

CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO

Studio n. 2527

La costituzione del fondo patrimoniale da parte di una società

Approvato dalla Commissione Studi Civilistici il 13 settembre 2000

Lo studio del fondo patrimoniale da parte della dottrina e della giurisprudenza non ha affrontato quasi per nulla il problema della ammissibilità o meno che esso sia costituito a favore di coniugi da parte di una società. Tale scarsa attenzione può essere tuttavia spiegata con il disfavore avvertito nei confronti delle finalità fraudolente alle quali esso può in concreto prestarsi. Invero, la pratica quotidiana, che pone talora il Notaio dinanzi a richieste delle parti di ricorrere a tali fattispecie giuridiche, lo obbliga in primo luogo a porre una *quaestio* di astratta configurabilità ed, in secondo luogo, a valutarne con particolare prudenza l'idoneità a realizzare scopi in frode alla legge.

L'art. 167 c.c. dispone che ciascuno dei coniugi o ambedue, per atto pubblico, o ancora un terzo, anche per testamento, possono costituire un fondo patrimoniale, destinando determinati beni, immobili o mobili iscritti in pubblici registri o titoli di credito a far fronte ai bisogni della famiglia. Dall'esame del dettato normativo non sorge alcuna difficoltà testuale ad ammettere che "terzo" possa essere una società, sia essa di persone o di capitali, sebbene proprio dalla lettura della dottrina e della giurisprudenza che si è occupata in modo specifico di tale istituto, la questione appaia del tutto inesplorata.

E', inoltre, assolutamente evidente che il problema va affrontato con riguardo esclusivo alle sole disposizioni *intervivos* costitutive del fondo, attesa l'incapacità di testare degli enti. Può, a tale riguardo, aggiungersi che la soluzione suggerita riguarderà sia l'ipotesi in cui il terzo-società attribuisca la proprietà (o altro diritto reale, che ne possa costituire oggetto) del bene ad uno solo o ad entrambi i coniugi, sia il caso in cui riservi a sé stesso, o trasferisca ad un soggetto diverso dai

coniugi la proprietà, conferendo egualmente in entrambe le fattispecie nel fondo il mero godimento **(1)**.

La dottrina e la giurisprudenza si sono a lungo interrogate sulla natura giuridica dell'atto di costituzione del fondo patrimoniale da parte di un soggetto estraneo ai coniugi. E' frequente a tale proposito rinvenire l'affermazione che in tale ipotesi si è in presenza di una donazione o più in generale di un atto di liberalità **(2)**, con conseguente applicazione della disciplina *de quo* in caso di carenza normativa, fatto salvo evidentemente il giudizio di compatibilità con i principi che regolano la materia specifica del fondo patrimoniale **(3)**. Si è, peraltro, al riguardo, osservato che non rileverebbero giuridicamente i motivi per i quali il disponente decide di costituire un fondo patrimoniale; questi ultimi infatti, restando nel suo foro interno del terzo contraente, non intaccherebbero la gratuità della disposizione a favore dei coniugi.

Con riferimento alla fattispecie in esame dovrà, poi, secondo un indirizzo dottrinale essere configurata una donazione "modale", proprio per far emergere il peculiare vincolo che è impresso sui beni conferiti nel fondo dal terzo **(4)**. Può, tuttavia, a tale riguardo, rilevarsi che il vincolo di destinazione della cui natura reale nessuno dubita, rappresenta un elemento essenziale dell'atto di costituzione del fondo, differenziandosi in questo senso dalla configurazione della fattispecie nei detti termini proprio perché il *modus* è elemento accessorio del negozio.

In particolare, secondo un altro indirizzo dottrinale **(5)** la costituzione del fondo patrimoniale da parte del terzo potrebbe essere omologata ad una peculiare donazione obnuziale, eccezionalmente sottoposta all'accettazione da parte dei coniugi riceventi. Tale tesi appare, tuttavia, nettamente contrastata da coloro che rilevano la possibilità di costituire il fondo da parte del terzo anche dopo il matrimonio nonché la esistenza di una causa tipica dell'atto *de quo* in quanto diretta a costituire sui beni che ne formano oggetto un vincolo diretto al soddisfacimento dei bisogni della famiglia **(6)**.

Altra dottrina **(7)** ha segnalato poi nell'esame della fattispecie della costituzione del fondo patrimoniale da parte di un terzo, la sua vicinanza logico-giuridica all'atto di dotazione di una fondazione. In entrambe le ipotesi, tale atto di liberalità, pur analogo alla donazione, si caratterizza per la sua tipicità, che fa venire in rilievo la disciplina specifica di cui all'art. 809 c.c., piuttosto che quella generale dell'art. 769 c.c. e seguenti **(8)**. Secondo tale impostazione, pertanto, l'inquadramento della fattispecie in esame nell'alveo della categoria "donazione", sia essa intesa quale "diretta" o "indiretta" non coglie la vera essenza dell'istituto che si caratterizza piuttosto proprio per la peculiarità dei suoi tratti.

La specificità dell'atto costitutivo del fondo è stata oggetto di attenta analisi da parte di un Autore **(9)**, il quale ha dedicato alla questione un notevole sforzo ricostruttivo; in estrema sintesi Egli ha ritenuto la piena autonomia causale della fattispecie, caratterizzata proprio dalla destinazione di determinati diritti a far fronte ai bisogni della famiglia e da un connesso, probabile, effetto traslativo. Tale fattispecie è, quindi, "un autonomo tipo negoziale a funzione destinataria-attributiva necessaria e funzione traslativa eventuale" **(10)**. La causa del fondo è quindi "tipica" ed è relativa non solo all'imposizione del vincolo destinatorio sui beni che ne sono oggetto, ma anche all'effetto attributivo di un diritto. La peculiarità dell'istituto, come delineata, permette, allora, di fare un ulteriore passo in avanti nella sua ricostruzione.

L'atto costitutivo del fondo patrimoniale è caratterizzato, infatti, dall'essere un negozio "naturalmente ma non essenzialmente gratuito" **(13)**. Tale assunto ha trovato di recente sostegno in autorevole dottrina che ha affrontato la *vexata quaestio* **(14)**. La funzione concreta dell'atto di costituzione del fondo patrimoniale è quella di porre uno o più beni peculiari sotto lo specifico vincolo di "far fronte ai bisogni della famiglia"; la stipula di tale atto è, pertanto, parte di un'operazione economica complessa che prescinde dalla mera alternativa onerosità e gratuità del contratto concluso con il terzo. L'acquisto a favore dei coniugi può, quindi, avvenire a titolo oneroso, allorché il trasferimento della proprietà o di altro diritto, o anche la semplice imposizione di un diritto di godimento a favore di questi ultimi sia unito al suddetto nesso relativo ai bisogni familiari. Nè tale considerazione urta con il dettato normativo **(15)**.

La costituzione del fondo da parte del terzo può, inoltre, essere effettuata a titolo gratuito, laddove essa sia rivolta, ad esempio, ad adempiere un onere inserito in una donazione o in un lascito a suo favore o ad obblighi discendenti da altra causa **(14)**. Infine, ove l'attribuzione da parte del terzo trovi invece fondamento nella mera volontà di arricchimento dei coniugi, si è in presenza di una liberalità vera e propria.

Il problema in esame deve essere correttamente impostato con riguardo alla strumentalità dell'atto rispetto all'oggetto sociale **(15)**. Ebbene, laddove il terzo-società, come rappresentato, intenda costituire un fondo patrimoniale a favore di due coniugi, l'eventuale emersione di profili di onerosità dal contratto, rende ben più semplice la prova di una siffatta correlazione. In tal ultimo caso, vigeranno le normali regole per gli atti di straordinaria amministrazione delle società, quale che sia il tipo di rispettiva appartenenza dell'ente.

Ben diversa è l'ipotesi in cui la costituzione del fondo patrimoniale presenti

assenza di corrispettivo; in tal caso, la mancanza di un nesso rispetto all'oggetto sociale appare nella quasi generalità dei casi quale l'evento più probabile. Al proposito, deve innanzitutto segnalarsi che è del tutto irrilevante nella ricostruzione della fattispecie la problematica relativa all'ammissibilità della costituzione di società di persone o di capitali da parte degli stessi soli coniugi beneficiari dell'attribuzione liberale **(16)**. Laddove emerga una siffatta eventualità sarà innanzitutto opportuno che il Notaio rogante approfondisca l'eventuale volontà simulatoria dei disponenti, magari in danno di creditori o di altri terzi, improntando la sua condotta professionale alla massima prudenza ed attenzione.

Per quanto concerne le società di persone troverà applicazione l'art. 2256 c.c. il quale specificamente sanziona l'uso illegittimo delle cose sociali, senza il consenso degli altri soci. *A contrario*, valutata la rispondenza dell'atto all'oggetto sociale ove il contratto non si appalesi a quest'ultimo corrispondente, solo il consenso unanime di tutti i soci potrà permettere di compiere un atto perfettamente valido ed efficace.

Riguardo alle società di capitali, la situazione è in parte diversa. Innanzitutto, anche qui deve essere accertato se l'atto di costituzione del fondo esuli o meno dall'oggetto sociale. Se rientri nell'oggetto sociale la previsione di un tale potere in capo agli amministratori, *nulla quaestio*, dal momento che esso potrà essere deliberato secondo le normali regole statutarie **(17)**. La mera mancata preclusione espressa dall'oggetto sociale non è d'altro canto sufficiente ad impedire la stipula dell'atto in questione. L'atto, infatti, pur gratuito, può presentarsi preordinato al soddisfacimento di un preciso interesse economico, rilevante per l'ente e per la sua proficua gestione, sia pure in senso mediato ed indiretto.

Ove piuttosto siffatto atto esorbi dall'oggetto sociale, pur in assenza di una espressa previsione, la costituzione del fondo patrimoniale in tal caso, ex art. 2384 bis c.c., sebbene *ultra vires*, sarà valida ed efficace per i terzi di buona fede, (con la conseguenza che sarà vincolante per la società, la quale eventualmente potrà agire eventualmente nei confronti dell'organo amministrativo che ha abusato del potere di cui è titolare, per il risarcimento del danno e per l'azione di responsabilità). Solo contro i terzi di mala fede, al contrario, potrà piuttosto essere fatta valere l'estraneità dell'atto e, conseguentemente, la sua invalidità. In tale ipotesi di non strumentalità, ove non si voglia o possa procedere a modificare lo statuto sociale adeguando l'oggetto alle sopravvenute esigenze della compagine, gli amministratori che volessero egualmente porlo in essere, potranno cautelarsi solo ed esclusivamente facendo rinunciare contestualmente ogni singolo socio ad impugnare la delibera invalida e ad agire contro l'organo che vi ha dato esecuzione **(18)**. Infatti, la competenza a deliberare un siffatto atto sociale non spetta

naturalmente nè all'organo amministrativo, nè all'assemblea ordinaria, poiché sono entrambi tenuti al rispetto ed all'osservanza rigorosi dello stesso. Nè può argomentarsi dal potere di effettuare modifiche statutarie in capo all'assemblea straordinaria, per concludere che quest'ultima può deliberare atti siffatti **(19)**. Infatti, pur sussistendo la capacità della società, non sono competenti a deliberarla nè l'organo amministrativo, nè l'assemblea ordinaria nè straordinaria: la delibera, ove egualmente assunta, potrà, allora, essere egualmente annullabile e produttiva di responsabilità per gli agenti. E' evidente comunque che una siffatta decisione amministrativa potrebbe essere lesiva dei diritti dei terzi e dei creditori sociali, in particolare; sebbene sia gravissimo il suo rischio di invalidità, anche la espressa suddetta rinuncia da parte di tutti i soci unita ad un'unanime deliberazione, dovrebbe condurre a scoraggiare il ricevimento di atti di tal genere **(20)**.

Ipotesi del tutto diversa dalle precedenti è quella in cui vi sia una espressa ed esplicita previsione statutaria che inibisca alla società di compiere "donazioni" o atti gratuiti in generale, oppure in modo specifico gli atti di costituzione del fondo patrimoniale. E' preferibile, tuttavia, in tal caso, aderire all'orientamento restrittivo che nega in modo assoluto la facoltà per il Notaio di stipulare un siffatto rogito, asserendo, in considerazione proprio della delicatezza della materia, "che la capacità della società non sussiste in ordine alla stessa" **(21)**.

Un'ultima considerazione è però necessaria. L'astratta ammissibilità di una fattispecie quale quella della costituzione del fondo patrimoniale da parte di una società implica un estremamente rigoroso controllo della sua strumentalità rispetto all'oggetto sociale e di liceità da parte del Notaio, potendo tale istituto essere utilizzato dalle parti per scopi apparentemente legittimi, ma in realtà al di fuori dell'oggetto sociale od in frode alla legge e, quindi, sanzionabili *ex art.* 1344 c.c. **(22)**. Se, in vero, la mera gratuità dell'atto non esclude la astratta corrispondenza di quest'ultimo ad un interesse sociale, sia pure mediato od indiretto **(23)**, e dunque la sua strumentalità, solo un'analisi attenta e rigorosa in concreto della "reale" volontà delle parti può consentire l'emersione di un intento siffatto simulatorio *contra legem*.

Giuseppe Trapani

(1) Sul punto cfr. R. LENZI, *Struttura e funzione del fondo patrimoniale* in *Riv. Not.* 1991, p.54 e G.

TRAPANI, *Obbligazioni familiari e fondo patrimoniale: i limiti all'esecuzione*, studio CNN n.2384, approvato dalla Commissione studi civilistici il 22 giugno 1999 pubblicato su CNN Notizie del 3 agosto 1999, n. 149.

- (2) L. MILONE, *Appunti per uno studio sul fondo patrimoniale* in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1976, p. 1762; L. BELLANTONI - F. PONTORIERI, *La riforma del diritto di famiglia*, 1976, Napoli, p. 117; F. CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia* in *Trattato di diritto civile e commerciale* a cura di A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1984, Tomo II, p. 92; F. CARRESI voce "*Fondo Patrimoniale*" in *Enciclopedia Treccani*, 1989, vol. XIV, p. 3 (par. 2.5) il quale afferma che dall'inquadramento nella donazione (ed in particolare nella donazione obnuziale) discende il richiamo a tutte le norme che disciplinano tale ultimo istituto in caso di assenza di disciplina espressa; M. R. MORELLI, *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia*, Padova, 1996, p. 153. Inoltre cfr. sul punto AA.VV., *Giurisprudenza del diritto di famiglia "Casi e material"* a cura di M. Bessone, Milano, 1994, vol. II, p. 347 e ss.. In giurisprudenza per tutte si può citare: Cass. 15 gennaio 1990, n. 107 in *Vita Notarile* 1990, p. 131 ed in *Diritto fallimentare* 1990, II, p.1075, a conferma della pronuncia della Corte di Appello di Brescia del 13 febbraio 1981, in *Riv. Not.* 1982, II, p. 72.
- (3) Sul punto AA.VV., *Commentario al diritto italiano della famiglia*, Padova, 1992, vol.3°, p.48; e *Nuova Rassegna di Giurisprudenza sul Codice Civile* a cura di C. Ruperto e V. SgROI Milano 1994, Libro I, p.1366, i quali sottolineano che il carattere della gratuità non viene meno neppure ove il disponente si fosse riservato la facoltà di alienare il bene, atteso il pregiudizio che comunque può derivare ai creditori con l'atto di costituzione. Nello stesso senso A. e M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, Milano, 1982, Vol. 1°, p. 802.
- (4) In tal senso specificamente G. GABRIELLI voce "*Patrimonio familiare*" in *Enciclopedia del diritto* vol. XXXII, Milano, 1982, p.310 in particolare. Sic G. CIAN- G. CASAROTTO voce "*Fondo patrimoniale della famiglia*" in *Novissimo Digesto Italiano*, Appendice III, 1982, p. 831 in particolare nota n. 49.
- (5) F. CARRESI, *op. cit.*, p. 3; F. CORSI, *op. cit.*, p. 92.
- (6) T. AULETTA, *Il fondo patrimoniale Artt.167-171*, in *Il Codice Civile Commentario* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1992, p.63, il quale aggiunge alla critica riportata nel testo che la donazione obnuziale nasce da uno spirito di liberalità del disponente, con la conseguenza che la destinazione ai bisogni della famiglia non sarebbe assistita da un vincolo adeguato, ma sarebbe rimessa alla mera discrezionalità del donatario. Lo stesso A. aliunde conferma tale critica affermando che nel negozio di conferimento è altresì presente la volontà di dare origine ad un regime coniugale, che manca nella donazione obnuziale (in AA.VV., *Il regime patrimoniale della famiglia* a cura di G. Bonilini e G. Cattaneo cap. VI "*Il fondo patrimoniale*", Torino, 1997, p. 364, in particolare).
- (7) A. e M. FINOCCHIARO, *op. cit.*, p. 803.
- (8) B. GRASSO, *Il regime in generale ed il fondo patrimoniale* in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno Torino 1996, vol.3°, Tomo 2°, p.423. Tale impostazione permette di risolvere positivamente la questione della sottoponibilità a fondo patrimoniale da parte di un terzo di beni immobili futuri, non potendosi estendere alla fattispecie *de qua* il divieto di cui all'art.771 c.c.. Tale A. (al pari di A. e M. FINOCCHIARO, *op. cit.*, p.803) delinea l'istituto quale "atto di liberalità tipico". Altra dottrina, (AA.VV., *Il diritto di famiglia*, Tomo II, a cura di T. Auletta, L. Brusciuglia, M. Dogliotti, A. Figone, nel "*Trattato di diritto privato*" diretto da M. Bessone, Torino, 2000, p. 578-579), la quale probabilmente utilizza una terminologia non strettamente tecnica, definisce lo stesso istituto quale "atto di liberalità atipico". Nello stesso senso, AA.VV., *Codice civile* a cura di P. Rescigno, Milano, 1997, p. 256. Sui caratteri del fondo patrimoniale quale convenzione patrimoniale di recente cfr. A. DI SAPIO, *Fondo patrimoniale: l'alienazione dell'unico bene costituito, lo scioglimento (volontario), il lar familiaris ed il mito di Calipso*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 1999, I, p. 385.

- (9) R. LENZI, *Struttura e funzione del fondo patrimoniale* in *Riv. Not.* 1991, p. 53.
- (10) R. LENZI, *op. cit.*, p.80. Al riguardo detto A. segnala che se l'effetto traslativo può non verificarsi in concreto, questo non legittima la sua esclusione dalla struttura del tipo, come ricostruita.
- (11) Sic R. LENZI, *op. cit.*, p.85, il quale esclude che nel caso di specie si possa superare la tradizionale bipartizione oneroso-gratuito, qualificando l'atto in esame quale "atto neutro". Tale problematica emerge anche in E. MANDES, *Il fondo patrimoniale* in *Riv. Not.* 1990, p. 641 e ss.; in G. GABRIELLI, *op. cit.*, p. 311.
- (12) Oltre al Lenzi convengono sul punto T. AULETTA, *Il fondo patrimoniale cit.* p. 62 e ss.; V. DE PAOLA in *Il diritto patrimoniale della famiglia*, Tomo III, Milano, 1996, p. 80, nonché G. GABRIELLI, *op. cit.*, p. 309-310.
- (13) Può al riguardo richiamarsi all'ipotesi del contratto a favore del terzo, che prescinde, come è noto, dall'alternativa onerosità-gratuità, suffraga la tesi che si preferisce. Anzi, un acquisto a titolo oneroso può ricorrere anche laddove ai coniugi pervenga il diritto dal promittente per effetto di una stipulazione da parte del terzo (art. 1411 c.c.), purché con l'imposizione del suddetto vincolo a loro favore.
- (14) Può al riguardo farsi riferimento ad un obbligo alimentare o ad un obbligo di mantenimento verso i coniugi, o più in generale all'ottemperamento ad un obbligo di solidarietà.
- (15) B. BIONDI, *Le donazioni* in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da F. Vassalli Tomo 12, Torino, 1961, p. 220 e A. TORRENTE, *La donazione*, Milano 1956, p. 336 e ss..
- (16) Di recente sul punto L. FALCIONI, *Impresa coniugale e società fra coniugi: rassegna di orientamenti espressi dalla dottrina* in *Riv. Not.* 1999, p. 222.
- (17) In tal senso R. SGUERA, *Atti di disposizione a titolo gratuito da parte di società lucrative* in *Riv. Not.* 1992, n. 4, p. 776; sarebbe inammissibile una clausola dell'oggetto sociale che ammettesse la stipula di atti gratuiti, seppur estranei allo stesso. G. LIGUORI, *Se le società possono donare* in *Riv. Not.* 1966, p. 828; nonché dello stesso Autore "*Le donazioni delle società*" (studio n. 121 del 12 febbraio 1966 del Consiglio Nazionale del Notariato). Sul punto anche A. PAGLIANI, *Associazioni, fondazioni e società commerciali: validità delle donazioni* in *Le società*, 1994, n. 10, p. 1320.
- (18) In tal senso anche L. SALVATORE, *Capacità di donare delle società lucrative* in *Contratto e Impresa*, 1998, p.872, per l'ipotesi di donazione da parte di una società che ha come unici soci due coniugi che hanno l'amministrazione della stessa e che dona l'azienda al figlio dei due soci. Tale Autore inoltre segnala l'idoneità del principio unanimistico a far ricevere da parte del Notaio richiesto l'atto gratuito nelle società caratterizzate da una piccola compagine (magari familiare); la prudenza deve invece condurre il Notaio a non ricevere l'atto ove esso provenga "da una s.p.a. a larga base azionaria".
- (19) Sul punto in tal senso G. LIGUORI, *Le donazioni delle società* cit..
- (20) In tal senso A. PAGLIANI, *op. cit.*, p. 1329.
- (21) G. LIGUORI, *Se le società possono donare* cit., p. 345.
- (22) Indice di tale volontà frodatrice dei contraenti può essere rinvenuto nella identità fra i soci della società ed i coniugi beneficiari, nonché ad esempio nel conferimento nel fondo del mero godimento, essendosi la società riservata la proprietà del bene.
- (23) La strumentalità può anche essere "indiretta" e va valutata in concreto: cfr. V. CALANDRA BONAURA, *Gli atti estranei all'oggetto sociale* in *Trattato delle società* diretto da G. E. Colombo e G. B. Portale Torino, Tomo 4, 1995, p. 199; si pensi ad esempio agli interventi promozionali o per beneficiare un cliente particolare. Sull'interesse sociale negli atti gratuiti cfr. Cass. sez. I 5 dicembre 1998, n.12325 in *Notariato*, n.4, 1999, p. 317 con nota "Gli atti gratuiti della controllata a favore della controllante fra interesse sociale ed interesse del gruppo" di G. Rizzo.

(Riproduzione riservata)