

Cass. civ. sez. II del 4 luglio 2017 n 16409

I sei motivi del ricorso incidentale sono evidentemente così connessi che impongono una trattazione unitaria. Pur nella dilungata e reiterata proposizione di complesse e distinte censure ex art. 360, comma 1, n. 3, c.c., la questione di diritto sottoposta a questa Corte si riduce ad una: se l'atto costitutivo di una fondazione, che, ai sensi dell'art. 14 c.c., deve rivestire la forma dell'atto pubblico, rientri fra quelli per i quali l'art. 48 della legge 16 febbraio 1913, n. 89 (nella formulazione vigente *ratione temporis*, prima quindi della sostituzione operata dall'art. 12, comma 1, della legge 28 novembre 2005, n. 246) non consenta la facoltà di rinuncia all'assistenza dei testimoni, per la sua assimilabilità, in particolare, ad un atto di donazione.

La Corte d'appello ha, infatti, confermato, la decisione già resa sul punto in primo grado dal Tribunale, per cui l'atto pubblico del 23.04.1999, costitutivo della Fondazione TP, doveva ritenersi nullo in quanto stipulato in assenza dei testimoni (come anche quelli integrativi del 06.05.1999 e del 24.07.1999), con conseguente contrasto con l'art. 48 legge notarile, in quanto il negozio di dotazione di una fondazione ha la medesima natura di un contratto di donazione.

La sentenza impugnata non ha fatto in tal modo corretta applicazione dell'art. 14 c.c. e dell'art. 48, legge 16 dicembre 1913, n. 89.

In un già richiamato precedente (Cass. Sez. 2, 08/10/2008, n. 24813), di cui la sentenza impugnata non ha tenuto conto, questa Corte, seppur con riferimento ad una fondazione costituita per testamento, ha già avuto modo di spiegare come la netta bipartizione, operata da parte della dottrina e dalla giurisprudenza più risalente (ad esempio, Cass. Sez. 2, 18/10/1960, n. 2785), tra l'atto di fondazione, diretto alla creazione di un nuovo soggetto di diritto, e l'atto di dotazione patrimoniale in favore dello stesso, abbia lasciato spazio, nelle elaborazioni successive, ad una diversa ricostruzione del fenomeno, caratterizzata da una sostanziale inscindibilità fra i due momenti. Ciò ha portato a ricondurre ad unità l'atto di fondazione, che si compone, attraverso una compenetrazione dei due momenti - quello della volontà di erezione dell'ente e quello dell'attribuzione patrimoniale - dell'atto di costituzione e di quello proprio di fondazione, in cui trova causa il primo, presentando, peraltro, la caratteristica di dar luogo ad un atto a titolo gratuito.

L'opzione interpretativa già operata da questa Corte con la pronuncia n. 24813 del 2008, alla quale il Collegio intende dare continuità, propende, quindi, per l'unitarietà dell'atto di fondazione, inteso quale negozio unilaterale mediante il quale il fondatore enuncia un determinato scopo, predispone la struttura organizzativa che dovrà provvedere alla sua realizzazione, e fornisce i mezzi patrimoniali necessari al conseguimento dello scopo enunciato. Si intende perciò superata la ricostruzione che propende per la distinzione tra atto di fondazione e atto di dotazione, intesi come negozio principale e negozio accessorio, distinzione che aveva altresì indotto a considerare il trasferimento patrimoniale attuato con l'atto di dotazione come un'istituzione di erede, o un legato, se l'atto di fondazione sia

contenuto in un testamento, ovvero quale donazione, se la fondazione venga costituita per atto tra vivi.

L'atto di fondazione è, quindi, ad un tempo, atto di disposizione patrimoniale, mediante il quale il fondatore si spoglia della proprietà di beni che assoggetta ad un vincolo di destinazione allo scopo; nonché atto di organizzazione della struttura proordinata alla realizzazione dello scopo stesso. L'atto enunciativo dello scopo, determinativo della struttura organizzativa ad attributivo dei necessari mezzi patrimoniali, è unico sotto un profilo funzionale, come unico è il conferimento dell'associato rispetto all'adesione al contratto di associazione (essendo questione di fatto, esulante dalle verifiche consentite nel giudizio di legittimità, la dedotta circostanza dell'articolazione procedimentale della fase costitutiva Fondazione TP in più documenti collegati da relazione di integrazione).

L'atto costitutivo della fondazione ha, pertanto, sempre la struttura di negozio unilaterale, e non di contratto, rilevando, tuttavia, rispetto ad esso ad *substantiam* il requisito formale ex art. 14 c.c. L'indispensabilità della solennità del titolo costitutivo (atto pubblico inter vivos o testamento) voluta dal legislatore discende, secondo quanto sostenuto in dottrina, dalla similitudine causale con la donazione, essendo anche il negozio di fondazione rivolto ad operare un'attribuzione patrimoniale ad un soggetto senza ricevere alcun corrispettivo.

Tuttavia, l'effetto della dotazione dell'ente trova la sua autonoma giustificazione causale non nello spirito di liberalità del fondatore, quanto nella destinazione di beni per lo svolgimento, in forma organizzata, dello scopo statutario.

L'atto di dotazione trova, cioè, la sua causa nel negozio di fondazione, rappresentandone un elemento inscindibile ed imprescindibile, né la volontà di destinare i beni allo scopo della fondazione può distinguersi dalla volontà di creare l'ente.

L'atto di attribuzione di beni ad una costituenda fondazione deve, quindi, considerarsi lo strumento necessario per l'attuazione del fine, perciò inscindibilmente connesso col negozio di fondazione e privo di una propria autonomia (Cass. Sez. 2, 14/12/1967, n. 2958).

L'unicità dell'atto di fondazione e dell'atto di dotazione patrimoniale in favore dello stesso, quale componente di un complesso tipo negoziale munito di una propria autonomia causale, e la sua struttura essenzialmente unilaterale, inducono, pertanto, a non ravvisare alcuna automatica traslazione della disciplina in tema di donazione all'atto costitutivo di fondazione.

Da ciò discende che l'atto pubblico costitutivo di fondazione, agli effetti dell'art. 14 c.c., non dà luogo ad un atto di donazione e perciò non rientra fra gli atti per i quali è sempre necessaria la presenza di due testimoni, ai sensi dell'art. 48, legge 16 dicembre 1913, n. 89. Questa Corte ha chiarito in passato (già prima delle semplificazioni introdotte dalla legge 28 novembre 2005, n. 246, e l'orientamento è ora vieppiù da ribadire) che la presenza dei testimoni non costituisce, in realtà, una formalità coessenziale al tipo "atto pubblico", tale, cioè, da doversi considerare richiesta per ciò solo che una norma imponga la redazione nella forma dell'atto pubblico notarile. La disciplina generale di questo tipo di veste documentale richiede, piuttosto, che ad essa possa rinunciarsi, trattandosi di formalità disponibile dalle parti, tranne

che nelle ipotesi nominativamente indicate nel primo comma dell'art. 48 della legge notarile (Cass. Sez. 3, 04/11/1997, n. 10799).

Il ricorso incidentale della Fondazione TP va quindi accolto e la sentenza cassata, con rinvio alla Corte d'Appello in diversa composizione, che deciderà la causa, limitatamente al rapporto processuale intrecorrente tra la Fondazione T, I e la Curatela dell'eredità giacente di GT, uniformandosi al seguente principio di diritto:

"L'atto pubblico costitutivo di una fondazione, ai sensi dell'art. 14 c.c., non dà luogo ad un atto di donazione, avendo esso struttura di negozio unilaterale ed autonoma causa, consistente nella destinazione di beni per lo svolgimento, in forma organizzata, dello scopo statutario. Ne consegue che l'atto costitutivo di una fondazione non rientra fra gli atti per i quali è sempre necessaria la presenza di due testimoni, agli effetti dell'art. 48, legge 16 dicembre 1913, n. 89 (nella formulazione antecedente alla sostituzione operata dalla legge n. 246 del 2005)".