisiti dell'art. 2082 c.c.. Da questo momento sarà un'attività d'impresa ed il proprietario diverrà imprenditore con la conseguente soggezione ad una disciplina ulteriore.

Per riprendere un esempio classico del genere, il soggetto locatore di abitazioni non è solitamente imprenditore non già perché l'attività di locazione non sia in sé una attività produttiva o non sia economica (chi la esercita percepisce d'altra parte un canone), ma perché o non è una attività organizzata o non è professionale.

B) Ma se la società si caratterizza per l'esercizio in comune di una attività economica, ci si potrebbe chiedere dove è l'esercizio in comune nelle società di capitali unipersonali²¹.

In effetti, la pluralità di persone non costituisce più la *condicio sine qua non* per la costituzione della società, dal momento che è possibile la costituzione per atto unilaterale sia pure per le sole società di capitali (per azioni e a responsabilità limitata)²².

Non v'è dubbio che in tale ipotesi non si possa più parlare di società generata da un contratto, tant'è che il legislatore ha mutato la stessa rubrica dell'art. 2247 c.c. da «Nozione di società», in «Contratto di società», quasi a volere sottolineare che il contratto di società è un modo di costituzione che non ne esaurisce la nozione.

Ma la conseguenza più interessante ai fini che qui ci interessano è che nella società uninominale manca la comunione di scopo che, invece, caratterizza la società plurilaterale non essendoci esercizio in comune.

²¹ Per una lettura delle società unipersonali in generale cfr. C. Burlando, *Società unipersonale*, in *Il diritto - Encycl. giur.*, Milano, 2007, vol. XV, 186.

²² Per la s.r.l. già con il D.Lgs. n. 88 del 03 marzo 1993; più di recente per la s.p.a. unipersonale che, già presente nel nostro ordinamento giuridico nella forma della unipersonalità sopravvenuta, il legislatore (D. Lgs. N.6/2003) ne ha previsto anche la possibilità di costituzione unilaterale.

Le società uninominali nascono per limitare, a certe condizioni, la responsabilità patrimoniale del singolo ma è evidente che in questo caso non si pone neppure il problema di una eventuale confondibilità della fattispecie con la comunione a solo scopo di godimento di cui all'art. 2248 c.c.;

C) ci si potrebbe, infine, chiedere se, avuto riguardo al tenore letterale degli artt. 2082 e 2247 c.c., per l'imprenditore individuale l'attività economica debba essere sempre collegata alla produzione o allo scambio di beni o di servizi, mentre per le società questo collegamento possa anche non sussistere. Ovvero, nel concetto di società, che lo dovrebbe distinguere da quello di comunione, c'è sempre un vincolo di destinazione (esercizio in comune di un'attività economica) che va riconlegato alla produzione o scambio di beni o di servizi (posto che tale fine è espresso solo per l'imprenditore individuale?)

Orbene, una parte della dottrina postula in maniera chiara l'esistenza di una equazione società – impresa, nel senso che basterebbe la sola previsione inserita nell'atto costitutivo o comunque nell'accordo tacito di una attività d'impresa per fare acquistare alla società la qualità di imprenditore con la conseguente applicazione alle società della disciplina dettata per l'impresa: iscrizione nel Registro delle Imprese, tenuta delle scritture contabili, segni distintivi, azienda e procedure concorsuali.

Per questi autori, l'elemento della professionalità richiesto esplicitamente per l'acquisto della qualità di imprenditore è insito nel fatto stesso della costituzione della società «per l'esercizio di una attività economica». Con la conseguenza che la società è imprenditore anche quando non abbia iniziato effettivamente l'attività d'impresa o addirittura quando manchi l'abitudine all'esercizio dell'impresa.

Al criterio opposto si ispirano quanti, prescindendo da indagini di tipo teleologico, contestano, innanzitutto, la parificazione dell'attività economica all'attività imprenditoriale²³ e negano che il requisito della professionalità sia «compreso e presente», nella definizione di società. Secondo costoro è contro la legge differenziare soggetto individuale e soggetto collettivo ai fini della acquisizione della qualità di imprenditore. Questo significa in altre parole che anche la società acquista la quali-

²³ Cfr. G. F. Campobasso, *Manuale di Diritto Commerciale*, Torino, 2007.

tà di imprenditore in conseguenza dell'esercizio effettivo della attività. Conseguenza di tale impostazione è, da un lato, la parificazione, almeno per quanto riguarda i momenti dell'acquisto e della perdita, dell'imprenditore individuale all'imprenditore – società, nel senso che anche quest'ultimo soggiace allo statuto dell'imprenditore solo se eserciti effettivamente l'attività, mentre resta soggetto alle sole norme dettate per le società fino a quando non inizi l'attuazione dell'oggetto sociale; e, dall'altro, della «società senza impresa», ipotesi, invero, assai marginale e riscontrabile, secondo una dottrina minoritaria nel caso specifico delle società occasionali (per la mancanza del requisito della professionalità) o nelle società esercenti libere professioni, perché quella svolta non sarebbe per sua natura attività d'impresa²⁴.

3.- Se la disciplina applicabile all'una e all'altra fatispecie è chiara e ben delineata nella mente del legislatore, non può tacersi del fatto che le manifestazioni empiriche dell'uno e dell'altro fenomeno sono di tale varietà che più volte la giurisprudenza (e da ultimo la Suprema Corte con la sentenza in commento) si è trovata a dirimere controversie sull'esistenza o meno tra un gruppo di parti della volontà di porre in essere contratti associativi con comunione di scopo²⁵ (società) o un modello diverso.

È noto, infatti, che il rapporto sociale nasce da un contratto (art. 2247 c.c.) e che il «contratto è l'accordo tra due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale», (art. 1321 c.c.): ne consegue che il suddetto vincolo di destinazione funzionale del bene conferito in società non può che avere il proprio fattore genetico – costitutivo nell'accordo fra le parti, le quali, in definitiva, devono manifestare espressamente la loro volontà in tal senso, sia pure

²⁴ Evidentemente, l'entrata in vigore del d. lgs. 2 febbraio 2001 n. 96 ha stravolto questi principi perché la società tra avvocati è disciplinata attraverso una serie di disposizioni fra le quali spiccano l'obbligo dell'iscrizione nel Registro delle Imprese e l'applicabilità delle norme sulla società in nome collettivo, il che porta a considerare la società tra avvocati alla stregua di una impresa, escludendo però la soggezione al fallimento.

²⁵ Sulla nozione di contratto associativo con comunione di scopo e sulla riconducibilità a tale categoria del contratto di società, tra gli altri, P. Ferro – Luzzi, *I contratti associativi*, cit.

anche per *facta concludentia*.

D'altra parte, il contratto di società non prevede alcuna forma specifica se non quella dettata dalla natura dei beni eventualmente conferiti, sicché può concludersi anche tacitamente ossia sulla base del semplice comportamento tenuto dalle parti dando luogo al fenomeno delle c.d. «società di fatto»²⁶.

Anche dal semplice comportamento delle parti è, così, possibile dedurre l'esistenza di un rapporto sociale di fatto, laddove sia chiara e non equivoca rispetto ai terzi la volontà delle parti di dare luogo all'esercizio di una impresa, mediante l'utilizzazione di un bene all'uopo costituito o mantenuto in comunione col fine precipuo della divisione degli utili sociali.

Pur non essendo legata a formule sacramentali tipiche, la costituzione di un rapporto sociale di fatto deve essere chiara sia ai costituenti soci legati, appunto, dall'*affectio societatis*²⁷ che ai terzi, in ogni modo possibile che non sia quello della pubblicità legale presso il Registro delle Imprese.

Non può allora essere condivisa (ed anche la recente Cassazione in commento lo ha ribadito) la tesi, invero, accreditata da certa giurisprudenza²⁸ sino agli anni sessanta del secolo scorso, secondo la quale ogni

²⁶ Sulle società di fatto cfr., *ex plurimis*: S. Luchena, *Società di fatto*, in *Il diritto -En-cycl. giur.*, Milano, 2007, vol. XV, 39; P. Spera, *La società di fatto - Recenti orientamenti giurisprudenziali*, Milano, 2008; F. Ferrara Jr - F. Corsi, *Gli imprenditori e le società*, cit.; Spatazza, *La società di fatto*, Milano, 1980; Di Chio, *Rapporti interni e comportamenti con i terzi come prove dirette dell'esistenza di una società di fatto*, in *Giur. It.*, 1989, I, 2, 447.

²⁷ S. Ronco, *Rapporti tra soci, obblighi di adempimento ed «evaporazione» dell'affectio societatis (Nota a T. Milano, 10-6-1999, *Habtemariam c. Ogba Kefela*)*, in *Le Società*, 1999, 1479;

²⁸ V. Corte Appello di Roma 31-3-1949, in *Riv. di dir. comm.*, 1949, 353; Trib. Firenze 21-3-1960, in *Giur. Toscana*, 1960, 958; Trib. Bologna 12-2-1976, in *Giur. comm.*, 1977, II, 244 con nota di Ferrero ma, soprattutto, Cass. 28-8-1952, in *Riv. dir. comm.*, 1953, II, 13 s., nella motivazione della quale si legge che, «secondo il sistema del codice vigente, le società semplici, commerciali di persone e di capitali sono sempre soggetti di diritto (soggetto collettivo) dotati o non di personalità giuridica, e a questo soggetto è riferibile la proprietà del patrimonio e quindi dell'azienda sociale: soggetti autonomi con patrimonio che, se anche costituito con l'apporto dei soci, non è comune ai soci,

mutamento della propria sfera giuridico – patrimoniale deve descendere da una espressa manifestazione di volontà dell'interessato, il quale deve quindi sempre dichiarare il suo intendimento in ordine al conferimento in società di un bene, ciò avvenga a titolo di proprietà o a titolo di godimento.

In altri termini, secondo questa giurisprudenza il mutamento del regime giuridico del bene (che sia conferito in società) deve essere chiaramente espresso mediante una precisa manifestazione di volontà.

Ma se così fosse, si profilerebbe, allora, per i casi di non manifesta volontà, l'ipotesi di una comunione avente ad oggetto non già il bene (che le parti, a rigore, potrebbero non avere voluto espressamente conferire in maniera formale alla società, mantenendone, quindi, la mera contitolarità) bensì una attività: quella attività economica, cioè, che le parti potrebbero di fatto esercitare mediante l'utilizzazione comune di quello stesso bene e che, in quanto espressione di uno scopo produttivo, sarebbe indice dell'esistenza di un vincolo sociale.

Sennonché se è vero che, ai fini del mutamento della condizione giuridica del bene, occorre la volontà, è anche vero che questa può esternarsi non necessariamente in maniera esplicita e formale ma anche attraverso il reiterato comportamento delle parti dal quale si evinca l'intenzione del mutamento della condizione giuridica del bene: da bene «comune», o «in comunione», a bene che assurge a patrimonio autonomo²⁹. Così argomentando, tra la comunione di un bene e l'esercizio collettivo di una attività economica non ci sarebbe spazio per situazioni intermedie come certa dottrina³⁰ ha sostenuto in passato elaborando un

come nella comunione di impresa, ma giuridicamente appartiene alla società come soggetto. Con la formazione della società, fra i singoli componenti e il patrimonio sociale si interpone un *quid novi*, al quale il patrimonio appartiene giuridicamente».

²⁹ Cfr. M. Di Camillo, *Società di fatto, comunione di impresa, società di mero godimento (nota a Trib. Roma, 19-2-1991)*, cit. Sulla nozione di patrimonio autonomo, efficacemente, L. Bigliazzi Geri, *Patrimonio autonomo e separato*, in *Encycl. dir.*, Milano, 1982, vol. XXXII, 280;

³⁰ A favore della esistenza di una «comunione di impresa», F. Messineo, *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, Milano 1970, I, 343, ma anche G. Branca, *Della comunione*, in *Commentario del cod. civ.*, Bologna-Roma, 1982, 17 ss., secondo il quale la comunione non si converte in società se mancano, in tal senso, «precisi impegni» delle parti;

tertium genus: la comunione d'impresa.

Della questione si è interessata anche la Cassazione nel caso di specie concordando con i giudici dell'appello che hanno negato (in contrasto con quanto ritenuto dal Tribunale) la configurabilità teorica della comunione d'impresa, ovvero di un «*tertium genus*», non previsto dall'ordinamento, che si porrebbe tra la comunione a scopo di godimento e la società. Ugualmente, la Suprema Corte ha respinto la qualificazione proposta dal ricorrente, che ravvedeva la coesistenza tra una comunione d'impresa a scopo di godimento e una società a scopo lucrativo. Questa ricostruzione non può valere nel caso concreto, ove l'azienda era stata conferita dai comproprietari in godimento alla società di fatto costituita dai medesimi soggetti. Di tal che deve escludersi che detta azienda potesse contestualmente essere oggetto di godimento da parte degli stessi soggetti che ne erano rimasti comproprietari.

Secondo i fautori della comunione d'impresa, invece, la figura della comunione d'impresa ricorrerebbe ogni qualvolta:

due o più soggetti acquistano in comunione un fondo e vi esercitano personalmente una attività agricola (c.d. «comunione d'impresa agricola»);³¹ due o più soggetti acquistano in comunione una azienda commerciale con esercizio diretto da parte degli stessi della relativa attività (c.d. «comunione d'impresa commerciale»);

due o più soggetti ricevono in eredità un bene produttivo (fondo o azienda) e continuano personalmente l'attività economica (agricola o commerciale) inherente (c.d. «comunione d'impresa incidentale»);³²

³¹ Cfr., in senso conforme, W. Bigiavi, *Difesa dell'imprenditore occulto*, Padova, 1962, 273 e s.

³² Cfr., in senso contrario, Cass. 21-2-1984, n. 1151, in Foro it., 1985, I, c. 556 per la quale se è vero che il caso di comunione incidentale di azienda, per effetto di successione ereditaria, indubbiamente è stata ed è fonte, talvolta, di seri dubbi e di delicati problemi circa le posizioni di diritto soggettive risultanti, va tuttavia rilevato che, poiché l'esercizio dell'impresa dipende, non già dalla proprietà dell'azienda e nemmeno dall'esistenza di un altro diritto reale (o anche personale) su di essa, in sé e per se considerati, bensì dal fatto del godimento e della gestione della medesima, ne consegue che, in caso di «comunione d'azienda», esercita l'impresa e diventa imprenditore chi fruisce di tale godimento ed assume, per proprio profitto, tale gestione: se si tratta di uno soltanto dei partecipanti alla comunione, si avrà un'impresa individuale, mentre se si tratta di più di uno di tali partecipanti o di tutti i medesimi, questa gestione comune di più soggetti

In tutti questi casi, in sostanza, mancherebbe l'atto di conferimento del bene in società con la conseguente mancata formazione di un patrimonio autonomo; ma con l'evidente esercizio in comune di una attività economica: la comunione d'impresa, appunto, soggetta non alle regole della società ma a quelle della comunione.

L'argomento che i fautori della comunione d'impresa portano a suffragio della loro tesi è quello che per aversi società è necessario che vi sia una esplicita manifestazione di volontà diretta a trasformare la comunione dei beni in patrimonio sociale autonomo, mancando la quale i beni restano assoggettati alle norme generali sulla comunione.

La teoria della comunione d'impresa nasce, dunque, da una esigenza di difesa dell'autonomia contrattuale: nessuno - questo è il principio generale che si invoca - può subire modificazioni nella propria sfera giuridica contro o, comunque, indipendentemente dalla propria volontà. E in questo, come in altri casi, invocare l'autonomia contrattuale significa difendere le ragioni della proprietà: il comproprietario resta tale, e non si trasforma in socio, fino a quando questa trasformazione non risulti da lui voluta; i beni di cui egli è comproprietario restano beni in comproprietà, e non si trasformano in patrimonio sociale, fino a quando

sarà qualificabile come esercizio collettivo di impresa, e quindi come società, o regolare se ne assume la forma, o irregolare, oppure, com'è più frequentemente, di fatto (società di mero comportamento); la disposizione poi dell'art. 2248 c.c., per cui la comunione costituita o mantenuta al solo scopo di godimento non è società, ma semplicemente comunione di beni, sottoposta alle regole di cui agli artt. 1100 ss. c.c., non può riguardare il caso in cui la cosa in comunione sia una azienda ed il godimento di essa avvenga con un diretto sfruttamento della medesima, da parte dei partecipanti alla comunione, che la usino ed utilizzino direttamente a proprio profitto, giacché, in tal caso, è la stessa particolare natura del bene «azienda», quale bene il cui godimento e sfruttamento danno luogo all'esercizio dell'impresa, a qualificare siffatta comunione di godimento come «impresa», e, precisamente, come impresa collettiva (società); tutto ciò può accadere oltre che per la proprietà dell'azienda, anche per ogni altro diritto reale sulla stessa, ed in particolare, per quanto interessa il caso di specie, per l'usufrutto di essa, potendo, anche rispetto a tali diritti, prospettarsi l'alternativa tra il caso del godimento e sfruttamento diretti dei contitolari di quel diritto reale o dell'usufrutto, con la conseguenza dell'esercizio da parte di essi di un'impresa collettiva, ed il caso della cessione o subcessione di tale godimento e sfruttamento ad altri, nel qual secondo caso, detti contitolari di diritto reale conservano soltanto la comunione del diritto reale stesso, senza però esercizio diretto di alcuna impresa.

non risulti che in tal senso si è manifestata la sua volontà³³.

In altri termini, il bene comune è oggetto del godimento da parte di una pluralità di soggetti sia nella comunione che nella società solo che nella comunione, il godimento è fine a se stesso, nella società è finalizzato all'esercizio di una attività d'impresa.

Se, però, si ammettesse la comunione di impresa, per Buonocore³⁴, la conseguenza sarebbe che, se in astratto, lo statuto generale dell'imprenditore potrebbe applicarsi ai soggetti, altrettanto non potrebbe dirsi per le norme sulla società applicate ai beni. E la conseguenza non è di poco momento se si considera che, ove si ammetta l'esistenza della comunione di impresa, i singoli comunisti possono chiedere in ogni momento lo scioglimento della comunione ed i loro creditori personali il pignoramento dei beni: cosa, ovviamente, di regola non ammessa nelle società. Invero, l'argomento è ormai superato dalla dottrina³⁵ e dalla giurispru-

³³ Così F. Galgano, *Comunione di impresa, società di fatto e conferimento immobiliare*, in *Contr. e Imp.*, 1988, 689 s. per il quale «Il punto è, tuttavia, che il sacrificio del diritto di proprietà è qui imposto dall'art. 2248, il quale limita l'applicazione delle norme del libro della proprietà; e la limita all'ipotesi della «comunione costituita o mantenuta al solo scopo del godimento di una o più cose». Viene, in tal modo, sancita l'inammissibilità di una comunione di impresa: viene escluso che più persone possano considerarsi fra loro legate, se utilizzano i beni comuni per l'esercizio di una impresa, da un rapporto di semplice comunione. Quando c'è, fra le parti, l'intento di esercitare un'impresa, allora le norme del libro della proprietà non possono più applicarsi: si dovranno applicare, necessariamente, le norme del quinto libro e, in particolare, quelle sulla società. Né vale obiettare che il contratto di società non si forma se manca l'accordo delle parti: la presenza, fra le parti, della concorde volontà di «esercitare in comune una attività economica allo scopo di dividerne gli utili» è quanto basta per avere, fra esse, un contratto di società. Il fatto che l'accordo delle parti non si sia manifestato anche in relazione alla condizione giuridica dei beni utilizzati per l'esercizio in comune dell'impresa - il fatto, nei casi esaminati, che le parti non avessero voluto la trasformazione dei loro beni da beni in comunione a patrimonio sociale autonomo - non impedisce di parlare di contratto di società: il mutamento della condizione giuridica dei beni si realizza anche se non voluto dalle parti, ed anche se le parti lo avessero espressamente escluso. Esso si realizza qui come effetto legale del contratto di società, secondo il principio generale di cui all'art. 1374».

³⁴ Cfr. V. Buonocore, *L'imprenditore collettivo*, in AA.VV., *Manuale di Diritto Commerciale*, cit., 111.

³⁵ Per V. Allegri e G. Grippo, in AA.VV., *Manuale di Diritto Commerciale*, cit., la figura ricorrerebbe ancora, ma per espressa previsione dell'art. 177, comma 1°, lettera

denza³⁶ più accreditate, proprio perché la volontà di destinare i beni al fondo sociale può risultare oltre che da atto formale – i.e. atto scritto – anche dal comportamento in concreto assunto dai comproprietari; e se questi utilizzano i beni sociali per l'esercizio di una impresa, sarà legittimo desumerne la volontà di conferire i beni stessi per l'esercizio in comune di una impresa: saremo, cioè, in presenza di una società di fatto³⁷.

Per la verità, la giurisprudenza (e anche recentemente con la sentenza in commento) ha cercato di mediare gli opposti orientamenti dottrinali e giurisprudenziali ribadendo il principio generale in base al quale la comunione ereditaria incidentale di una azienda si trasformerebbe in società irregolare fra gli eredi – soci solo quando vi fosse la prova che fra tutti i partecipanti alla comunione si sia raggiunto un accordo stabile e duraturo per la continuazione dell'esercizio aziendale ed escludendo,

d) del codice civile, nel caso di impresa coniugale. Infatti, tra i beni che formano oggetto della comunione legale fra coniugi, il suddetto articolo annovera «le aziende gestite da entrambi i coniugi e costituite dopo il matrimonio». L'impresa coniugale è soggetta, quanto al regime di amministrazione e di responsabilità, alla disciplina della comunione legale fra coniugi che si differenzia sia dall'ordinaria comunione a scopo di godimento sia dalla società di fatto.

L'amministrazione dell'impresa coniugale spetta disgiuntamente ad entrambi i coniugi; ma per gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione, il regime è congiuntivo (art. 180 comma 2), a meno della delega attribuita ad uno di essi per il compimento di tutti gli atti necessari all'attività d'impresa (art. 182 comma 2). Tutt'affatto diversa dalla società è la disciplina della responsabilità patrimoniale: i beni destinati all'impresa coniugale non costituiscono un patrimonio autonomo, dunque, i creditori personali possono rivalersi su detti beni sia pure alle condizioni e nei limiti stabiliti dall'art. 189; dal canto loro, i creditori dell'impresa coniugale potranno aggredire tutti i beni della comunione ed, in via sussidiaria, i beni personali di ciascuno dei coniugi nella misura della metà del credito (art. 190 c.c.).

³⁶ Tra le altre cfr. Cass. 6-8-1979, n. 4558, in *Giust. civ.*, 1980, I, 2256, con nota di Spada; Cass. 17-6-1985, n. 3631, in *Vita notar.*, 1985, 689, e, da ultima, Cass. 4-7-1987, n. 5862, in *Foro it.*, 1988, 471.

³⁷ È l'art. 2248 che consente di ritenere concluso il contratto di società in orza della semplice volontà delle parti di costituire o mantenere una comunione di beni per un fine diverso dal semplice scopo di godimento, ossia per l'esercizio in comune di una attività economica. In tal senso, F. Galgano (*Comunione d'impresa, società di fatto e conferimento immobiliare*, in *Contr. e Imp.*, 1988, 689) per il quale non occorre che le parti abbiano voluto l'effetto reale del contratto: il mutamento della condizione giuridica dei beni consegue come «effetto legale del contratto di società, secondo il principio generale dell'art. 1374».

quindi, la formazione di una società irregolare qualora gli eredi si siano limitati a gestire l'azienda in attesa di cederla o dividerla³⁸.

A parte ogni considerazione sul fatto che la intenzione delle parti può rimanere non esternata molto a lungo creando una situazione di inspiegabile «limbo», la soluzione prospettata in realtà sposta il problema dal campo della società a quello dell'impresa: la temporaneità dell'esercizio riferita agli eredi può servire ad escludere la esistenza di una impresa per la mancanza del requisito della professionalità ma non che tra essi si sia di fatto creata una società.

In conclusione, per Buonocore³⁹, ove si ammettesse questa alternativa e, dunque, si ammettesse la possibilità di una comunione di impresa, cadrebbe ogni differenza di natura qualitativa tra impresa individuale ed impresa collettiva: «*la soggettività, della quale sono dotate le società personali, cesserebbe di apparire legata al fatto, in sé considerato, della titolarità plurima della impresa, per ripresentarsi come la caratteristica propria di una possibile ma non esclusiva forma di impresa collettiva*».

La questione che potrebbe sembrare solo teorica e rimanere, quindi, solo a livello di disquisizione dottrinaria, ha negli ultimi anni ripreso consistenza empirica sol che si consideri l'eventualità (sempre meno remota) che enti collettivi (non societari) quali associazioni, fondazioni, ecc. svolgano accanto alla loro attività «istituzionale», anche una attività commerciale (e, non sempre, in via residuale).

³⁸ Tra gli altri, Trib. Orvieto, 20-4-1989, in *Il Fisco*, 1990, 4549 per il quale «si ha comunione incidentale ereditaria quando i coeredi si limitino al mero godimento comune dell'azienda con le stesse caratteristiche con le quali è caduta nell'asse ereditario; si ha, invece, società di fatto allorché l'azienda venga ad essere esercitata con fini speculativi, con nuovi incrementi e con nuovi utili derivanti da tale esercizio; orbene, se può accadere che la comunione incidentale si trasformi in società di fatto, ove l'esercizio commerciale venga proseguito da tutti i coeredi con volontà concorde, può anche accadere che l'esercizio venga continuato da uno solo dei coeredi, con la necessaria conseguenza che gli incrementi e le perdite debbano rapportarsi solo a quest'ultimo; in presenza di questa seconda situazione, difettando una società di fatto, non esiste alcun obbligo, in capo al socio amministratore, anche nella successiva qualità di liquidatore, di presentare la dichiarazione dei redditi, sanzionato ex art. 1, 1^o comma, l. 7 agosto 1982, n. 516;

³⁹ Cfr. V. Buonocore, *L'imprenditore collettivo*, in AA.VV., *Manuale di Diritto Commerciale*, cit.

4.- Pur escludendo la possibilità di verificazione di una comunione di impresa resta un punto controverso nella questione e cioè quello della ammissibilità della società di fatto che utilizza beni immobili, il che, poi, è quello che è avvenuto anche nella fattispecie concreta all'esame della Suprema Corte e per la quale si è concluso nel senso del conferimento in godimento dell'immobile sede dell'azienda alberghiera.

Il problema deriva dal fatto che se è vero che a mente dell'art. 2251 «*nella società semplice il contratto non è soggetto a forme speciali*», rendendo in linea di principio ammissibile la c.d. «società di fatto», lo stesso articolo fa salva l'ipotesi che la natura dei beni conferiti imponga la forma scritta⁴⁰.

L'art. 1350 prevede, infatti, l'atto pubblico o la scrittura privata autenticata «*sotto pena di nullità*», al numero 1) per «*i contratti che trasferiscono la proprietà dei beni immobili*», ed al numero 9) per i «*contratti di società o associazione con i quali si conferisce il godimento di beni immobili o di altri diritti immobiliari per un tempo eccedente i 9 anni o per un tempo indeterminato*».

Ci si pone, pertanto, il problema di capire che cosa accade quando la società di fatto eserciti una attività d'impresa utilizzando beni immobili. Stando al tenore letterale del combinato disposto degli art. 2251 e 1350 c.c., si dovrebbe potere concludere che il contratto di società è nullo per mancanza della forma scritta con la conseguenza che il socio potrà, in qualsiasi momento, far dichiarare dal giudice la nullità del contratto e riacquistare la piena disponibilità dell'immobile e con l'ulteriore conseguenza che i suoi creditori particolari potranno, anch'essi previa dichiarazione di nullità del contratto sociale, far valere le proprie ragioni su quell'immobile.⁴¹

⁴⁰ La disposizione dettata in tema di società semplice trova applicazione anche nella società in nome collettivo e nella società in accomandita in forza dei richiami operati dagli artt. 2293 e 2315 c.c. anche se, invero, si argomenta che in questi casi la forma scritta dell'atto di costituzione è richiesta ai fini dell'iscrizione nel Registro delle Imprese;

⁴¹ Cfr., in senso conforme, Cass. 4-7-1987, n. 5862, in *Le Società*, 1987, 10, 1022; in *Foro it.* 1988, I, 471; *Giur. comm.* 1990, 231 con nota di D. Di Sabato; *Giust. civ.* 1987, I, 2483; *Riv. dir. Comm.*, 1988, II, 227 con nota di M. Cardinali per la quale «il contratto verbale costitutivo di una società di fatto, senza determinazione di tempo, con il conferimento del godimento di beni immobili essenziali al raggiungimento dello scopo so-

In relazione al disposto dell'art. 2251 codice civile, la giurisprudenza si è posta più volte il problema delle conseguenze della mancanza del requisito della forma scritta contemplato dall'art. 1350 n. 9, codice civile e ciò in quanto non si sarebbe in presenza di una comunione di impresa, perché inammissibile a norma dell'art. 2248; ma neppure in presenza di un valido contratto di società, perché ad esso difetta la forma scritta richiesta per il conferimento immobiliare a tempo indeterminato.

Il disposto letterale della norma riferisce la nullità quale conseguenza del difetto di forma scritta del conferimento immobiliare al contratto di società: ciò malgrado, questa conclusione imposta dal dettato letterale non è affatto pacifica e può anzi essere indicata come minoritaria quanto meno a livello giurisprudenziale. L'alternativa che si pone è se a rivestire la forma scritta debba essere l'intero contratto di società ovvero il solo negozio di conferimento: nel primo caso il contratto sarebbe senz'altro nullo mentre nel secondo caso la nullità colpirebbe il solo vincolo del conferente, a meno che la partecipazione di quest'ultimo alla società debba considerarsi essenziale⁴².

ciale, e' affetto da nullità, ai sensi dell'art. 2251, codice civile, in relazione all'art. 1350 n. 9, codice civile, il quale contempla la forma scritta *ad substantiam* per detti conferimenti immobiliari ove siano ultranovennali od a tempo indeterminato. Per escludere detta nullità non è invocabile il principio della conservazione del negozio giuridico, di cui all'art. 1367, codice civile, al fine di circoscrivere il patto societario nei limiti del novennio per cui non è necessaria la forma scritta, in quanto ciò esulerebbe dalla mera interpretazione della volontà delle parti, traducendosi in un' arbitraria sostituzione del loro effettivo intento» . Ed ancora, Cass. 19-1-1995, n. 565 per la quale «è nullo ai sensi dell'art. 2251 c.c. il contratto verbale costitutivo di una società di fatto senza determinazione di tempo e riguardo alla durata del conferimento di beni immobili essenziali al raggiungimento dello scopo sociale. Né tale nullità può essere esclusa dalla conversione in un termine di durata della società inferiore ai 9 anni, ai sensi dell'art. 1367 c.c. non potendosi arbitrariamente reputare che tale sarebbe stata la volontà delle parti», in *Riv. di dir. comm.*, 1995, II, 811 s. con nota di G. Ragusa Maggiore, *Società di fatto e durata del conferimento verbale di immobile essenziale all'oggetto sociale*, il quale, pur approvando la sentenza in rassegna «che esclude l'esistenza della società in cui l'immobile venga conferito a qualsiasi titolo senza atto scritto» ritiene altresì corretta «la tesi che la nullità del singolo conferimento non implica nullità della società, dovendosi procedere allo scioglimento limitatamente al singolo socio, a meno che la società non possa continuare senza quell'immobile specifico».

⁴² Cfr. V. Mariconda, *Sul conferimento tacito di immobili in società di persone*, nota a Cass. 4-7-1987, n. 5862, in *Corr. Giur.*, 1987, 10, 1081.

A dire il vero non è mancato chi in dottrina⁴³ ha sottolineato che la questione assumerebbe un rilievo pratico di scarsa importanza: «*il passaggio in proprietà alla società di un immobile a titolo di conferimento trova la sua causa nel contratto di società. Sicché questa deve risultare, a pena d'invalidità, dall'atto anche se disgiunto dalle restanti pattuizioni tra i soci: con tutte le conseguenze, specie fiscali, che ne derivano, e con una duplicazione che non sembra consigliare, di fatto, lo spezzettamento in due o più parti - scritte e non - del contratto sociale*».

Ciò malgrado l'autore ha preso posizione nel senso della nullità del solo negozio di conferimento ed ha confutato l'argomento letterale desumibile dall'art. 1350 n. 9 con l'obiezione per cui «il contratto con cui si conferisce», non deve essere necessariamente e inscindibilmente congiunto con le restanti pattuizioni sociali.

Questo dibattito è confluito ad un certo punto nel tema della comunione d'impresa: ciò è accaduto a seguito della pronuncia di Cass. 2 aprile 1982, n. 2017 in Giust. civ. Mass. 1982, la quale nel motivare la conclusione della nullità del conferimento immobiliare afferma testualmente che «*in mancanza dell'atto scritto il rigore delle forme in materia immobiliare preclude il sorgere del vincolo di destinazione dei beni che ha la sua fonte nel contratto sociale e rappresenta l'elemento distintivo tra società e comunione; ma l'effettiva e continuata utilizzazione commerciale dell'immobile indiviso può realizzare una forma di comunione d'impresa - figura nota alla giurisprudenza e alla dottrina - che, distinguendosi nettamente dalla comunione di godimento perché produttiva non di frutti civili ma di utili, si concreta nell'esercizio di un'attività comune da parte dei singoli imprenditori, senza la creazione di un autonomo patrimonio sociale*

Questa pronuncia si innestava sulla pretesa ad ottenere il rendiconto e gli utili per l'avvenuta utilizzazione dell'immobile da parte di un comproprietario di un immobile indiviso (pretesa fondata sull'asserito rapporto sociale con gli altri comproprietari in dipendenza del conferimento della sua quota): la Cassazione ha affermato che la nullità della clausola di conferimento del godimento a tempo indeterminato di un immobile in società, non stipulata in forma scritta, importa la nullità del-

⁴³ Cfr. G. Cottino, *Considerazioni sulla forma del contratto di società*, in *Riv. soc.*, 1963, 284 s.

l'intero contratto sociale quando il conferimento dell'immobile sia per sua natura essenziale al raggiungimento del fine sociale ovvero così rilevante da far ritenere che, in sua mancanza, la società non si sarebbe costituita; ma ha aggiunto che il giudice non può rilevare d'ufficio la nullità per difetto di forma del solo conferimento senza estendere il suo esame alla validità del contratto sociale nella sua interezza.

Già agli inizi degli anni settanta del secolo scorso, Galgano⁴⁴ argomentava sul tema cercando di risolvere il conflitto esistente tra l'art. 2248 e l'art. 2251 con il ricorso al principio generale dell'art. 1367, secondo il quale «*nel dubbio, il contratto e le singole clausole devono interpretarsi nel senso in cui possono avere qualche effetto, anziché quello secondo cui non ne avrebbero alcuno*». E concludeva che sulla base di questo criterio interpretativo, il tacito conferimento in società di beni immobili non poteva essere inteso né come conferimento in proprietà né come conferimento in godimento a tempo indeterminato o, comunque, ultranovennale, perché sia nell'uno che nell'altro caso il contratto di società non avrebbe potuto produrre alcun effetto. In tali casi, si sarebbe dovuto concludere di essere in presenza di un contratto di società di durata novennale essendo questa - nel silenzio delle parti riguardo alla durata della società - la massima durata compatibile, a norma dell'art. 1350, n. 9, con la mancanza della forma scritta⁴⁵.

⁴⁴ Cfr. F. Galgano, *Comunione d'impresa, società di fatto e conferimento immobiliare*, in *Contr. e Impr.*, 1988, cit.

⁴⁵ Cfr., in senso conforme, Cass. 17-6-1985, n. 3631 per la quale qualora con il contratto orale costitutivo di una società di fatto, venga conferito il godimento di beni immobili senza determinazione di tempo, la norma dell'art. 1350 n. 9 c.c., che impone la forma scritta *ad substantiam* se quel conferimento ecceda i nove anni o sia a tempo indeterminato, comporta in relazione al principio di conservazione fissato dall'art. 1367 c.c. in tema di ermeneutica negoziale che il contratto medesimo deve ritenersi validamente stipulato nel limite temporale di nove anni. *Contra*, Trib. Termini Imerese, 21-05-2002 in *Banca Dati Le Società on line www.ipsoa.it* per il quale «peraltro, anche il contratto verbale costitutivo di una società di fatto, senza determinazione di tempo, con il conferimento del godimento di beni immobili essenziali al raggiungimento dello scopo sociale, è affetto da nullità, ai sensi dell'art. 2251 c.c., in relazione all'art. 1350 n. 9 c.c. il quale contempla la forza scritta *ad substantiam* per detti conferimenti immobiliari ove siano ultranovennali od a tempo indeterminato. Per escludere detta nullità non è invocabile il principio della conservazione del negozio giuridico, di cui all'art. 1367 c.c., al fine di circoscrivere il patto societario nei limiti del novennio per cui non è necessaria la for-

Lo stesso Galgano, tuttavia, rileva, sulla scia di un diverso e successivo orientamento giurisprudenziale, che il ricorso indiscriminato all'art. 1367 c.c. si risolverebbe in una interpretazione abrogante del preceppo relativo alla prescrizione formale, il quale non verrebbe applicato nonostante che il conferimento abbia avuto per oggetto un bene immobile ovvero un diritto immobiliare, nel silenzio delle parti, a tempo indeterminato⁴⁶.

In sintesi, l'art. 1367 codice civile presuppone un dubbio interpretativo ed in tal caso impone di conservare il contratto. Quando il dubbio non c'è la norma è inapplicabile e non può servire ad operazioni di conversione: il che significa che se è certa la volontà di conferire la proprietà dell'immobile o altro diritto reale non vi può essere spazio per l'applicazione del principio di conservazione.

Quanto al secondo motivo di critica che mi pare di poter muovere alla pronuncia annotata, esso si riferisce al mancato svolgimento dei possibili rapporti tra il principio di conservazione di cui all'art. 1367, codice civile, e la regola della conversione posta dall'art. 1424, codice civile.

Il principio di conservazione non ha pratica possibilità d'intervento in relazione al conferimento in godimento dell'immobile, perché detto conferimento non vestito dallo scritto sarebbe valido solo se circostanziato dalla clausola di durata infranovenale: e ovviamente, se questa clausola manca, non vi è spazio per il dubbio tra più significati del regolamento contrattuale dei quali uno sia idoneo a salvarlo.

ma scritta, in quanto ciò esulerebbe dalla mera interpretazione della volontà delle parti, traducendosi in un'arbitraria sostituzione del loro effettivo intento (cfr. in tal senso Cassazione civile, sez. I, 19 gennaio 1995, n. 565). V. In dottrina, A. Matturri, *Differenze funzionali e formali tra società e comunione di godimento (nota a Corte Appello Genova 9-6-1994 e Corte Appello Genova 11-7-1994)*, in *Le Società*, 6, 1995, pag. 793 e ss. per la quale la mancanza dell'atto scritto comporterà come sola conseguenza che i beni immobili facenti parte dell'azienda non potranno considerarsi conferiti a titolo di proprietà, bensì solo a titolo di godimento inferiore ai nove anni (arg. *ex art. 1350, n. 9, c.c.*).

⁴⁶ Nel silenzio delle parti, infatti, il contratto potrebbe essere «interpretato» come concluso a tempo indeterminato dal momento che (è principio condiviso) che i contratti di durata privi dell'indicazione del termine finale devono ritenersi stipulati a tempo indeterminato.

Una volta ammessa la nullità del contratto per vizio di forma non pare peraltro che sussistano ostacoli ad operare la conversione ai sensi dell'art. 1424. Non si dimentichi che prima dell'entrata in vigore del codice vigente si era discusso della possibilità di conversione proprio in relazione ad una ipotesi di nullità per vizio di forma dei trasferimenti immobiliari: ci si chiedeva se, nullo il contratto traslativo orale, l'atto potesse essere inteso come contratto preliminare. Oggi, di fronte all'art. 1351, codice civile, l'interrogativo non è riproponibile ma si può trasferire ad ipotesi come quella disciplinata dall'art. 1350.

Nullo il conferimento in godimento dell'immobile perché a tempo indeterminato, lo stesso può essere recuperato nei limiti della durata infranovenale e negli stessi limiti dovrà essere ritenuto valido il contratto di società, qualora, data la natura dell'oggetto sociale e le altre circostanze della vicenda contrattuale, si possa risalire alla volontà ipotetica dei soci di dar vita ad un rapporto infranovenale nel quale il godimento dell'immobile abbia natura meramente personale⁴⁷.

Sennonché, il principio di conservazione del contratto impera in materia di termine finale del contratto. Il contratto di locazione è necessariamente un contratto a termine; ma una locazione perpetua non è nulla, bensì vale come locazione per trenta anni (art. 1573), ed una locazione senza determinazione di durata ha le durate stabilite, a seconda dei casi, dall'art. 1574. Il patto di non concorrenza non può essere contratto a tempo indeterminato; tuttavia, «se la durata del patto non è determinata (...), il patto è valido per la durata di un quinquennio (art. 2596, comma 2°). Queste sono altrettante applicazioni legislative del principio di conservazione del contratto; ma, là dove non è la legge a farne esplicita applicazione, lo dovrà applicare il giudice, attribuendo al contratto senza determinazione di durata la massima durata compatibile con il rispetto della legge, in altre parole qualificando il conferimento di immobili in società di fatto come conferimento del godimento infranovenale, una diversa qualificazione implicando nullità del contratto di società.

Trascorsi i nove anni, se i soci continueranno a compiere le opera-

⁴⁷ Così, V. Mariconda, *Sul conferimento tacito di immobili in società di persone (nota a Cass. 4-7-1987, n. 5862)*, cit.

zioni sociali, la società dovrà intendersi prorogata, ma non a tempo indeterminato (art. 2273), bensì per altri nove anni, ossia per il tempo massimo compatibile con la mancanza di forma scritta del conferimento immobiliare. Non varrà la norma dell'art. 2307, comma 3°, che presuppone la proroga a tempo indeterminato: ciascun socio potrà recedere dalla società solo per giusta causa (art. 2285, comma 2°). Il creditore particolare del socio potrà chiedere la liquidazione della quota del socio suo debitore, giacché questo diritto si ricollega al fatto in sé della proroga del termine di durata, non al tempo indeterminato della proroga.

5. - Si deve aggiungere, per concludere l'esposizione, che la sentenza in commento non sembri innovare l'orientamento giurisprudenziale consolidato in tema di società e comunione di godimento, ma ne riprende i contenuti conformandosi ad esso e ribadendo ulteriormente i seguenti principi:

a) come nella comunione si produce una contitolarità tra i partecipanti, così nel contratto di società si ha l'effetto di una contitolarità di rapporti patrimoniali da parte dei soci, fatta salva la loro imputabilità ad un diverso soggetto in caso di società dotate di personalità giuridica;

b) l'art. 2248 c.c. delimita gli ambiti di applicazione rispettivi delle norme sulla comunione e sulla società, definendo la prima come «comunione a scopo di godimento», mentre mediante il contratto di società, come prescritto dall'art. 2247 c.c., le parti conferiscono beni per l'esercizio in comune di una attività economica allo scopo di dividerne gli utili;

c) quest'ultima norma, invero, non esaurisce la descrizione del fenomeno societario dopo la previsione della possibile costituzione unilaterale della s.r.l. prima (D.Lgs. 88/1993) e della s.p.a. poi (art. 2325, comma 2, modificato dal D.Lgs. 6/2003);

d) da quanto premesso ne deriva che nella società semplice il patrimonio rappresentato dai beni in comune ai soci, ha funzione servente rispetto all'attività d'impresa, mentre nella comunione il rapporto beni-attività è capovolto in quanto è l'attività imprenditoriale che viene svolta allo scopo di assicurare il migliore godimento individuale.

La società è dunque un contratto che regola l'attività in comune di un'impresa, invece la comunione è una situazione giuridica che si manifesta allorché più persone sono titolari di un diritto di proprietà o altro diritto reale che insiste su un medesimo bene.

In quest'ultimo caso non nasce un soggetto di diritto ulteriore rispetto ai singoli partecipanti, come, allo stesso modo, non si rinviene una distinzione fra creditori comuni e creditori dei singoli partecipanti: infatti il creditore del singolo comproprietario può pignorare la quota del debitore e può provocare la vendita forzata della cosa comune, con il risultato di dissolvere lo stato di comunione.

Agli altri comproprietari spetterà dunque solamente la parte di capitale loro assegnata o la somma di danaro corrispondente al valore delle loro quote.

Ulteriore elemento di differenziazione tra i due istituti è rappresentato dall'autonomia patrimoniale, mancante nella comunione a scopo di godimento e caratteristica delle società nelle quali il contratto non può essere sciolto unilateralmente, il socio non può utilizzare il patrimonio sociale per fatti estranei alla società, ed i creditori personali dei soci non possono aggredire il patrimonio sociale.

Alla base della autonomia patrimoniale propria del contratto di società vi è il proposito di non distrarre i beni strumentali all'attività di impresa, infatti sono ritenute illegittime le società di mero godimento, non connotate da alcuna operatività, mentre sono lecite le società dove coesistono sia il godimento di beni conferiti sia la produzione di beni e servizi.

La Corte di Cassazione evidenzia, dunque, la principale differenza tra le due figure giuridiche osservando la rilevanza nel contratto di società dello scopo lucrativo perseguito mediante un'attività imprenditoriale che si sostituisce al mero godimento ed in funzione della quale si utilizzano beni comuni.

Nell'ipotesi quindi di comunione d'azienda si configura l'esercizio di un'impresa collettiva, giacché il godimento si realizza tramite lo sfruttamento diretto della stessa da parte dei partecipanti alla comunione.

La distinzione tra società di persone e comunione di godimento, quale risulta dal raffronto tra gli artt. 2247 e 2248 cod. civ., trova appli-

cazione anche riguardo ad un'azienda compresa in un'eredità. Conseguentemente, l'azienda ereditaria forma oggetto di comunione fintantoché rimangano presenti gli elementi caratteristici della comunione, e cioè fino a quando i coeredi si limitino a godere in comune l'azienda relitta dal *de cuius*, negli elementi e con la consistenza in cui essa è caduta nel patrimonio comune, come può avvenire nel caso di affitto dell'azienda stessa. Allorché, invece, quest'ultima viene ad essere esercitata con fine speculativo, con nuovi incrementi e con nuovi utili derivanti dal nuovo esercizio, possono verificarsi due ipotesi o l'impresa è esercitata, d'accordo, da tutti i coeredi, i quali convengono di continuare l'esercizio, apportando nuovi incrementi o sviluppando i precedenti, a fine speculativo, e, in tal caso, sussistono tutti gli elementi della società, sia pure irregolare o di fatto, e la comunione incidentale si trasforma in società tra i coeredi ovvero la continuazione dell'esercizio dell'impresa è effettuata da uno o da alcuni dei coeredi soltanto, ed allora la comunione incidentale è limitata all'azienda come relitta dal *de cuius*, con gli elementi - materiali e immateriali - esistenti al momento dell'apertura della successione mentre il successivo esercizio, con gli incrementi personalmente apportati dal coerede o dai coeredi che lo effettuano e con gli utili e le perdite conseguenti, non può essere imputato che al coerede o ai coeredi predetti⁴⁸.

La Suprema Corte nega, infine, l'esistenza teorica della c.d. comunione di impresa, che secondo certa dottrina dovrebbe verificarsi quando ad esempio due o più soggetti acquistano in comunione un'azienda commerciale con esercizio diretto dell'attività, da parte dei medesimi.

Essa è intesa come genere intermedio tra la comunione a scopo di godimento non esercente un'attività imprenditoriale e la società esercente un'impresa collettiva.

Al contempo la Cassazione esclude la possibilità di una coesistenza parallela di una comunione d'azienda a scopo di godimento e di una società a scopo lucrativo stabilendo nella presenza dell'elemento dello scopo lucrativo lo spartiacque fra società e comunione.

Va da sé, infine, la considerazione che se il godimento di un bene da parte di due soggetti proprietari venisse parificato ad una società, a tutti

⁴⁸ In questo senso si era già espressa nel 1968, Cass. 10-6-1968, n. 1810;

i comproprietari dovrebbe essere applicato il diritto societario e non le norme relative alla comunione.

Invece, nel caso di comunione incidentale di azienda, ove il godimento di questa si realizzi mediante il diretto sfruttamento della medesima da parte di uno o più partecipanti alla comunione, è configurabile l'esercizio di un'impresa individuale o collettiva (nella forma della società regolare oppure della società irregolare di fatto), non ostandovi l'art. 2248 cod. civ., che assoggetta alle norme degli artt. 1100 e ss. dello stesso codice la comunione costituita o mantenuta al solo scopo di godimento. Pertanto, nel caso in cui più eredi esercitino, congiuntamente ed in via di fatto, lo sfruttamento diretto dell'azienda già appartenuta al «de cuius», deve escludersi la configurabilità di una mera amministrazione di beni ereditari in regime di comunione incidentale di godimento e si è, invece, in presenza dell'esercizio di attività imprenditoriale da parte di una società di fatto, con l'ulteriore conseguenza che, in ordine alla responsabilità per i debiti contratti nell'esercizio di tale attività, restano prive di rilievo la qualità successoria delle persone anzidette e le eventuali limitazioni di responsabilità ad essa correlate⁴⁹

⁴⁹ Cfr. Cass. 27-11-1999, n. 13291 e Cass. sez. lav. 27-11-1999, n. 13291, in *Dir. e giur. agr. e amb.*, 2000, 533, con nota di G. Ambrosio per il quale l'iscrizione di un'impresa presso la camera di commercio come società di fatto non rappresenta un dato meramente formale, inidoneo a comprovare l'esistenza effettiva della società, in un giudizio avente ad oggetto una pretesa da altri fatta valere contro i soggetti indicati come soci, integrando, invece, tutti gli estremi per fondare una presunzione semplice - superabile soltanto con la prova contraria - di corrispondenza del dato formale alla realtà; tenuto conto, inoltre, che, inerendo l'iscrizione ad un pubblico registro conoscibile dalla generalità delle persone, essa determina per i terzi, a carico dei soggetti indicati come soci, un importante elemento di riscontro circa l'assunzione, da parte loro, della responsabilità patrimoniale illimitata per le attività e le obbligazioni riferibili alla compagnia sociale (sulla base di tale principio la suprema corte ha ritenuto che correttamente il giudice di merito avesse desunto la prova presuntiva dell'esistenza di una società di fatto, fra gli eredi del soggetto titolare di un'impresa individuale, dalla denuncia presso la camera di commercio della trasformazione della impresa individuale del *de cuius* in società, dopo la sua morte, ed ha rilevato che di fronte a quella prova incombeva ai presunti soci l'onere della prova contraria).