

Data stampa: **4.10.2022** Ore: **15.13**Utente: **DOMINICI ASSOCIATI STUDIO LEGALE E TRIBUTARIO**

RASSEGNA GIURISPRUDENZA

Cass. 8.7.2022 n. 21731**ORDINANZA**sul ricorso n. r.g. 29474/2017 proposto da:

Alfa snc di B.M.C. e G.B., in persona del legale rappresentante pro tempore, B.M.C., in qualità di socio, rappresentate e difese dall'Avv. [Omissis], giusta procura speciale rilasciata su separato foglio e allegata al ricorso, con cui elettivamente domicilia presso lo studio dell'Avv. [Omissis] in [Omissis]

- ricorrenti -

contro

G.B.

- intimata -

avverso la sentenza della Corte di appello di Roma n. 2898/2017, depositata in data 3 maggio 2017;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 27/6/2022 dal Consigliere dott. [Omissis];

RILEVATO CHE:

1. La Corte d'appello di Roma, con sentenza n. 2898 del 2017, pubblicata il 3 maggio 2017, ha solo parzialmente accolto (con riferimento al VI motivo di appello relativo alla condanna in solido di società e socia) il gravame proposto dalla società Alfa snc di B.M.C. e G.B. in proprio avverso il lodo arbitrale depositato in data 18 aprile 2012, con cui gli arbitri avevano accolto la domanda presentata dall'altra socia G.B. Gli arbitri, infatti, per quel che ancora qui rileva, avevano ritenuto sussistente la giusta causa di recesso ex art. 2285 c.c. della G. dalla qualità di socio-amministratore della Alfa snc, comunicato con dichiarazione del 15 giugno 2009 con efficacia a decorrere dal 1° luglio 2009, in quanto esclusivamente la socia G. si era occupata della gestione della società, mentre l'altra socia B.M.C. si era limitata alla gestione dei rapporti bancari con la filiale di Atina. La Corte d'appello, quindi, per quel che ancora qui rileva, con riferimento al quinto motivo di impugnazione di cui all'art. 829 c.p.c., relativo alla circostanza che la G. non aveva mai contestato alcunché alla B. durante tutto il periodo di gestione della società, salvo manifestare nel gennaio 2009 la sua intenzione di recedere dalla stessa, ha ritenuto insussistente alcuna violazione di legge da parte degli arbitri, neppure con riferimento all'art. 1375 c.c.; da tale norma, infatti, non poteva farsi discendere un obbligo del socio di

sollecitare l'altro socio inadempiente, prima di esercitare la sua facoltà di recesso per giusta causa, né la tolleranza di una situazione di fatto, anche per un tempo rilevante, comportava una preclusione legale al riguardo.

Avverso tale sentenza hanno proposto ricorso per cassazione la società Alfa snc di B.M.C. e G.B., nonché B.M.C., depositando anche memoria scritta.

3. È rimasta intimata G.B., che ha depositato il 7 giugno 2022 la procura speciale ed una memoria scritta, unitamente alla procura speciale.

CONSIDERATO CHE:

1. Anzitutto, si rileva l'inammissibilità della memoria depositata dal difensore di G.B., che non ha notificato né depositato alcun controricorso, ma si è limitata in data 25 maggio 2022, dopo aver ricevuto l'avviso di fissazione di adunanza per il 27 giugno 2022, a presentare «istanza di richiesta di visibilità temporanea del fascicolo informatico» per poi depositare il 7 giugno 2022 la procura speciale su foglio separato ed una memoria scritta.

Invero, l'art. 370, primo comma, c.c., prevede che «la parte contro la quale il ricorso è diretto, se intende contraddire, deve farlo mediante controricorso da notificarsi al ricorrente [...].In mancanza di tale notificazione, essa non può presentare memorie, ma soltanto partecipare alla discussione orale».

Prima delle modifiche di cui al DL 31 agosto 2016, n. 168, convertito in legge 25 ottobre 2016, n. 197, quindi, costituiva principio giurisprudenziale di legittimità consolidato quello per cui la parte alla quale il ricorso per cassazione è diretto, se intende contraddire deve farlo mediante controricorso da notificare al ricorrente nelle forme e nei termini di cui all'art. 370, primo comma, c.p.c.; in mancanza tale parte non può presentare memorie, ma solamente partecipare alla discussione orale (Cass., 11.6.2004, n. 11160; Cass., 20.4.2012, n. 6222; Cass., 28.5.2013, n. 13183, in relazione ad un controricorso inammissibile; Cass., 5.12.2014, n. 25735, per cui sarebbe preclusa anche la partecipazione alla discussione orale). A tal fine, il difensore deve essere munito di procura speciale che, in assenza di controricorso, non può essere apposta validamente a margine di una «memoria conclusiva» depositata in prossimità dell'udienza, trattandosi di atto che esula dalla previsione normativa di cui al terzo comma dell'art. 83 c.p.c. ed estraneo al sistema processuale disegnato dal legislatore per il giudizio di cassazione (Cass., SS.UU. 12.3.2003, n. 3602), ma deve essere conferita con atto pubblico o scrittura privata autenticata (Cass., 28.1.2005, n. 1737); si è anche aggiunto che non è necessario, ai fini della discussione orale, che la procura speciale al difensore venga previamente notificata al ricorrente (Cass., 22.1.2001, n. 875).

Con l'inserimento dell'art. 380-bis.1 c.p.c., da parte del DL 31 agosto 2016, n. 168, convertito in legge 25 ottobre 2016, n. 197, è stato disciplinato, per i ricorsi depositati a decorrere dalla data del 30 ottobre 2016, il «procedimento per la decisione in camera di consiglio dinanzi alla sezione semplice», riservando l'udienza pubblica alle controversie caratterizzate dalla «particolare rilevanza della questione di diritto» ex art. 375, ultimo comma, c.p.c..

Pertanto, si è ritenuto che, in tema di rito camerale di legittimità ex art. 380-bis.1 c.p.c., relativamente ai ricorsi già depositati alla data del 30 ottobre 2016 e per i quali venga successivamente fissata adunanza camerale, la parte intimata che non abbia provveduto

a notificare e a depositare il controricorso nei termini di cui all'art. 370 c.p.c. ma che, in base alla pregressa normativa, avrebbe ancora la possibilità di partecipare alla discussione orale, per sopperire al venir meno di siffatta facoltà può presentare memoria, munita di procura speciale, nei medesimi termini entro i quali può farlo il controricorrente, trovando in tali casi applicazione l'art. 1 del Protocollo di intesa sulla trattazione dei ricorsi presso le Sezioni civili della Corte di cassazione, intervenuto in data 15 dicembre 2016 tra il Consiglio Nazionale Forense, l'Avvocatura generale dello Stato e la Corte di cassazione (Cass., 10.3.2021, n. 6592; Cass., 14.5.2019, n. 12803).

Nella specie, però, il ricorso per cassazione è stato spedito il 27 novembre 2017 e depositato successivamente a tale data, quando ormai la nuova disciplina della adunanza di camera di consiglio presso la sezione semplice era ormai in vigore da oltre un anno; sicché non può trovare applicazione la giurisprudenza di legittimità che teneva conto del mutamento normativo di cui al DL 31 agosto 2016, n. 168 sopravvenuto al deposito del ricorso.

Pertanto, nel nuovo regime la mancanza del controricorso o la mancanza della sua notificazione impediscono di depositare memorie nel rito camerale ex art. 380-bis 1.c.p.c. 1.1. Con un unico motivo di impugnazione le ricorrenti deducono la «violazione di legge (art. 360, primo comma, n. 3, c.p.c.), in relazione agli articoli 1175 e 1375 c.c.». La Corte d'appello, sulla questione della violazione dell'art. 1375 c.c., ha confermato quanto ritenuto dagli arbitri nel lodo del 18 aprile 2012, ove si è statuito che la socia B.M.C. era tenuta a porre in essere tutte le attività inerenti l'amministrazione della società e la gestione del punto vendita, e ciò a prescindere dalla richiesta dell'altro socio che non era tenuto ad alcuna messa in mora, non esistendo alcuna norma che imponesse all'altro socio di sollecitare formalmente il socio inadempiente a compiere i suoi doveri di «coamministratore»; inoltre, nel lodo si è evidenziato che la mera tolleranza della G., per un certo periodo di tempo, del comportamento inadempiente della Bastianelli ai suoi doveri di «coamministratore» non era in alcun modo preclusiva all'esercizio del diritto di recesso per giusta causa.

Il diritto di recesso si configurava come diritto potestativo della socia, esercitabile in qualsiasi momento il socio ritenesse opportuno. Per le ricorrenti il principio di buona fede costituisce una clausola generale che si specifica nei canoni della lealtà e della salvaguardia. Per la giurisprudenza è contrario al principio di buona fede contrattuale il comportamento di colui che, pur ricevendo una prestazione inesatta, non mette la controparte nella condizione di rimediare. In realtà, prima del recesso del giugno 2009, la socia B.G. aveva proposto lo scioglimento della società nel gennaio 2009 e la cessione e/o l'acquisto delle quote sociali nell'aprile 2009, ma mai aveva mosso alcuna contestazione alla B. sulla violazione degli obblighi contrattuali né le aveva manifestato l'insanabile dissidio, profili poi adottati, solo nel giugno 2009, dopo sette anni di silenzio, a sostegno della giusta causa di recesso. La valutazione della Corte d'appello integra una violazione di legge, cioè un'attività di giudizio che si traduce nella inesatta e/o errata interpretazione della norma (art. 1375 c.c.), che contrasta con l'interpretazione della stessa fornita dalla giurisprudenza di legittimità. Il contraente titolare di una situazione creditoria o potestativa, che per lungo tempo trascuri di esercitarla, genera un affidamento della controparte nell'abbandono della relativa pretesa, con perdita della medesima situazione soggettiva. La questione di diritto sarebbe stata decisa in modo non conforme alla giurisprudenza di legittimità.

1.2. Il motivo è inammissibile.

1.3. Va, infatti, evidenziato che la violazione del principio di correttezza e buona fede si può apprezzare solo nel contesto dei rapporti tra le parti, che la Corte d'appello ha compiutamente valutato (già nel gennaio del 2009 c'era stata la manifestazione dell'intenzione della G. di recedere dalla società).

1.4. Invero, nel lodo arbitrale è stata ritenuta sussistente la giusta causa del recesso della socia B.G. dalla compagine societaria, in quanto l'altra socia B.M.C., sin dalla costituzione della società, avvenuta nel 2002, non si era mai occupata della gestione societaria, ma si era limitata esclusivamente ad intrattenere rapporti con la banca, ciò in violazione dell'art. 2257 c.c., il quale prevede che «salvo diversa pattuizione, l'amministrazione della società spetta a ciascuno dei soci disgiuntamente dagli altri». Del resto, l'art. 2293 c.c. stabilisce che «la società in nome collettivo è regolata dalle norme di questo capo e, in quanto queste non dispongano, dalle norme del capo precedente».

1.5. Il collegio arbitrale, quindi, ha evidenziato che la socia B.M.C. era tenuta a porre in essere tutte le attività inerenti all'amministrazione della società e la gestione del punto vendita, e ciò a prescindere dalla richiesta dell'altro socio che non era tenuto ad alcuna messa in mora, non esistendo alcuna norma che imponesse all'altro socio di sollecitare formalmente il socio inadempiente a compiere i suoi doveri di coamministratore. Il collegio arbitrale ha anche aggiunto che «la mera tolleranza della G. per un certo periodo di tempo, del comportamento inadempiente della B. e suoi doveri di coamministratore non è in alcun modo preclusiva all'esercizio del diritto di recesso per giusta causa dalla società da parte della G. atteso che sussistendo il presupposto della giusta causa di recesso costituita proprio dall'inadempimento della B. ai suoi doveri, il diritto di recesso si configura come diritto potestativo del socio recedente, esercitabile in qualsiasi momento il socio lo ritenga opportuno».

1.6. La Corte d'appello ha confermato il giudizio del collegio arbitrale evidenziando, proprio con riferimento a tale censura del lodo arbitrale (quinta censura), che la gestione societaria era svolta in via esclusiva dalla socia B.G. («gli arbitri, più precisamente, hanno individuato una sensibile sperequazione tra le attività svolte dalla G. e quelle della B. che - secondo quanto emerso dalle numerose testimonianze acquisite-non partecipava alla gestione dell'attività commerciale se non in misura molto limitata e parziale, senza che da ciò possa farsi derivare un vizio di legittimità del lodo»). La Corte d'appello ha anche specificato che «l'attività di gestione è un portato diretto della qualità di socio il quale è tenuto a collaborare all'attività sociale, sotto ogni profilo».

Il giudice d'appello ha quindi escluso la violazione del principio di correttezza e buona fede, ritenendo che il diritto di recesso per giusta causa non fosse stato violato («il canone legale richiamato è l'art. 1375 c.c. ma nell'opera degli arbitri non è possibile ravvisare alcuna violazione di legge»).

Ha chiarito la Corte d'appello che «dalla norma invocata, infatti, non può farsi discendere un obbligo del socio di sollecitare il socio inadempiente prima di esercitare la sua facoltà di recesso per giusta causa né la tolleranza di una situazione di fatto, anche per un tempo rilevante, comporta una qualche preclusione legale al riguardo».

Nell'affermare tale principio la Corte d'appello ha anche tenuto conto che la socia B.G. aveva manifestato nel gennaio 2009 la sua intenzione di recedere dalla società, mentre il recesso recava la data del giugno 2009 («salvo manifestare nel gennaio 2009 la sua intenzione di recedere dalla società»).

2. Va premesso che la disciplina applicabile alla fattispecie è quella di cui all'art. 829, secondo comma, c.p.c., nella versione esistente al momento della stipulazione della clausola compromissoria in data 1° ottobre 2002, quindi prima delle modifiche di cui al DLgs. n. 40 del 2006.

2.1. Invero, per questa Corte, a sezioni unite, in tema di impugnazione del lodo per violazione delle regole di diritto sul merito della controversia, l'art. 829, comma 3, c.p.c., come riformulato dall'art. 24 del DLgs. n. 40 del 2006, si applica, ai sensi della disposizione transitoria di cui all'art. 27 dello stesso decreto, a tutti i giudizi arbitrali promossi dopo l'entrata in vigore della novella (2 marzo 2006); tuttavia, per stabilire se sia ammissibile tale impugnazione, la legge, cui l'art. 829, comma 3, c.p.c. rinvia, deve essere identificata in quella vigente al momento della stipulazione della convenzione di arbitrato, sicché, in caso di procedimento arbitrale attivato dopo l'entrata in vigore della nuova disciplina - ma in forza di convenzione stipulata anteriormente - nel silenzio delle parti è applicabile l'art. 829, comma 2, c.p.c. nel testo previgente, che ammette l'impugnazione del lodo per violazione delle norme inerenti al merito, salvo che le parti stesse avessero autorizzato gli arbitri a giudicare secondo equità o avessero dichiarato il lodo non impugnabile (Cass., SS.UU. 9.5.2016, n. 9285, Cass., 13.7.2017, n. 17339).

2.2. L'art. 829, secondo comma, c.c., nella versione vigente nel 2002, prevede che «l'impugnazione di nullità è altresì ammessa se gli arbitri nel giudicare non hanno osservato le regole di diritto, salvo che le parti li avessero autorizzati a decidere secondo equità o avessero dichiarato il lodo non impugnabile».

Pertanto, nella versione anteriore al 2006 si prevedeva che il lodo fosse impugnabile se gli arbitri, nel giudizio, non avessero osservato le regole di diritto, con riferimento al «merito» del giudizio (*errores in iudicando*), senza però un riesame dei fatti di causa, salvo che le parti non li avessero autorizzati a decidere secondo equità o avessero dichiarato il lodo non impugnabile; si è ritenuto, infatti, che la denuncia di nullità del lodo arbitrale, per inosservanza delle regole di diritto in iudicando, è ammissibile solo se circoscritta entro i medesimi confini della violazione di legge opponibile con il ricorso per cassazione ex art. 360, primo comma, n. 3, c.p.c. (Cass., 31.7.2020, n. 16559; Cass., 11.10.2006, n. 21802; Cass., sez. L., 23.12.2004, n. 23900).

3. Quanto al giudizio di legittimità costituisce principio giurisprudenziale consolidato, cui si intende aderire, quello per cui la denuncia di nullità del lodo arbitrale postula, in quanto ancorata agli elementi accertati dagli arbitri, l'esplicita allegazione dell'erroneità del canone di diritto applicato rispetto a detti elementi, e non è, pertanto, proponibile in collegamento con la mera deduzione di lacune d'indagine e di motivazione, che potrebbero evidenziare l'inosservanza di legge solo all'esito del riscontro dell'omesso o inadeguato esame di circostanze di carattere decisivo (Cass., 12.11.2018, n. 28997; Cass., 12.9.2014, n. 19324); inoltre, si è ritenuto che, in sede di ricorso per cassazione avverso la sentenza che abbia deciso sull'impugnazione per nullità del lodo arbitrale, la Corte di cassazione non può apprezzare direttamente il lodo arbitrale, ma solo la decisione impugnata nei limiti dei motivi di ricorso relativi alla violazione di legge e, ove ancora ammessi, alla congruità della motivazione della sentenza resa sul gravame, non potendo peraltro sostituire il suo giudizio a quello espresso dalla Corte di merito sulla correttezza della ricostruzione dei fatti e della valutazione degli elementi istruttori operata dagli arbitri (Cass., 7.2.2018, n. 2985, che esclude la configurabilità del vizio di cui all'art. 360, primo comma, n. 5, c.p.c., con cui il ricorrente riproponga questioni di fatto già oggetto

della decisione arbitrale; Cass., 26.5.2015, n. 10809; Cass., 26.7.2013, n. 18136).

4. Nella specie, la Corte d'appello, con valutazione di merito, adeguatamente motivata, ha ritenuto, da un lato, che sussistesse la giusta causa di recesso dalla società, in quanto l'altra socia non aveva partecipato alla gestione dell'impresa, in violazione dell'art. 2257 c.c., e dall'altro, ha ritenuto, anche in relazione alla circostanza che la socia precedente aveva manifestato l'intenzione del proprio futuro recesso nel gennaio 2009, «messa poi in atto nel giugno 2009», che tale condotta non avesse comportato la violazione del principio di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto ex art. 1375 c.c.; ha poi aggiunto l'inesistenza di un obbligo del socio di sollecitare il socio inadempiente prima di esercitare la sua facoltà di recesso per giusta causa, affermando che la tolleranza di una situazione di fatto, nella specie la mancata partecipazione alla gestione societaria da parte dell'altra socia, anche per un tempo rilevante, non potesse comportare «una qualche preclusione legale al riguardo».

5. Per questa Corte, in tema di estinzione dell'obbligazione, al di fuori dei casi in cui gravi sul creditore l'onere di rendere una dichiarazione volta a far salvo il suo diritto di credito, il silenzio o l'inerzia non possono essere interpretati quale manifestazione tacita della volontà di rinunciare al diritto di credito, volontà che non può, pertanto, formare oggetto di presunzioni (Cass., 26.2.2004, n. 3861).

5.1. Si è inoltre sostenuto che il principio di correttezza e buona fede - il quale, secondo la Relazione ministeriale al codice civile, «richiama nella sfera del creditore la considerazione dell'interesse del debitore e nella sfera del debitore il giusto riguardo all'interesse del creditore» - deve essere inteso in senso oggettivo in quanto enuncia un dovere di solidarietà, fondato sull'art. 2 della Costituzione, che, operando come un criterio di reciprocità, esplica la sua rilevanza nell'imporre a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio, il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge, sicché dalla violazione di tale regola di comportamento può discendere, anche di per sé, un danno risarcibile (Cass., 2.4.2021, n. 9200). L'impegno imposto dall'obbligo di buona fede oggettiva o correttezza va, quindi, correlato alle condizioni del caso concreto, alla natura del rapporto, alla qualità dei soggetti coinvolti (Cass., 30.10.2007, n. 22860), dovendo valutarsi alla stregua della causa concreta del contratto (Cass., 6.5.2020, n. 8494; Cass., 29.1.2013, n. 2071).

5.3. È evidente, dunque, che la Corte d'appello ha pronunciato sul rispetto del principio di correttezza e di buona fede avendo presente la situazione di fatto, il tempo intercorso tra la costituzione della società ed il recesso, nonché le attività svolte rispettivamente dalle due socie.

La legittimità dell'esercizio del diritto di recesso deve essere, cioè, valutata nel complessivo contesto dei rapporti intercorrenti tra le parti, al fine di accertare se tale recesso sia stato o meno esercitato secondo modalità e tempi che non rispondono ad un interesse del titolare meritevole di tutela, ma soltanto allo scopo di arrecare danno all'altra parte (Cass., 16.10.2003, n. 15482). Tale indagine è stata correttamente compiuta dal giudice di merito, le cui valutazioni non sono sindacabili in questa sede di legittimità.

6. In assenza di attività difensiva da parte dell'intimata non si fa luogo alla liquidazione delle spese del giudizio di legittimità.

P.Q.M.

Dichiara inammissibile ricorso.

Ai sensi dell'art. 13 comma 1-quater del DPR 115 del 2002, dà atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte delle ricorrenti, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello previsto per il ricorso, a norma del comma 1-bis, dello stesso art. 13, se dovuto.