

CASSAZIONE, Sez. I, 20 aprile 2020, n. 7919 – De Chiara, *Presidente* – Falabella, *Relatore* – C.M. c. Cr.II. conferma Appello Firenze, 22 luglio 2015

Società – Società di capitali – Società per azioni (nozione, caratteri, distinzioni) – Dotazione finanziaria della società – Patrimonio sociale – Qualificazione degli apporti dei soci – Rilevanza del criterio formalistico dell’iscrizione a bilancio – Esclusione – Centralità dell’indagine della volontà dei soci

(Artt. 1362 e 2467 c.c.)

L'erogazione di somme che a vario titolo i soci effettuano alle società da loro partecipate può avvenire a titolo di mutuo, con il conseguente obbligo per la società di restituire la somma ricevuta ad una determinata scadenza, oppure di versamento, destinato ad essere iscritto non tra i debiti, ma a confluire in apposita riserva "in conto capitale" (o altre simili denominazioni). Tale ultimo contributo non dà luogo ad un credito esigibile, se non per effetto dello scioglimento della società e nei limiti dell'eventuale attivo del bilancio di liquidazione, ed è più simile al capitale di rischio che a quello di credito, connotandosi proprio per la postergazione della sua restituzione al soddisfacimento dei creditori sociali e per la posizione del socio quale residual claimant. La qualificazione, nell'uno o nell'altro senso, dipende dall'esame della volontà negoziale delle parti, dovendo trarsi la relativa prova, di cui è onerato il socio attore in restituzione, non tanto dalla denominazione dell'erogazione contenuta nelle scritture contabili della società, quanto dal modo in cui il rapporto è stato attuato in concreto, dalle finalità pratiche cui esso appare essere diretto e dagli interessi che vi sono sottesi. Solo ove manchi una chiara manifestazione di volontà, la qualificazione dell'erogazione può essere desunta dalla terminologia adottata nel bilancio. (1)

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1. Con citazione notificata il 24 ottobre 2006 Cr.II., in proprio e quale socia accomandataria di Futura s.a.s., proponeva opposizione avverso il decreto ingiuntivo emesso dal Tribunale di Firenze su ricorso di C.M.; con tale decreto era stato intimato ad essa attrice il pagamento della somma di Euro 322.400,00 a titolo di restituzione di un finanziamento erogato in favore di Futura s.a.s. L'ingiunta assumeva, per quanto qui ancora rileva, che i versamenti effettuati dall'opposto non erano riconducibili allo schema del mutuo, ma costituivano conferimenti atipici in conto ca-

pitale, come tali non rimborsabili se non all'esito della liquidazione finale della società.

Nella resistenza dell'opposto, il Tribunale fiorentino rigettava l'opposizione al decreto ingiuntivo.

2. Interposto gravame, la Corte di appello di Firenze dichiarava la nullità della sentenza per omessa sottoscrizione della stessa da parte del presidente del collegio e rimetteva gli atti al giudice di primo grado.

3. Il Tribunale, avanti al quale la causa era riasunta, rendeva pronuncia conforme, nel merito, a quella già dichiarata nulla e rigettava, pertanto, l'opposizione a decreto ingiuntivo.

4. Anche tale sentenza era appellata da Cr.II.. Con sentenza del 22 luglio 2015 la Corte di Firenze, in esito al giudizio di gravame, in cui si era costituito C.M., riformava la sentenza di primo grado e revocava il decreto ingiuntivo opposto.

Riteneva il giudice distrettuale che le risultanze processuali non consentissero di ritenere soddisfatto l'onere probatorio incumbente sull'appellato, che aveva domandato la restituzione di versamenti assumendo che gli stessi avessero titolo in un contratto di finanziamento. Rilevava in particolare che Futura s.a.s. era società a controllo familiare costituita tra marito e moglie all'unico scopo di intestarsi la proprietà dell'unità immobiliare scelta per ampliare lo studio professionale di C. Il capitale sociale della società, pari a Euro 2.000,00, era però assolutamente incongruo allo scopo e nessun terzo finanziatore avrebbe mai provveduto la società di dotazioni finanziarie maggiori senza garanzie patrimoniali adeguate; al contempo, spiegava la Corte di merito, la società, una volta investita la somma ricevuta nell'acquisto dell'immobile, non sarebbe stata in grado di restituire la stessa se non rivendendo il cespite, con ciò rinnegando il proprio unico scopo. Ne desuemeva che l'appellato, eseguendo i versamenti in rapida successione subito dopo la costituzione della società per fronteggiare le esigenze connesse all'operazione immobiliare progettata, era ben conscio di imprimere ai fondi una destinazione economica praticamente irreversibile e che, inoltre, la costituzione della società, senza un apporto finanziario proporzionato al programma di acquisto, sarebbe stata priva di senso. Aggiungeva la Corte territoriale che non si ravvisava alcun dato alla stregua del quale ritenere che l'erogazione degli importi pretesi avesse titolo in un mutuo. Rilevava, poi, che tale ricostruzione non era sconfessata dalla registrazione contabile delle rimesse, dal momento che i soci non desideravano un'espressa imputazione a capitale "anche se quella era la loro effettiva volontà negoziale, altrimenti avrebbero deliberato in maniera conforme fin dall'atto costitutivo", giacché la costituzione di una società con Euro 2.000,00 di capitale per condurre a un'operazione di Euro 300.000,00 – 400.000,00 "reca(va) ab origine una divaricazione tra la forma contabile e la sostanza giuridica della dotazione finanziaria proveniente dai soci, che peraltro trova(va) una spiegazione fiscale abbastanza trasparente". Il giudice del gravame negava, poi, che le annotazioni con-

tabili fatte valere da C. ex art. 2709 c.c., avessero valore confessorio: infatti, la registrazione di versamenti in conto finanziamento soci era compatibile con le due contrapposte tesi e, oltretutto, la confessione poteva riguardare fatti – nella specie pacifici quanto al dato della confluenza dei fondi nelle casse sociali – e non la valutazione dei medesimi. Infine la Corte rilevava che l'apporto di capitale poteva configurarsi anche nel caso di esecuzione di conferimenti in proporzione diseguale tra i soci; oltre a rilevare che l'aumento di capitale può essere sottoscritto soltanto da alcuni soci, il giudice distrettuale osservava come nella fattispecie andasse considerato che l'operazione si inseriva in un progetto di vita comune tra i coniugi che andava oltre i confini della partecipazione societaria (ché, diversamente, C. non avrebbe neanche consentito la nomina della moglie quale accomandataria, ponendola nella condizione di gestire la proprietà di una porzione del suo studio professionale). Per la stessa ragione – concludeva la Corte – risultava ridimensionata, nella sua rilevanza, la circostanza per cui i soci mancarono di deliberare un aumento di capitale: rilevava, infatti, che non ve ne era la necessità, dovendosi dar corso a un semplice versamento in conto futuro aumento di capitale.

5. C. ha impugnato per cassazione la sentenza facendo valere sei motivi di censura illustrati da memoria. Cr.II. resiste con controricorso.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Il primo motivo denuncia la violazione o falsa applicazione dell'art. 2729 c.c.

Rileva il ricorrente che due circostanze poste dalla Corte di appello a fondamento del ragionamento presuntivo risultavano prive dei requisiti della gravità e della precisione. In particolare, il fatto che il capitale iniziale fosse esiguo e non sufficiente per l'acquisto dell'unità immobiliare non imponeva, quale conseguenza necessitata, che le ulteriori erogazioni pecuniarie fatte alla società avessero natura di conferimento di capitale sociale. L'affermazione, poi, per cui la natura di finanziamento delle erogazioni risultava esclusa dal fatto che nessun terzo avrebbe finanziato la società senza adeguate garanzie, non poteva valere per il socio, tanto più ove la società avesse, come nel caso in esame, natura familiare: in altri termini, la mancanza di garanzie in un rapporto familiare non sarebbe indizio che consenta di escludere il finanziamento di uno dei soci.

Il motivo va disatteso.

La sentenza impugnata non afferma che l'esiguità del capitale versato imponesse di ritenere che lo scopo sociale fosse realizzabile solo con ulteriori conferimenti e non con semplici finanziamenti. E nemmeno esclude dal novero delle mere possibilità l'erogazione, da parte del socio, di un finanziamento non assistito da garanzie (ciò che anzi sicuramente ammette: diversamente non si sarebbe data pena di spiegare le ragioni per cui, nella circostanza, una tale operazione non venne concretamente posta in essere). Vero è, invece, che la Corte di appello ha preso in considerazione un insieme di elementi – tra cui la scarsa dotazione finanziaria della società rispetto agli scopi che si prefiggeva e l'impossibilità di ottenere finanziamenti da terzi senza il rilascio di garanzie – per pervenire alla conclusione che C. “era ben conscio di imprimere ai fondi una destinazione economica praticamente irreversibile”. Tra tali elementi il ricorrente omette di considerarne alcuni (come la rapida successione dei versamenti, effettuati per fronteggiare le esigenze dell'operazione e il diretto coinvolgimento del socio accomandante – che aveva sottoscritto il contratto preliminare di acquisto prima ancora della costituzione di Futura s.a.s. – nell'acquisizione immobiliare in cui si esauriva la missione sociale). Ma l'istante trascura, soprattutto, l'importante affermazione della Corte di merito per cui “la società, dopo avere investito nell'immobile i denari forniti dai soci, non sarebbe mai stata in grado di restituirli, se non rivendendo il cespite immobiliare, ma rinnegando con questo il proprio unico scopo”. In conclusione, la Corte di merito svolge un articolato ragionamento con cui spiega perché, nella contingenza descritta, i versamenti operati da C. (che sopperivano alla insufficiente dotazione patrimoniale della società, che non potevano essere surrogati da apporti di terzi, che furono eseguiti in un ristretto arco di tempo per consentire l'esecuzione di un'operazione che interessava lo stesso ricorrente – il quale ebbe a gestire in prima persona l'operazione – e che, appunto, non era realisticamente ipotizzare fossero restituiti) costituissero apporti di capitale e non finanziamenti suscettibili di rimborso prima della liquidazione della società.

Il ricorrente si arresta a un esame parcellizzato – oltretutto non pienamente rispondente a quanto enunciato in sentenza – del portato inferenziale (asseritamente non significante) di alcuni degli elementi selezionati dalla Corte di appello, omet-

tendo di considerare, nella sua interezza, il percorso logico seguito da questa. Ma tale percorso è pienamente conforme al diritto: infatti il giudice del merito non può prescindere da una valutazione complessiva di tutti gli elementi presuntivi isolati per accertare se essi siano concordanti e se la loro combinazione sia in grado di fornire una valida prova presuntiva, che magari non potrebbe dirsi raggiunta con certezza considerando atomisticamente uno o alcuni di essi (Cass. 12 aprile 2018, n. 9059; Cass. 2 marzo 2017, n. 5374).

2. Il secondo motivo lamenta la violazione o falsa applicazione dell'art. 1362 c.c., commi 1 e 2 e art. 1371 c.c. Sostiene l'istante che il giudice distrettuale avrebbe trascurato il dato dell'iscrizione in bilancio delle erogazioni rilevando come la natura del versamento ben possa essere ricavata, sul piano interpretativo, dalla terminologia adottata nel detto documento, che è soggetto all'approvazione dei soci: questi, infatti, attraverso la detta approvazione, attribuiscono evidenza alla loro comune intenzione circa la qualificazione da dare all'erogazione del socio in favore della società. Nella specie, poi, ulteriori elementi rilevanti sul piano ermeneutico avrebbero dovuto desumersi dalle scritture contabili, che del pari attestavano la presenza di finanziamenti da parte di esso ricorrente, e dalla scheda contabile della società, che era stata prodotta fin dalla fase monitoria, e che conteneva annotazioni della medesima natura: tali documenti, al pari dei bilanci, erano del resto stati redatti dalla controparte, quale socio accomandatario, ed era stata pertanto la medesima a operarne la qualificazione. L'istante rileva, inoltre, che dal bilancio della società risultava un capitale sociale di Euro 2.000,00: sostiene, al riguardo, che, se i versamenti eseguiti fossero stati imputati in conto capitale si sarebbe dovuto constatare una variazione del capitale sociale. Sostiene ancora il ricorrente che nell'attribuire ai versamenti da lui eseguiti la natura di conferimenti la Corte di appello avrebbe mancato di assicurare l'equo contemperamento degli interessi delle parti voluto dall'art. 1371 c.c.

Il terzo motivo oppone la violazione o falsa applicazione dall'art. 2697 c.c. Partendo dal rilievo per cui, in caso di dubbio sulla natura giuridica di un versamento fatto dal socio, il criterio determinante è quello del modo della iscrizione della posta in bilancio, l'istante rileva come nel bilancio del 2005 le rimesse da lui eseguite era-

no state annotate tra i finanziamenti. Doveva quindi ritenersi provato che tale era la reale natura dei versamenti da lui eseguiti.

I due motivi, da scrutarsi insieme, sono infondati.

L'erogazione di somme che a vario titolo i soci effettuano alle società da loro partecipate può avvenire a titolo di mutuo, con il conseguente obbligo per la società di restituire la somma ricevuta ad una determinata scadenza, oppure di versamento, destinato ad essere iscritto non tra i debiti, ma a confluire in apposita riserva "in conto capitale" (o altre simili denominazioni). Tale ultimo contributo non dà luogo ad un credito esigibile, se non per effetto dello scioglimento della società e nei limiti dell'eventuale attivo del bilancio di liquidazione, ed è più simile al capitale di rischio che a quello di credito, connotandosi proprio per la postergazione della sua restituzione al soddisfacimento dei creditori sociali e per la posizione del socio quale *residual claimant* (Cass. 9 dicembre 2015, n. 24861; Cass. 23 febbraio 2012, n. 2758). La qualificazione, nell'uno o nell'altro senso, dipende dall'esame della volontà negoziale delle parti, dovendo trarsi la relativa prova, di cui è onerato il socio attore in restituzione, non tanto dalla denominazione dell'erogazione contenuta nelle scritture contabili della società, quanto dal modo in cui il rapporto è stato attuato in concreto, e dalle finalità pratiche cui esso appare essere diretto e dagli interessi che vi sono sottesi (Cass. 8 giugno 2018, n. 15035; Cass. 23 marzo 2017, n. 7471; Cass. 3 dicembre 2014, n. 25585; Cass. 23 febbraio 2012, n. 2758 cit., ove i richiami a Cass. 30 marzo 2007, n. 7980 e a Cass. 6 luglio 2001 n. 9209). Solo ove manchi una chiara manifestazione di volontà, la qualificazione dell'erogazione può essere desunta dalla terminologia adottata nel bilancio (Cass. 8 giugno 2018, n. 15035 cit.; Cass. 23 marzo 2017, n. 7471 cit.; Cass. 13 agosto 2008, n. 21563).

Ora, la Corte di appello ha spiegato, come si è visto, le ragioni per cui, a suo avviso, i versamenti operati dovessero essere qualificati come apporti di capitale di rischio. L'evidenza contabile di erogazioni in conto finanziamento soci è stata argomentata dal giudice del gravame avendo riguardo a ragioni di carattere fiscale: la Corte di merito ha valorizzato, in particolare, quanto dedotto dalla stessa difesa di C. in comparsa conclusionale: a fronte di veri e propri conferimenti

il ricorrente, per fruire del bene, avrebbe dovuto pagare alla società un canone di locazione senza poter compensare il credito per interessi nascenti dal finanziamento e, al contempo, Futura avrebbe generato utili tassabili, non assorbiti da oneri sul debito contratto dal socio. Tale passaggio motivazionale – occorre aggiungere – non risulta nemmeno censurato.

D'altro canto, il sindacato di legittimità non può investire il risultato interpretativo in sé, che appartiene all'ambito dei giudizi di fatto riservati al giudice di merito (Cass. 26 maggio 2016, n. 10891; Cass. 10 febbraio 2015, n. 2465), né le censure vertenti sull'interpretazione del negozio possono risolversi nella mera contrapposizione tra l'interpretazione del ricorrente e quella accolta nella sentenza impugnata, poiché quest'ultima non deve essere l'unica astrattamente possibile ma solo una delle plausibili interpretazioni: sicché, quando di una clausola contrattuale sono possibili due o più interpretazioni, non è consentito, alla parte che aveva proposto l'interpretazione poi disattesa dal giudice di merito, dolersi in sede di legittimità del fatto che fosse stata privilegiata l'altra (Cass. 27 giugno 2018, n. 16987; Cass. 28 novembre 2017, n. 28319).

Sfuggono, in tal senso, al sindacato di questa Corte le deduzioni basate sulla redazione dei documenti contabili da parte del socio accomandante: peraltro, il giudice di appello ha rilevato non potesse configurarsi alcuna confessione della parte con riguardo a tale profilo e il ricorrente non ha svolto, sul punto, specifica censura in diritto.

Allo stesso modo, non può qui dibattersi del valore della mancata annotazione, nel bilancio al 31 dicembre 2005, di una variazione del capitale sociale: anche tale questione inerisce all'accertamento di fatto devoluto al giudice del merito, il quale ha osservato come il dato del mancato aumento del capitale fosse non significativo, tenuto conto, per un verso, dei rapporti familiari esistenti tra le parti e, per altro verso, del fatto che una Delibera in tal senso era comunque "strutturalmente non necessaria in vista di un semplice versamento in conto di futuro aumento di capitale". Con tali considerazioni l'istante mostra, tra l'altro, di non misurarsi, giacché non le sottopone ad alcuna puntuale critica, nemmeno sul versante del vizio motivazionale.

Né C. può dolersi di una impropria applicazione della disciplina in tema di riparto dell'onere

probatorio. Infatti, la violazione del precetto di cui all'art. 2697 c.c., censurabile per cassazione ai sensi dell'art. 360 c.p.c., n. 3, è configurabile soltanto nell'ipotesi in cui il giudice abbia attribuito l'onere della prova ad una parte diversa da quella che ne era onerata secondo le regole di scomposizione delle fattispecie basate sulla differenza tra fatti costitutivi ed eccezioni e non invece laddove oggetto di censura sia la valutazione che il giudice abbia svolto delle prove proposte dalle parti (Cass. 29 maggio 2018, n. 13395; Cass. 17 giugno 2013, n. 15107): nel caso in esame una tale violazione non si configura, in quanto il valore che assumono le voci impiegate per indicare i versamenti in bilancio è, come si è visto, meramente residuale e, nella fattispecie, la Corte di appello ha ritenuto assorbenti altri argomenti.

Non ha infine fondamento la doglianza imperniata sul disposto dell'art. 1371 c.c.: e ciò in quanto, come noto, le regole legali di ermeneutica contrattuale sono governate da un principio di gerarchia, in forza del quale i criteri degli artt. 1362 e 1363 c.c., prevalgono su quelli integrativi degli artt. 1365-1371 c.c., posto che la determinazione oggettiva del significato da attribuire alla dichiarazione non ha ragion d'essere quando la ricerca soggettiva conduca ad un utile risultato ovvero escluda da sola che le parti abbiano posto in essere un determinato rapporto giuridico (Cass. 24 gennaio 2012, n. 925; Cass. 22 marzo 2010, n. 6852).

3. Col quarto motivo è lamentata la violazione o falsa applicazione dell'art. 2252 c.c. e art. 2300 c.c., comma 2. Osserva l'istante che per poter qualificare i versamenti come conferimenti in conto capitale era necessario il consenso dei soci, che avrebbe dovuto risultare dagli atti. Di contro, non era stata fornita alcuna prova di tale consenso.

Il motivo è inammissibile.

La questione, che richiede un accertamento di fatto, è ignorata dalla Corte di appello e il ricorrente non chiarisce se e come sia stata dedotta nel giudizio di merito. Ove una determinata questione giuridica, che implichi un accertamento di fatto, non risulti trattata in alcun modo nella sentenza impugnata, il ricorrente che proponga detta questione in sede di legittimità ha l'onere, al fine di evitare una statuizione di inammissibilità per novità della censura, non solo di allegarne l'avvenuta deduzione innanzi al giudice di merito, ma anche di indicare in quale atto del giudi-

zio precedente vi abbia provveduto, onde dar modo alla Suprema Corte di controllare *ex actis* la veridicità di tale asserzione prima di esaminare il merito della suddetta questione (per tutte: Cass. 24 gennaio 2019, n. 2038).

4. Il quinto mezzo censura la sentenza impugnata per violazione o falsa applicazione dell'art. 2253 c.c., comma 1. Vi si deduce che, essendo C. e Cu. soci al 50% della società, i versamenti operati dal primo, ove qualificati come conferimenti, non avrebbero consentito di sfuggire alla seguente alternativa: o la quota di partecipazione di esso C. doveva essere aumentata rispetto all'indicata proporzione; ovvero la controricorrente doveva dimostrare di aver eseguito conferimenti di valore equivalente agli apporti del marito. Poiché la misura della partecipazione sociale non era mutata (tanto che nella visura camerale del 29 maggio 2006, di un anno successiva ai versamenti, non vi era menzione di una modificazione delle quote sociali), gli esborsi effettuati dal ricorrente non potevano essere considerati come versamenti in conto capitale.

Il motivo è inammissibile.

Esso non coglie la ratio decidendi della sentenza impugnata. Se, infatti – come accertato dalla Corte di appello – l'evidenza contabile dei finanziamenti, a fronte di veri e propri apporti di capitale di rischio, è priva di rilievo ai fini che qui interessano, trovando giustificazione solo sul piano della convenienza fiscale, non ha senso postulare che la contabilità di Futura dovesse dar ragione dell'aumento della partecipazione sociale di C. o dell'effettuazione, da parte di Cr.II., di conferimenti di pari ammontare a quelli eseguiti dal marito. La possibilità di riscontrare registrazioni di tale contenuto è infatti implicitamente negata dalla conclusione cui è pervenuto il giudice del gravame: l'aver C. voluto porre in atto conferimenti facendoli però figurare – per le indicate ragioni di opportunità – come finanziamenti.

5. Con il sesto motivo è denunciata la violazione o falsa applicazione dell'art. 115 c.p.c., comma 1. Lamenta il ricorrente che la sentenza impugnata abbia trascurato di considerare come l'odierna controricorrente non avesse mai contestato i documenti consistenti nel bilancio della società al 31 dicembre 2005 nel libro giornale della società relativo allo stesso anno e nella scheda contabile di Futura s.a.s. In particolare, Cr.II. aveva mancato di spiegare come mai nei suddetti documenti le erogazioni del socio fosse-

ro qualificati finanziamenti e per quale ragione, inoltre, la voce “capitale” riportata nel bilancio fosse rimasta quella iniziale di Euro 2.000,00 nonostante i versamenti eseguiti.

Il motivo non può essere accolto.

Il richiamo all’art. 115 c.p.c., comma 1, è improprio, in quanto la norma, nella versione presa in considerazione dal ricorrente (quella modificata dalla L. n. 69 del 2009, art. 45), non è applicabile alla presente causa.

Ciò non significa, però, che, prima di tale intervento legislativo, la mancata contestazione fosse priva di rilievo.

In particolare, per la giurisprudenza formatasi sul testo dell’art. 167 c.p.c., novellato dalla L. n. 353 del 1990 (ma anche sulla scorta degli insegnamenti di Cass. Sez. U. 23 gennaio 2002, n. 761), il difetto di contestazione implica l’ammissione in giudizio solo dei fatti cosiddetti principali, ossia costitutivi del diritto azionato, mentre la non contestazione dei fatti cosiddetti secondari, ossia dedotti in esclusiva funzione probatoria, consente al giudice di utilizzare la mancata contestazione come argomento di prova ai sensi dell’art. 116 c.p.c., comma 2 (per tutte: Cass. 2 ottobre 2015, n. 19709; Cass. 27 febbraio 2008, n. 5191).

Poiché, nella specie, si controverte delle risultanze documentate dalle scritture contabili pro-

dotte dall’attrice, si è in un ambito processuale che – diversamente da quello in cui si collocano l’allegazione e la contestazione dei fatti costitutivi della pretesa – è sottratto all’esclusiva disponibilità delle parti; in tale ambito la non contestazione rileva come comportamento non vincolante per il giudice, dallo stesso per l’appunto apprezzabile nei termini appena indicati (cfr., in termini generali, sul tema, Cass. Sez. U. 23 gennaio 2002, n. 761 cit.). Il dato della mancata contestazione, da parte della controricorrente, del contenuto delle annotazioni in cui compariva la voce “finanziamenti” è, dunque, in sé privo di decisività: e infatti la Corte di appello l’ha superato chiarendo come, a monte, fosse irrilevante la prova documentale di cui qui si dibatte, giacché essa non era rappresentativa della reale intenzione delle parti e trovava il proprio fondamento giustificativo nelle richiamate ragioni di natura fiscale.

6. Il ricorso è in conclusione rigettato.

7. Le spese seguono la soccombenza.

P.Q.M.

La Corte:

rigetta il ricorso; condanna la ricorrente al pagamento, in favore della controricorrente, delle spese del giudizio di legittimità.

(Omissis)

Contributo per una corretta qualificazione degli apporti del socio

Analysis of the proper qualification of shareholders' contributions

Diego del Corral [*]

ABSTRACT: Il contributo esamina la pronuncia della Sezione Prima della Corte di cassazione civile, in tema di corretta qualificazione delle somme a vario titolo erogate

[*] Dottorando di ricerca nell’Università di Losanna.

dai soci alla società, propendendo a favore della soluzione adottata dalla Suprema Corte, la quale risolve il problema attribuendo centralità all'esame della volontà delle parti, più che al dato formale dell'iscrizione in bilancio degli apporti.

PAROLE CHIAVE: società – apporti del socio – conferimenti – versamenti in conto capitale – finanziamenti – criteri per la qualificazione – postergazione.

ABSTRACT: The paper examines a ruling of the First Section of the Italian Civil Court of Cassation, on the correct qualification of the sums for various reasons paid by the shareholders to their own company, leaning in favor of the solution adopted by the Supreme Court, which solves the problem by attributing importance to the examination of the will of the parties, rather than the formal evidence resulting from the balance sheet.

KEYWORDS: companies – shareholders' various forms of financial contribution – capital contribution – payments non charged to capital – loans – criteria for qualification – equitable subordination.

SOMMARIO: 1. Il caso. – 2. Alcune questioni preliminari in tema di apporti dei soci. – 3. I criteri di qualificazione proposti dal ricorrente. Critica. – 4. I criteri di qualificazione adottati dalla Suprema Corte. – 5. (Segue) Cenni alla qualificazione degli apporti ai fini dell'applicazione dell'art. 2467 c.c.

1. Il caso. – La sentenza in commento interviene all'esito di cinque pronunce rese da tre giudici diversi, la prima delle quali un decreto ingiuntivo richiesto e ottenuto dal socio accomandante di un'accomandita semplice, per la restituzione di un finanziamento erogato in favore della s.a.s.

Instaurato il giudizio di opposizione, il socio accomandatario chiedeva al Tribunale di Firenze di accertare che l'apporto del socio accomandante fosse riconducibile non già allo schema negoziale del mutuo, bensì a quello del conferimento atipico in conto capitale, come tale non rimborsabile se non all'esito della liquidazione della società.

A valle del rigetto della domanda in primo grado, il socio accomandatario interponeva appello che si concludeva con la pronuncia della nullità della sentenza resa dal giudice di prime cure, per omessa sottoscrizione della stessa da parte del presidente del collegio, e così con la rimessione della causa nuovamente dinanzi al tribunale.

Il giudice fiorentino rendeva un giudizio conforme al precedente, rigettando l'opposizione al decreto ingiuntivo.

Il socio accomandatario appellava la sentenza di primo grado e la Corte d'appello di Firenze ne accoglieva le doglianze, riformando la sentenza e revocando il decreto ingiuntivo opposto, sulla scorta delle seguenti argomentazioni: (i) il capitale so-

ciale della società era del tutto incongruo allo scopo per il quale la s.a.s. era stata costituita, cioè l'acquisto della proprietà dell'immobile scelto dai due soci, coniugi, per l'ampliamento dello studio professionale del socio accomandante, sicché nessun terzo finanziatore avrebbe mai provveduto la società di ulteriore dotazione finanziaria, in assenza di adeguate controgaranzie; (ii) una volta conseguita la proprietà dell'immobile, la s.a.s. avrebbe potuto restituire il prestito unicamente mediante la rivendita di detto cespite, ciò che avrebbe contraddetto il suo unico scopo; (iii) il socio accomandante, effettuando i versamenti in rapida successione e subito dopo la costituzione della s.a.s., era ben conscio di imprimere a tali fondi una destinazione irreversibile; (iv) una ricostruzione siffatta non è sconfessata neppure dalla divergente registrazione contabile delle rimesse, posto che le medesime non hanno valore confessorio né sono idonee a colmare la divaricazione tra la risultanza contabile e l'effettiva volontà negoziale delle parti, che altrimenti avrebbero deliberato di vincolare detta somma a capitale *ab initio*.

Il socio accomandante ricorreva per la cassazione della sentenza d'appello.

La Prima Sezione civile della Suprema Corte ha reso pronuncia di rigetto, così motivando: (i) correttamente il giudice del gravame ha preso in considerazione quella serie di elementi (la scarsa dotazione finanziaria della società rispetto agli scopi prefissati, la rapida successione dei versamenti, e così via), al fine di trarne la conclusione che l'intento del ricorrente era quello di imprimere ai fondi una destinazione economica irreversibile; (ii) non ha errato la Corte di merito nell'attribuire preminente rilevanza alle modalità di attuazione in concreto dell'apporto e delle finalità pratiche ad esso sottese, in luogo della terminologia adottata dal socio accomandante con l'iscrizione a bilancio di tali versamenti, anche considerato che l'impiego del lemma "finanziamento" nel documento contabile era sorretto da motivi eminentemente fiscali; (iii) non ha pregio la lagnanza che, ove fosse stato effettuato un conferimento, e non un finanziamento, la quota di partecipazione dell'accomandante si sarebbe accresciuta dell'equivalente, ciò che non è accaduto, posto che, per le medesime ragioni di opportunità fiscale summenzionate, lo stesso ricorrente ha rinunciato a far figurare il suo apporto come conferimento, così che non poteva darsene conto nei documenti sociali.

2. Alcune questioni preliminari in tema di apporti dei soci. – La pronuncia in commento solleva importanti questioni sulla corretta qualificazione degli apporti dei soci, specialmente di quelli effettuati in assenza di adeguata dotazione finanziaria della società.

Il tema non è nuovo, anzi si può dire che la letteratura [1] e la giurisprudenza

[1] CHIOMENTI, *I versamenti a fondo perduto*, in *Riv. dir. comm.*, 1974, II, 111-120; FERRO-LUZZI, *I «versamenti in conto capitale»* (Nota a Cass, Sez. I, 3 dicembre 1980, n. 6315), in *Giur. comm.*, 1981, II, 895-905; LANDOLFI, *I versamenti fuori capitale nelle società di capitali*, in *Vita not.*, 1993, 84-91;

za [2] in materia di qualificazione degli apporti dei soci siano amplissime.

Per maggiore chiarezza espositiva, sia consentita una breve introduzione sulle diverse tipologie di contribuzione dei soci.

Per ragioni anzitutto normative, il primo apporto effettuato dal socio, in sede di costituzione o di aumento di capitale della società, è il conferimento. Un'auto-revole opinione, condivisibilmente, intravede nel conferimento il corrispettivo per l'acquisto – o il rafforzamento – della qualità di socio [3]. Trattasi, peraltro, della forma di apporto che imprime ai fondi il vincolo, più intenso, dell'irreversibilità, da intendersi nel senso che gli stessi possono essere restituiti ai soci soltanto nei modi e nelle forme previsti dalla legge o dallo statuto (scioglimento e liquidazione della società, riduzione del capitale, acquisto di azioni proprie, recesso, riscatto).

Vi è poi un'ulteriore categoria di apporti, che si distingue dal conferimento propriamente inteso e che sta poco prima del finanziamento concesso secondo lo schema del mutuo, da lungo tempo affermatasi nella prassi per la sua attitudine a soddisfare particolari esigenze sia fiscali sia finanziarie del socio: i c.d. versamenti in conto capitale, per usare un'espressione volutamente generica che comprende una pluralità di apporti spontanei dei soci. Non è questa la sede per compiere un adeguato approfondimento delle modalità con le quali i soci possono effettuare degli apporti in regime di quasi-capitale sociale. Qui basti evidenziare che anche la qualificazione di tali versamenti richiede sovente una laboriosa operazione di ricostruzione della effettiva volontà negoziale delle parti; posto che – come pure è stato ri-

PORTALE, *Appunti in tema di “versamenti in conto futuri aumenti di capitale” eseguiti da un solo socio*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1995, II, 93-100; PARRELLA, *Versamenti in denaro dei soci e conferimenti nelle società di capitali*, in *Quad. giur. comm.*, Milano, 2000; TANTINI, *I versamenti dei soci alla società*, in COLOMBO-PORTALE (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, 1***, Torino, 2004, 745-800; TOMBARI, *Apporti spontanei e prestiti dei soci nelle società di capitali*, in ABBADESSA-PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, 1, Torino, 2006, 551-576; FESTA FERRANTE, *Natura giuridica e vicende dei versamenti in conto capitale e a fondo perduto (o a copertura perdite)*, in *Riv. not.*, 2010, I, 995-1051; RUBINO DE RITIS, *I versamenti «non titolati» dei soci* (Nota a *App. Milano*, 16 febbraio 2009), in *Giur. mer.*, 2010, 1018-1034; DIVIZIA, *I versamenti in conto aumento di capitale. Analisi dell'istituto fra regole di bilancio e disciplina societaria*, in *Notariato*, 2012, 191-202; FEDERICI-NEGRI-CLEMENTI, *Sulla qualificazione degli apporti dei soci e sulla natura delle riserve in conto futuro aumento di capitale*, in *Società*, 2017, 8-16.

[2] *Ex multis*, solo negli ultimi tre lustri, Cass., Sez. I, 31 marzo 2006, n. 7692; Cass., Sez. I, 30 marzo 2007, n. 7980; Trib. Milano 30 aprile 2007; Cass., Sez. I, 13 agosto 2008, n. 21563; Trib. Reggio Emilia 23 ottobre 2008; App. Roma, 28 maggio 2009; Trib. Milano 28 settembre 2011; Cass., Sez. I, 23 febbraio 2012, n. 2758; Cass., Sez. I, 13 luglio 2012, n. 12003; Cass., Sez. I, 3 dicembre 2014, n. 25585; Trib. Roma 12 marzo 2015; Cass., Sez. I, 29 luglio 2015, n. 16049; Cass., Sez. I, 23 marzo 2017, n. 7471; Trib. Milano 16 novembre 2017; Cass., Sez. I, 8 giugno 2018, n. 15035; Cass., Sez. III, 23 agosto 2018, n. 20978; Trib. Roma 21 maggio 2019; Trib. Napoli 22 ottobre 2019; Cass., Sez. I, 19 febbraio 2020, n. 4261; Cass., Sez. V, 20 novembre 2020, n. 26446; Cass., Sez. I, 22 dicembre 2020, n. 29325.

[3] SPOLIDORO, *I conferimenti in danaro*, in COLOMBO-PORTALE (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, 1***, Torino, 2004, 249.

levato – “l’uso di espressioni atecniche al momento del versamento rivela tutta la sua ambiguità, che non tanto e non solo è insita nelle formule polivalenti con cui sono effettuati (spesso deliberati) e poi appostati in bilancio, ma spesso è volutamente ‘giocata’ dai soci (spesso con la complicità degli amministratori) i quali presentano tali versamenti (al banchiere) come componenti del netto (enfaticizzando così l’entità dei mezzi propri della società ai fini della sua capacità di meritare credito), per poi (al momento opportuno, cioè nella crisi dell’impresa) esigerne invece il rimborso (magari al curatore): sicché il ‘versamento’, presentato durante la fase di normale esercizio dell’impresa come un ‘conferimento’ diventa, quando la società è insolvente, un ‘prestito’, e al momento del fallimento (cioè della formazione dello stato passivo), da componente del netto (o meglio della relativa posta) “migra” tra i debiti, con una scelta spesso operata, oltretutto, *a posteriori*, con il risultato di trasformare una cosiddetta passività “ideale” in passività effettiva, (...) con un evidente pregiudizio per i creditori sociali” [4]. Si vede bene il collegamento che la questione presenta con la decisione della Cassazione in commento.

Il socio ha poi facoltà di sostenere la propria società mediante l’erogazione di un finanziamento. La sovrapposizione della qualità di creditore a quella di socio è frequente nella prassi e di norma si realizza con la concessione di un finanziamento per la ricapitalizzazione delle società in stato di crisi, una circostanza nella quale il socio è disposto a fornire ulteriore finanza, ma non intende imputarla a capitale.

Il finanziamento del socio si lascia preferire al conferimento anche quando quest’ultimo risulterebbe astrattamente più indicato. Per esempio, dinanzi alle resistenze – non sempre sorrette da ragioni apprezzabili, anzi sovente guidate da puro spirito ostruzionistico – di un socio, titolare di un potere di veto, contrario all’aumento di capitale, il finanziamento degli altri soci si rivela una delle soluzioni in concreto praticabili per superare lo stallo e consentire il risanamento della società [5].

A ciò si aggiunga che il finanziamento del socio viene usualmente concesso a condizioni più vantaggiose di quelle alle quali la società potrebbe ottenerlo rivolgendosi, per esempio, al credito bancario [6]; ciò giova alla società che abbia bisogno di nuova finanza e non intenda – o non possa, quando versi in stato di crisi – ottenerla, a condizioni deteriori, da terzi.

È perciò condivisibile la conclusione cui è pervenuta un’autorevole dottrina, che “il finanziamento dei soci, anche alla società in crisi, è (...) di per sé virtuoso, se

[4] TANTINI (*supra*, n. 1), 2004, 746.

[5] PRESTIPINO, *Diritto al rimborso e postergazione nella disciplina dei finanziamenti dei soci*, in *Quad. giur. comm.*, 2015, 177-178; SPOLIDORO, *La parziale liberalizzazione della disciplina del capitale*, in CARCANO MOSCA-VENTORUZZO (a cura di), *Regole del mercato e mercato delle regole. Il diritto societario e il ruolo del legislatore*, Milano, 2016, 225.

[6] PAOLUCCI, *Commento sub art. 2467*, in SANTINI-SALVATORE-BENATTI-PAOLUCCI, *Della società a responsabilità limitata. Artt. 2462-2483*, in *Commentario del codice civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di DE NOVA, Bologna, 2014, 282.

non crea inganni. Esso sicuramente giova almeno a una parte dei creditori, vale a dire quelli che, grazie alla liquidità prestata dai soci, saranno pagati dalla società, mentre nuoce a chi continuerà a far credito o erogherà prestiti o tarderà a proteggersi non essendo adeguatamente informato” [7].

Senonché la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie hanno ritenuto gli argomenti di senso pratico fin qui esaminati – che dimostrano come il finanziamento dei soci sia generalmente favorevole alla società e agli stessi terzi creditori sociali – recessivi rispetto al rischio di abusi che si annida nella concessione di un prestito da parte del socio.

Il rischio paventato in letteratura è che l’impresa sociale possa giovare di una modalità di finanziamento solo all’apparenza vantaggiosa, ma in realtà concepita in danno della società e del restante ceto creditorio. Si allude alla fattispecie dei c.d. “finanziamenti sostitutivi di capitale”, con tale locuzione intendendosi l’erogazione, da parte del socio, di un finanziamento concesso quando sarebbe stato “ragionevole” effettuare un conferimento; ciò che è divenuto noto come “sottocapitalizzazione nominale” [8]. Tale “finanziamento sostitutivo di capitale” ha occupato

[7] SPOLIDORO (*supra*, n. 5), 2016, 225.

[8] La letteratura sul tema dei “finanziamenti sostitutivi di capitale” è vastissima. Limitando le citazioni al periodo successivo alla riforma delle società di capitali, si sono occupati del tema PORTALE, *I “finanziamenti” dei soci nelle società di capitali*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2003, I, 663-682; SCANO, *I finanziamenti dei soci nella s.r.l. e l’art. 2467 c.c.*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, 879-906; TERRANOVA, *Commento sub art. 2467*, in NICCOLINI-STAGNO D’ALCONTRES (a cura di), *Società di capitali. Commentario*, III, Napoli, 2004, 1449-1491; MAUGERI, *Finanziamenti “anomali” dei soci e tutela del patrimonio sociale nelle società di capitali*, in *Quad. giur. comm.*, Milano, 2005; PRESTI, *Commento sub art. 2467*, in BENAZZO-PATRIARCA (diretto da), *Codice commentato delle s.r.l.*, Torino, 2006, 98-122; BALP, *I finanziamenti dei soci “sostitutivi” del capitale di rischio: ricostruzione della fattispecie e questioni interpretative*, in *Riv. soc.*, 2007, 345-413; CAMPOBASSO, *Finanziamento del socio*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, I, 441-454; MAUGERI, *Dalla struttura alla funzione della disciplina sui finanziamenti soci*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, 133-163; VATTERMOLI, *Subordinazione legale ex art. 2467 c.c. e concordato preventivo*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2009, I, 279-298; ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, in BUSNELLI (diretto da), *Il codice civile. Commentario*, fondato da SCHLESINGER, t. I, Milano, 2010, 441-498; ABRIANI, *Finanziamenti «anomali» dei soci e regole di corretto finanziamento nella società a responsabilità limitata*, in BENAZZO CERA-PATRIARCA (diretto da), *Il diritto delle società oggi – Innovazioni e persistenze. Studi in onore di Giuseppe Zanarone*, Torino, 2011, 319 ss.; CAMPOBASSO, *Commento sub art. 2467*, in DOLMETTA-PRESTI (a cura di), *S.r.l. Commentario dedicato a G.B. Portale*, Milano, 2011, 238-267; BALP, *I finanziamenti infragruppo: direzione e coordinamento e postergazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 329-365; F. BRIOLINI, *I finanziamenti alle società in crisi dopo la legge n. 134/2012*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2013, I, 683-698; OLIVIERI, *Questioni aperte in materia di finanziamenti anomali dei soci nelle società di capitali*, in *Riv. dir. comm.*, 2013, 515-535; GIANNELLI, *Disciplina del capitale, organizzazione del patrimonio, “corretto” finanziamento della società e tutela dei creditori*, in CAMPOBASSO-CARIELLO-DI CATALDO-GUERRERA-SCIARRONE ALIBRANDI (diretto da), *Società, banche e crisi d’impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa*, vol. I, Torino, 2014, 479-503; MAUGERI, *I finanziamenti “anomali” endogruppo*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2014, I, 726-760; RUBINO DE RITIS, *Commento sub art. 2467*, in GABRIELLI (diretto da), *Commentario del codice civile*, Torino, 2015, 262-299; POLICARO, *I nodi interpretativi delle regole in tema di finanziamento dei soci*, Milano, 2016; BRIOLINI, *Appunti sugli autori e sui destinatari delle sovvenzioni ex art. 2467 c.c.*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2018, 726-746; BRIOLINI, *Il*

il legislatore tedesco dapprima e quelli europei dipoi, perché consente al socio di “crearsi, nel caso di insuccesso [dell’impresa], il ruolo di creditore al fine di poter vantare una pretesa sul patrimonio sociale in concorso con gli altri creditori, mentre come socio dovrebbe essere postergato a questi” [9]. L’argomento della Suprema Corte tedesca ha fatto breccia, del tutto immutato, nella dottrina e nella giurisprudenza italiane.

La riforma delle società di capitali ha tradotto tali istanze nell’art. 2467 c.c., a mente del quale “Il rimborso dei finanziamenti dei soci a favore della società è postergato rispetto alla soddisfazione degli altri creditori e, se avvenuto nell’anno precedente la dichiarazione di fallimento della società, deve essere restituito. Ai fini del precedente comma s’intendono finanziamenti dei soci a favore della società quelli, in qualsiasi forma effettuati, che sono stati concessi in un momento in cui, anche in considerazione del tipo di attività esercitata dalla società, risulta un eccessivo squilibrio dell’indebitamento rispetto al patrimonio netto oppure in una situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento” [10].

La norma, accolta con favore da quella dottrina che guarda con diffidenza al fenomeno dei “finanziamenti sostitutivi di capitale”, si pone a presidio del (più generale) principio del “corretto finanziamento” delle società di capitali: in effetti, risolto negativamente il quesito se una società possa sostenersi con i prestiti dei propri soci e stabilito che il conferimento rappresenta l’ipotesi fisiologica di finanziamen-

rimborso dei finanziamenti dei soci alla luce della giurisprudenza più recente, in RESCIO-SPERANZIN (a cura di), *Patrimonio sociale e governo dell’impresa. Dialogo tra giurisprudenza, dottrina e prassi in ricordo di G.E. Colombo*, Torino, 2020, 37-49; BRIOLINI, *I finanziamenti alla s.r.l. nelle procedure di alerta e di composizione assistita della crisi*, in IRRERA (a cura di), *La società a responsabilità limitata: un modello transtipico alla prova del Codice della Crisi. Studi in onore di Oreste Cagnasso* Torino, 2020, 347-362; BRIOLINI, *I finanziamenti dei soci*, in IBBA-MARASÀ (a cura di), *Le società a responsabilità limitata*, II, Milano, 2020, 1161-1274; CAMPOBASSO, *Aumento del capitale e compensazione con crediti postergati*, in RESCIO-SPERANZIN (a cura di), *Patrimonio sociale e governo dell’impresa. Dialogo tra giurisprudenza, dottrina e prassi in ricordo di G.E. Colombo*, Torino, 2020, 24-36; DI MARCELLO, *La postergazione «societaria» dei finanziamenti dei soci*, in *Riv. dir. comm.*, 2020, 639-714; IRRERA, *L’art. 2467 c.c.: limiti di applicazione di una norma transtipica ad una “s.r.l. transtipica”*, in ID. (a cura di), *La società a responsabilità limitata: un modello transtipico alla prova del Codice della Crisi. Studi in onore di Oreste Cagnasso*, Torino, 2020, 394-407; MAUGERI, *Finanziamenti “anomali” dei soci e riorganizzazione dell’impresa nel codice della crisi*, in IRRERA (a cura di), *La società a responsabilità limitata: un modello transtipico alla prova del Codice della Crisi. Studi in onore di Oreste Cagnasso*, Torino, 2020, 408-430; SALAFIA, *Finanziamenti dei soci alle società di capitali*, in *Società*, 2020, 1317-1318; CAMPOBASSO, *La disciplina dei finanziamenti dei soci postergati dopo il correttivo al Codice della Crisi*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2021, I, 171-202; CAMPOBASSO, *Aumento del capitale e compensazione con crediti postergati*, in questa *Rivista*, 2021, 245-259.

[9] Così *Reichsgericht*, 3 dicembre 1938, nella traduzione offerta in PORTALE (*supra*, n. 8), 2003, 666.

[10] La disposizione viene citata nella formulazione in vigore fino al 1° settembre 2021, per effetto della previsione dell’art. 5,1° comma, d.l. 8 aprile 2020, n. 23 che modifica l’art. 389, 1° comma, d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14.

to dell'impresa, una norma che disincentiva così apertamente i prestiti dei soci non può non esprimere una sanzione alla violazione di un modello di comportamento del socio, "fisiologico", che appunto è l'effettuazione di un conferimento [11].

Un'impostazione siffatta non poteva non condurre a un ulteriore punto di tensione: l'applicabilità dell'art. 2467 c.c. alle società per azioni, se non addirittura a tutte le forme di imprese collettive conosciute dall'ordinamento. Si è teorizzata, così, la natura "transtipica" della postergazione, espressiva di un principio – quello del "corretto finanziamento" dell'impresa, appunto – che oggi si ritiene informare l'intero ordinamento societario [12]. Non senza ritrosie [13], anche la giurisprudenza – oggi maggioritaria – è giunta a riconoscere il carattere trasversale della previsione dell'art. 2467 c.c., se non proprio a tutte le società [14], almeno alle società di capitali c.d. chiuse [15], terreno di applicazione analogica della disposizione in esame, in ragione della loro peculiare conformazione "a base ristretta" che ne rende difficile – ad un primo sguardo – la differenziazione dalle consimili s.r.l.: donde il riconoscimento, in giurisprudenza, di una identità di *ratio*.

Ciò premesso, la tesi in esame, per la quale il finanziamento del socio sarebbe quasi sempre proscritto, a pena di postergazione, in nome del "corretto finanziamento" dell'impresa, si espone oggi a plurime obiezioni.

La disposizione appare anzitutto viziata da un eccesso di prudenza che si traduce in un notevole aumento dei costi di funzionamento delle società di capitali. Il legislatore ne è consapevole, tant'è che nell'aprile 2020 ha sospeso l'operatività dell'art. 2467, 1° comma, c.c., fino al 31 dicembre 2020, per permettere ai soci un

[11] In dottrina, fra i molti, soprattutto MAUGERI (*supra*, n. 8), 2008, 144; ABRIANI (*supra*, n. 8), 2011, 321 ss.; nonché CAMPOBASSO (*supra*, n. 8), 2011, 243, ove la postergazione è descritta come una sanzione che l'ordinamento commina al socio che viola il principio del "corretto finanziamento" della società.

È stato perspicuamente affermato che l'accostamento della regola della postergazione al principio del "corretto finanziamento" della società è un esempio di avvicinamento del diritto commerciale interno alle linee direttrici del diritto straniero, in specie tedesco: SPERANZIN, *Un nuovo ordine delle fonti di diritto commerciale*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 1191. Tra le pronunce che individuano nell'art. 2467 c.c. il presidio del principio "corretto finanziamento" delle società, cfr., *ex plurimis*, Cass., Sez. I, 24 luglio 2007, n. 16390; Trib. Milano 3 giugno 2019; Cass., Sez. I, ord. 31 luglio 2019, n. 20649; Cass., Sez. VI, ord. 20 agosto 2020, n. 17421.

[12] CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata*, in COTTINO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, Padova, 2007, 98-99, 109, 120-121; MAUGERI (*supra*, n. 8), 2008, 148; IRRERA (*supra*, n. 8), 2020, 399-402. In giurisprudenza, soprattutto Trib. Venezia 10 febbraio 2011; Cass., Sez. I, 7 luglio 2015, n. 14056; Cass., Sez. I, 20 giugno 2018, n. 16291; Cass., Sez. I, 3 dicembre 2018, n. 31186; Trib. Milano 7 maggio 2021. Precisa che l'art. 2467 c.c. non si applica alle società cooperative per azioni Cass., Sez. I, 20 maggio 2016, n. 10509.

[13] Trib. Milano 16 novembre 2017.

[14] Come sembra fare, in modo non condivisibile, Trib. Treviso 12 marzo 2019.

[15] Limitando i riferimenti alle pronunce più recenti, Trib. Milano 4 giugno 2015; Cass., Sez. I, 7 luglio 2015, n. 14056; Trib. Roma 15 settembre 2015; Trib. Roma 25 agosto 2016; Cass., Sez. I, 20 giugno 2018, n. 16291; Trib. Bologna 31 gennaio 2019.

(re)investimento nelle molte società di capitali impoverite dalla corrente epidemia di Covid-19. D'altra parte, come ha dimostrato uno studio – ormai risalente – condotto da due Autori su cinquecento s.r.l. costituite entro il 2001, talune ricorrono ai finanziamenti dei soci, talaltre finanziate esclusivamente con capitale di rischio o da economie di terzi estranei alla società, sebbene “dall’analisi degli indicatori di bilancio è emersa un’ampia diffusione di situazioni qualificabili come squilibrio finanziario, che sembrerebbero giustificare un’applicazione della regola della postergazione, (...) le situazioni di squilibrio dell’indebitamento rispetto al patrimonio netto non risultano significativamente concentrate sulle società che ricorrono a prestiti dei soci, ma sono pressoché ugualmente diffuse nei due sottoinsiemi del campione”; con la conclusione che “può dirsi, in generale, che le società che fanno ricorso ai finanziamenti dei soci non risultano, nel complesso, più squilibrate delle altre, almeno non in misura significativa. Il finanziamento dei soci sembrerebbe configurarsi, il più delle volte, come vicenda succedanea all’indebitamento, piuttosto che come alternativa al conferimento” [16]. Lo studio denuncia lo scarso senso pratico che ha ispirato le scelte del legislatore della riforma, il cui impegno è stato profuso sul solo versante della patologia, non anche su quello – che qui si assume essere maggiormente dirimente – del ricorso, proficuo ed equilibrato, alla modalità del finanziamento dei soci; una tecnica esattamente contraria al metodo funzionale che, com’è noto, si lascia preferire a quello dommatico nello studio del diritto commerciale [17].

[16] FIGÀ-TALAMANCA-NOVELLO, *I finanziamenti dei soci nelle s.r.l.: «eccessivo squilibrio dell’indebitamento rispetto al patrimonio netto» e «situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento»*, in CAMPOBASSO-CARIELLO-DI CATALDO-GUERRERA-SCIARRONE ALIBRANDI (diretto da), *Società, banche e crisi d’impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa*, vol. II, Torino, 2014, 1767.

[17] Sia consentito citare per esteso due passaggi che chiariscono il limite di un approccio eccessivamente astratto a tematiche come quella in esame. Il primo passo è tratto da ASQUINI, *Corso di diritto commerciale. Titoli di credito*, ristampa riveduta, Padova, 1966, 22: “È opportuno che vi siano delle scienze più particolarmente studiose del sistema generale della legge, nei suoi capisaldi più costanti e fermi; e che vi siano scienze particolarmente rivolte allo studio di quegli istituti che sono più influenzati dalle esigenze di tecnica e più esposti ai mutevoli atteggiamenti degli interessi economici. La scienza generale del diritto civile risponde, per la sua tradizione e per il suo contenuto, alla prima esigenza. È opportuno che vi siano a fianco altre scienze speciali, scienze di applicazione, che soddisfino più particolarmente alla seconda esigenza. La scienza del diritto commerciale è una di queste”. La seconda citazione è di COHEN, *Transcendental Nonsense and the Functional Approach*, in *Columbia Law Review*, vol. 35, VI, 1935, 826: “In other words, instead of assuming hidden causes or transcendental principles behind everything we see or do, we are to redefine the concepts of abstract thought as constructs, or functions, or complexes, or patterns, or arrangements, of the things that we do actually see or do. All concepts that cannot be defined in terms of the elements of actual experience are meaningless”; e ancora *ivi*, 833: “(...) The really creative legal thinkers of the future will not devote themselves (...) to the taxonomy of legal concepts and to the systematic explication of principles of “justice” and “reason”, buttressed by “correct” case. Creative legal thought will more and more look behind the pretty array of “correct” cases to the actual facts of judicial behavior, will make increasing use of statistical methods in the scientific description and prediction of judicial behavior, will more and more seek to

Del pari, si può almeno rimeditare se, come sostenuto dalla dottrina prevalente, l'ordinamento societario sia, nella sua interezza, informato dal principio del "corretto finanziamento" dell'impresa. L'assunto postula – fra l'altro – che il capitale sociale svolga a tutt'oggi la funzione produttiva che si suole attribuirgli; ciò che non appare (più) condivisibile, alla luce di due constatazioni: la prima, giuridica, è l'introduzione della società a responsabilità limitata c.d. semplificate, la quale può essere costituita con un solo euro d'investimento [18]; la seconda, statistica, è la netta prevalenza delle società di capitali sottocapitalizzate rispetto quelle dotate di un capitale sociale "adeguato" rispetto all'oggetto sociale, le quali – quando operative – sopravvivono, di regola, attraverso canali di finanziamento diversi dal conferimento che non sono necessariamente riconducibili alle tipologie di finanziamento censurate dall'art. 2467 c.c.

Infine, la tesi della transtipicità della regola della postergazione, applicabile anche alle società per azioni c.d. chiuse, sembra indebitamente trasfondere nella disciplina delle società azionarie una norma prevista specificamente per le sole s.r.l., con ciò: (i) cadendo nell'"equivoco ermeneutico" di estendere alle società per azioni una regola pensata – fra l'altro – per evitare l'indebita ingerenza del socio nella gestione della società, "assente nell'azionaria non eterodiretta e fisiologica invece nella s.r.l. e nei gruppi" [19]; (ii) tradendo l'intento del legislatore della riforma, considerato che, com'è stato scritto, "le particolari modalità della postergazione regolata dall'art. 2467

map the hidden springs of judicial decision and to weigh the social forces which are represented on the bench".

[18] La contraddizione è ben evidenziata in SPOLIDORO, *Una società a responsabilità limitata da tre soldi (o da un euro?)*, in *Riv. soc.*, 2013, 1093: "Sembra incredibile, ma occorre spiegare che, con un euro di capitale, non si può finanziare alcuna attività; che solo per iniziare un modesto commercio (lasciamo da parte un'attività industriale) occorre che qualcuno, sia esso il socio o qualche finanziatore, fornisca i mezzi necessari quanto meno a titolo di prestito, e in tal caso chi presta denaro spesso chiederà una garanzia". *Ivi*, 1094: "Che teoria economia sorregge questa regola? Forse il legislatore si è convinto che il sistema del capitale sociale non solo serve a poco, ma danneggia l'economia? Se è così, lo dica apertamente". Ciò appare ancora più vero se si considera che l'art. 2467 c. c. trova la sua collocazione nella Sezione II del capo del codice dedicato alle società a responsabilità limitata, intitolata "dei conferimenti e delle quote". In senso adesivo, rileva anche il passaggio in MONTALENTI, *Il diritto societario a dieci anni dalla riforma: bilanci, prospettive, proposte di restyling*, in *Giur. comm.*, 2014, I, 1087. *Contra*, nell'orientamento maggioritario, MIOLA, *La tutela dei creditori ed il capitale sociale: realtà e prospettive*, in *Riv. soc.*, 2012, 253-255, ove è contestato che la sostanziale abolizione del requisito minimo di capitale nelle s.r.l. abbia comportato uno svilimento del ruolo e delle funzioni del capitale sociale nelle società di capitali; per lo stesso Autore, "in effetti, le discipline in tema di finanziamenti dei soci tendono, attraverso soluzioni di riqualificazione e soprattutto, più di recente, di postergazione, a porre rimedio alle situazioni di maggiore squilibrio tra mezzi propri ed indebitamento e quindi anche a quelle, estreme, di radicale assenza dei primi: in sostanza, esse risultano l'unica ipotesi in cui l'ordinamento interviene a dettare criteri volti a disciplinare tale rapporto – sub specie di regola di corretto finanziamento dell'impresa in forma capitalistica – esigenze la cui mancata considerazione nella fissazione del capitale minimo obbligatorio, viceversa, suscita inevitabili riserve". Una posizione analoga è assunta anche in GIANNELLI (*supra*, n. 8), 2014, 481.

[19] MONTALENTI (*supra*, n. 8), 2014, 1087.

si giustificano (...) con i penetranti poteri di informazione e controllo attribuiti a ciascun socio di S.r.l. dall'art. 2476. Non altrettanti poteri sono invece riconosciuti ai soci di S.p.A" [20]; e (iii) aumentando, anziché ridurre, i vincoli per l'autonomia privata, contravvenendo alla proclamata tendenza alla semplificazione che ha ispirato – almeno, programmaticamente – le riforme più recenti del diritto commerciale [21]. Ancora, al di là delle considerazioni critiche fin qui svolte sulla transtipicità della norma dell'art. 2467 c.c., è senz'altro opportuno circoscriverne l'ambito di applicazione alle sole società di capitali, in considerazione del peculiare regime della responsabilità dei soci per le obbligazioni sociali che informa tali società. Per questa elementare ragione non persuade la ricostruzione di un Autore, per il quale la regola della postergazione sarebbe applicabile anche ai finanziamenti erogati dai soci di società di persone (come nel caso della pronuncia in commento), in quanto "in esse invero, le qualità di socio e di amministratore tendono a coincidere e l'art. 2261 c.c. assicura al socio, anche ove non partecipi alla gestione, diritti di informazione del tutto simili a quelli previsti dal nuovo art. 2476 c.c. Non a caso, è ricorrente l'affermazione che la disciplina della nuova s.r.l. ricalchi, in molte parti, quella delle società personali. Non vi sono quindi difficoltà ad ammettere che anche i finanziamenti effettuati dai soci di società personali, in presenza delle condizioni previste dall'art. 2467 c.c., siano soggetti alla medesima disciplina. Analogo discorso può ripetersi per l'accomandita per azioni nel caso di finanziamenti effettuati dai soci-accomandatari, dato che essi sono amministratori di diritto, per cui è impensabile che essi non conoscano nei minimi dettagli la situazione finanziaria della società che gestiscono" [22] Incontestato che i soci siano dotati di pervasivi poteri di informazione e di controllo, è tuttavia dirimente il rilievo che i creditori (non soci) di società di persone sono tutelati dalla responsabilità illimitata dei soci (cfr. art. 2268 c.c.), che notevolmente attenua (nei confronti dei soci accomandatari, nelle s.a.s.) o del tutto elimina (rispetto a tutti i soci, nelle società semplici e nelle s.n.c.) la necessità di sanzionare, con la postergazione *ex lege*, il prestito del socio [23].

È per le ragioni fin qui esaminate che un Autore ha sostenuto, con particolare enfasi, che l'art. 2467 c.c. è "una norma foriera di gravi dubbi applicativi, indebite estensioni, incertezze per gli operatori: una norma da abrogare oppure, in subordine, da rivisitare" [24].

[20] CAMPOBASSO (*supra*, n. 8), 2011, 239, ove infatti si giunge alla conclusione che "Preferibile è pertanto la tesi che esclude l'estensione analogica dell'art. 2467".

[21] Qui assumendo come decisiva ai presenti fini la definizione di "semplificazione" offerta in SPOLIDORO (*supra*, n. 18), 1087, quale "abrogazione di limiti, doveri e oneri dell'autonomia privata: il che normalmente avviene abrogando alcune disposizioni o dichiarandole derogabili".

[22] VITTONI, *Questioni in tema di postergazione dei finanziamenti soci*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 939.

[23] Cfr. Trib. Pistoia 21 settembre 2008, che ha escluso l'applicabilità dell'art. 2467 c.c. ai soci illimitatamente responsabili di società di persone.

[24] MONTALENTI (*supra*, n. 8), 2014, 1087.

Ciò premesso, poiché tuttavia la giurisprudenza maggioritaria fa ampio ricorso al principio del “corretto finanziamento” dell’impresa, il socio si trova costretto ad optare per modalità di dotazione finanziaria della società differenti dal conferimento (disincentivante, perché istitutivo del massimo vincolo sulla somma oggetto dell’apporto), dagli apporti spontanei (disincentivanti, perché, una volta svincolati, distribuibili indistintamente a tutti i soci) e dal finanziamento in senso stretto (parimenti disincentivante, perché di frequente sottoposto al regime dell’art. 2467 c.c.).

E così la prassi ha imposto, quale valida alternativa alle predette modalità di finanziamento (in senso lato), il ricorso al versamento effettuato dal socio “fuori capitale”, senza obbligo di restituzione, con la contestuale creazione, nel patrimonio netto della società, di una riserva c.d. “targata” o “personalizzata” [25], cui eventualmente si accompagni l’emissione di appositi strumenti finanziari partecipativi ai sensi dell’art. 2346, 6° comma, c.c. [26].

3. I criteri di qualificazione proposti dal ricorrente. Critica. – Tornando alla sentenza in commento, nel giudizio si assiste alla contrapposizione dei due argomenti classici in materia di qualificazione degli apporti dei soci: il primo, sostenuto dal ricorrente, si basa sul dato formale dell’apposizione a bilancio; il secondo, fatto proprio dalla Cassazione, valorizza la volontà negoziale delle parti.

Il primo argomento, che si anticipa non essere condivisibile, è sostenuto da una corrente minoritaria della dottrina, nonché, anche di recente, da alcune pronunce di legittimità.

In letteratura, si segnala in particolare l’approccio marcatamente formalista seguito da un Autore, per il quale l’indagine sulla natura dell’apporto non può non passare dalla “verifica della modalità con la quale la somma è stata apposta in bilancio: se l’importo è iscritto sotto una voce che può comportare tecnicamente una possibile restituzione (ad esempio quella relativa ai debiti), allora la disciplina di riferimento è quella della postergazione legale, in presenza dei presupposti richiesti dall’art. 2467 c.c. Qualora invece la voce di bilancio precluda tecnicamente la possibilità di restituire la somma esborsata dal socio (come nel caso delle riserve che sono distribuibili solo a certe condizioni), la disciplina di riferimento sarà necessariamente quella riferibile all’integrità ed alla adeguatezza del capitale sociale, circostanza che comporta la più severa conseguenza di indisponibilità delle somme versate, in mancanza dei presupposti per procedere alla distribuzione” [27].

[25] Sulla utilità pratica e sulla liceità degli accordi di targatura delle riserve, si rinvia a SPOLIDORO, *Riserve targate*, in CAMPOBASSO-CARIELLO-DI CATALDO-GUERRERA-SCIARRONE ALIBRANDI (diretto da), *Società, banche e crisi d’impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa*, vol. II, Torino, 2014, 1323-1351; SPOLIDORO, *Apologia delle riserve targate e degli accordi di targatura delle riserve*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2017, I, 1-30.

[26] SPOLIDORO, *Nuove e diverse soluzioni di aumento del capitale e diritto di opzione in situazioni di emergenza*, in *Riv. soc.*, 2020, 422-424.

[27] LICCARDO, *La postergazione legale. Profili civilistici*, in PERLINGIERI (a cura di), *Pubblicazioni del-*

In giurisprudenza, da ultimo, si è posto in contrasto con l'orientamento dominante il precedente di Cass., Sez. V, ord. 1° marzo 2019, n. 6104, che ha così deciso: “(...) in tema di valutazione della qualificazione della natura di una erogazione di denaro dal socio alla società, occorre applicare i criteri generali valevoli per il diritto societario. E quindi è necessario considerare che il criterio principale di qualificazione di una destinazione da parte della società di una somma di denaro, comunque ricevuta nel corso dell'esercizio, è data dall'esame delle risultanze del relativo bilancio. Invero il bilancio di esercizio è proprio il documento contabile fondamentale che la società è obbligata a redigere per dar conto dell'attività svolta nel relativo esercizio sociale; e gli amministratori, nel redigere il bilancio, si assumono la responsabilità della qualificazione che attribuiscono alle relative poste. Dunque, può affermarsi che il bilancio, stante il rilievo anche pubblicistico che assume con la pubblicazione nel registro delle imprese, è il documento principale da cui dover partire per qualificare la natura di un'entrata patrimoniale per la società. (...) La circostanza che l'operazione sia stata contabilizzata in bilancio la rende opponibile ai terzi, ivi compreso l'Erario, mentre del tutto irrilevante per i suddetti terzi è la modalità di conferimento prescelta all'interno della società”.

L'impostazione in esame non può essere accettata, poiché in sostanza, attribuendo rilevanza esclusiva alle risultanze contabili, ignora le regole interpretative stabilite dall'art. 1362 c.c. e apre al rischio di pericolosi abusi.

Infatti, l'art. 1362 c.c. prescrive che “nell'interpretare il contratto si deve indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti e non limitarsi al senso letterale delle parole” (1° comma); a tal fine, e cioè “per determinare la comune intenzione delle parti, si deve valutare il loro comportamento complessivo anche posteriore alla conclusione del contratto” (2° comma).

Ciò è tanto più vero quando il contesto nel quale le parti si trovano a operare è di stampo familiare, come nel caso di specie, nel quale i versamenti sono stati continuativi e ravvicinati nel tempo, nonché – si può immaginare – privi di regolamentazione scritta e quindi unicamente ricostruibili sulla scorta della comune intenzione delle parti.

In tale contesto, non si vede la ragione di attribuire a un documento, il bilancio, o alle annotazioni contabili in generale, una valenza interpretativa sì marcata, posto che la contabilità si prefigge scopi diversi da quello di ausilio interpretativo della volontà delle parti: all'opposto, essa ha la funzione di fornire informazioni con chiarezza, rappresentando ai terzi, in modo veritiero e corretto, la situazione patri-

la Scuola di specializzazione in diritto civile dell'Università di Camerino, Napoli, 2011, 73. Nello stesso scritto, l'Autore si serve della premessa di cui sopra per arrivare a una conclusione ancor più onerosa per il socio: “Ai fini del conflitto in oggetto, cioè fra soci e terzi creditori sociali, il problema sembra tuttavia non sussistere, atteso che, si ribadisce, il socio che effettua l'operazione comunque non potrà mai concorrere paritariamente alla stregua di un terzo creditore sociale perché il relativo credito sarà postergato o, peggio, indisponibile” (74).

moniale e finanziaria della società, nonché il risultato economico dell'esercizio (arg. ex art. 2423 c.c.), e così ha esaurito il suo principale scopo.

D'altra parte, già Trib. Milano 28 settembre 2011 aveva statuito che la semplice annotazione "finanziamento" nelle scritture contabili nulla dice della natura di quell'apporto, poiché non si può trarre un'indicazione sul titolo in forza del quale il socio finanziatore fa valere il proprio diritto sulla base di un termine normalmente impiegato in modo ambiguo od impreciso, ovvero fuorviante, perché mutuata dal lessico ragionieristico.

Non è trascurabile neppure la circostanza che la rappresentazione in bilancio degli apporti spontanei dei soci non garantisce che questi ultimi siano sempre posti nelle condizioni di fare proprie, mediante l'approvazione del bilancio, le scelte contabili degli amministratori. Si immagini il caso di un versamento spontaneo irredimibile, effettuato dal socio al principio dell'esercizio allo scopo di coprire una perdita e senza previsione di un termine per la restituzione né di interessi, cui non si accompagni la creazione di un'apposita riserva, iscritta al passivo *sub A*)-VI ("altre riserve, distintamente indicate"), come dovrebbe essere [28], bensì l'iscrizione della relativa posta *sub D*)-3 ("debiti verso soci per finanziamenti"); qualora si attribuisse centralità a tale appostazione, si incorrerebbe nel contrasto fra dato formale e dato sostanziale, allorché fra il socio e la società sorga una controversia sulla restituzione dell'apporto prima che l'assemblea si riunisca per l'approvazione del bilancio.

Ove si accogliesse l'impostazione adottata dal ricorrente, peraltro, si legittimerebbero i soci dal porre in essere dei comportamenti ambigui, se non proprio contraddittori, com'è peraltro accaduto nella vicenda in commento: dinanzi all'evidenza di apporti continuativi, effettuati per sopperire alla totale inadeguatezza del capitale sociale, il ricorso alle scritture contabili ha rappresentato un *modus discensus* per il socio che ha agito per la restituzione del versamento; il quale, però, si può ben immaginare, avrebbe rinunciato a dedurre l'incongruenza contabile, qualora si fosse trovato a chiedere un finanziamento in nome e per conto della società e avesse dovuto dimostrare ai potenziali finanziatori che il patrimonio netto della medesima godeva di una qualche consistenza [29].

4. I criteri di qualificazione adottati dalla Suprema Corte. – Il secondo argomento, accolto dal giudice di legittimità, intravede nel movente che ha spinto l'accomandante ad effettuare gli apporti, nonché nella situazione di fatto in cui versava la società al momento della sua costituzione, sufficienti elementi per superare il dato formale dell'iscrizione a bilancio – invero, elemento affatto tralasciato ai fini della decisione – e per affermare la natura di conferimento dei versamenti compiuti dal ricorrente.

[28] TANTINI (*supra*, n. 1), 2004, 781.

[29] Sul punto, valgano le considerazioni già spese in precedenza (*supra*, par. 2), a proposito dell'intenzionale ambiguità delle titolazioni variamente attribuite ai versamenti in conto capitale.

La sentenza pone in rilievo alcuni indici che consentono al giudice di qualificare un versamento come conferimento o finanziamento. Si tratta di elementi già considerati sintomatici dalla dottrina specialistica: (i) lo stato di sottocapitalizzazione della società; (ii) l'impossibilità di ottenere finanziamenti da terzi senza il previo rilascio di idonee garanzie; (iii) la rapida successione nel tempo dei versamenti; (iv) la strumentalità di tali versamenti rispetto alla realizzazione dell'oggetto sociale; (v) il diretto coinvolgimento dell'altro socio nell'operazione in cui si compendia l'oggetto sociale. Benché la sentenza non ne faccia menzione, si deve ritenere rilevante ai fini della qualificazione come conferimento anche la mancata previsione di un termine per la restituzione e del saggio di interessi.

L'impostazione in esame riscuote il favore della dottrina prevalente, anche di quella che si occupa, segnatamente, di porre un confine fra le categorie del conferimento e dei versamenti in conto capitale (ma si è detto essere una distinzione foriera degli stessi problemi che pone quella fra conferimento e finanziamento). Così, si distingue l'opinione di un Autore, per il quale "rileva tecnicamente come conferimento non ogni generico apporto patrimoniale, neppure quando la sua remunerazione e il suo valore per chi lo effettua sono esposti ai rischi dell'andamento dell'attività sociale, ma quello che per le sue forme, e in definitiva a seguito di una scelta di rilievo organizzativo, contribuisce alla formazione del capitale sociale" [30]; e quella di un altro Studioso, che "la qualificazione dei versamenti dei soci come finanziamenti o come conferimenti è essenzialmente una *quaestio voluntatis* sulla finalità sostanziale dell'operazione, desumibile soprattutto dalle sue modalità, da valutare soprattutto con "attenzione più alle finalità pratiche che persegue che non agli istituti civilistici che richiama". (...) Al fine di ricostruire l'effettiva volontà dei soci, per stabilire se si tratti di finanziamenti o di conferimenti, essa potrà essere in primo luogo dedotta dall'atto con cui questi si impegnano ad effettuarli (...). Gli atti da cui dedurre la (prova della) effettiva volontà dei soci potranno essere costituiti da una delibera, o dalle dichiarazioni rese in sede di delibera dei soci stessi, ovvero da un atto di natura parasociale che vincoli tutti i soci (o alcuni di loro), rispetto al quale la società è terza beneficiaria, infine dalla dichiarazione degli amministratori (in nota integrativa) in sede di appostazione in bilancio" [31].

D'altra parte, attribuire preminenza alla comune intenzione delle parti – preso atto che la qualificazione del contratto è operazione comunque sottratta alla volontà delle parti – attenua, almeno nell'ambito del presente scritto, la portata delle affermazioni di autorevolissima dottrina, per la quale "chi crede nell'autonomia ha l'impressione che la qualificazione giudiziaria comprima ingiustamente, in molti casi,

[30] ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Padova, 2006, 74.

[31] TANTINI (*supra*, n. 1), 2004, 775-776. Ma v. anche, fra gli altri, PORTALE (*supra*, n. 1), 1995, 95; SCANO (*supra*, n. 8), 2003, 900.

lo spazio che il diritto assegna all'autonomia e alle virtù creative della persona" [32].

È poi corretto il rilievo mosso da un altro Studioso, che "qualora vi siano più soggetti ad eseguire versamenti, e solo alcuni di essi siano tenuti alle scritture contabili, non si comprende perché l'avvenuta indicazione dell'operazione nel bilancio di uno possa avere conseguenze per gli altri" [33].

In giurisprudenza, non meno rilevanti di quella in commento sono le statuizioni delle recenti Cass., Sez. I, 3 dicembre 2018, n. 31186 e Cass., Sez. I, 22 dicembre 2020, n. 29330, sulla più generica distinzione fra tipologie di apporti spontanei dei soci e, segnatamente, sulla differenza fra versamenti in conto capitale e versamenti in conto futuro aumento di capitale. Anche secondo tale giurisprudenza è centrale la ricostruzione della inequivoca volontà negoziale del socio che effettua l'apporto, tenuto conto di tutte le circostanze del caso; nella gerarchia degli strumenti interpretativi a disposizione del giudice, alle scritture contabili è devoluta una funzione meramente suppletiva, così che esse vengono a rilevare ai fini della decisione solo quando sia impossibile ricostruire la comune intenzione delle parti ai sensi dell'art. 1362 c. c. [34].

Ciò è tanto più rilevante quando si consideri – come di recente affermato da Cass., Sez. III, 23 agosto 2018, n. 20978 – che è l'attore a essere onerato della prova della qualificazione dell'apporto, da trarsi "dal modo in cui il rapporto è stato attuato in concreto e dalle finalità pratiche cui esso appare essere diretto e dagli interessi che vi sono sottesi".

Infine, un ulteriore argomento nel senso del superamento del dato formale dell'iscrizione a bilancio si rinviene nella recente Cass., Sez. V, 20 novembre 2020, n. 26446, per la quale, preso atto che di frequente la prassi adotta delle convenzioni terminologiche volutamente atecniche e aspecifiche, impropriamente mutuata dal gergo ragionieristico o bilancistico, all'unico scopo di eludere la disciplina tributaria, occorre superare il dato formale di quanto emerge dalle risultanze contabili e "volgere l'attenzione soprattutto al modo in cui concretamente è stato attuato il rapporto, alle finalità pratiche cui esso appare essere diretto ed agli interessi che vi sono sottesi: in definitiva, agli accordi tra soci e società, secondo gli artt. 1362 ss. c. c."

Né la funzione ancillare attribuita al bilancio nella qualificazione del versamento lo svincola, privandolo di ogni rilevanza: al postutto, esso è approvato da quegli stessi soci che hanno effettuato l'apporto. È allora efficace l'annotazione di un Autore, per il quale l'indagine sulla volontà dei soci, condotta alla stregua dei criteri

[32] SACCO, *Il contratto*. Tomo secondo di SACCO-DE NOVA, in SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile*, terza ed., Torino, 2004, 469.

[33] RUBINO DE RITIS (*supra*, n. 8), 2010, 1029.

[34] Cfr. anche le recenti Cass., Sez. I, 3 dicembre 2014, n. 25585; Cass., Sez. I, 23 marzo 2017, n. 7471; Cass., Sez. I, 8 giugno 2018, n. 15035; Cass., Sez. I, 19 febbraio 2020, n. 4261.

interpretativi del contratto, appartiene alla fase tipicamente contenziosa. Una corretta ed univoca qualificazione in bilancio di tali apporti, anzitutto da parte degli amministratori, affidatari del potere di scelta nell'appostamento in bilancio, e poi da parte dei soci, chiamati a confermare la bontà di tale qualificazione, appare decisiva specialmente nella fase pre-contenziosa [35].

In estrema sintesi, conviene che il giudice proceda preliminarmente all'esame delle circostanze – oggettive e soggettive – dalle quali si desume, in modo inequivocabile, quale destinazione il socio finanziatore – eventualmente, di comune accordo con gli altri soci – abbia inteso imprimere ai versamenti, al momento della loro effettuazione; al bisogno, inesitato il controllo sulla volontà e fermo restando quanto già emerso dall'esame di tutte le altre circostanze di natura oggettiva e soggettiva, il giudice potrà fondare il proprio giudizio sulle risultanze contabili.

5. (Segue) Cenni alla qualificazione degli apporti ai fini dell'applicazione dell'art. 2467 c.c. – Il problema della qualificazione degli apporti dei soci si è posto, in termini analoghi, anche in relazione all'ambito oggettivo di operatività dell'art. 2467 c.c.

Così, secondo una prima ricostruzione, il finanziamento del socio dovrebbe essere riqualificato in conferimento, in ragione della causa societaria che connota tale apporto e che lo differenzia dai prestiti dei terzi estranei alla società, sorretti dalla causa di credito [36]. Con alcune, rilevanti conseguenze sul rapporto obbligatorio: (i) il finanziamento “anomalo”, non rappresentando un debito, bensì una voce di patrimonio netto, sarebbe improduttivo di interessi; (ii) il socio finanziatore sarebbe considerato *ipso facto* un socio conferente, titolare dell'unica pretesa residuale. La tesi segue un ragionamento sistematico così riassumibile: la postergazione è una regola che ha l'effetto di impedire alla società – *rectius*, agli amministratori – di pagare i soci prima che tutti gli altri creditori sociali siano stati soddisfatti; pertanto, la postergazione obbedisce alla stessa logica sottesa alla sopportazione del rischio di impresa, secondo la quale, con la sottoscrizione di una quota del capitale sociale, eventuali perdite sono, *in primis*, caricate sui soci e soltanto successivamente, eroso completamente il valore delle loro partecipazioni sociali, impediscono – in tutto o in parte – la soddisfazione dei creditori sociali. La disciplina della postergazione, da tale angolo visuale, avallerebbe l'intenzione del legislatore di qualificare tali versamenti come conferimenti.

A questa prima impostazione se ne contrappone una seconda, per la quale la postergazione consisterebbe in una regola di mera graduazione delle pretese di cia-

[35] DIVIZIA (*supra*, n. 1), 2012, 192.

[36] Apoditticamente, ABBADESSA, *Il problema dei prestiti dei soci nelle società di capitali: una proposta di soluzione*, in *Giur. comm.*, 1988, I, 509-511; qualificando il finanziamento come negozio in frode alla legge, PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, in COLOMBO-PORTALE (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, 1**, Torino, 2004, 147-157.

scuna tipologia di creditori sociali, nelle sole ipotesi di concorso tra i creditori esterni e il socio finanziatore [37]. Col che si sopirebbe definitivamente ogni dubbio residuo sulla possibilità che, in seno al medesimo soggetto, insistano – in pacifica coesistenza – le due qualità di socio e di creditore.

Una variante di quest'ultima tesi mira a valorizzare maggiormente l'aspetto di diritto sostanziale, più che quello meramente processuale-concorsuale della graduazione delle pretese creditorie, intravedendo nella postergazione una naturale – perché legale – causa di “inefficacia del diritto di credito vantato dal socio finanziatore nei confronti dei creditori esterni della società, la cui posizione verrebbe lesa se il socio concorresse con loro”, come se il credito del socio finanziatore fosse “sotto-posto *ante* concorso a una condizione legale di esigibilità”, sicché “in mancanza del verificarsi della condizione, non è azionabile e l'eventuale richiesta di pagamento non deve essere soddisfatta dagli amministratori della società” [38]. Questa seconda ricostruzione – diversamente dalla tesi processualistica – indubbiamente enfatizza assai la portata normativa dell'art. 2467 c.c., poiché assegna alla postergazione un'operatività anche *durante societate* e non solo in pendenza di una procedura concorsuale.

Che si aderisca alla tesi processualistica o a quella sostanzialistica, è certo che ambedue risolvono i problemi di coordinamento con la disciplina di diritto positivo delle società di capitali che altrimenti si paleserebbero, ove si accogliesse la tesi, non accettabile, della riqualificazione “punitiva” del prestito in conferimento; quali, esemplificativamente: la circostanza che gli altri soci, estranei alla operazione di finanziamento, verrebbero ingiustamente diluiti all'esito di tale riqualificazione; la difficile convivenza fra temporaneità del regime di postergazione legale del credito, dipendente dalla solvibilità della società verso i terzi creditori sociali, e stabilità degli apporti imputati a capitale; il carattere ingiustamente deteriore del trattamento del socio finanziatore, peraltro connotato da un'oggettività che renderebbe vana una pur minima indagine sull'*animus* del socio al momento dell'erogazione del finanziamento [39].

[37] La tesi, non a caso ribattezzata «processualistica», è enunciata in TERRANOVA (*supra*, n. 8), 2004, 1464-1466, ove l'Autore sostiene che la postergazione opera secondo un meccanismo precisamente antitetico a quello che regola le cause legittime di prelazione, imponendo una retrocessione del credito del socio (degradato a «*privilegio negativo*») nell'ordine di soddisfazione dei crediti sociali. In senso adesivo, ex *plurimis*, CAMPOBASSO (*supra*, n. 8), 2011, 249-250; M. FABIANI, *Per chiarezza delle idee su postergazione e compensazione*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2019, 62-64.

[38] PRESTI (*supra*, n. 8), 2006, 118-119. Così anche MARCHISIO, *I “finanziamenti anomali” tra postergazione e prededuzione*, in *Riv. not.*, 2012, 1302-1303.

[39] Di grande beneficio sono gli spunti offerti dagli studi sul tema della conversione del finanziamento in capitale sociale (*recharacterization of debt as equity*) nell'ordinamento americano, come ulteriore conseguenza della postergazione (*equitable subordination*), con conclusioni tendenzialmente scettiche rispetto alla riqualificazione forzata, foriera delle conseguenze negative cui si è fatto cenno. Non è questa la sede per affrontare il tema da una prospettiva comparatistica. Sia solo consentito di

Merita un cenno, infine, l'ulteriore ricostruzione operata da una dottrina minoritaria, la quale – pur aderendo alla tesi che la postergazione *ex art. 2467 c.c.* non comporti alcuna riqualificazione del prestito del socio in conferimento – non condivide la considerazione dell'istituto alla stregua di una condizione sospensiva dell'esigibilità del credito, come tale attinente al rapporto obbligatorio e dipendente dalla situazione patrimoniale della società; secondo tale ultima prospettazione, infatti, “sarebbe (...) contraddittorio reputare che la situazione patrimoniale del debitore abbia come conseguenza l'inesigibilità solo per l'ipotesi del credito del socio contemplato dall'art. 2467 c.c. e non per un qualsiasi altro credito (nei confronti del soggetto societario o non)”, sicché “non sembra (...) persuasiva l'interpretazione che riconduca la postergazione all'ambito del rapporto obbligatorio, anziché all'istituto della responsabilità patrimoniale, che gli è proprio” [40].

La giurisprudenza ha peraltro recisamente escluso che il meccanismo dell'art. 2467 c.c. postuli la riqualificazione del finanziamento del socio in capitale sociale [41]: talune volte, senza neppure motivare [42]; talaltre, indagando appena la causa della dazione [43]; talaltre ancora, nuovamente, valorizzando il dato formale dell'iscrizione a bilancio del finanziamento [44].

segnalare, per la letteratura italiana, il contributo di VATTERMOLI, *La subordinazione «equitativa» (equitable subordination)*, in *Riv. soc.*, 2009, 1390-1418; per quella americana, GOEHAUSEN, *You Said You Were Going to Do What to My Loan? The Inequitable Doctrine of Recharacterization*, in *DePaul Business and Commercial Law Journal*, vol. 4, 1, 2005, 117-142.

[40] PICCIAU, *Esigibilità dei finanziamenti postergati ex lege e loro rilevanza ai fini dello stato di insolvenza della società*, in *Giur. comm.*, 2018, 1, 255-258. In senso adesivo, FABIANI (*supra*, n. 37), 2019, 69.

[41] È rimasta isolata Trib. Firenze 26 aprile 2010, ove peraltro la parificazione del finanziamento ai conferimenti si svolge soltanto sul piano degli effetti, non anche su quello della qualificazione.

[42] Cass., Sez. I, 4 febbraio 2009, n. 2706; Trib. Roma 10 gennaio 2017; Trib. Roma 3 maggio 2017; Cass., Sez. VI, 16 maggio 2018, n. 12041; Trib. Milano 2 luglio 2019.

[43] Cass., Sez. I, 15 maggio 2019, n. 12994, ove si può leggere che “il legislatore, tra le tecniche disponibili al riguardo, ha escluso invero la riqualificazione del prestito ed optato per la postergazione: non muta *ex lege* la causa della dazione, che resta quella del mutuo (art. 1813 c.c.) e non diventa causa di conferimento (art. 2343 c.c.). I finanziamenti *de quo*, pertanto, costituiscono prestiti e non apporti di capitale, alla cui disciplina – rimborsabilità solo all'esito della liquidazione e, quindi, dopo la restituzione anche dei prestiti anomali – non sono soggetti”.

[44] Cass., Sez. V, ord. 1° marzo 2019, n. 6104, precisata (*supra*, par. 3).