



CASS., II SEZ. CIV., 4 LUGLIO 2017, N. 16409

FONDAZIONI – ATTO COSTITUTIVO – FORMA

Massima non ufficiale: l'atto di costituzione di fondazione ha carattere unitario e non ha natura giuridica di donazione, pertanto non è richiesta la presenza dei testimoni al momento della stipula.

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE SEZIONE SECONDA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. MAZZACANE Vincenzo - Presidente
Dott. FEDERICO Guido - Consigliere
Dott. COSENTINO Antonello - Consigliere
Dott. SABATO Raffaele - Consigliere
Dott. SCARPA Antonio - rel. Consigliere

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso 21367-2014 proposto da:

FONDAZIONE PER L'ASSISTENZA AD ANIMALI ABBANDONATI,
elettivamente domiciliata in ROMA, VIA FRANCESCO GRIMALDI 47, presso lo studio dell'avvocato ANDREA DE CADILHAC, rappresentata e difesa dall'avvocato FABRIZIO ILLUMINATI;

- ricorrente -

Contro

FONDAZIONE S.S.C., elettivamente domiciliata in ROMA, V.LE BRUNO BUOZZI 107, presso lo studio dell'avvocato ENRICO ELIO DEL PRATO, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato VINCENZO DAMIANI;

M.I., elettivamente domiciliata in ROMA, VIA OVIDIO 20, presso lo studio degli avvocati LICCARDO, LANDOLFI e associati, rappresentata e difesa dagli avvocati PIETRO REFERZA, BRUNO MANDRELLI, CARMINE MIELE, ROBERTO LANDOLFI, GIUSEPPE GARGANI;

FONDAZIONE T. P., elettivamente domiciliata in ROMA, VIA DELLA PANETTIERIA, 15, presso lo studio dell'avvocato MARIA STELLA RUSSO, rappresentata e difesa dall'avvocato ALFONSO VALORI;

- controricorrenti -



nonché contro
CURATELA EREDITA' GIACENTE T.G.;

- intimata -

nonché

sul ricorso 21367-2014 proposto da:

FONDAZIONE S.S.C., elettivamente domiciliata in ROMA, V.LE BRUNO BUOZZI 107, presso lo studio dell'avvocato ENRICO ELIO DEL PRATO, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato VINCENZO DAMIANI;

- ricorrente incidentale -

contro

M.I., elettivamente domiciliata in ROMA, VIA OVIDIO 20, presso lo studio degli avvocati LICCARDO, LANDOLFI e associati, rappresentata e difesa dagli avvocati PIETRO REFERZA, BRUNO MANDRELLI, CARMINE MIELE, ROBERTO LANDOLFI, GIUSEPPE GARGANI;

FONDAZIONE PER L'ASSISTENZA AD ANIMALI ABBANDONATI, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA FRANCESCO GRIMALDI 47, presso lo studio dell'avvocato ANDREA DE CADILHAC, rappresentata e difesa dall'avvocato FABRIZIO ILLUMINATI;

- controricorrenti -

nonché contro

FONDAZIONE T. P., CURATELA EREDITA' GIACENTE T.G.;

- intimati -

nonché

sul ricorso 21367-2014 proposto da:

FONDAZIONE T. P., elettivamente domiciliata in ROMA, VIA DELLA PANETTIERIA, 15, presso lo studio dell'avvocato MARIA STELLA RUSSO, rappresentata e difesa dall'avvocato ALFONSO VALORI;

- ricorrente incidentale -

contro

M.I., elettivamente domiciliata in ROMA, VIA OVIDIO 20, presso lo studio degli avvocati LICCARDO, LANDOLFI e associati, rappresentata e difesa dagli avvocati PIETRO REFERZA, BRUNO MANDRELLI, CARMINE MIELE, ROBERTO LANDOLFI, GIUSEPPE GARGANI;

FONDAZIONE PER L'ASSISTENZA AD ANIMALI ABBANDONATI, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA FRANCESCO GRIMALDI 47, presso lo studio dell'avvocato ANDREA DE CADILHAC, rappresentata e difesa dall'avvocato FABRIZIO ILLUMINATI;



FONDAZIONE S.S.C., elettivamente domiciliata in ROMA, V.LE BRUNO BUOZZI 107, presso lo studio dell'avvocato ENRICO ELIO DEL PRATO, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato VINCENZO DAMIANI;

- controricorrenti -

nonché contro

CURATELA EREDITA' GIACENTE T.G.;

- intimata -

avverso la sentenza n. 276/2014 della CORTE D'APPELLO di ANCONA, depositata il 14/04/2014;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 10/05/2017 dal Consigliere Dott. ANTONIO SCARPA;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. Pepe Alessandro, il quale ha concluso per l'estinzione del ricorso principale, il rigetto del ricorso incidentale della Fondazione S.S.C. e l'accoglimento del ricorso incidentale della Fondazione T. P.;

uditi gli Avvocati Damiani, Landolfi, Mandrelli, Referza e Valori.

FATTI DI CAUSA

Con citazione notificata il 28.06.1999, la Fondazione per l'assistenza ad animali abbandonati conveniva in giudizio dinanzi al Tribunale di Macerata la Fondazione S.S.C., M.I. e la curatela dell'eredità giacente di Gianfranco T., domandando che venisse accertata la sua qualità di erede unica di T.G., anche per effetto dell'accrescimento ex art. 674 c.c.

L'attrice Fondazione per l'assistenza ad animali abbandonati esponeva che:

il (OMISSIS) era deceduto T.G. e il 30.05.1998 era stato pubblicato il suo testamento olografo, datato 02.12.1994, con il quale egli aveva manifestato la volontà di lasciare il proprio patrimonio mobiliare ed immobiliare a fondazioni che si sarebbero costituite, aventi per finalità premi e borse di studio da assegnare a studenti che frequentavano l'università delle Marche e l'assistenza ad animali abbandonati, con particolare cura per i cani, attività cui veniva attribuita la metà della quota di beni ereditari riservata agli animali;

la Fondazione per l'assistenza ad animali abbandonati era stata costituita in data 20/01/1999 e in data 15.02.1999 aveva ottenuto il riconoscimento giuridico, e dunque provveduto ad accettare l'eredità, così come avevano fatto M.I., nipote del de cuius, e la fondazione S.S.C.;

la fondazione costituita rispondeva agli scopi stabiliti dal de cuius, non dovendo la stessa perseguire entrambe le finalità indicate in testamento, secondo la chiara volontà ivi espressa;

il patrimonio ereditario era stato sottoposto a sequestro giudiziario su domanda della stessa fondazione attrice e di M.I.;



non sussisteva alcuna incapacità naturale di T.G. all'epoca di redazione del testamento;

la convenuta fondazione S.S.C. non prevedeva il perseguimento delle finalità volute dal testatore, comprendendo scopi più ampi.

La Fondazione S.S.C. si costituiva in giudizio, chiedendo il rigetto della domanda proposta dalla Fondazione per l'assistenza ad animali abbandonati e domandava in riconvenzionale che venisse accertata la propria qualità di unica erede di T.G., opponendo che la Fondazione attrice non rispondeva ad entrambe le finalità indicate nel testamento, e che la medesima avesse, in realtà, natura di associazione.

La convenuta M.I. negava che lo scritto invocato dalle Fondazioni a sostegno della loro qualità di eredi costituisse un testamento, disconosceva comunque quest'ultimo e ne deduceva la falsità, ovvero l'invalidità per incapacità naturale del testatore o perché contenente disposizione a favore di soggetti indeterminabili, con conseguente violazione dell'art. 628 c.c. M.I. chiedeva, pertanto, di essere dichiarata unica erede di T.G..

Nel corso del giudizio, con comparsa depositata in data 05.11.1999, interveniva la Fondazione T. P., esponendo di essersi costituita in data 23.04.1999 e di aver ottenuto il riconoscimento dalla Regione Marche in data 13.09.1999; aggiungeva di avere quali finalità esclusive l'assistenza degli studenti più meritevoli che frequentavano le università marchigiane e la cura e l'assistenza degli animali. La Fondazione T. P. domandava, quindi, che fosse riconosciuta la sua qualità di erede di T.G..

Il curatore dell'eredità giacente si rimetteva, infine, alla decisione del Tribunale.

M.I. proponeva distinto atto di citazione notificato in data 17.07.2000, convenendo dinanzi al Tribunale di Macerata la Fondazione per l'assistenza ad animali abbandonati, la Fondazione S.C. e la curatela dell'eredità giacente, chiedendo che fosse accertata la propria qualità di erede unica di T.G., e sollevando le medesime questioni oggetto delle sue difese già nel primo giudizio. Anche le altre parti, qui convenute, replicavano le difese del giudizio intrapreso il 28.06.1999.

Le due cause venivano riunite e decise con sentenza n. 104/2008 del 30.01.2008 dal Tribunale di Macerata, che respingeva le domande della Fondazione per l'assistenza ad animali abbandonati, della Fondazione S.S.C. e della Fondazione T. P.; rigettava parimenti le domande proposte da Ilde M. di nullità, annullamento e dichiarazione di falsità del testamento olografo del 02.12.1994 di T.G.; dichiarava M.I. unica erede legittima di T.G., con conseguente ordine al custode giudiziario di consegnare alla stessa il compendio ereditario. Il Tribunale riteneva provato il rapporto di parentela con il de cuius, e quindi la vocazione ereditaria di M.I.; affermava la natura di testamento dello scritto dedotto in lite, ne riteneva tardivo il disconoscimento ed infondate le impugnative per nullità (essendo, in particolare, e per quanto qui ancora rilevi, insussistente la violazione dell'art. 628 c.c., giacché le indicazioni ivi contenute consentivano di individuare i soggetti destinatari del lascito,



con espresso riferimento alle fondazioni che si sarebbero costituite per gli scopi specificatamente indicati dal testatore, atteso anche il limite temporale posto all'epoca dall'art. 600 c.c.); sosteneva che, sulla base del tenore letterale del testamento, non vi era necessità, al fine di individuare le fondazioni che rispondevano agli scopi stabiliti dal testatore, che fossero perseguite entrambe le finalità dallo stesso indicate; rilevava, tuttavia, che la Fondazione per l'assistenza ad animali abbandonati perseguiva finalità che esulavano dall'assistenza degli animali abbandonati (in particolare, creazione di un movimento di opinione pubblica a favore degli animali, campagne di sensibilizzazione, propaganda zoofila) e che analoghe considerazioni riguardavano la Fondazione S.S.C. (in particolare, accrescere l'istruzione, la cultura, l'amore allo studio, favorire soltanto l'assistenza degli animali, il tutto anche mediante manifestazioni, seminari, spettacoli, concerti, attività di carattere sportivo e culturale in genere a tal fine organizzate).

Il Tribunale di Macerata rilevava, inoltre, la nullità dell'atto costitutivo della Fondazione T. P., e quindi l'inesistenza della stessa, attesa la mancata assistenza di testimoni all'atto della stipula, in quanto il negozio di fondazione, ed in particolare il negozio di dotazione, avrebbe dovuto rivestire la forma richiesta dalla legge per la donazione, con impossibilità, ai sensi dell'art. 48 Legge Notarile, di rinunciare all'assistenza di testimoni. Rigettate, pertanto, le domande di petizione ereditaria provenienti dalle tre fondazioni, il giudice di primo grado concludeva che l'eredità doveva essere devoluta in base alla successione legittima, e quindi in favore di M.I., parente di quarto grado di T.G..

Conto la sentenza del Tribunale di Macerata, proponevano appelli, in via principale ed incidentale, la Fondazione per l'assistenza ad animali abbandonati, la Fondazione S.S.C. e la Fondazione T. P., mentre M.I. spiegava appello incidentale in via condizionata.

La Corte d'Appello di Ancona, con la sentenza n. 276/2014 del 14.04.2014, rigettava gli appelli delle tre fondazioni. La Corte del merito premetteva opportunamente la trascrizione del contenuto letterale della scheda testamentaria di T.G.: "oggi 2/12/1994 nel pieno possesso delle facoltà mentali dichiaro di lasciare il mio patrimonio mobiliare ed immobiliare a fondazioni che si verranno a costituire aventi per finalità: premi e borse di studio da assegnare a studenti universitari che frequentano università nelle Marche da una parte e assistenza ad animali abbandonati con particolare cura per i cani, ai quali viene attribuito il 50/100 della quota ereditaria riservata agli animali. T.G.".

A differenza del Tribunale, però, i giudici d'appello intendevano che il testatore volesse che i propri beni fossero destinati ad entrambe le finalità da lui indicate, ovvero sia l'erogazione di premi e borse di studio a studenti che frequentavano le università delle Marche, sia l'assistenza ad animali abbandonati, con particolare cura per i cani. Per la Corte di Ancona, il dato che il T. avesse utilizzato il termine "fondazioni" al plurale non significava che lo stesso volesse la costituzione di due



distinte fondazioni che si occupassero l'una della cura degli animali abbandonati e l'altra dell'assegnazione di borse di studio, quanto, piuttosto, che il testatore si era rappresentato che più fondazioni potessero essere costituite per il perseguimento di entrambe le finalità da lui volute, cosa praticabile considerato l'ingente patrimonio ereditario. Né la circostanza che Gianfranco T. avesse previsto, quali finalità poste alla base delle fondazioni da costituire, l'erogazione di premi e borse di studio da assegnare a studenti universitari "da una parte", nonché l'assistenza ad animali abbandonati, doveva spiegarsi, per la Corte d'Appello, contrapponendo tali due finalità, ovvero come volontà di destinare il patrimonio ereditario a due distinte fondazioni che perseguissero i due distinti scopi.

Ciò valeva a smentire la pretesa ereditaria della Fondazione per l'assistenza d'animali abbandonati, perché essa non si occupa dell'erogazione di borse di studio a studenti. La Corte di Ancona traeva conferma dell'attenzione del T. al perseguimento di entrambe le finalità specificate dalle deposizioni testimoniali dei signori Ta., V., P. e Pu., mentre le dichiarazioni di altri testi, i quali confermavano il grande amore del de cuius per gli animali, non venivano ritenute idonee a smentire il dato letterale del testamento.

Circa l'impugnazione della Fondazione S.S.C., la sentenza impugnata trascriveva gli scopi statuari della stessa: "a) accrescere l'istruzione, cultura, l'amore allo studio, favorendo gli studenti più meritevoli che si dedicano con profitto agli studi e frequentano le università nella Regione Marche, in modo da valorizzare l'immagine culturale della Regione istituendo a tale scopo premi e borse di studi da intitolare ad illustri personalità delle Marche; b) favorire l'assistenza degli animali abbandonati con particolare cura per i cani, anche attraverso la collaborazione finanziaria e non con altre organizzazioni e/o ed enti aventi finalità analoghe. Al fine del perseguimento delle finalità anzidette verranno utilizzate, oltre le risorse finanziarie dell'ente, anche quelle derivanti da manifestazioni, seminari, spettacoli, concerti, attività di carattere sportivo e culturale in genere perfino organizzate".

Quanto all'assistenza degli animali abbandonati, la Corte d'Appello notava come il T., che svolgeva la professione di avvocato, non avesse previsto la possibilità di collaborare, utilizzando le risorse finanziarie provenienti dai propri beni ereditari, con altri enti aventi finalità analoghe, sicché il testatore intendeva assicurare lo svolgimento di tale attività in modo diretto da parte dell'istituenda fondazione. Peraltro, i giudici del gravame evidenziavano come la volontà del testatore T. era quella che i propri beni venissero utilizzati per assicurare la cura e l'assistenza effettiva agli animali, nonché l'erogazione di borse di studio a studenti delle università marchigiane, mentre la Fondazione S.S.C. prevedeva che l'erogazione di borse studio fosse solo un mezzo per raggiungere il diverso scopo dell'aumento dell'istruzione generale, della cultura e dell'amore per lo studio, in modo da valorizzare l'immagine culturale della Regione Marche.



Avverso la decisione della Corte d'Appello di Ancona, la Fondazione per l'assistenza ad animali abbandonati ha proposto ricorso principale, articolato in cinque motivi. La Fondazione S.S.C. si è difesa con controricorso ed ha proposto ricorso incidentale articolato in sei censure. La Fondazione T. P. ha resistito con controricorso e pur'essa proposto ricorso incidentale in sei motivi. M.I. ha proposto distinti controricorsi avverso il ricorso principale ed avverso i due ricorsi incidentali. La Fondazione per l'assistenza ad animali ha resistito con controricorso ai ricorsi incidentali. Anche la Fondazione S.S.C. ha notificato controricorso avverso il ricorso incidentale della Fondazione T. P..

La Fondazione per l'assistenza ad animali abbandonati, la Fondazione S.S.C. e la fondazione T. P. hanno presentato memorie ai sensi dell'art. 378 c.p.c.

RAGIONI DELLA DECISIONE

I - Il primo motivo del ricorso della Fondazione per l'assistenza ad animali abbandonati deduce la violazione e falsa applicazione degli artt. 325, 333, 334 c.p.c. e art. 343 c.p.c., comma 1, e la nullità della sentenza impugnata. Si sostiene che la Fondazione S.S.C. avrebbe dovuto proporre appello incidentale comunque entro trenta giorni dalla notificazione della sentenza di primo grado, avendo la stessa azionato una domanda di petizione di eredità in rapporto di cause scindibili con la domanda, e con il conseguente appello, della Fondazione per l'assistenza ad animali abbandonati. L'appello incidentale tardivo della Fondazione S.S.C. era perciò inammissibile. L'appello principale della Fondazione per l'assistenza ad animali abbandonati era stato notificato il 18 aprile 2008, mentre l'appello incidentale della Fondazione S.S.C., alla quale la sentenza di primo grado era stata notificata il 4 aprile 2008, è stato proposto il 6 giugno 2008.

Il secondo motivo del ricorso della Fondazione per l'assistenza ad animali abbandonati deduce la violazione e falsa applicazione degli artt. 112, 324, 329 e 346 c.p.c. Vi si assume che la Corte di Appello di Ancona abbia modificato la decisione del Tribunale, quanto all'interpretazione della volontà del testatore sulla necessità che la fondazione erede dovesse perseguire entrambe le finalità indicate, ovvero sia l'erogazione di premi e borse di studio a studenti, sia l'assistenza ad animali abbandonati, senza che la diversa interpretazione seguita dal giudice di primo grado fosse stata oggetto di specifico motivo di appello. La questione era stata soltanto riproposta nel giudizio di appello nella sua comparsa dalla Fondazione S.S.C..

Il terzo motivo del ricorso principale della Fondazione per l'assistenza ad animali abbandonati deduce la violazione e falsa applicazione dell'art. 1362 c.c. Si contesta alla sentenza della Corte di Ancona che la corretta esegesi della scheda testamentaria (in particolare, avuto riguardo all'espressione "da una parte") dovesse indurre i giudici del merito a concludere che il testatore avesse voluto la costituzione non di una, ma di due distinte fondazioni, cui devolvere l'eredità, una finalizzata



all'erogazione di borse di studio a studenti marchigiani, l'altra dedita all'assistenza agli animali abbandonati.

Il quarto motivo del ricorso della Fondazione per l'assistenza ad animali abbandonati denuncia la violazione e falsa applicazione degli artt. 1367, 1369, 1369 e 628 c.c., dovendosi prescegliere del testamento di T.G. un'interpretazione che rimuovesse ogni dubbio o incertezza sulla determinazione del beneficiario della disposizione di ultima volontà, senza consentire che la stessa si intendesse a favore di una pluralità indefinita di enti identici.

Il quinto motivo del ricorso principale deduce un'ulteriore violazione e falsa applicazione dell'art. 1362 c.c., imputando alla decisione della Corte d'Appello di non aver optato per la soluzione interpretativa secondo cui era indifferente che le finalità stabilite dal testatore venissero perseguite da enti che realizzassero entrambe, o una soltanto di esse.

All'udienza di discussione, la Fondazione per l'assistenza ad animali abbandonati ha tuttavia prodotto atto di rinuncia al proprio ricorso, a norma dell'art. 391 c.p.c., cui ha aderito la controricorrente M.I..

Ora, si sostiene che la rinuncia al ricorso per cassazione di uno solo fra più ricorrenti in causa inscindibile è senza effetto, nel senso che non determini l'estinzione del processo neppure limitatamente alle persone dei rinuncianti (Cass. Sez. 2, 10/02/1986, n. 834; Cass. Sez. 2, 16/02/1994, n. 1502), di tal che occorre verificare se sussista inscindibilità di cause nel caso in decisione.

Questa Corte ha costantemente affermato che l'azione di petizione di eredità (qual è quella originariamente proposta dall'attrice principale Fondazione per l'assistenza ad animali abbandonati nei confronti della curatela dell'eredità giacente, nonché di M.I., erede ex lege del defunto T.G., e della Fondazione S.S.C., le quali, a loro volta, avevano proposto domande riconvenzionali di petizione di eredità, al pari della terza intervenuta Fondazione T. P.) è un'azione reale, fondata sull'allegazione della qualità di erede e diretta a conseguire il rilascio dei beni compresi nell'asse ereditario al momento dell'apertura della successione da chi li possiede senza titolo o in base a titolo successorio che non gli compete. Legittimati attivamente e passivamente nella *petitio hereditatis* sono soltanto, rispettivamente, colui che adduce la sua qualità di erede e colui che sia in possesso dei beni di cui il primo chiede la restituzione, mentre non si verifica alcuna situazione di litisconsorzio necessario nei confronti di chiunque altro si ritenga o sia stato indicato come vero erede (cfr. Cass. Sez. 2, 01/04/2008, n. 8440; Cass. Sez. 2, 30/03/1987, n. 3040; si veda anche Cass. Sez. 2, 27/06/2011, n. 14182, per la quale l'azione di petizione di eredità non esige l'integrale contraddittorio di tutti i coeredi; litisconsorzio necessario, per contro, ravvisato in risalenti pronunce di questa stessa Corte in ipotesi di "esperimento di contrapposte azioni di petizione di eredità" - Cass. Sez. 2, 06/04/1981, n. 1940 -; ovvero, altrimenti, "nei confronti di tutti coloro che, come soggetti del rapporto



successorio, sono interessati alla successione mortis causa" - Cass. Sez. 1, 17/01/1981, n. 419).

L'azione di petizione dell'eredità ha, del resto, carattere prevalentemente recuperatorio, sicché, riguardo ad essa, il riconoscimento della qualità di erede ha natura strumentale all'ottenimento dei beni ereditari, costituendo un "prius" autonomo facente parte del "petitum" dell'azione rispetto al diritto all'acquisto dell'universalità dei beni del "de cuius" o di una quota di essi, con la conseguenza che soltanto nell'ambito delle parti, come prima soggettivamente definito in termini di legittimazione, si forma il giudicato sul punto della qualità ereditaria (cfr. Cass. Sez. 2, 20/10/1984, n. 5304; Cass. Sez. 2, 15/06/1999, n. 5920; altresì Cass. Sez. 6 - 2, 10/02/2017, n. 3655). Così anche parte della dottrina smentisce che la petizione di eredità sia un'azione di accertamento, volta a far dichiarare la qualità di erede dell'attore, essendo, piuttosto, tale accertamento solo il presupposto del perseguimento della sua funzione eminentemente recuperatoria, e non l'oggetto dell'azione.

Perciò, allorché sia proposta domanda di petizione di eredità, oltre che nei confronti di chi sia nel possesso dei beni ereditari dei quali si chiede la restituzione (e sia perciò passivamente legittimato rispetto ad essa), anche di altro soggetto che si dichiari erede, e formuli domanda riconvenzionale in tal senso, si dà luogo ad una situazione di cause scindibili ed autonome, essendo l'accertamento della qualità di erede soltanto strumentale alla pronuncia recuperatoria dei beni dell'eredità. Ne consegue che, a fronte di detto esperimento di contrapposte azioni di petizione di eredità, è ammissibile la rinuncia al ricorso per cassazione di uno solo fra più ricorrenti, avendo la stessa l'effetto di determinare l'estinzione del processo limitatamente al rinunciante.

Va pertanto dichiarato estinto per rinuncia il processo di cassazione relativo al ricorso principale della Fondazione per l'assistenza ad animali abbandonati, senza che debba pronunciarsi sulle spese del giudizio di legittimità in ordine al rapporto processuale tra la rinunciante e la controricorrente che ha aderito alla rinuncia.

II - Deve quindi ora esaminarsi il ricorso incidentale della Fondazione S.S.C..

Esso contiene una prima censura per violazione e/o falsa applicazione degli artt. 588, 590, 625, 628, 629, 630, 1324, 1362, 1363, 1365 e 1367 c.c. e in generale per violazione del principio del favor testamenti. Si contesta, in particolare, alla sentenza impugnata che l'intenzione del testatore di perseguire un determinato scopo mediante una fondazione non escluda di per sé lo svolgimento da parte dell'ente di ogni altro tipo di attività, dovendosene, piuttosto, valutare la coerenza con lo scopo medesimo. Vengono invocati dalla ricorrente incidentale dati ermeneutici extratestuali con funzione integratrice del tenore letterale della disposizione testamentaria, in maniera che questa possa avere un qualche effetto, anziché nessuno.

Il secondo motivo del ricorso incidentale della Fondazione S.S.C. denuncia la violazione degli artt. 16, 1324, 1362, 1363 e 1363 c.c., nonché l'insufficiente



motivazione su fatto decisivo ex art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5, circa l'interpretazione dell'atto costitutivo della fondazione stessa, avendo la Corte d'appello mancato di considerare la premessa dell'atto medesimo, ove era meglio manifestato l'intento dei fondatori.

Il terzo motivo deduce la violazione degli artt. 16, 26, 1362 e 1363 c.c., quanto ai ravvisati scopi della Fondazione S.S.C.. Si ribadisce la legittimità delle previsioni statutarie che consentivano un possibile coordinamento con attività di altre fondazioni ovvero lo svolgimento di attività comunque funzionali allo scopo prefisso.

Il quarto motivo censura ancora una violazione degli artt. 16, 25, 1362 e 1363 c.c., circa i poteri del giudice di controllare, in luogo dell'autorità amministrativa competente, le finalità di una fondazione costituita per dare esecuzione ad un lascito testamentario.

Il quinto motivo deduce la violazione degli artt. 16, 1362 e 1363 c.c., in ordine alla capacità successoria della Fondazione S.S.C. ed all'inammissibilità di negare la stessa per la presenza di uno scopo più ampio di quello indicato dal testatore.

Il sesto motivo del ricorso incidentale allega, infine, l'insufficiente motivazione su fatto decisivo, ex art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5, quanto alla delibera del Consiglio di Amministrazione del 22 marzo 2012, che aveva provveduto ad eliminare ogni ambiguità dell'atto costitutivo della Fondazione S.S.C..

Le sei censure possono essere trattate congiuntamente per la loro connessione e si rivelano infondate.

Si è già visto quale fosse il tenore letterale del testamento di T.G., riprodotto nella sentenza impugnata: "oggi 2/12/1994 nel pieno possesso delle facoltà mentali dichiaro di lasciare il mio patrimonio mobiliare ed immobiliare a fondazioni che si verranno a costituire aventi per finalità: premi e borse di studio da assegnare a studenti universitari che frequentano università nelle Marche da una parte e assistenza ad animali abbandonati con particolare cura per i cani, ai quali viene attribuito il 50/100 della quota ereditaria riservata agli animali. T.G.".

La Corte d'appello ha ricostruito la volontà del testatore nel senso che egli intendesse che i propri beni venissero destinati ad enti che perseguissero congiuntamente sia l'attività di erogazione di premi e borse di studio a studenti frequentanti le università delle Marche, sia l'attività di assistenza ad animali abbandonati, con particolare cura per i cani. La Corte di Ancona ha fornito la sua spiegazione dell'utilizzazione del plurale "fondazioni", nel senso che il T. non auspicava la costituzione di due fondazioni separate, ciascuna volta ad una delle due finalità predilette, ma anzi pensava, vista la notevole consistenza del patrimonio relitto, che più fondazioni potessero essere costituite per il perseguimento di entrambe. I giudici dell'appello hanno anche indicato quale significato avesse la locuzione "da una parte" adoperata da T.G., sempre negando che sua intenzione fosse la nascita di fondazioni distinte e contrapposte, ciascuna attenta ad uno dei due scopi.



L'operazione ermeneutica della Corte di appello ha tratto argomenti, oltre che dal dato testuale del testamento, anche dal contenuto delle richiamate deposizioni testimoniali.

Avuto riguardo allo scopo indicato nello statuto della Fondazione S.S.C., per l'attività di assistenza degli animali abbandonati, la Corte d'Appello di Ancona ha ricostruito la volontà testamentaria dell'avvocato T. nel senso che egli non intendesse contemplare la possibilità che l'istituenda fondazione collaborasse, utilizzando le risorse finanziarie provenienti dai beni ereditari, con altri enti aventi finalità analoghe, dovendo, piuttosto, la stessa assicurare lo svolgimento di tale attività soltanto in modo diretto. Inoltre, la sentenza impugnata ha affermato che, mentre la volontà del testatore T. era quella che i propri beni venissero utilizzati per prestare la cura e l'assistenza effettiva agli animali, nonché l'erogazione di borse di studio a studenti che frequentassero università marchigiane, la Fondazione S.S.C. non aveva fra le sue finalità primarie quella di erogare borse di studio, rappresentando quest'attività solo un mezzo per raggiungere il diverso scopo dell'aumento dell'istruzione generale, della cultura e dell'amore per lo studio, in modo da valorizzare l'immagine culturale della Regione Marche.

Estranea alla realizzazione della volontà del testatore sono apparse alla Corte di Ancona le attività statutarie della Fondazione S.S.C. volte allo svolgimento di "manifestazioni, seminari, spettacoli, concerti, attività di carattere sportivo e culturale in genere perfino organizzate". Un rilievo decisivo veniva poi dato dalla sentenza d'appello al rilievo che lo statuto della Fondazione S.S.C. non contemplasse la riserva della quota fissa del 50% alla cura specifica dei cani, riserva espressamente voluta dal de cuius.

Ora, innanzitutto, questa Corte ha in passato già chiarito come l'art. 3 disp. att. c.c., comma 1 il quale contempla lasciti testamentari "in favore di enti da istituire", implica la liceità delle disposizioni testamentarie che indichino come destinatari anche enti (fondazioni, in particolare) ancora non esistenti di fatto e da istituire secondo le prescrizioni del testatore; è quel che nella specie avvenne col testamento di T.G., il quale tratteggiava nell'atto di ultima volontà, con sufficienti connotati di specificità, quali dovessero essere gli scopi delle istituende fondazioni che volessero acquistare l'eredità da lui lasciata (cfr. Cass. Sez. 2, 08/10/2008, n. 24813; Cass. Sez. 2, 27/02/1997, n. 1806; Cass. Sez. 2, 10/01/1995, n. 243; Cass. Sez. 1, 15/04/1975, n. 1427; Cass. Sez. 2, 28/07/1969, n. 2850, la quale aggiungeva che l'individuazione della volontà del testatore, quanto alla determinazione dell'ente destinatario della disposizione testamentaria, si risolve in un giudizio di merito, insindacabile in sede di legittimità, ove correttamente motivato; Cass. Sez. 2, 05/07/1962, n. 1724, che peraltro richiamava la contemporanea applicabilità della disciplina di cui all'art. 600 c.c., all'epoca vigente e poi abrogato dalla L. n. 127 del 1997, art. 13 come sostituito dalla L. n. 192 del 2000, art. 1).



L'indicazione delle attività istituzionali delle fondazioni da costituire ha poi permesso ai giudici del merito di escludere ogni indeterminatezza dei beneficiari della disposizione testamentaria.

L'apprezzamento della Corte di Ancona circa il significato e la portata della disposizione testamentaria di T.G., recante l'istituzione quali eredi di fondazioni da costituire aventi per scopo l'assegnazione di premi e borse di studio a studenti universitari della Regione e Marche e l'assistenza ad animali abbandonati, ed in particolare a cani, integra, all'evidenza, la risultante di un'interpretazione del negozio di ultima volontà per cui è causa e, quindi, di un accertamento di fatto, in quanto tale sindacabile in cassazione ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5, (qui operante nella formulazione conseguente al D.L. n. 83 del 2012, e dunque per omesso esame di un fatto decisivo e oggetto di discussione tra le parti), e ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, sotto il profilo della verifica della rispondenza dell'operazione ermeneutica ai canoni legali di ermeneutica di cui agli artt. da 1362 a 1371 c.c.

Per l'identificazione del beneficiario di una disposizione testamentaria, occorre, del resto, indagare sulla situazione in essere al momento della morte del testatore in relazione non soltanto alle parole utilizzate dal testatore, ma anche ad elementi estrinseci alla scheda, come la cultura, la mentalità e l'ambiente di vita del testatore, le sue esigenze e le sue aspirazioni (il che la Corte d'Appello di Ancona ha fatto valutando altresì le prove testimoniali in tal senso assunte), in modo da verificare se la formulazione contenuta nel testamento possa consentire l'individuazione del destinatario attraverso il criterio della determinabilità indicato dall'art. 628 c.c., nella specie essendosi concluso dai giudici del merito che il testatore si riferisse in modo inequivocabile a fondazioni da istituire (e, quindi, non già esistenti al momento della redazione del testamento), che avessero quali scopi tanto l'erogazione di borse di studio a studenti universitari delle Marche, quanto l'assistenza ad animali abbandonati (cfr. Cass. Sez. 2, 03/03/2011, n. 5131; Cass. Sez. 2, 24/01/1992, n. 810).

Non appare certamente contraria al principio generale di ermeneutica enunciato dall'art. 1362 c.c., considerando congiuntamente ed in modo coordinato l'elemento letterale e quello logico dell'atto unilaterale "mortis causa", la conclusione della Corte di Ancona secondo la quale le fondazioni che avessero voluto beneficiare della disposizione testamentaria avrebbero dovuto adempiere allo scopo correlato alle borse di studio ed allo scopo di assistenza agli animali in modo non alternativo, o disgiuntivo, ovvero comunque soltanto eventualmente cumulativo, con scelta rimessa alla volontà dei fondatori; ciò facendo in modo diretto, senza, cioè, collaborare con altri enti aventi finalità analoghe, ed in via esclusiva, senza, cioè, svolgere ulteriori attività, sia pure collaterali o accessorie.

Siffatta ricostruzione della volontà del testatore non può essere sindacata in sede di legittimità, come auspica la S.S.C., investendo il concreto risultato interpretativo in sé, in quanto esso appartiene all'ambito dei giudizi di fatto riservati al giudice di merito, né sono ammissibili le critiche contenute nel ricorso incidentale,



volte, in sostanza, a sollecitare a questa Corte una diversa valutazione degli stessi elementi di fatto esaminati dai giudici d'appello, ovvero a proporre una diversa e contrapposta interpretazione del testo negoziale preferita dalla parte (cfr. Cass. Sez. 2, 21/02/2007, n. 4022; Cass. Sez. 2, 22/05/1964, n. 1259).

Una volta ricostruita la volontà del testatore, ed individuato in modo univoco quali scopi dovesse congiuntamente perseguire l'ente istituendo per potersi beneficiare del lascito ereditario di T.G., non vale richiamare neppure l'art. 1367 c.c. o il principio di conservazione. Il criterio ermeneutico della conservazione del negozio suppone che del testamento si prescelga un'interpretazione che consenta di dare allo stesso un qualche effetto rispondente alla funzione, ma sempre che tale effetto minimo non sia contrario alla volontà del de cuius appurata attraverso l'analisi letterale e logica del testo. Lo statuto di una fondazione, eretta per accettare un'eredità devoluta in suo favore, deve integralmente rispettare la volontà del testatore, non bastando che esso persegua almeno un minimo risultato giuridico utile (arg. da Cass. Sez. U, 10/05/1940, n. 1493).

Del pari, ovviamente, le disposizioni dello statuto e dell'atto costitutivo di una fondazione hanno natura negoziale, sicché, nell'interpretazione delle stesse - nella specie, per l'accertamento della conformità dello scopo statutario a quelli indicati dal testatore - occorre fare applicazione delle regole dettate dall'art. 1362 c.c. e ss. (Cass. Sez. 2, 13/01/1976, n. 89), sulla base di un accertamento di fatto rimesso al giudice di merito. L'individuazione del contenuto dell'atto costitutivo di una fondazione (ed in particolare dello scopo da essa perseguito) rientra, invero, anche dopo che sia intervenuto il provvedimento di riconoscimento della personalità giuridica, nelle prerogative del giudice ordinario, atteso che il negozio di fondazione integra un atto di autonomia privata, che non partecipa della natura del provvedimento amministrativo di riconoscimento, ma è regolato in relazione alla sua validità ed efficacia dalle norme privatistiche e genera rapporti di diritto privato e posizioni di diritto soggettivo.

Una volta escluso che l'interpretazione della volontà del testatore sia stata compiuta nella sentenza impugnata con violazione delle norme di ermeneutica, non sono ammissibili le censure, riferite al parametro dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5, che lamentano il mancato esame di ulteriori risultanze documentali, in quanto i documenti, o le parti di documenti, che la ricorrente incidentale assume non valutati, non appaiono tali da offrire la prova di circostanze di tale portata da invalidare, con un giudizio di certezza e non di mera probabilità, l'attività interpretativa delle volontà negoziali altrimenti compiuta dai giudici del merito.

III - Deve ora passarsi all'esame del ricorso incidentale della Fondazione T. P..

Il primo motivo di tale ricorso deduce la violazione e falsa applicazione degli artt. 769 e 782 c.c., e della L. 16 dicembre 1913, n. 89, art. 48. Si censura la sentenza della Corte d'Appello di Ancona per aver distinto tra atto di fondazione ed atto di



dotazione, e per aver considerato quest'ultimo come un atto di donazione, ovvero come autonomo atto di liberalità.

Anche il secondo motivo del ricorso incidentale della Fondazione T. P. denuncia la violazione e falsa applicazione degli artt. 769 e 782 c.c., e della L. 16 dicembre 1913, n. 89, art. 48 nella parte in cui la sentenza impugnata ha considerato l'atto di dotazione come integrante una donazione, soggetto quindi alle medesime formalità, così trascurando l'essenziale finalità destinataria dello stesso, eccedente rispetto al mero spirito di liberalità.

Il terzo motivo del ricorso incidentale della Fondazione T. P. censura ancora una violazione e falsa applicazione degli artt. 769 e 782 c.c., e della L. 16 dicembre 1913, n. 89, art. 48: la Corte di Ancona avrebbe errato nel ravvisare come integrato lo schema negoziale della donazione, mentre la dotazione di fondazione è negozio diverso, non soggetto alle prescrizioni formali della donazione.

Il quarto motivo del ricorso incidentale T. P. ravvisa un'ulteriore violazione e falsa applicazione degli artt. 769, 782, 809, 1324, 1362 e 1363 c.c., nonché della L. 16 dicembre 1913, n. 89, art. 48 in quanto la Corte d'Appello avrebbe frainteso il tenore degli atti pubblici posti in essere dal Comune di Tolentino ai fini dell'istituzione della medesima Fondazione T. P., i quali non integravano affatto una donazione tipica, e quindi non imponevano la medesima disciplina formale.

Il quinto motivo del ricorso incidentale T. P. allega ancora una violazione e falsa applicazione degli artt. 12, 14, 600, 1324, 1367, 1419 e 1424 c.c., nonché dell'art. 3 disp. att. c.c.: la sentenza impugnata avrebbe sbagliato a considerare come la nullità del negozio di dotazione avrebbe dato luogo alla costituzione di un'associazione, giacché comunque la stessa, priva di patrimonio, non avrebbe potuto perseguire i suoi scopi, come anche a considerare che il difetto di patrimonio della fondazione sarebbe stato ostativo all'ottenimento del riconoscimento, all'acquisito della personalità giuridica e all'accettazione dell'eredità, potendo l'atto di dotazione essere contenuto anche in una disposizione testamentaria. Anzi, l'eventuale invalidità delle attribuzioni patrimoniali poste in essere dal Comune di Tolentino non avrebbe potuto inficiare la validità dell'atto costitutivo della Fondazione.

Il sesto motivo del ricorso incidentale T. P. denuncia un'ultima violazione e falsa applicazione degli artt. 14 e 600 c.c., dell'art. 3 disp. att. c.c. e della L. 16 dicembre 1913, n. 89, art. 48 dovendosi intendere, a differenza di quanto affermato dalla Corte di Ancona, che la dotazione patrimoniale della Fondazione T. P. fosse avvenuta già con l'accettazione dell'eredità, sicché la decisione oggetto di gravame sarebbe da cassare per aver dichiarato nullo l'atto costitutivo della fondazione del 23 aprile 1999, stante la mancanza dei requisiti formali di cui all'art. 48 Legge Notarile, vigente all'epoca, quanto, in particolare, alla necessaria presenza dei testimoni.

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 c.c., comma 1, n. 3, 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 la L. 16 febbraio 1913, n. 89, art. 48 (nella formulazione vigente ratione temporis, prima quindi della sostituzione operata dalla L. 28 novembre 2005, n. 246, art. 12, comma 1) non consenta la facoltà di rinunzia all'assistenza dei testimoni, per la sua assimilabilità, in particolare, ad un atto di donazione. La Corte d'appello di Ancona ha, infatti, confermato, la decisione già resa sul punto in primo grado dal Tribunale di Macerata, per cui l'atto pubblico del 23.04.1999, costitutivo della Fondazione T. P., 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 della L. 16 dicembre 1913, n. 89, art. 48.

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, predisporre 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 preordinata 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 T. P. 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 della L. 16 dicembre 1913, n. 89, art. 38. Questa Corte ha chiarito in passato (già prima delle semplificazioni introdotte dalla L. 28 novembre 2005, n. 246, e l'orientamento è ora vieppiù da ribadire) che la presenza dei testimoni non costituisce, in realtà, una formalità coesistente 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 nella Legge Notarile, art. 48, comma 1 (Cass. Sez. 3, 04/11/1997, n. 10799).



Il ricorso incidentale della Fondazione T. P. va quindi accolto e la sentenza cassata, con rinvio alla Corte d'Appello di Ancona in diversa composizione, che deciderà la causa, limitatamente al rapporto processuale intercorrente tra la Fondazione T. P., M.I. e la Curatela dell'eredità giacente di T.G., 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 della L. 16 dicembre 1913, n. 89, art. 48 (nella formulazione antecedente alla sostituzione operata dalla L. n. 246 del 2005)".

IV - In definitiva:

a) viene dichiarato estinto per rinuncia il processo di cassazione relativo al ricorso della Fondazione per l'assistenza ad animali abbandonati, senza pronunciare sulle spese nei rapporti tra questa e la controricorrente M.I., che ha aderito alla rinuncia;

b) viene rigettato il ricorso incidentale proposto dalla Fondazione S.S.C.;

c) viene accolto il ricorso incidentale della Fondazione T. P. e la sentenza impugnata viene cassata sul punto, con rinvio alla Corte d'Appello di Ancona in diversa composizione.

La notevole complessità delle questioni di diritto oggetto di lite costituisce motivo idoneo a compensare le spese del giudizio di cassazione quanto ai rapporti processuali, qui definiti, intercorrenti tra la Fondazione per l'assistenza ad animali abbandonati, la Fondazione S.S.C. e le altre parti.

Il giudice di rinvio provvederà, invece, anche in ordine alle spese del giudizio di legittimità quanto al rapporto processuale intercorrente tra la Fondazione T. P., M.I. e la Curatela dell'eredità giacente di T.G..

Sussistono le condizioni per dare atto - ai sensi della L. 24 dicembre 2012, n. 228, art. 1, comma 17, che ha aggiunto il comma 1-quater al testo unico di cui al D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, art. 13 - dell'obbligo di versamento, da parte della ricorrente incidentale Fondazione S.S.C., dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per l'impugnazione integralmente rigettata.

P.Q.M.

La Corte dichiara estinto per rinuncia il processo con riguardo al ricorso della Fondazione per l'assistenza ad animali abbandonati; rigetta il ricorso incidentale proposto dalla Fondazione S.S.C.; accoglie il ricorso incidentale della Fondazione T. P., cassa sul punto la sentenza impugnata e rinvia alla Corte d'Appello di Ancona in diversa composizione, anche per la pronuncia in ordine alle spese del giudizio di



legittimità quanto al rapporto processuale intercorrente tra la Fondazione T. P., M.I. e la Curatela dell'eredità giacente di T.G.; compensa le spese processuali sostenute nel giudizio di cassazione, quanto ai rapporti intercorrenti tra la Fondazione per l'assistenza ad animali abbandonati, la Fondazione S.S.C. e le altre parti.

Ai sensi del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, art. 13, comma 1 quater, inserito dalla L. 24 dicembre 2012, n. 228, art. 1, comma 17, dichiara la sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte della ricorrente incidentale Fondazione S.S.C., dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma dello stesso art. 13, comma 1 bis.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della sezione seconda civile della Corte Suprema di Cassazione, il 10 maggio 2017.

Depositato in Cancelleria il 4 luglio 2017



NOTE A MARGINE DI CASS., II SEZ. CIV., 4 LUGLIO 2017, N. 16409, IN TEMA DI NATURA E FORMA DELL'ATTO COSTITUTIVO DI FONDAZIONE.

EDUARDO FERNANDES

SOMMARIO: 1. Il fatto. – 2. Le questioni affrontate. – 3. L'atto costitutivo di fondazione tra negozio unilaterale e contratto. – 4. La teoria c.d. *atomistica* e la distinzione tra *atto di fondazione* e *atto di dotazione*. – 5. La riconduzione a unità dell'atto di fondazione. – 6. La forma dell'atto di fondazione costituita per atto *inter vivos*. – 7. Il processo di despecializzazione funzionale degli enti del libro primo. Quale futuro per le fondazioni?

1. La decisione che si commenta trae origine da una lite relativa a un testamento olografo nel quale il testatore manifestava la volontà di attribuire il proprio patrimonio a fondazioni da costituirsi allo scopo di erogare *“premi e borse di studio da assegnare a studenti universitari che frequentano università nelle Marche da una parte e assistenza ad animali abbandonati con particolare cura per i cani”*.

In esecuzione di detta volontà testamentaria, si era provveduto a costituire una fondazione che perseguisse in via esclusiva soltanto il secondo degli scopi indicati dal testatore, la quale reclamava con azione di petizione di eredità la qualità di unica erede del *de cuius* nei confronti di una seconda fondazione, già esistente, di una parente di quarto grado del defunto e di una terza fondazione, anch'essa costituita per dare esecuzione al testamento perseguendo ambo i fini testamentari. Anche questi soggetti reclamavano il riconoscimento della loro qualità di unici eredi del *de cuius*.

Il Tribunale di Macerata accoglieva la domanda della lontana parente del defunto e, in particolare, la riconosceva quale unica erede *ex lege*, in quanto tanto la prima, quanto la seconda fondazione, ad un'attenta analisi dei rispettivi atti costitutivi, perseguivano finalità non totalmente coincidenti con quelle indicate dal *de cuius*. Quanto poi alla terza fondazione, si rilevava la nullità del suo atto costitutivo poiché stipulato in assenza di testimoni, stante la riconducibilità dell'atto alla donazione, di cui avrebbe dovuto rivestire la forma. Da ciò si faceva dipendere l'apertura della successione legittima.

Avverso la sentenza proponevano appello le tre fondazioni. I giudici di secondo grado, a differenza del Tribunale di Macerata, non interpretarono la disposizione testamentaria nel senso che fosse intenzione del testatore costituire due fondazioni che perseguissero separatamente una delle due finalità a lui care, piuttosto ricostruirono la volontà del defunto nel senso di voler vedere costituite alla sua morte anche più di due fondazioni, aventi ciascuna come scopo tanto la cura degli animali, quanto l'erogazione di borse di studio. Tale ricostruzione conduceva al rigetto della domanda della prima fondazione, quella dedita in via esclusiva alla cura degli animali,



ma portava altresì al rigetto della pretesa della seconda fondazione, nei cui scopi statutari si rientravano quelli testamentari, tuttavia con una formulazione troppo ampia rispetto alla volontà del *de cuius*. Si confermava poi la declaratoria di nullità dell'atto costitutivo della terza fondazione.

Giunti innanzi al giudice di legittimità, la prima fondazione rinunciava al ricorso. Quanto alle doglianze della seconda fondazione, la Cassazione ha confermato la ricostruzione della volontà testamentaria operata dai giudici d'appello, escludendo quindi che l'eredità potesse essere devoluta a una fondazione che perseguisse fini statutari più ampi rispetto a quelli avuti in mente dal testatore. Con riguardo all'impugnazione della terza fondazione, invece, si sono smentiti i giudici d'appello e, affermata l'unitarietà dell'atto costitutivo di una fondazione, si è escluso la sua riconducibilità al contratto di donazione, e, quindi, la necessità di rispettarne i formalismi. Rispetto a tale punto, dunque, si è cassata con rinvio la sentenza d'appello.

2. Sono due le questioni di maggiore interesse su cui la Cassazione ha avuto l'occasione di pronunciarsi per risolvere la lite.

Innanzitutto la Corte è ritornata sui lasciti testamentari in favore di enti da istituire e sul rapporto tra tali disposizioni e il principio di personalità del testamento, enucleabile dall'art. 628 c.c., chiarendo che in tali casi è da escludersi la carenza del requisito della determinatezza del beneficiario del lascito purché sia chiara l'individuazione delle attività che l'ente da istituire dovrà svolgere. Per valutare la carenza di determinatezza, da cui deriva una lesione del principio di personalità del testamento, i giudici di legittimità hanno precisato che non è sufficiente basarsi sulla *littera testamenti*, ma occorre un'indagine di più ampio respiro, che contestualizzi quelle parole con «la cultura, la mentalità e l'ambiente di vita del testatore, le sue esigenze e le sue aspirazioni», valorizzando così anche nell'ermeneutica del testamento la regola di interpretazione logica.

Pare potersi ritenere che tale regola di interpretazione possa assumere una valenza più generale nel sistema dell'ermeneutica del testamento, operando ogni qual volta sia in discussione il rispetto del principio di determinatezza e non soltanto quando, come nel caso sottoposto all'esame della Corte, si tratti di individuare con precisione il fine assegnato dal testatore all'ente non ancora costituito. A supporto di questa di idea si invoca quel principio di conservazione, il quale, già enunciato con riferimento all'interpretazione del contratto (art. 1367 c.c.), assume un rilievo ancora più decisivo rispetto a un negozio come quello testamentario.

La seconda questione è più problematica, in quanto si inserisce in un dibattito dottrinario e giurisprudenziale molto risalente nel tempo. La Corte con tale decisione ha ricostruito approfonditamente la natura giuridica dell'atto costitutivo di una fondazione, affermandone il carattere unitario. Riprendendo un orientamento già



fatto proprio in passato, si è chiarito che una fondazione, costituita per testamento o meno, non nasce dal collegamento di due negozi, uno principale di erezione dell'ente e l'altro accessorio di dotazione patrimoniale dello stesso, ma da un unico negozio, che svolge una funzione dispositivo-organizzativa. Nell'ambito dell'unico negozio è però possibile distinguere due momenti, entrambi indispensabili per la nascita di un nuovo soggetto di diritto.

Ricondurre a unità il negozio costitutivo di una fondazione è l'antecedente logico per negare che il fondatore sia mosso dall'*animus donandi*. L'atto dispositivo a favore dell'ente erigendo è di certo senza corrispettivo, ma non tale da poter essere ritenuto espressione di un intento liberale, in quanto è mezzo necessario per permettere al nuovo ente di conseguire gli scopi assegnatigli.

In definitiva, si è esclusa la sussumibilità dell'atto costitutivo di fondazione nello schema della donazione, con la conseguenza che non è necessario applicare i formalismi previsti per questo contratto e, in particolare, l'art. 48 della legge notarile, che richiede la presenza dei testimoni, tra l'altro, per le donazioni.

3. Come noto, la configurazione strutturale dell'atto di fondazione è stata oggetto di un dibattito dottrinario spiegatosi nel corso di decenni, che ha coinvolto autorevoli studiosi e che ha ricevuto sollecitazioni da parte della giurisprudenza di legittimità.

Innanzitutto si evidenzia come oggi non si dubiti più della natura privatistica e negoziale dello stesso, in quanto l'atto di fondazione non viene a partecipare della natura amministrativa del provvedimento di riconoscimento dell'ente, ma genera rapporti di diritto privato e posizioni di diritto soggettivo¹.

Prevale nettamente la tesi dell'unilateralità del negozio in esame, contestata solo da qualche autorevole studioso², che ritiene la qualificazione in termini contrattuali più aderente al dato normativo. A conferma della natura di negozio unilaterale dell'atto di fondazione si richiama il potere di revoca, espressamente disciplinato

¹ Cass., S.U., 26 febbraio 2004, n. 3892, in *Foro It.*, 2004, I, c. 3435, che proprio a partire dalla natura privatistica dell'atto di fondazione ha affermato la competenza del giudice ordinario in merito alle controversie in tema di validità ed efficacia dell'atto costitutivo di fondazione, nonostante sia intervenuto il provvedimento amministrativo di riconoscimento. In precedenza, si erano espresse in termini analoghi: Cass., S.U., 29 febbraio 1968, n. 654, in *Giur. It.*, 1968, c. 1354, che ha chiaramente affermato la natura di atto di autonomia privata dell'atto di fondazione, a cui, di conseguenza, sono applicabili le norme in tema di contratti, ove compatibili, in virtù di quanto disposto dall'art. 1324 c.c.; Cass., S.U., 10 luglio 1984, n. 4024, in *Giust. civ.*, 1985, p. 88, in cui si legge: «[L]e questioni relative alla validità e all'efficacia dell'atto di fondazione, anche dopo che sia intervenuto il decreto di riconoscimento della personalità giuridica, restano di competenza dell'autorità giudiziaria ordinaria, essendo invece di competenza del giudice amministrativo le questioni relative alla legittimità del decreto di riconoscimento»; Cass., S.U., 13 marzo 1972, n. 721, in *Giust. civ.*, 1972, p. 1307.

² A. Zoppini, *Le fondazioni: dalla tipicità alle tipologie*, Roma, 1992, p. 157.



dall'art. 15 c.c.³ Nello specifico, si inquadra l'atto di fondazione nella categoria dei negozi unilaterali non recettizi sottoposti a condizione legale, ove l'evento futuro e incerto è rappresentato dal riconoscimento da parte dell'autorità amministrativa⁴.

Nel caso di più fondatori, nonostante l'unità del documento che contiene le dichiarazioni, è pure da escludersi che l'atto muti natura. La dottrina è divisa tra quanti⁵ qualificano l'atto come un unico negozio unilaterale, in quanto i fondatori non costituiscono più parti distinte, ma concorrono a formare un'unica parte plurisoggettiva, la quale manifesta una volontà che non richiede un'accettazione per il perfezionamento dell'atto e che non deve essere nemmeno portata a conoscenza di alcun destinatario, e quanti⁶, invece, ritengono che vi sia una pluralità di negozi unilaterali collegati.

È stato messo in evidenza⁷ che la diffidenza rispetto a un inquadramento dell'atto di fondazione tra i negozi unilaterali si spiega con l'antica convinzione secondo cui questi ultimi sarebbero retti da un principio di tipicità. Ciò spiegherebbe altresì tutti quei tentativi volti a ricercare un consenso anche tacito o presunto per fattispecie negoziali non organicamente disciplinate dal legislatore.

Per la verità, anche alla luce del processo evolutivo che ha interessato l'istituto, pare auspicabile una riapertura della riflessione in materia per indagare se effettivamente sussista un'incompatibilità tra fondazione e contratto nell'ipotesi di pluralità di fondatori.

4. In passato si è affermata, sia a livello dottrinario⁸ che giurisprudenziale⁹, una teoria che potrebbe definirsi *atomistica*, la quale ha ritenuto necessario operare per

³ F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966, p. 43.

⁴ C.M. Bianca, *Diritto civile. La norma giuridica. I soggetti*, Vol. 1, Milano, 2002, p. 339 e p. 348; G. Iorio, *Le fondazioni*, Milano, 1997, p. 65; Cass. S.U., 10 luglio 1984, n. 4024, cit.

⁵ C.M. Bianca, *op. cit.*, pp. 339-340.

⁶ F. Galgano, voce *Fondazione. Diritto civile*, in *Enc. Giur. Treccani*, XIV, Roma, 1989, p. 1; Id., *Delle persone giuridiche*, in A. Scialoja e G. Branca (a cura di), *Commentario del codice civile*, Bologna – Roma, 1969, p. 157; P. Rescigno, *Negoziato privato di fondazione e atto amministrativo di riconoscimento*, in *Giur. It.*, 1968, c. 1358; A. Angiuli, Sub. *Art. 14*, in P. Cendon (a cura di), *Commentario al codice civile. Artt. 1-142*, Milano, 2009, p. 629.

⁷ G. Benedetti, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, pp. 15 ss.

⁸ C. Gangi, *Persone fisiche e persone giuridiche*, Milano, 1948, p. 239; C.M. Bianca, *op. cit.*, p. 340; P. Rescigno, *Negoziato privato di fondazione*, cit., pp. 1354-1355; Id., voce *Fondazione. Diritto civile*, in *Enc. dir.*, XVII, 1968, Milano, p. 806 ss.; S. Romano, *Fondazione e dotazione di persone giuridiche*, in *Foro It.*, 1912, III, c. 36, ora in S. Romano, *Scritti minori*, II, Milano, p. 217; R. Nicolò, *Negoziato di fondazione. Istituzione di erede*, in *Riv. dir. civ.*, 1941, pp. 386 ss.; G. Giampiccolo, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano, 1954, pp. 10 ss.; F. Loffredo, *Le persone giuridiche e le organizzazioni senza personalità giuridica*, 2016, pp. 45 ss.

⁹ Cass., II Sez. Civ., 4 luglio 1959, n. 2130, in *Foro It.*, 1960, I, c. 1990; Cass., II Sez. Civ., 18 ottobre 1960, n. 2785, in *Foro Amm.*, 1961, c. 49.



l'atto costitutivo di fondazione una distinzione tra due negozi, i quali, seppur generalmente contenuti in un unico documento, avrebbero ciascuno la propria autonomia non soltanto logica, ma anche in punto di diritto, al punto che non è mancato chi ha affermato che le parti dei due negozi potrebbero anche non coincidere¹⁰.

Tale teoria nasce sotto il vigore del codice abrogato e con specifico riferimento alla fondazione costituita per testamento, allo scopo di trovare un espediente, più o meno dichiarato, che assicuri la validità delle disposizioni testamentarie dirette ad istituire erede un ente creato con lo stesso testamento. Proprio per questa esigenza si prospetta la necessità di distinguere tra un negozio volto a creare un nuovo centro di imputazione di situazioni giuridiche, soddisfacendo così il requisito della determinatezza soggettiva dei lasciti testamentari, e una classica disposizione attributiva di beni a titolo. Ci si preoccupava, dunque, di assicurare la coerenza dell'istituto della fondazione di fonte testamentaria con il sistema del diritto successorio, in quanto la fattispecie pareva porsi tanto in contrasto con il principio della personalità del testamento, quanto e soprattutto con il principio di tipicità delle disposizioni *mortis causa* con funzione attributiva.

Col tempo una tale distinzione ha assunto una valenza generale, venendo riferita alla fondazione *tout court*.

Nel primo negozio, il c.d. *atto di fondazione in senso stretto* o *atto di costituzione*, avente carattere personale, il fondatore consacrerebbe la volontà di dare vita a un nuovo soggetto di diritto, a cui affida il compito di perseguire determinati fini di pubblica utilità che gli stanno a cuore. Nello stesso negozio sarebbero contenute le norme di natura organizzativa dell'ente erigendo.

Per espressa previsione di legge (art. 14, II co., c.c.), questo negozio può rivestire la forma di una disposizione testamentaria, la quale, tuttavia, sarebbe priva del connotato della patrimonialità, dovendo piuttosto essere ricondotta nell'alveo delle «disposizioni di carattere non patrimoniale, che la legge consente siano contenute in un testamento» (art. 587, II co., c.c.)¹¹.

Con il secondo negozio, invece, si fornirebbero all'ente i mezzi patrimoniali per lo svolgimento delle sue attività; da ciò il riferirsi ad esso con il nome di *atto di dotazione*.

Senza il concorso di ambedue i negozi la fondazione non potrebbe venire ad esistenza, in quanto il patrimonio è un elemento indispensabile della fattispecie, anche se nelle sue applicazioni concrete viene ad assumere una diversa rilevanza: mentre in taluni casi esso è preponderante rispetto all'organizzazione, si pensi alle fondazioni costituite per erogare delle rendite, in altri casi, che sono oggi quelli più diffusi, svolge

¹⁰ F. Loffredo, *op. cit.*, p. 46. Si evidenzia che sembrerebbe trattarsi di un'opinione minoritaria.

¹¹ C.M. Bianca, *op. cit.*, p. 341; P. Rescigno, voce *Fondazione*, cit., p. 806; F. Loffredo, *op. cit.*, p. 45; Cass., II Sez. Civ., 14 dicembre 1967, n. 2958, in *Giust. civ.*, 1968, p. 865.



una funzione importante al pari dell'elemento organizzativo, come nel caso delle fondazioni che fanno ricerca scientifica.

L'atto di dotazione non è un negozio tipico, ma potrebbe assumere vesti diverse.

Molti autori lo hanno ricondotto, nel caso di fondazione costituita con atto *inter vivos*, al contratto di donazione¹². Se ne fa derivare, in punto di forma dell'atto, la necessità di stipulare un atto pubblico alla presenza di testimoni.

Nel caso costituzione per testamento, invece, la relativa disposizione *mortis causa* attributiva di beni alla fondazione, secondo l'opinione prevalente, andrebbe ricondotta a un'istituzione di erede o a un legato¹³. Dunque, mentre, come si è visto *supra*, l'atto di costituzione ricadrebbe nell'alveo dell'art. 587, II co., c.c., l'atto di dotazione sarebbe una disposizione testamentaria avente carattere patrimoniale a carattere universale o particolare.

Tanto la dottrina¹⁴, quanto la giurisprudenza¹⁵, che hanno operato questa scomposizione tra due negozi, riconoscono che tra di essi si instaurerebbe un collegamento negoziale al fine di permettere la costituzione di un nuovo ente.

Conseguenza di tale collegamento sarebbe l'inevitabile ripercuotersi delle vicende del primo negozio sull'altro. Nello specifico, mentre la nullità dell'atto di fondazione si ripercuoterebbe sull'atto accessorio di dotazione, lo stesso non accadrebbe nel caso inverso. Tuttavia, in caso di nullità dell'atto di dotazione, per l'ente sarebbe impossibile la realizzazione dei fini fissati con l'atto di fondazione¹⁶. Analogamente, la revoca dell'atto di fondazione dovrebbe comportare anche la revoca implicita dell'atto di dotazione, venendo meno la giustificazione causale di un atto

¹² C. Gangi, *op. cit.*, p. 240.

¹³ Sul punto si veda Cass., II Sez. Civ., 27 febbraio 1997, n. 1806, in *Arch. civ.*, 1997, p. 616: «si appalesa del tutto destituita di pregio, perché priva di ogni ancoraggio normativo e di ogni base logica, la asserzione secondo la quale l'atto di dotazione correlato al negozio istitutivo di una fondazione contenuto, a mente dell'art. 14, secondo comma, c.c., in un testamento, non potrebbe, in nessun caso, consistere nella nomina di erede, e dovrebbe, includibilmente, concretarsi nell'attribuzione di un legato [...]».

¹⁴ P. Rescigno, *Negoziato privato di fondazione*, cit., p. 1355.

¹⁵ Cass., II Sez. Civ., 4 luglio 1959, n. 2130, cit., ove si legge: «quando lo stesso soggetto, in un unico atto, esprime la volontà di dar vita a un nuovo ente non ancora esistente in fatto e, contestualmente, dispone l'assegnazione di un patrimonio a favore dell'ente stesso da istituire, il negozio di attribuzione di beni può essere, per volontà del soggetto, così strettamente collegato, con funzione strumentale, al negozio di fondazione, da risultare inscindibile da questo. In questo caso i due negozi vengono a costituire un'unità funzionale per il nesso teleologico con cui sono stati concepiti, attuati e collegati, cosicché lo svolgimento e le vicende di un negozio si ripercuotono necessariamente su quello collegato».

¹⁶ P. Rescigno, voce *Fondazione*, cit., p. 806; Cons. Stato, IV Sez., 3 febbraio 1996, n. 97, in *Foro Amm.*, 1996, c. 419, che, partendo dal medesimo principio di autonomia dell'atto accessorio di dotazione rispetto all'atto principale di fondazione, ha escluso che il diniego del riconoscimento della fondazione per insufficienza del patrimonio si ripercuota sull'atto di fondazione.



dispositivo nei confronti di un ente che il fondatore non vuole più. Al contrario, la revoca dell'atto di dotazione non implicherebbe revoca dell'atto principale¹⁷, ma potrebbe rendere impossibile per l'ente conseguire i suoi scopi.

La dottrina più risalente, che è tendenzialmente quella che ha sostenuto la teoria in esame, non ha adeguatamente chiarito il rapporto tra i due negozi e il provvedimento amministrativo di riconoscimento, su cui, invece, si è espressa la giurisprudenza¹⁸ e la dottrina più recente.

Innanzitutto, è stato ravvisato un legame tra l'atto costitutivo e il riconoscimento: il primo infatti costituisce uno dei presupposti del secondo. Tale legame non parrebbe potersi qualificare come collegamento in senso giuridico. La dottrina che ha affrontato il tema discute genericamente di *nesso per così dire teleologico*¹⁹. Potrebbe pure pensarsi di inquadrare tale rapporto nel meccanismo condizionale, in quanto dal riconoscimento dipendono gli effetti dell'atto costitutivo. Non manca infatti dottrina²⁰ che discute di fondazione come negozio sotto condizione legale del suo riconoscimento.

Si è pure affermato che la caducazione dell'atto amministrativo di riconoscimento non necessariamente faccia venire meno gli effetti del negozio di fondazione, in quanto, qualora lo scopo prefissato dal fondatore sia ancora attuabile, l'atto di fondazione rimane valido fino a un nuovo riconoscimento e che, viceversa, la caducazione del negozio di fondazione non incide sul riconoscimento, a meno che lo stesso non sia annullato dall'Amministrazione competente per essere stato svuotato di contenuto²¹.

Infine, è stato individuato un legame tra l'atto di dotazione e il riconoscimento: il venir meno del primo avrebbe delle ripercussioni sul secondo quando, dalla situazione complessiva, risulti che la sua caducazione renda inutile il provvedimento amministrativo, non potendo più attuarsi i fini statuari.

5. In anni più recenti, invece, si è affermata una teoria già elaborata in tempi risalenti, ma che in passato non aveva avuto grande seguito, la quale potrebbe essere definita come *teoria unitaria*²².

¹⁷ A.M. Siniscalchi, *La revoca del negozio di fondazione*, in G. Bonilini (diretto da), *Trattato di diritto delle successioni e donazioni. La successione ereditaria*, I, Milano, 2009, pp. 631-632, che fa gli esempi della revoca parziale e della revoca accompagnata da sostituzioni di cespiti ricompresi nell'atto di dotazione.

¹⁸ Cass., S.U., 29 febbraio 1968, n. 654, cit.

¹⁹ A. Angiuli, *op. cit.*, p. 632.

²⁰ C.M. Bianca, *op. cit.*, p. 339.

²¹ A. Angiuli, *op. cit.*, p. 632, che, come ipotesi in cui il riconoscimento può essere conservato, fa l'esempio della declaratoria di nullità dell'atto di fondazione limitatamente a uno dei più fondatori.

²² V.M. Romanelli, *Il negozio di fondazione nel diritto privato e nel diritto pubblico*, I, *Natura giuridica*, Napoli, 1935, p. 91, che già nel 1935 scriveva: «[a] noi sembra che questa corrente dottrinale che divide il negozio di fondazione in due negozi indipendenti, uno rivolto all'erezione dell'ente, l'altro di carattere



Secondo questa teoria, l'atto di fondazione sarebbe sempre un negozio unitario. Anche ammettendo che i contenuti dei due negozi individuati dalla dottrina già analizzata possano essere separati in due atti distinti, questi autori ritengono che essi vadano comunque considerati come un tutt'uno. L'effetto traslativo sarebbe da ricondurre unicamente all'atto di fondazione, non trovando il proprio titolo in un atto diverso, e sarebbe funzionale a creare un vincolo di destinazione, dalla natura reale e quindi opponibile ai terzi²³.

Seguendo questa teoria si potrebbe prospettare un'analogia con il contratto di società, in cui il conferimento effettuato dal socio non è un negozio autonomo e distinto, ma è momento esecutivo dello stesso, in quanto l'obbligazione del socio deriva dal contratto di società. È sì vero che, a differenza del socio, il fondatore non ha alcuna obbligazione da adempiere, tuttavia, proprio come il socio che esegue un conferimento, quando il fondatore dota di un patrimonio la fondazione non va a porre in essere un ulteriore negozio.

La distinzione tra un atto di costituzione e uno di dotazione può essere mantenuta soltanto per maggiore comodità dell'interprete che voglia mettere in luce il duplice contenuto dell'atto di fondazione: da una parte quello di natura erettiva-organizzativa, dall'altra quello di dotazione patrimoniale.

La dottrina qui ripresa critica²⁴ la tesi avversa secondo cui la fondazione costituita *inter vivos* sarebbe qualificabile come donazione. Ciò è parso difficilmente sostenibile in quanto, come *supra* messo in evidenza, si qualifica quasi unanimemente l'atto in questione come negozio unilaterale, mentre la donazione ha natura contrattuale. Inoltre, al momento della dotazione patrimoniale non è ancora venuto ad esistenza il soggetto asserito donatario. Ancora: si è rilevato che la fondazione potrebbe mai essere revocata nelle ipotesi in cui è ammessa la revoca della donazione. Infine, è orientamento costante della Cassazione²⁵ quello secondo cui l'assenza di un corrispettivo non è elemento sufficiente per poter qualificare un atto come donazione.

Proprio alla luce di tali considerazioni, si è ritenuto più corretto parlare di negozio gratuito o di atto di disposizione unilaterale che realizza una liberalità indiretta, piuttosto che configurare una donazione *sui generis*, che non necessita di accettazione e che può essere revocata.

patrimoniale, non possa giustificarsi nel nostro ordinamento giuridico»; F. Galgano, *Delle persone giuridiche*, cit., p. 169; F. Galgano, voce *Fondazione*, cit., p. 1; A. Zoppini, *op. cit.*, p. 157; A. Angiuli, *op. cit.*, p. 630.

²³ Con la fondazione si realizza uno dei vincoli di destinazione più forti che l'ordinamento conosca, al punto che si discute di *entificazione* del vincolo e di *titolarità funzionale* dei beni in capo alla fondazione, dal momento che, per certi versi in analogia con gli enti pubblici, la capacità dell'ente è limitata agli scopi statutari. In proposito si veda M. Ceolin, *Fondazioni e fondazioni non riconosciute anche alla luce dell'art. 2645 ter c.c.*, in *Riv. not.*, 2009, pp. 1427 ss.

²⁴ F. Galgano, *Delle persone giuridiche*, cit., p. 167; F. Loffredo, *op. cit.*, p. 46.

²⁵ Cass., I Sez. Civ., 5 dicembre 1998, n. 12325, in *Giust. civ.*, 1999, p. 3095.



La medesima dottrina, alla luce dell'evoluzione nel modo di ricostruire il testamento, ha anche osservato che, quando la costituzione della fondazione avvenga per via testamentaria, non è corretto ricondurre la volontà di costituire una fondazione al contenuto atipico del testamento, né le disposizioni *mortis causa* attributive di beni all'istituzione di erede o al legato. Come noto, si è passati dall'affermare il principio di tipicità delle disposizioni testamentarie attributive (soltanto istituzione di erede e legato) a quello della loro atipicità, valorizzando così l'autonomia testamentaria, anche per il tramite di un'interpretazione di sistema che riposa sull'art. 1322 c.c.²⁶. Orbene, le disposizioni testamentarie attributive di beni nei confronti di un'erigenda fondazione, lungi dal dover necessariamente essere inquadrate come istituzione di erede o come legato, in assenza di una chiara volontà del testatore in tal senso, devono intendersi come disposizioni testamentarie attributive atipiche, prive di autonomia causale, in quanto funzionalmente integranti con la volontà erettiva dell'ente²⁷. Ne deriva che la morte del disponente, lungi dal porsi come causa dell'attribuzione, non rappresenta altro se non un termine di riferimento per l'esecuzione di un negozio, che quindi sarà più corretto qualificare come negozio *post mortem*.

Tale ultima considerazione appare di grande rilievo in quanto supera una contraddizione in cui si era portati a cadere sostenendo la c.d. teoria *atomistica*, seguendo la quale si doveva necessariamente giungere alla conclusione che la causa dell'atto di dotazione mutava a seconda che la costituzione della fondazione avvenisse per atto tra vivi o per via testamentaria (causa donativa, istituzione di erede, legato). Invece, seguendo la tesi *unitaria*, la causa della fondazione non muta: si tratta sempre di un negozio gratuito attributivo di beni al fine di destinarli al conseguimento di uno scopo superindividuale.

La c.d. tesi *unitaria* ha ricevuto pieno accoglimento da parte della giurisprudenza della Cassazione, che ha ravvisato una compenetrazione tra la volontà di erezione dell'ente e quella diretta all'attribuzione patrimoniale. Un primo segnale di ciò si può ravvisare già in una remota pronuncia del 1967 ove si legge che «allorché il negozio di fondazione di un ente e quello di dotazione dei beni sono contenuti nello stesso testamento possono essere inscindibilmente connessi, tanto da essere ricondotti teleologicamente ad unità»²⁸. In seguito, l'unitarietà dell'atto di fondazione è stata

²⁶ Sul punto e per una ricostruzione della problematica, si rinvia al recente contributo di G. Musolino, *Il testamento e le disposizioni non patrimoniali. Profili di interpretazione alla luce della dialettica fra tipicità e atipicità*, in *Riv. not.*, 2017, pp. 5 ss.

²⁷ F. Galgano, voce *Fondazione*, cit., p. 1; A. Palazzo, *Le successioni*, in G. Iudica – P. Zatti (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2000, p. 99; Cass., S.U., 29 febbraio 1968, n. 654, cit., ove si legge: «il negozio di fondazione non è confondibile con altre figure di liberalità, tra vivi o a causa di morte, ma costituisce un *genus a sé stante*, e precisamente un atto di privata autonomia con il quale viene manifestata la destinazione di cespiti patrimoniali al conseguimento di uno scopo [...]».

²⁸ Cass., II Sez. Civ., 14 dicembre 1967 n. 2958, cit.; Tale pronuncia è espressamente richiamata da Cass., II Sez. Civ., 8 ottobre 2008, n. 24813, in *Foro it.*, 2008, c. 3519. Essa ha escluso che la



affermata senza esitazioni, proprio come fa la Suprema Corte nella decisione in commento.

6. Alla luce delle teorie *supra* esposte, si tenterà di trarre delle conclusioni in tema di forma dell'atto di fondazione²⁹. Una riflessione sul punto non può prescindere su quali siano gli interessi da tutelare.

Innanzitutto vi è l'esigenza di certezza di cui è portatrice l'Amministrazione competente per il riconoscimento, la quale non deve avere dubbi sull'esistenza di un atto di fondazione e sul suo tenore, dal momento che si tratta di andare comunque a imprimere un vincolo di grande portata su di un patrimonio, per quanto il fine perseguito sia di pubblica utilità. Inoltre, vi è la necessità di tutelare il disponente, garantendo la spontaneità della sua determinazione. Infine, vi è anche una non trascurabile esigenza di tutela di terzi, quali creditori o legittimari, che potrebbero subire un pregiudizio da tale negozio.

Anche se muovono da premesse molto diverse, i due filoni dottrinari tendenzialmente hanno espresso un apprezzamento nei confronti della scelta del Legislatore di richiedere la forma dell'atto pubblico per la costituzione di una fondazione per atto tra vivi, in quanto si è osservato che ricorrerebbero le stesse esigenze di tutela che hanno indotto a prescrivere un accentuato formalismo per la donazione³⁰.

Tuttavia, mentre deve ritenersi che chi riconduca la fondazione alla donazione reputi necessario che l'atto sia stipulato alla presenza dei testimoni (art. 782, I co., c.c. e art. 48 della l. 16 febbraio 1913, n. 89), quanti discorrono genericamente di negozio

fondazione costituita per testamento debba accettare con beneficio d'inventario l'eredità devolutale in quanto, non sussistendo un patrimonio dell'ente prima dell'apertura della successione che potrebbe confondersi con quello del *de cuius*, non si pone l'esigenza di evitare la confusione dei patrimoni con un'accettazione beneficiata. Tale decisione ha confermato App. Trieste 26 febbraio 2003, in *Famiglia*, 2003, p. 1156, la quale a sua volta confermava Trib. Gorizia 4 aprile 2000, in *Famiglia*, 2001, p. 514.

²⁹ Si segnala che la materia viene affrontata solo in via incidentale negli scritti di più ampio respiro in tema di atto costitutivo di fondazione. L'unico scritto ad essa specificatamente dedicato è l'articolo di M. Del Medico, *Sulla necessità dell'intervento dei testimoni nel negozio di fondazione disposto per atto tra vivi*, in *Riv. not.*, 1983, pp. 920 ss., il quale sostanzialmente riprende le osservazioni espresse in F. Galgano, *Delle persone giuridiche*, cit., e, quindi, aderisce alla tesi dell'unitarietà dell'atto di fondazione, ma, sussistendo interessi analoghi a quelli di una donazione, pur non trattandosi di una donazione, ritiene necessario che la stipula avvenga per atto pubblico alla presenza dei testimoni.

³⁰ F. Galgano, *Delle persone giuridiche*, cit., p. 158; P. Rescigno, voce *Fondazione*, cit., p. 806, che osserva: «[l]a forma richiesta per l'atto di fondazione è quella dell'atto pubblico. Si incontrano, nell'imposizione della forma solenne dell'atto pubblico, le ragioni per cui essa è imposta, nel sistema, per gli atti costitutivi di enti destinati all'acquisto della personalità e le ragioni che ne esigono il rispetto nella donazione, forma tipica della liberalità tra vivi».



gratuito non pervengono alla medesima conclusione, ritenendo sufficiente che vi sia un atto pubblico *tout court*³¹.

Tale ultimo orientamento, che viene ribadito nella pronuncia in commento, pare sicuramente preferibile. Una volta appurato che l'atto di fondazione non è una donazione, voler estendere al primo negozio gli accentuati formalismi del secondo apparirebbe contrario a principi fondamentali dell'ordinamento: quello della libertà delle forme in assenza di una diversa previsione di legge, desumibile dall'art. 1350 c.c., e il divieto di applicazione analogica delle norme eccezionali (art. 14 delle disposizioni sulla legge in generale), quali appunto sono quelle che prescrivono requisiti formali.

7. Come si evince anche dalla pronuncia in commento, sembrerebbe che in tema di natura giuridica dell'atto costitutivo di fondazione i tempi siano maturi per mettere dei punti fermi. Tuttavia, il paradosso in cui si rischia di incorrere è proprio quello di mettere dei punti fermi quando ormai l'istituto inizia a veder mutare alcuni dei suoi caratteri anche essenziali, come rivela l'osservazione delle sue applicazioni concrete³².

Negli ultimi anni gli enti del libro primo del codice civile sono stati interessati da un processo di despecializzazione funzionale, su cui ha inciso anche il Legislatore con alcune riforme. Se nell'impianto del Legislatore del 1942 l'istituto della fondazione veniva pensato per realizzare una funzione ben diversa dalle associazioni, oggi i confini tra i due modelli si sono fatti molto più labili. Per la verità questo processo appare di ancor più grande respiro, coinvolgendo pure le società: emblematica da questo punto di vista è la disciplina della trasformazione eterogenea, introdotta circa quindi anni or sono.

Si porta in evidenza il dato per cui oggi la fondazione nasce sempre meno di frequente dalla volontà di un unico soggetto che ha a cuore un particolare scopo culturale. Questo modo di concepire la genesi di una fondazione si rivela oggi troppo *romantico*; la fondazione nasce sempre più spesso dall'iniziativa di una pluralità di soggetti già operanti in determinati settori, che pianificano di dare vita a un ente non lucrativo per trarne indirettamente dei vantaggi³³. Si comprende, dunque, che

³¹ Come affermato dalla giurisprudenza di legittimità in più occasioni, «la presenza dei testimoni non costituisce in realtà una forma coesistente al tipo "atto pubblico" e tale quindi da doversi considerare richiesta per ciò solo che una norma imponga la redazione nella forma dell'atto pubblico notarile» (Cass., III Sez. Civ., 4 novembre 1997, n. 10799, in *Giust. civ.*, 1998, p. 1369).

³² A venti anni di distanza appaiono ancora attualissime le considerazioni contenute in G. Mariconda, *Libertà di modelli organizzativi e statutari per le fondazioni e funzione notarile*, in *Riv. not.*, 1997, pp. 635 ss.

³³ Lungi dal voler stigmatizzare un tale fenomeno, che anzi appare pienamente in linea con il principio di autonomia privata e con quello di sussidiarietà orizzontale, si vuole piuttosto mettere in luce come esso possa venire ad assolvere un ruolo importante per colmare quei vuoti che lo Stato sta lasciando.



quell'elemento personale, il quale, come viene insegnato nei corsi di Istituzioni di diritto privato, nelle fondazioni è quasi subalterno rispetto all'elemento patrimoniale, acquista maggiore rilievo, facendo assumere caratteri associativi alla fondazione.

Proprio alla luce di questo processo, si auspica un intervento legislativo che, allo stesso tempo, sistemi e riformi la materia delle fondazioni, svecchiando l'istituto per renderlo pienamente idoneo a soddisfare le mutate esigenze della società, proprio come iniziato a fare con la c.d. *riforma del terzo settore*³⁴.

³⁴ Legge 6 giugno 2016, n. 106, in G.U. 18 giugno 2016, n. 141, recante *Delega al Governo per la riforma del terzo settore, dell'impresa sociale e per la disciplina del servizio civile universale*, con cui, tra le altre cose, si è delegato il Governo «alla revisione della disciplina del titolo II del libro primo del codice civile in materia di associazioni, fondazioni e altre istituzioni di carattere privato senza scopo di lucro, riconosciute come persone giuridiche o non riconosciute» (art. 2, I co., lett. a); decreto legislativo 3 luglio 2017 n. 117, in Suppl. Ordinario 43 alla G.U. 2 agosto 2017, n. 179, recante *Codice del Terzo settore, a norma dell'articolo 1, comma 2, lettera b), della legge 6 giugno 2016, n. 106*, in particolare v. artt. 20 ss.