



Civile Ord. Sez. 6 Num. 15875 Anno 2022

Presidente: FERRO MASSIMO

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

Relatore: CAMPESE EDUARDO

Data pubblicazione: 17/05/2022

SESTA SEZIONE CIVILE - 1

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. MASSIMO FERRO

- Presidente -

Dott. GUIDO MERCOLINO

- Consigliere -

Dott. FRANCESCO TERRUSI

- Consigliere -

Dott. ALBERTO PAZZI

- Consigliere -

Dott. EDUARDO CAMPESE

- Consigliere rel. -

Oggetto

OPPOSIZIONE EX
ART. 404 COD.
PROC. CIV.
CONTRO LODO
ARBITRALE.

Ud. 04/05/2022 - CC

R.G.N. 29779/2020

Rep.

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

sul ricorso n. 29779-2020 proposto da:

RODRIGUEZ ROSA, rappresentata e difesa, giusta procura speciale allegata in calce al ricorso, dall'Avvocato Angelo Petrone, presso il cui studio elettivamente domicilia in Roma, alla Piazza Cavour n. 17.

- ricorrente -

contro

RIVELLI ROSSELLA, GIACCHINI SARA E GIACCHINI AMBRA, quali eredi di Enzo Giacchini, tutte rappresentate e difese, giusta procura speciale allegata in calce al controricorso, dall'Avvocato Marco Nicolai, presso il cui studio elettivamente domiciliato in Roma, alla via Sirte n. 44.

.

- controricorrenti -

e



BFR & L IMMOBILIARE S.R.L., con sede in Roma, alla via Lorenzo il Magnifico n. 42, in persona del curatore speciale, *ex art.* 78 cod. proc. civ., Avvocato Andrea Silla, che altresì la rappresenta e difende e presso il cui studio elettivamente domicilia in Roma, alla via Boezio n. 16.

- controricorrente -

avverso la sentenza, n. cronol. 2012/2020, della CORTE di APPELLO di ROMA, depositata in data 22/04/2020;
udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio non partecipata del giorno 04/05/2022 dal Consigliere Relatore Dott. EDUARDO CAMPESE.

FATTI DI CAUSA

1. Con lodo n. 16201/2012, emesso e sottoscritto, il 30 novembre 2012, nel procedimento arbitrale tra Enzo Giacchini e la BFR & L Immobiliare s.r.l. (d'ora in avanti, *breviter*, BFR & L), l'arbitro unico, fermo il disposto di cui all'art. 828 cod. proc. civ., dichiarò la risoluzione del contratto di compravendita immobiliare stipulato tra quelle parti il 26 novembre 2009 e, per l'effetto, accertò e dispose il trasferimento del compendio immobiliare che ne costituiva l'oggetto, ivi descritto, in capo ad Enzo Giacchini.

2. Rosa Rodriguez, titolare del 70% del capitale sociale della menzionata società, propose opposizione *ex art.* 404 cod. proc. civ. avverso quel lodo, ritenendolo fraudolento ed architettato in suo danno dalle parti.

2.1. L'adita Corte di appello di Roma, pronunciandosi nel contraddittorio con la BFR&L, Rossella Rivelli, Sara Giacchini ed Ambra Giacchini, le ultime tre quali eredi di Enzo Giacchini, *medio*



tempore deceduto, respinse detta impugnazione con sentenza del 22 aprile 2020, n. 2012.

2.1.1. Ritenne, in particolare, essere *«principio della S.C. che "la partecipazione sociale in una società di capitali costituisce un bene giuridicamente distinto ed autonomo, come tale inidoneo a venire direttamente danneggiato da vicende legate all'inadempimento contrattuale di un terzo nei confronti della società, attesa la natura meramente riflessa che il pregiudizio patrimoniale conseguente può produrre sul valore della quota di partecipazione; ne consegue che, posta la netta separazione tra il patrimonio sociale e quello del socio, anche nella ipotesi di partecipazione totalitaria, qualsiasi danno che colpisce direttamente il patrimonio della società può avere una incidenza meramente indiretta sulla quota medesima e, conseguentemente, non è suscettibile di autonoma risarcibilità" (Cass, 14.2.2012 n. 2087). Orbene, è evidente che, nel caso di specie, il danno diretto dalla supposta collusione posta in essere tra acquirente, in persona del precedente amministratore, e venditore sarebbe stato patito dalla società essendo quello della attuale ricorrente solo indiretto, derivante dalla perdita di valore della quota sociale pari al 70%. Né, a far mutare tale conclusione, può essere sufficiente la circostanza che la stessa ebbe a versare una somma considerevole per consentire alla società di procedere all'acquisto dell'intero compendio immobiliare del Giacchini, avendovi in realtà provveduto nella sua qualità di socia. Ne consegue che la Rodriguez non era legittimata a proporre la opposizione ex art. 404 c.p.c. e la opposizione va, pertanto, respinta per carenza di legittimazione attiva. Ogni altra questione resta assorbita».*

3. Avverso questa sentenza, la Rodriguez ha proposto ricorso per cassazione affidato ad un motivo. Hanno resistito, con distinti controricorsi, la BFR & L, nonché Rossella Rivelli, Sara Giacchini ed Ambra Giacchini, nella già indicata qualità, queste ultime depositando anche memoria ex art. 380-bis cod. proc. civ..

RAGIONI DELLA DECISIONE



1. Preliminarmente, vanno disattese le eccezioni di inammissibilità del ricorso come proposte dalle controricorrenti Rossella Rivelli, Sara Giacchini ed Ambra Giacchini, ai sensi degli artt. 366 e 360-*bis* cod. proc. civ.. Nello stesso ricorso, infatti, è presente una sufficiente esposizione dei fatti della causa, mediante gli essenziali riferimenti ai precedenti gradi di giudizio; è indicata la decisione impugnata, non essendo prescritta, peraltro, dal menzionato art. 366 cod. proc. civ., la trascrizione integrale della stessa; non sussiste la condizione di inammissibilità di cui all'art. 360-*bis* n. 1 cod. proc. civ., (invocabile solo quando il provvedimento impugnato abbia deciso le questioni di diritto in conformità alla giurisprudenza di legittimità, senza che il ricorrente offra elementi idonei a provocare un superamento dell'orientamento contestato); la decisione sul ricorso non suppone, infine, l'esame di documenti su cui esso sia fondato, per cui non hanno rilievo le prescrizioni dettate dagli artt. 366, comma 1, n. 6, e 369, comma 2, n. 4, cod. proc. civ. (*cfr.* in termini, Cass. n. 12417 del 2017; Cass. n. 20721 del 2018).

2. L'unico motivo formulato dalla Rodriguez denuncia «*Art. 360, primo comma, n. 3, c.p.c. - Violazione e falsa applicazione dell'art. 404 c.p.c. e dell'art. 2462 c.c.. Art. 360, primo comma, n. 5, c.p.c. - La decisiva rilevanza della posizione di creditrice sociale rivestita dalla Sig.ra Rodriguez*». Si assume che: *i) «la Corte di Appello muove dal principio fondante delle società di capitali, cioè la separazione patrimoniale tra ente e socio stabilita per le s.r.l. dall'art. 2462 c.c., per trarne una conseguenza errata e, nel caso di specie, evidentemente ingiusta, cioè l'impossibilità, per la persona che risulti sì socio ma soprattutto creditore della società, di reagire a mezzo di opposizione di terzo avverso una frode ordita in suo esclusivo danno dalla stessa società (in persona del legale rappresentante dell'epoca). E ciò nonostante che l'art. 404 c.p.c. costituisca nel nostro ordinamento processuale una sorta di “norma di chiusura” per il caso in cui*



il creditore di una parte in causa, rimasto estraneo ad un giudizio la cui sentenza passata in giudicato (qui un lodo arbitrale esecutivo) ne pregiudichi i diritti, abbia modo di dimostrare in capo ad ambo le parti in causa il dolo o la collusione in proprio danno»; ii) la sentenza impugnata «erra nel fare applicazione delle norme in tema di separazione patrimoniale e di finanziamenti prestati dai soci» e, parallelamente, «omette di considerare quanto allegato circa le effettive modalità tramite le quali BFR & L beneficiò di ben € 160.000 conferitile dalla scrivente. In particolare, la Corte di Appello, negando rilevanza (nella valutazione della legittimazione attiva) al suddetto ingente pagamento operato dalla scrivente, parrebbe ragionare sulla base di una prospettazione che assegni al finanziamento, pur infruttifero, erogato dalla Sig.ra Rodriquez, la funzione di versamento in conto capitale. La differenza tra le due fattispecie è ben nota: nel caso di finanziamento eseguito da uno o più soci, l'apporto economico non si tradurrà in un aumento di capitale sociale, bensì costituirà un credito a favore del socio ed un debito a carico della società (ed in quanto tale dovrà risultare dal bilancio). Il socio finanziatore assumerà, così, la veste di creditore sociale al pari degli altri creditori sociali e da quel momento deterrà il diritto a vedersi restituito il medesimo importo finanziato, oltre ad eventuali interessi, senza, però, alcuna incidenza su diritti patrimoniali ed amministrativi legati alla propria quota di partecipazione. Ciò è appunto quanto avvenuto nel nostro caso, dove non siamo in presenza di un versamento da imputarsi a capitale di rischio, bensì di un finanziamento da intendersi come vero e proprio prestito, pur infruttifero di interessi, in quanto qui il socio Rodriquez si è comportato come un qualsiasi terzo che concedesse alla BFR & L un puro prestito da rimborsare. Con la sola differenza che in sede assembleare i soci, consapevoli che l'art. 1815 c.c. porta a presumere l'onerosità dei capitali dati a mutuo (presunzione relativa) hanno formalizzato per iscritto la gratuità del prestito. Prova ne sia che nella nota integrativa al bilancio viene specificato [...] come i finanziamenti effettuati dai soci, ed iscritti alla voce d) del passivo di Stato patrimoniale, sono



stati concessi al solo fine di evitare il più oneroso ricorso ad altre forme di finanziamento esterne alla compagine societaria».

3. E' opportuno premettere che risulta assolutamente incontrovertibile che la Rodriguez sia socia della BFR & L s.r.l., detenendone una quota del capitale sociale pari a circa il 70%. Questa società, costituita il 3 agosto 2009, aveva come obbiettivo - per quanto si legge in ricorso (cfr. pag. 2-3) - la gestione di un complesso immobiliare sito in Roma, alla via dei Castani, da acquistarsi da Enzo Giacchini. La corrispondente operazione, peraltro, aveva richiesto, oltre all'accollo, da parte dell'acquirente, di un mutuo ipotecario già concesso alcuni anni prima dal credito Bergamasco in favore del Giacchini, una congrua integrazione in contanti. Pertanto, con bonifico del 26 novembre 2009, la Rodriguez «...conferì, in favore della BFR & L, l'importo di € 160.000».

3.1 E' noto, poi, che, come recentemente ribadito da Cass. n. 3628 del 2021 (cfr. pag. 8 della motivazione), *«l'erogazione di somme effettuata a vario titolo dai soci può aver luogo sia a titolo di mutuo, con il conseguente obbligo per la società di restituire la somma ricevuta ad una determinata scadenza, sia di versamento destinato ad essere iscritto non tra i debiti, ma a confluire in apposita riserva "in conto capitale" (o altrimenti denominata), il quale dà luogo ad un credito esigibile solo in caso di scioglimento della società e nei limiti dell'eventuale attivo del bilancio di liquidazione, connotandosi proprio per la postergazione della sua restituzione rispetto al soddisfacimento dei creditori sociali e dalla posizione del socio quale residual claimant (cfr. tra le più recenti, Cass., Sez. I, 20/04/2020, n. 7919; 9/12/2015, n. 24861; 23/02/2012, n. 2758)...*».

3.2. In modo ancora più puntuale, Cass. n. 29325 del 2020 ha ricordato che *«varie sono le modalità di dazione di denaro da parte del socio alla società, ciascuna munita di una propria causa concreta, onde dalla relativa*



qualificazione discendono conseguenze eterogenee rilevanti ed il giudice del merito deve verificarne la natura, attraverso un'analisi volta ad individuare la causa del negozio intervenuto fra socio e società. Questa Corte ha già precisato i confini tra le diverse modalità di apporto dei soci in favore della società, eseguiti a vario titolo, nell'ambito di una prassi diffusa specialmente nelle società a più ristretta base personale [...]. Sono state, così, individuate le diverse figure in cui la "dazione" del socio - così genericamente indicata, prima che ad essa sia attribuita una qualificazione - va inquadrata, vale a dire: a) i conferimenti; b) i finanziamenti dei soci; c) i versamenti a fondo perduto o in conto capitale; d) i versamenti finalizzati ad un futuro aumento del capitale.

a) I primi sono apporti di capitale di rischio, che entrano a comporre il capitale sociale nominale, esattamente ad essi corrispondente; possono essere, pertanto, restituiti ai soci in forma di residui post liquidazione, quando siano stati previamente soddisfatti tutti i debiti sociali (artt. 2350, 2492 c.c.), oppure nel corso della vita della società, in presenza di una riduzione del capitale reale cd. per esuberanza, ove ne ricorrano i presupposti (art. 2445 c.c.). Come si è chiarito (Cass., sez. un., 23 ottobre 2006, n. 22659), in nessun modo può dirsi che, con il contratto di società o con i successivi conferimenti in sede di aumento del capitale, sorga un diritto soggettivo di credito del socio alla restituzione del conferimento: si tratta invece di partecipazione al rischio d'impresa, cui è esposto il capitale versato dal socio (Cass. 23 febbraio 2012, n. 2758).

b) I secondi sono mutui ex artt. 1813 ss. c.c., derivanti da un contratto a forma libera tra il socio e la società, che vanno iscritti al passivo dello stato patrimoniale tra i debiti verso soci, i quali hanno diritto alla restituzione nei termini convenuti. Il regime dei finanziamenti dei soci, previsto dagli artt. 2467 e 2497-quinquies c.c., secondo cui essi sono postergati ove concessi in una situazione di squilibrio patrimoniale, non ne muta la natura di finanziamenti e non li trasforma in apporti assimilati al capitale di rischio (crediti sottochirografari, in quanto da rimborsare dopo gli altri creditori, ma prima dei soci). I finanziamenti



cd. anomali restano prestati e non divengono apporti di capitale, i quali ultimi verranno rimborsati solo all'esito della liquidazione, dopo, quindi, la restituzione anche dei prestiti anomali; il finanziamento è solo subordinatamente restituibile, onde la causa resta quella di finanziamento [...] (cfr. Cass. 29 luglio 2015, n. 16049). Si è precisato (Cass. 15 maggio 2019, n. 12994) che il credito del socio, in presenza di un finanziamento concesso nelle condizioni di eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto o laddove sarebbe stato ragionevole un conferimento, subisce una postergazione legale: la quale, però, non opera una "riqualificazione" del prestito, da finanziamento a conferimento con esclusione del diritto al rimborso, ma incide sull'ordine di soddisfazione dei crediti: "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.)".

c) I versamenti del terzo tipo sono privi della natura del mutuo, in quanto non ne è pattuito il diritto al rimborso; vanno, quindi, iscritti nel passivo dello stato patrimoniale tra le riserve, che l'assemblea può discrezionalmente utilizzare, con le ordinarie modalità, per ripianare le perdite o per aumentare gratuitamente il capitale, imputandole a ciascun socio proporzionalmente alla partecipazione al capitale sociale (senza che occorra obbligatoriamente tener conto del soggetto che abbia operato il versamento, proprio in ragione dell'inesistenza vuoi di un credito alla restituzione delle somme, vuoi di una anticipata dazione a titolo di conferimento). L'apporto del socio produce l'acquisizione definitiva al patrimonio della società delle somme versate, da assimilare al capitale di rischio, cui vanno equiparate agli effetti sostanziali; la riserva così formata, al pari delle riserve ordinarie o facoltative per la quota eccedente la riserva legale, ha dunque, di regola, carattere disponibile, ma una eventuale distribuzione non costituisce un diritto soggettivo del socio.



d) *Nell'ultima categoria, la dazione del denaro è finalizzata a liberare il debito da sottoscrizione di un futuro aumento del capitale sociale mediante successiva rinuncia, che il socio porrà in essere dopo la deliberazione assembleare di aumento e la sua sottoscrizione. Si è parlato di una riserva "personalizzata" o "targata", in quanto di esclusiva pertinenza dei soci che abbiano effettuato il versamento in relazione all'entità delle somme da ciascuno erogate (Cass. 24 luglio 2007, n. 16393; Cass. 19 marzo 1996, n. 2314). Ove l'aumento non sia operato, il socio avrà diritto alla restituzione di quanto versato: non a titolo di rimborso di somma data a mutuo, ma per essere venuta successivamente meno la causa giustificativa dell'attribuzione patrimoniale da lui eseguita in favore della società, quale ripetizione dell'indebito. In sostanza, una funzione oggettiva di credito è da escludere dinanzi a versamenti in conto di un futuro aumento di capitale, visto che essi, ove l'aumento intervenga, vanno a confluire automaticamente in esso, mentre, ove l'aumento non intervenga, vanno sì restituiti, ma non perché eseguiti a titolo di finanziamento, sebbene semplicemente perché la fattispecie programmata l'aumento di capitale - non si è perfezionata (così Cass. 3 dicembre 2018, n. 31186). Dunque, va precisato che, perché la "dazione" del socio sia ricondotta a tale categoria, è necessario che la subordinazione ad un aumento di capitale sia chiara ed inequivoca, mediante l'indicazione ex ante di elementi sufficientemente specifici e dettagliati, i quali inducano a ritenere effettivamente convenuta tra i soci l'effettuazione non di un versamento tout court a favore delle casse sociali, ma di un versamento avente titolo e causa concreta proprio nella partecipazione al capitale sociale mediante un futuro conferimento, che, sebbene meramente rinviato rispetto al momento della dazione materiale della somma, sia nondimeno sin dall'inizio volto, secondo la complessiva operazione programmata dai soci, ad aumentare la rispettiva quota di partecipazione sociale, in termini assoluti. Ciò, per il principio generale di determinatezza o determinabilità ex art. 1346 c.c., secondo cui deve essere sempre individuabile con sufficiente certezza l'oggetto del contenuto precettivo di un accordo negoziale. Le sole parole usate non sono, dunque,*



di per sé esaustive, ben potendo un versamento essere denominato, nei documenti societari e contabili, come eseguito "in conto futuro aumento del capitale sociale", ma non essere affatto, nel contempo, accompagnato da quegli indici di dettaglio (ad es., il termine finale entro cui verrà deliberato l'aumento, ma anche altre caratteristiche dello stesso), che soli qualificano la dazione come da ricondurre alla categoria in esame. In tal caso, pertanto, l'iscrizione in bilancio avviene sempre come riserva, e non come finanziamento soci; ma, perché sorga pure l'obbligo restitutorio condizionato, dovrà, altresì, essere evidenziato che l'apporto è suscettibile di restituzione ai soci in virtù dell'effetto risolutorio riconnesso a tale tipo di apporto, per tale profilo dunque avvenuto in modo non definitivo (a differenza degli altri versamenti)».

3.3. Decisiva nella qualificazione della dazione, dunque, è l'interpretazione della volontà delle parti, rimessa al prudente apprezzamento del giudice del merito. Occorre, in particolare, da parte di questi, accertare se si sia trattato di un rapporto di finanziamento riconducibile allo schema del mutuo o di un contratto atipico di conferimento, e, in quest'ultimo caso, se esso sia stato - in modo inequivoco - condizionato, o non, nella restituzione, ad un futuro aumento del capitale nominale della società. L'indagine sul punto può tener conto di ogni elemento, quali le clausole statutarie che tali versamenti prevedano, il comportamento delle parti, i fini perseguiti, le scritture contabili, i bilanci e qualsiasi altra circostanza del caso concreto, capace di svelare la comune intenzione delle parti e gli interessi coinvolti. Pertanto, non è arbitro l'organo amministrativo di appostare in bilancio le dazioni di denaro dei soci in favore della società, né di mutare la voce relativa, successivamente alla iscrizione originaria, dovendo essa rigorosamente rispecchiare la effettiva natura e causa concreta delle medesime, il cui accertamento, nella



interpretazione della volontà delle parti, è rimesso all'apprezzamento riservato al giudice del merito.

3.4. Va pure ricordato che: *i*) l'art. 827, comma 1, cod. proc. civ., include l'opposizione di terzo tra i mezzi di impugnazione del lodo; *ii*) ai sensi dell'art. 404, comma 1, cod. proc. civ., un terzo può fare opposizione contro la sentenza passata in giudicato comunque esecutiva pronunciata tra altre persone quando pregiudica i suoi diritti. Il comma 2 della medesima disposizione, invece, prevede che gli aventi causa e i creditori di una delle parti possono fare opposizione alla sentenza quando è l'effetto di dolo o collusione a loro danno. *Alteris verbis*, l'opposizione di terzo revocatoria presuppone che la sentenza sia l'effetto di comportamenti dolosi o collusivi delle parti in danno del terzo, avente causa o creditore di una delle parti.

3.5. Alla stregua di quanto descritto in ricorso, allora, proprio a quest'ultima fattispecie deve ricondursi l'impugnazione promossa dalla Rodriguez avverso il "*lodo arbitrale traslativo*" del 30 novembre 2012 che dichiarò la risoluzione del contratto di compravendita immobiliare stipulato tra la BFR & L s.r.l. ed Enzo Giacchini il 26 novembre 2009 e, per l'effetto, accertò e dispose il trasferimento del compendio immobiliare che ne costituiva l'oggetto, ivi descritto, in capo ad Enzo Giacchini.

3.5.1. E' noto, poi, che la partecipazione sociale in una società di capitali costituisce un bene giuridicamente distinto ed autonomo, come tale inidoneo a venire direttamente danneggiato da vicende legate all'inadempimento contrattuale di un terzo nei confronti della società, attesa la natura meramente riflessa che il pregiudizio patrimoniale conseguente può produrre sul valore della quota di partecipazione. Da tanto consegue che, posta la netta separazione tra il patrimonio sociale e quello del socio, anche nella ipotesi di partecipazione totalitaria,



qualsiasi danno che colpisce direttamente il patrimonio della società può avere una incidenza meramente indiretta sulla quota medesima e, conseguentemente, è insuscettibile di autonoma risarcibilità (*cfr.* Cass. n. 2087 del 2012).

3.5.2. Orbene, è evidente che, nel caso di specie, come affatto correttamente rimarcato dalla corte distrettuale, il danno diretto derivante dalla supposta collusione posta in essere tra acquirente, in persona del precedente amministratore, e venditore, sarebbe stato patito dalla società essendo quello della attuale ricorrente solo indiretto, derivante dalla perdita di valore della quota sociale pari al 70%. Non sussiste, quindi, la lamentata violazione dell'art. 2462 cod. civ..

3.6. La medesima corte ha aggiunto, poi, che a far mutare tale conclusione non può essere sufficiente la circostanza che la Rodriguez *«ebbe a versare una somma considerevole per consentire alla società di procedere all'acquisto dell'intero compendio immobiliare del Giacchini, avendovi in realtà provveduto nella sua qualità di socia»*.

3.6.1. La Rodriguez, oggi, invocando il vizio di cui all'art. 360, comma 1, n. 5, cod. proc. civ., lamenta che la corte distrettuale non ha valutato la circostanza, a suo dire decisiva, della propria posizione di creditrice della BFR & L.

3.6.2. Una siffatta censura si rivela fondata, atteso che, giusta il complessivo, già riportato, contenuto di Cass. n. 29325 del 2020, varie sono le modalità di dazione di denaro da parte del socio alla società, ciascuna munita di una propria causa concreta, onde dalla relativa qualificazione discendono conseguenze eterogenee rilevanti, anche sotto il profilo della configurabilità, o meno, della nascita di un diritto di credito del socio nei confronti della società, ed il giudice del merito



deve verificarne la natura, attraverso un'analisi volta ad individuare la causa del negozio intervenuto fra socio e società.

3.6.2.1. Nella specie, come si è appena detto, la corte distrettuale si è limitata ad affermare che la Rodriquez aveva proceduto alla descritta dazione di danaro in favore della società «*in qualità di socia*»: tanto, però, certamente non escludeva, di per sé solo, la sua qualità di creditrice sociale, con le relative conseguenze, per quanto qui di specifico interesse (in punto, cioè, di legittimazione attiva della Rodriquez ad esperire l'opposizione di terzo revocatoria *ex art.* 404, comma 2, cod., proc, civ.), occorrendo verificare, appunto, se, in concreto, ella, tramite quella dazione, avesse inteso effettuare, in favore della BFR & L, un conferimento, o un finanziamento, o un versamento a fondo perduto o in conto capitale, oppure un versamento finalizzato ad un futuro aumento del capitale.

3.6.2.2. Escludendo queste ultime due fattispecie, di cui mai si è discusso nell'odierna lite, ciò che realmente diviene decisivo è se, nella vicenda in esame, la dazione di danaro predetta debba configurarsi come un finanziamento in favore della società da restituirsi ad una scadenza predeterminata (da assimilarsi, dunque, ad un mutuo *ex art.* 1813 e ss. cod. civ.), di per sé idoneo a far sorgere certamente un credito da restituzione, sebbene nei tempi e modi concordati dalle parti; oppure come conferimento o come finanziamento atipico eseguito in una situazione (quella della BFR & L che, malgrado fosse stata dotata di un capitale sociale di € 10.000,00, avrebbe dovuto acquistare, avendo come proprio obbiettivo appunto quello di gestirlo, un compendio immobiliare al prezzo di € 1.020.000,00) in cui sarebbe stato ragionevole un conferimento: situazione, queste ultime, entrambe generative di un credito soltanto eventuale, esigibile esclusivamente in caso di scioglimento della società e nei limiti dell'eventuale attivo del



bilancio di liquidazione, connotandosi proprio per la postergazione della sua restituzione rispetto al soddisfacimento dei creditori sociali e per la posizione del socio quale *residual claimant*.

3.6.2.3. Solo nel primo caso, infatti, la Rodriguez sarebbe stata certamente munita di legittimazione attiva ad impugnare *ex artt.* 827, comma 1, e 404, comma 2, cod. proc. civ., il lodo pronunciato all'esito della controversia arbitrale intercorsa tra la BFR & L ed Enzo Giacchini. Invero, la giurisprudenza di legittimità ha già chiarito (*cfr.*, *amplius*, Cass. n. 6378 del 2017) che «*se è indubbiamente esatto che il creditore opponente di terzo non è tenuto a dimostrare la propria legittimazione allegando un accertamento del suo credito con efficacia di giudicato - e che, dunque, il credito non deve presentare il requisito della "certezza" intesa in tal senso - non è tuttavia esatto che basti, per legittimare il medesimo opponente, la mera allegazione del suo credito o la produzione di un titolo giudiziale solo provvisoriamente esecutivo e contestato dal debitore. L'opposizione di terzo revocatoria può essere proposta, a mente dell'art. 404, secondo comma, cod. proc. civ., soltanto dai "creditori" (oltre che dagli aventi causa) di una delle parti, e questa Corte ha già avuto occasione di mettere in evidenza la diversità, sotto il profilo in esame, dell'opposizione di terzo revocatoria rispetto all'azione revocatoria ai sensi dell'art. 2901 cod. civ., alla quale sono legittimati (cfr. Cass. Sez. U. 18/05/2004, n. 9440) anche i titolari di un credito soltanto eventuale o litigioso*». Si è così affermato che il carattere di impugnazione straordinaria dell'opposizione di terzo revocatoria induce a ritenere che la nozione di «*creditori di una delle parti*», di cui all'art. 404, cit., vada interpretata in senso più restrittivo dell'analoga nozione richiamata ai fini della legittimazione all'azione revocatoria, nel senso che per creditore, ai fini dell'impugnazione in questione, deve intendersi chi effettivamente rivesta tale qualità, pur se sottoposta a termine o a condizione, al momento della proposizione di essa (*cfr.* Cass. n. 12144 del 2006, ribadito dalla più recente Cass. n. 6378 del



2017). E' necessario, in altri termini, che il credito dell'opponente sia "certo", non già nel senso che deve basarsi su un precedente giudicato, ma nel senso che deve essere accertato, anche in via incidentale, dal giudice dell'opposizione, sulla base delle prove fornite dall'opponente, gravato del relativo onere. Del resto, non potrebbe essere altrimenti se si considera che, mentre la sentenza di accoglimento dell'azione revocatoria produce la mera inopponibilità dell'atto revocato al creditore-attore - che, dunque, potrà procedere *in executivis* nella sede propria, in cui dovrà dimostrare il suo titolo - la sentenza di accoglimento dell'opposizione di terzo revocatoria comporta non soltanto l'inefficacia relativa del giudicato, che ne è oggetto, nei confronti del terzo opponente, ma anche l'eliminazione di esso nei confronti delle stesse parti del processo originario (*cfr.* Cass. n. 6378 del 2017; Cass. n. 24631 del 2015; Cass. n. 4324 del 1988): il travolgimento assoluto di un giudicato non potrebbe giustificarsi se non in presenza dell'accertamento del danno per chi effettivamente sia creditore di una delle parti, e non semplicemente dichiararsi di esserlo.

3.6.2.4. E' intuitivo che una siffatta "*certezza*" non può rinvenirsi nel credito, affatto eventuale, di un socio quale *residual claimant* nelle fattispecie precedentemente indicate.

3.7. L'essere stata totalmente omessa, allora, da parte della corte distrettuale, ogni concreta indagine sulla effettiva natura e qualificazione giuridica da attribuirsi alla dazione di denaro (pacificamente) effettuata dalla Rodriquez, seppure in qualità di sua socia, in favore della BFR & L, così da accertare, alla stregua degli elementi fattuali e documentali ivi dedotti, l'esistenza, o meno, della sua qualità di "*creditrice*", certa e non solo eventuale, della BFR & L, rende la doglianza in esame fondata, anche in ragione del carattere potenzialmente decisivo (in punto di riconoscimento della



legittimazione della Rodriguez ad avvalersi del rimedio di cui all'art. 404, comma 2, cod. proc. civ.) della circostanza *de qua*.

4. Il ricorso, dunque, va accolto, con conseguente cassazione della sentenza impugnata e rinvio della causa alla Corte di appello di Roma, in diversa composizione, per il corrispondente nuovo esame e per la regolamentazione delle spese di questo giudizio di legittimità.

PER QUESTI MOTIVI

La Corte accoglie il ricorso nei limiti di cui in motivazione, cassa la sentenza impugnata e rinvia la causa alla Corte di appello di Roma, in diversa composizione, per il corrispondente nuovo esame e per la regolamentazione delle spese di questo giudizio di legittimità.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della Sesta sezione civile della Corte Suprema di cassazione, il 4 maggio 2022.

Il Presidente

dott. Massimo Ferro

