

PERSONE FISICHE E GIURIDICHE

Notariato, 2014, 6, 627 (commento alla normativa)

PROFILI OPERATIVI DELLA FONDAZIONE DI PARTECIPAZIONE QUALE ISTITUTO IDONEO ALLA GESTIONE DI SERVIZI CULTURALI ALLA LUCE DELLA VIGENTE SITUAZIONE SOCIO-ECONOMICA

di Filippo Succi (*)

D.Lgs. 20-10-1998, n. 368, art. 10

D.P.C.M. 25-01-2008

La fondazione di partecipazione costituisce un modello innovativo che accoglie e razionalizza l'evoluzione dell'istituto tramite l'inquadramento in un'unica fattispecie dell'elemento personalistico delle associazioni con quello patrimoniale delle fondazioni.

Sommario: [1. Inquadramento in ordine alla natura giuridica dell'istituto e sui criteri giuridici di legittimazione dello stesso](#) - [2. Profili operativi inerenti la possibile partecipazione di enti pubblici alle f.d.p. e operazioni straordinarie riguardanti le medesime](#) - [3. Breve analisi del D.P.C.M. 25 gennaio 2008, n. 31335, contenente le linee guida per la riorganizzazione del sistema di istruzione e formazione tecnica superiore e la costituzione degli istituti tecnici superiori e possibili risvolti operativi](#) - [4. Profili fiscali](#) - [5. Conclusioni](#)

[1. Inquadramento in ordine alla natura giuridica dell'istituto e sui criteri giuridici di legittimazione dello stesso](#)

La fondazione di partecipazione, istituto frutto dell'elaborazione dottrinarie del Notaio Enrico Bellezza ⁽¹⁾, nasce dall'intento di ovviare ad alcuni limiti propri delle fondazioni di stampo "tradizionale", quali la sottopatrimonializzazione determinata dalla vigente situazione economica e l'eccessivo distacco tra ente e fondatore, foriero di una spiccata autoreferenzialità da parte degli amministratori.

L'istituto in trattazione, d'ora in avanti f.d.p., permette di garantire un adeguato apporto economico grazie all'interazione tra realtà pubbliche e private ⁽²⁾ senza la necessità di allocazione, sin dal momento costitutivo, di ingenti patrimoni di difficile reperibilità; inoltre il fondatore non rappresenta più un corpo pressoché estraneo alla vita dell'ente in conseguenza del momento costitutivo ⁽³⁾ ma partecipa attivamente alla gestione della nuova realtà, alla elaborazione delle strategie operative, alla composizione degli organi, in una logica di partecipazione che rende l'istituto sempre più affine ad una società di capitali priva però dello scopo lucrativo.

Altro elemento che ne ha determinato un più che soddisfacente riscontro ai fini pratici è rappresentato dalla pluralità, nella maggior parte delle ipotesi, dei fondatori stessi; sono sempre di più infatti gli enti del genere in esame che prendono vita dalla volontà di rappresentanti di vari soggetti (pubblici e/o privati) i quali, condividendo un progetto, decidono di costituire la nuova persona giuridica senza dover però ricorrere al contratto con comunione di scopo come nel caso delle associazioni; si tratta comunque di atto unilaterale ⁽⁴⁾, con la peculiarità però che la unilateralità proviene da più soggetti e non vi è alcuna sinallagmaticità, dato che le volontà dei fondatori vertono tutte in un'unica direzione.

Si ha poi una formazione progressiva del patrimonio, assolutamente essenziale ai fini pratici, in quanto permette la formazione della "massa critica" in momenti successivi rispetto a quello costitutivo, determinando così il fenomeno, assolutamente peculiare in ambito di enti "no profit", dei fondatori successivi (intesi come contributori al "fondo di dotazione") o, più comunemente, dei partecipanti che si aggiungono con i propri contributi ai fondatori iniziali consentendo un'ampia autonomia in sede di conferimenti, dal momento che essi possono consistere non solo in beni patrimonializzabili ma anche in prestazioni d'opera, in conferimento di beni immateriali, di diritti, di tutto ciò che insomma possa essere utile al raggiungimento degli scopi.

Altra caratteristica che ne accentua la dinamicità consiste nel fatto che le f.d.p., salvo rare eccezioni, non sono mai costituite per erogare rendite, come le fondazioni tradizionali, bensì trattasi di fondazioni operative dato che l'istituto è stato pensato proprio per risolvere i problemi di gestione di progetti non lucrativi, raccogliendo tutti i contributi possibili da parte di coloro che condividono il progetto stesso ed ecco spiegato perché quasi tutti gli esempi fino ad ora costituiti hanno lo scopo di gestire un museo, un teatro, un'orchestra, un ospedale oppure di costruire e gestire un centro di ricerca o una residenza assistita, ecc.

L'erogazione di premi e borse di studio, tradizionale attività delle "vecchie" fondazioni, nelle nuove diviene attività strumentale e secondaria, in un contesto dove tutti i partecipanti contribuenti possono partecipare alla composizione degli organi della fondazione e in ogni caso possono partecipare all'attività dell'ente (se così desiderano) ⁽⁵⁾.

Recentemente si è fatto riferimento anche all'ultimo dei requisiti affinché una fondazione possa definirsi "di partecipazione" ossia la presenza di una complessa struttura corporativa di stampo associazionistico, accomunata da un patrimonio destinato ad un fine "no profit" tipico delle fondazioni.

Ritenuti per acquisiti i dati esposti fin qui, occorre pertanto riaffermare la legittimità della f.d.p. nel nostro ordinamento, messa in dubbio dalla errata usanza di considerare dogma insolubile quello di tipicità delle persone giuridiche, che verrebbe violato dal suddetto in quanto contenente elementi tipici della fondazione "frammisti" a quelli tipici dell'associazione, stante la sua struttura aperta e la possibilità di adesioni che trovano rappresentanza negli organi dell'ente; pertanto esso susciterebbe dubbi non solo sulla disciplina da applicarsi ma finanche circa la legittimità dell'istituto.

In realtà non è così. Possono infatti essere rintracciati elementi documentali e condotte riflessioni che portano a dissolvere le perplessità circa l'ammissibilità nel nostro ordinamento di f.d.p. con conseguente piena affermazione della legittimità dell'istituto ed individuazione della specifica disciplina applicabile al medesimo. Il Consiglio di Stato, peraltro, si è espresso sulla materia, in occasione dell'emissione del parere in ordine al regolamento relativo alla costituzione e alla partecipazione a fondazioni da parte del Ministero per i beni e le attività culturali, adottato ai sensi e per gli effetti dell'art.10 del d.lgs. 20 ottobre 1998, n. 368. Detto

regolamento, che delinea espressamente f.d.p., ha ricevuto infatti il parere favorevole del Consiglio di Stato (n. 194/99) del giorno 11 novembre 1999.

Volendo comunque proseguire nell'eliminazione di eventuali dubbi residui, l'art. 12 del codice civile, ora art. 1 D.P.R. n. 361/2000, va letto nel senso che può essere riconosciuta la personalità giuridica alle fondazioni tipicamente previste, alle associazioni (anch'esse tipicamente disciplinate) ed alle altre istituzioni di carattere privato, necessariamente atipiche, con il che resta a ben vedere letteralmente dimostrato (vista proprio l'architettura in chiave concessorio/normativa dell'articolo in esame) che il sistema del riconoscimento per atto amministrativo della personalità giuridica è riferibile anche alle "altre istituzioni di carattere privato". Ebbene, la f.d.p. è contemplata proprio nella locuzione testè citata, non potendosi assumere che tale riconduzione concreti, in punta di diritto ed ermeneuticamente, un sostanziale "ripiego". A prescindere poi dal *nomen iuris* utilizzato, è dato riscontrare nel nostro ordinamento diverse ipotesi di nascita di fondazioni cui possono partecipare, sia in fase iniziale che successivamente alla loro costituzione, altri soggetti, così delineandosi in facto strutture quali la f.d.p. e, pertanto, proprio quella caratteristica atipicità di struttura individuata a suo tempo dal legislatore.

Esemplare in tal senso è la relazione al Parlamento riguardante il Disegno di Legge sulla Biennale di Venezia (d.lgs. 29 gennaio 1998, n. 19, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del giorno 11 febbraio 1997, n. 289; relazione in "Atti parlamentari, Senato della Repubblica, 1276"), ove si legge testualmente che ... "il Governo ha inteso utilizzare, invece di ricorrere ad una delle figure 'tipiche' disciplinate dal codice civile e cioè associazioni o fondazioni, l'ampia dizione dell'art. 12 del codice civile (che fa riferimento, come è noto, oltre che alle già citate associazioni o fondazioni, anche ad "altre istituzioni di carattere privato") si è così delineata ..." e ciò senza modificare il codice civile.

La f.d.p. trova poi ulteriore consacrazione normativa all'art. 1332 c.c., data la struttura aperta del patrimonio della medesima e conseguentemente la possibilità di ricevere adesioni susseguenti rispetto al momento costitutivo, come paventato dalla norma in esame.

La fondazione in analisi trova espressione costituzionale all'art. 45 ove si afferma "La repubblica riconosce la funzione sociale della cooperazione a carattere di mutualità e senza fini di speculazione privata".

Da una analisi disattenta parrebbe che la norma in esame si riferisca alle sole cooperative e mutue ma è indubbio che anche la f.d.p. rientri nello scopo delineato nell'articolo in esame, dato che la novella è volta a tutelare in generale lo sviluppo della cooperazione senza fine speculativo.

Concludendo in tema di legittimità dell'istituto, appare opportuno riferirsi sempre all'esperienza di giudizi di legittimità già emessi, in sede di riconoscimento della personalità giuridica. Se è vero, in termini generali, che la prassi non ha un particolare valore specifico in tema di determinazione di criteri di legittimità, appare altrettanto veritiero che la prassi delle fondazioni sia particolarmente "pesante", in quanto le medesime esistono perché riconosciute dall'Autorità prefettizia o da quella regionale, le quali provvedono sulla base di una valutazione di legittimità oltre che di merito. Per quello che riguarda il criterio della legittimità, in riferimento alla coerenza dell'impianto statutario ai principi di legge, mentre per ciò che concerne il merito, sulla possibilità di raggiungere gli scopi dichiarati in statuto.

2. Profili operativi inerenti la possibile partecipazione di enti pubblici alle f.d.p. e operazioni straordinarie riguardanti le medesime

Le f.d.p. sono realtà che contemplanò la possibilità di veder confluire al proprio interno sia persone fisiche che persone giuridiche, sia pubbliche che private, in qualità di fondatori o aderenti.

L'istituto in esame rappresenta pertanto un valido strumento atto al perseguimento di scopi di natura altruistica da parte di enti pubblici (6) oltre che privati ma tale possibilità non deve trarre comunque in inganno in ordine alla sua originalità, essendo la compenetrazione di dette realtà in un solo ente fenomeno da tempo diffuso come nel caso delle società di capitale misto, ovvero pubblico e privato, fattispecie oggi ampiamente diffusa nel settore dei servizi pubblici locali, alla luce delle politiche di privatizzazione a livello statale.

Da un punto di vista operativo la possibile interazione tra pubbliche amministrazioni e soggetti privati non è stata di immediata applicazione. Ciò in quanto l'art. 113 del d.lgs. n. 267/2000, alla luce di un iter giurisprudenziale lungo e tortuoso, aveva previsto una procedura ad evidenza pubblica nelle suddette società miste e da tutto questo conseguiva che il socio privato dovesse essere sempre scelto con tale tipo di procedura sia che si trattasse di socio di minoranza o maggioranza mentre in materia di f.d.p. detta procedura non trova comunque applicazione, in quanto lo schema di questo tipo di enti è già di per sé strutturalmente aperto alla partecipazione di altri soggetti, con il solo limite che i soggetti che aderiscono alla fondazione appartengano a determinate tipologie. Pertanto nel caso in esame l'ente pubblico non deve selezionare un nuovo partner da un numero indeterminato di soggetti ma limitarsi a verificare le caratteristiche del nuovo socio aderente, in un contesto settoriale determinato dal legislatore e privo dell'elemento della concorrenzialità.

I motivi che concretamente possono portare alla partecipazione di un ente pubblico ad una fondazione possono essere i più svariati (7) : ad esempio una migliore garanzia in ordine al conseguimento dei propri fini a mezzo della figura giuridica in esame oppure, più in generale, una maggiore funzionalità del diritto comune rispetto alle norme di natura pubblicistica.

Una interazione così prospettata porta all'inevitabile conseguenza di vedere compiute a mezzo di una struttura privatistica attività di ordine pubblico, con l'assunzione da parte della pubblica amministrazione di una posizione di controllo e di garanzia sull'operato della fondazione partecipata. Tale interazione giustifica inoltre interventi legislativi in merito alla partecipazione delle pubbliche amministrazioni alle fondazioni prospettando una variegata casistica che ha permesso agli interpreti di prendere in esame diverse situazioni nelle quali le amministrazioni statali hanno svolto un ruolo più che di mero indirizzo mediante i propri rappresentanti e casi invece in cui l'ente pubblico si è limitato a verificare la coerenza dei fini fondazionali con il proprio programma. Infine ulteriori fattispecie sono rappresentate da un controllo da parte della P.A. successivo al perseguimento del fine "no profit", a mezzo dei tradizionali canoni dei controlli "ex post" (8) .

Situazione in parte differente è invece quella rappresentata da una fondazione connotata da un fine pubblico ma non derivante da una esternalizzazione delle Amministrazioni. In questo caso il fine da perseguirsi viene attuato in maniera "mediata" ossia non attraverso il controllo esercitato sulla fondazione stessa da parte degli enti pubblici bensì mediante la nomina da parte di questi ultimi di membri degli organi rientranti nella compagine della fondazione.

La strutturazione delle fondazioni in esame in caso di partecipazione da parte di enti pubblici mette in risalto quanto detto sino ad ora in quanto vede la necessaria presenza all'interno degli organi adibiti alla gestione delle attività "no profit" di soggetti designati dalle stesse Amministrazioni e l'adozione di strumenti organizzativi idonei alla tutela dei fini pubblicistici, quali ad esempio maggioranze qualificate in considerazione di determinati argomenti oggetto di deliberazioni. E' indubbio che una tale commistione di realtà differenti comporti una maggiore complessità della struttura della f.d.p., in quanto essa deve risultare idonea a prestare adeguate garanzie per la parte pubblica.

Caso sui generis è rappresentato poi dalla partecipazione di imprese esercenti attività di fornitura di servizi o costruzioni, per cui si pone il problema se esse possano prestare i servizi stessi a favore della fondazione di cui fanno parte. A questo riguardo, qualora la fondazione possa definirsi "soggetto aggiudicatore" secondo una disciplina equiparabile a quella delle società c.d. "in house", l'utilizzo da parte dei soci di attività proprie delle imprese partecipanti deve considerarsi assolutamente eccezionale, come riscontrato anche dall'avallo normativo garantito dal d.lgs. n. 163/2006.

Risvolti pratici dell'istituto concernono anche la disciplina giuslavoristica in quanto, pur essendo la fondazione in esame attratta in larghissima parte nell'alveo del diritto comune, esistono ancora casi in cui la disciplina viene affidata a statuizioni di ordine pubblico quali ad esempio le fondazioni universitarie ai sensi e per gli effetti del d.p.r. n. 254/2001. Tuttavia casi come quello appena menzionato debbono ritenersi assolutamente eccezionali e non derogativi della disciplina generale riguardante la applicazione del diritto comune, strumento più flessibile e adatto a permettere l'identificazione di personale idoneo grazie alla contrattazione individuale finalizzata alla determinazione dei singoli rapporti e necessità.

Pur essendo poi la compenetrazione di realtà aventi natura diversa una caratteristica propria degli enti in trattazione, la disciplina normativa non gode ancora di un coordinamento adeguato, vedendosi a tutt'oggi una strutturazione composita.

E' comunque certo che la disciplina in oggetto, pur variegata quanto alle sue fonti, non deve tenere in considerazione alcune tipologie di enti che solo prima facie parrebbero essere di partecipazione.

Tra queste vi sono innanzitutto le fondazioni risultanti da "privatizzazioni" di precedenti enti pubblici e oggetto di finanziamenti da parte dello Stato o di altre Pubbliche Amministrazioni. Tali fondazioni, essendo soggette ad un forte potere di controllo e di indirizzo da parte delle Pubbliche Amministrazioni, rappresentano in sostanza la longa manus di queste ultime.

La seconda categoria è rappresentata dalle fondazioni "strumentali" all'ente che le ha promosse e costituite, caratterizzate da una piena funzionalizzazione dell'attività no profit a favore dell'ente costituente.

In riferimento alle due tipologie appena menzionate sembra corretta la definizione proposta da parte della dottrina, ossia di fondazioni "di diritto pubblico", in cui la struttura di ente no profit non cela una evidente sostanza pubblicistica in quanto le f.d.p. mantengono comunque una finalità privatistica in cui soggetti pubblici e privati interagiscono al fine di svolgere finalità di utilità sociale. Pertanto la disciplina sulle f.d.p. deve incentrarsi prevalentemente su norme di diritto comune salvo ipotesi eccezionali in cui, al fine di salvaguardare interessi pubblicistici, occorre fare riferimento a norme che salvaguardino tali interessi, come nel caso di appalti, per tutelare fattispecie quali la concorrenza e l'imparzialità.

Infine, i profili operativi non possono prescindere dalle operazioni straordinarie concernenti i medesimi ed in particolare la trasformazione da e in fondazione di partecipazione.

L'unico articolo del codice civile contemplativo della trasformazione in tema di fondazioni era l'art. 28 del codice civile secondo cui, a mente del primo comma, "quando lo scopo è esaurito o divenuto impossibile o di scarsa utilità, o il patrimonio è divenuto insufficiente, l'autorità governativa, anziché dichiarare estinta la fondazione, può provvedere alla sua trasformazione, allontanandosi il meno possibile dalla volontà del fondatore".

La trasformazione che viene delineata al suddetto non è tuttavia esemplificativa di quanto verrà detto nel corso della presente in quanto il precetto si limita a ribadire principi conclamati alla luce del rinnovamento attuato a mezzo del d.lgs. n. 6/2003 di riforma del diritto societario, ossia l'operazione de qua come mera modifica statutaria che lascia integri la struttura dell'Ente ed il suo ordinamento, trattandosi piuttosto di trasformazione di scopo. Quello che qui interessa è comprendere se sia ipotizzabile la trasformazione di un ente di diritto privato, avente personalità giuridica, in un altro ente suscettibile di riconoscimento. In termini interrogativi: può, e se sì, come può una Associazione riconosciuta trasformarsi in f.d.p.?

Ante riforma, in assenza di una disciplina codicistica che resolvesse o comunque offrisse riferimenti normativi specifici, non restava che procedere analogicamente partendo dal consolidato presupposto del parallelismo esistente tra società di capitali e associazioni riconosciute alla luce della struttura corporativa che li accomuna. Quale primo aspetto occorre accentrare l'attenzione sull'organo assembleare, fondamentale e primario nelle associazioni come nelle società di capitali (articoli 21, 2370, 2485, 2532 c.c.) e a questo riguardo appare sostenibile affermare che, come nelle società di capitali l'organo assembleare può deliberare la trasformazione in società di persone o in società di capitali con le dovute maggioranze, allo stesso modo una associazione riconosciuta, sulla base della medesima ratio, potrebbe trasformarsi in fondazione di partecipazione non riconosciuta ma suscettibile di riconoscimento.

L'art. 16 c.c., che indica gli elementi costitutivi essenziali dell'atto costitutivo e dello statuto dell'associazione, ammette implicitamente al suo terzo comma che i medesimi possano essere modificati ¹⁰ dagli associati, unici arbitri della associazione. Pertanto qualora i medesimi considerino le norme a suo tempo previste non più consone alla realtà operativa della Associazione, ben possono mutarle.

Quello che cambierà in realtà, alla luce della trasformazione, sarà solamente l'organizzazione dell'ente, la quale sarà rappresentata all'esito dalla fondazione di partecipazione che in sé assommerà gli elementi tipici dell'associazione.

In questo contesto l'associato potrà sempre recedere, in quanto trattasi di diritto incoercibile, libero e costituzionalmente tutelato dall'art. 18 Cost., che offre copertura alla deroga offerta, contenuta nel citato art. 16 c.c. (che non prevede il diritto di recesso), agli articoli 1372 ed 1373 c.c.

Per ciò che concerne la maggioranza richiesta ai fini dell'adozione della delibera, occorre fare riferimento all'art. 21, comma 2, c.c., a mente del quale "per modificare l'atto costitutivo e lo statuto, se in essi non è altrimenti disposto, occorre la presenza di almeno tre quarti degli associati e il voto favorevole della maggioranza dei presenti" e questo significa che, giusta la clausola di salvezza, occorre i quorum previsti dallo statuto per la validità della delibera di trasformazione della assemblea straordinaria: ove lo statuto nulla preveda, soccorrerà il dettato codicistico.

Posto dunque che la deliberazione fosse legittimamente adottata, sulla falsariga ed in estensione analogica dell'art. 2498 c.c., dettato in tema di società, occorre che la medesima determinazione dell'assemblea fosse accompagnata da una relazione di stima del patrimonio sociale. E qui si esplica la seconda delle garanzie, anch'essa nel contempo, esterna ed interna. Interna, perché offre all'associato quella conoscenza patrimoniale della sua associazione che permette allo stesso di esprimere il voto coscientemente, sulla base di adeguata informazione; esterna in quanto rivolgentesi ai terzi, anche a quelli che con l'associazione hanno contrattato.

Approvata la Legge Delega n. 266/2001 per la riforma del diritto societario e posto in essere il relativo decreto di attuazione, vennero sconvolte la maggior parte delle teorie sulla natura della trasformazione, rendendo possibile non più solo il tipo, ma anche lo scopo sociale e la forma organizzativa dell'Ente risultante dalla trasformazione stessa. Pertanto tutte le considerazioni sopra svolte furono fugate a mezzo del concepimento del nuovo istituto della trasformazione eterogenea, espressione massima dell'autonomia privata, che consente di varcare i confini dei mondi del profit e del non profit con un unico procedimento di trasformazione.

Per la trasformazione da società di capitali in ente non lucrativo quale la f.d.p. sono richieste maggioranze superiori a quelle previste per le modifiche statutarie, in quanto, dato che questa ipotesi di trasformazione determina l'uscita della società dal campo lucrativo, occorre che vi sia un consenso più ampio dei soci. Perciò occorrerà il voto favorevole dei due terzi degli aventi diritto e comunque quello dei soci che assumono responsabilità illimitata.

Ai dissenzienti spetterà il diritto di recesso, strumento di tutela della minoranza alla pari delle maggioranze qualificate in seconda convocazione.

L'atto di trasformazione, qualora l'ente risultante sia una f.d.p., produce i medesimi effetti solitamente correlati all'atto di fondazione o alla volontà del fondatore e la delibera relativa dovrà perciò contenere tutti gli elementi relativi anche alle regole di amministrazione, che conterrebbe l'atto costitutivo della fondazione. Per ciò che concerne il procedimento inverso ossia il passaggio da f.d.p. a società di capitali, non sarà sufficiente la deliberazione straordinaria dell'organo competente ed investito del potere relativo in virtù delle tavole di fondazione ma occorrerà un provvedimento dell'autorità governativa alla quale dovrà essere inoltrata apposita istanza di riconoscimento. La trasformazione conseguirà pertanto ad un provvedimento dell'autorità e non alla deliberazione dell'ente come negli altri casi. Le azioni saranno assegnate secondo quanto previsto nell'atto di fondazione, o, in mancanza, secondo quanto dispone l'art. 31 c.c. per il caso di scioglimento e devoluzione dei beni ad enti con fini analoghi.

Fatti questi brevi cenni in ordine alla disciplina della trasformazione alla luce della Riforma, bisogna ora interrogarsi se siano ammissibili, oltre a quelle disciplinate dagli artt. 2500 septies e octies (introdotti dalla riforma del Titolo V del libro V del codice civile) ⁽⁹⁾, altri tipi di trasformazioni eterogenee e cioè trasformazioni eterogenee atipiche di enti no profit in società atipiche, in quanto non espressamente previste dal codice civile né da leggi speciali.

A questo riguardo, ciò che preme sottolineare è che il favore legislativo verso l'autonomia privata deve indurre a ritenere che ormai la trasformazione o, meglio la "trasformabilità", sia principio di ordine generale, avendo il legislatore della riforma inteso affermare come non sussista un interesse pubblico da tutelare, introducendo un divieto tale da impedire che qualsiasi organizzazione di patrimonio, di persone o comunque di beni possa assumere una forma giuridica diversa, liberamente ritenuta idonea per l'impresa dagli aventi diritto. A conferma di quest'affermazione milita la rilevante produzione dottrina e giurisprudenziale che già ante riforma aveva sostenuto ed accettato la trasformazione di consorzi in società consortili, di associazioni in società cooperative e viceversa; e ciò in anni in cui la trasformazione era ancora intesa dagli interpreti come mutamento della causa negoziale ⁽¹⁰⁾.

Nello scenario appena descritto si collocano gli artt. 2500 septies, 2500 octies e 2500 novies, gli ultimi due dei quali formano oggetto di questa analisi.

Dall'esame di questi i emerge con chiarezza il definitivo abbandono della teoria della causa negoziale, che non rileva più in tema di trasformazione e emerge chiaramente come il Legislatore abbia permesso la trasformazione di soggetti privi di qualsiasi autonomia giuridica, anche imperfetta, fino ad ammettere l'operazione in presenza di "entità" che soggetti non possono qualificarsi, quando anche costituiscono un centro di interessi tutelati dall'ordinamento: si pensi alle comunioni d'azienda ed ai consorzi con attività interna.

Si può legittimamente sostenere pertanto, da un lato come corollario e dall'altro quale presupposto generale di quanto detto, che la disciplina della trasformazione eterogenea non sia assistita né faccia applicazione del principio di tipicità, ben noto al nostro ordinamento.

Né può rintracciarsi un indizio a contrario, e cioè a sostegno della tesi opposta, nell'analisi del testo codicistico novellato, analisi compiuta grazie alla lucida e condivisibile motivazione della Commissione milanese per

la redazione di principi uniformi in tema di società, che ha ritenuto pienamente lecita la trasformazione eterogenea in società di persone ⁽¹¹⁾.

Da un lato si fa rilevare che nel codice non sono disciplinate le trasformazioni di ed in società di persone, le quali devono pur essere comunemente ammesse e così dicasi, con i noti limiti, per le fusioni eterogenee ⁽¹²⁾; dall'altro lato, far derivare il principio di tipicità dal dato codicistico letterale e dall'elencazione in esso contenuta circa l'espressa possibilità di trasformazione di società di capitali in associazione non riconosciuta e quella di associazione riconosciuta in società di capitali (laddove quindi il Legislatore, avendo presente la distinzione tra associazione riconosciuta ed associazione non riconosciuta, avrebbe fatto applicazione del principio di tipicità) non prova il principio stesso di tipicità.

Dato dunque per acquisito che la trasformazione è fenomeno generale di sistema e del nuovo sistema codicistico, che il criterio dell'omogeneità causale è stato definitivamente abbandonato, che il legislatore ha inteso solamente elencare quelli che ha ritenuto fossero i più controversi o comuni casi di trasformazione eterogenea, senza per ciò escludere tutti gli altri, rimane da considerare se residuino e, in caso affermativo, quali siano eventuali controindicazioni all'affermazione della libera e generale trasformabilità di qualsiasi ente non profit in società, di persone o di capitali.

Una prima considerazione da prendere in esame è quella che ritiene costituisca impedimento a quanto sopra affermato la necessità della tutela dei terzi creditori.

Infatti secondo taluni il minimo comun denominatore di tutte le trasformazioni eterogenee atipiche ammissibili dovrebbe essere quello della tutela dei creditori, elemento che nella trasformazione eterogenea (tipica o atipica) non potrebbe mai mancare.

La disposizione dell'art. 2500 novies, che deroga al nuovo principio di definitiva efficacia e non pronunciabilità dell'invalidità della trasformazione dal momento dell'iscrizione nel registro delle imprese, sembrerebbe far concludere che in tutti i casi in cui i creditori non abbiano modo di venire a conoscenza della trasformazione deliberata per mancanza di forme di pubblicità obbligatoria in capo all'ente che si trasforma, la trasformazione non sarebbe ammissibile ⁽¹³⁾. Ma così non è; sia nel caso di consorzio con attività interna che in quello di comunione d'azienda i creditori si trovano nella materiale impossibilità di sapere che è stata deliberata una trasformazione.

Il disposto dell'art. 2500 novies pare dunque debba essere letto nel senso che in tutti i casi di trasformazione eterogenea vi sarà la sospensione dell'efficacia per consentire l'eventuale opposizione.

Ma l'opposizione può essere esercitata solamente se l'ente trasformato è soggetto a pubblicità nel registro delle imprese.

In realtà pare potersi affermare che il legislatore, considerando la trasformazione principio generale e lasciandone l'applicazione all'autonomia privata, abbia inteso tutelare l'interesse dei creditori e dei soggetti che a diverso titolo partecipano all'ente trasformato mediante lo strumento dei quorum qualificati.

In conclusione sembra oggi possibile affermare che, essendo la trasformazione (o meglio la trasformabilità) un fenomeno divenuto generale nel sistema, sia possibile, con le opportune cautele di forma ed a tutela dei partecipanti e dei creditori, trasformare da e in fondazione di partecipazione qualsiasi ente o soggetto, societario o non societario, riconosciuto o non riconosciuto. Infatti le norme oggi vigenti non appongono limiti.

3. Breve analisi del D.P.C.M. 25 gennaio 2008, n. 31335, contenente le linee guida per la riorganizzazione del sistema di istruzione e formazione tecnica superiore e la costituzione degli istituti tecnici superiori e possibili risvolti operativi

La f.d.p. ha trovato di recente importante riscontro normativo nel decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 25 gennaio 2008, n. 31335, mediante il quale si è statuito che la denominazione di "istituto tecnico superiore" con l'indicazione del settore di riferimento debba essere esclusivamente attribuita alle strutture configurate secondo lo standard organizzativo della fondazione di partecipazione.

Detto riscontro trae origine dal fatto che le f.d.p. sono state ritenute modello organizzativo maggiormente idoneo a permettere lo sviluppo e la salvaguardia degli obiettivi che il suddetto decreto fa propri, come ad esempio la maggiore stabilizzazione dell'offerta inerente i percorsi volti al conseguimento di un'ideale specializzazione tecnica superiore da parte di giovani e meno giovani tale da poter permettere una adeguata richiesta peritale da parte del mercato del lavoro oppure rafforzare la collaborazione con il territorio, l'ambito scientifico e quello riguardante la formazione professionale.

Da un punto di vista operativo, pertanto, l'emanazione del suddetto decreto non fa che avvalorare l'orientamento secondo cui la f.d.p. sarebbe strumento maggiormente idoneo al perseguimento di dette finalità.

La personalità giuridica da parte degli istituti tecnici superiori viene acquistata ai sensi del D.P.R. 10 febbraio 2000 mediante apposita iscrizione nel registro delle persone giuridiche istituito presso la prefettura della provincia nella quale ha sede e vi è necessità inoltre che la regione attribuisca il riconoscimento della personalità giuridica a questi enti con apposita iscrizione nel registro regionale.

Pertanto, sulla base di quanto detto, può affermarsi che la necessità di stabilizzazione dell'integrazione tra soggetti formativi, enti locali e attività imprenditoriali possa attuarsi con successo mediante lo strumento della f.d.p. quale strumento giuridico idoneo a permettere una maggiore interazione tra realtà pubbliche e private.

4. Profili fiscali

I profili fiscali riguardanti le f.d.p. sono gli stessi inerenti le fondazioni ordinarie.

In particolare ci si riferisce alle imposte applicabili a questi enti quali l'Ires, l'Iva e altri tributi sugli atti come l'imposta di registro.

Particolarmente interessanti sono poi alcune considerazioni riguardanti certi profili che si riferiscono più specificamente ad aspetti di natura soggettiva. Ad esempio la possibilità di qualificazione delle fondazioni come Onlus non ha motivo di risultare peregrina in considerazione dei suoi profili generali.

Infatti il primo comma dell'art. 10 del d.lgs. n. 460 del 4 dicembre 1997 prevede che "sono organizzazioni non lucrative di utilità sociale le associazioni, i comitati, le fondazioni, le società cooperative e gli altri enti

di carattere privato, con o senza personalità giuridica. Conseguentemente, perché una fondazione possa considerarsi Onlus, deve trattarsi di fondazione giuridicamente propria e deve avere inoltre tutti gli altri requisiti, per la qualifica in essere, posti con l'art. 10 sopra citato.

In considerazione dei suddetti requisiti, le principali considerazioni in materia di f.d.p. si determinano in relazione a quelli di cui alla lett. H), ossia alla norma che prevede la "disciplina uniforme del rapporto associativo e delle modalità associative volte a garantire l'effettività dello stesso rapporto escludendo la temporaneità della partecipazione alla stessa vita associativa e prevedendo per gli associati o partecipanti maggiori d'età il diritto di voto per l'approvazione e le modificazioni dello statuto e dei regolamenti e per la nomina degli organi direttivi dell'associazione."

Tale previsione potrebbe essere lontana dalla tematica in oggetto in quanto essa può ritenersi estranea al concetto di fondazione ma in considerazione delle f.d.p. occorre fare valutazioni più oculate a proposito della citata estraneità.

Da una parte è doveroso affermare che l'indubbia qualificazione di fondazione delle f.d.p. porterebbe a concludere per la non applicabilità della predetta normativa.

Tuttavia il tema potrebbe essere influenzato in maniera considerevole dal ruolo svolto da un'altra qualificazione soggettiva rilevante in materia fiscale cioè quella di ente associativo di cui all'art. 148 del T.U.I.R. Tale qualifica soggettiva riveste un grande rilievo sia ai fini Ires che a quelli Iva dato che permette di annoverare come non commerciali tutte le prestazioni di servizio specifiche rese dall'ente in favore degli associati anche dietro pagamento di corrispettivi.

Una analisi letterale della norma non parrebbe riferibile alla fondazione in considerazione del fatto che presuppone la presenza di soggetti associati, qualificazione non riconnettibile alle fondazioni.

Tuttavia, mentre tale conclusione può sembrare ovvia in riferimento alle fondazioni "tradizionali", lo stesso non appare così scontato per le f.d.p. che, come già ampiamente detto nel corso della presente trattazione, presentano una struttura corporativa di natura associativa.

A riguardo l'Agenzia delle Entrate nella risoluzione n. 164/E del 28 dicembre 2004 ha affermato che: "qualora il soggetto che chiede l'iscrizione nell'anagrafe delle Onlus annoveri tra i propri soci enti esclusi espressamente dall'area Onlus ai sensi dell'art.10, comma 10, d.lgs. n. 460 del 1997 sia necessario verificare il ruolo che tali enti ricoprono all'interno dell'organizzazione e dovrà concludersi per il diniego della qualifica di Onlus qualora si constati che gli "enti esclusi" ai sensi del citato art. 10 del d.lgs. n. 460 del 1997 esercitino un'influenza dominante nelle determinazioni dell'organizzazione".

Detta presa di posizione da parte dell'Erario è stata oggetto di critiche in forma ufficiale ed in particolare si è preso in analisi l'atto di indirizzo di carattere generale reso ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. a), D.P.C.M. 21 marzo 2001, n. 329 e approvato in data 23 novembre 2004, con cui l'Agenzia per le Onlus ha affermato l'irrelevanza, ai fini della natura privata di una fondazione, della partecipazione di un soggetto fondatore che rivesta la natura di ente pubblico.

In particolar modo, l'Agenzia per le Onlus è arrivata alla conclusione che non sussistono ostacoli verso il fatto che una fondazione, costituitasi con gli apporti non esclusivi di un ente pubblico, possa legittimamente assumere la qualifica di Onlus, godendo delle relative agevolazioni fiscali.

La suddetta conclusione appare tra l'altro perfettamente coerente con le soluzioni elaborate sul tema dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato, richiamate dall'Agenzia per le Onlus stessa a sostegno dell'orientamento assunto nell'atto di indirizzo.

Ciò detto, l'art. 148 del T.U.I.R. prevede per gli enti di tipo associativo significative agevolazioni fiscali. In particolare il legislatore non considera commerciale "l'attività svolta nei confronti degli associati o partecipanti, in conformità alle finalità istituzionali, dalle associazioni, dai consorzi e dagli altri enti non commerciali di tipo associativo".

L'Agenzia delle Entrate, nella già citata risoluzione, ha precisato che, ai fini della acquisizione di Onlus per le fondazioni di partecipazione, sarà necessario verificare che la presenza tra i soci fondatori o sostenitori della fondazione di enti pubblici e di società commerciali non sia prevalente e comunque tale da esercitare una importante influenza nella determinazione organizzativa.

Pertanto si può concludere che è la stessa Amministrazione finanziaria a ritenere applicabile alle f.d.p. i benefici fiscali previsti dall'art. 148 T.U.I.R. per gli enti di tipo associativo, stante la menzionata presenza all'interno di esse di "soci fondatori" e di "partecipanti".

5. Conclusioni

Si può affermare quindi che numerosi sono gli aspetti positivi della f.d.p. sotto molteplici profili, sia quello dell'efficienza ed efficacia dell'azione sia quello dell'economicità.

La figura in esame infatti, proprio per la sua atipicità, presenta una elasticità e una duttilità che permettono di adeguarne la struttura allo scopo e alla composizione individuati nella singola fattispecie, quali ad esempio la possibilità di inserire il sistema del voto ponderato mediante il quale garantire una maggiore incisività dei fondatori o dei soggetti pubblici.

In estrema sintesi, come già ampiamente detto, la f.d.p. permette la cooperazione tra pubblico e privato e in un'ottica di efficienza, di durata e di progettualità della struttura, anche la possibilità che gli stessi soci deliberino a determinate condizioni lo scioglimento dell'ente.

Inoltre l'istituto in questione presenta un elevato grado di autonomia, indipendentemente dagli eventi che possono colpire i fondatori e ciò ha risvolti positivi sia sulla durata che sull'efficienza della struttura. Infine l'istituto usufruisce di un regime fiscale agevolato proprio degli enti senza scopo di lucro

In conclusione la f.d.p. si presenta quale istituto giuridico non lucrativo, fiscalmente agevolato e gestibile secondo criteri di efficienza ed economicità, in grado di far coesistere in un unico ente soggetti pubblici e privati, ciascuno con la possibilità di mantenere intatte le proprie caratteristiche permettendo forse una rivalutazione dell'istituto delle fondazioni come idoneo a servire finalità nuove nel segno dell'incoraggiamento e della promozione.

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un referee.

(1) E. Bellezza, F. Florian, *Le fondazioni del terzo millennio*, Passigli, 1998; E. Bellezza, F. Florian, con la collaborazione di M. Meneguzzo, *Il modello delle cattedrali-Costruire l'impresa non lucrativa*, Passigli, 2001; v. anche A. Hinna, *Organizzare la cultura*, McGraw-hill Italia, 2004.

(2) Per un inquadramento generale del concetto di sussidiarietà orizzontale, si vedano, tra i molti, R. Pini, *Sussidiarietà ed essenzialità nei servizi pubblici*, in *Il Diritto dell'Economia*, 1997, I, 7 e A. Moscarini, *Sussidiarietà e libertà economiche, in Diritto e Società*, 1999, 3, 433 ss.; sul punto si veda anche F. Roversi Monaco, *Interessi pubblici ed Interessi privati nella disciplina e nella attività delle fondazioni. gli enti privati di interesse pubblico in vita notarile*, 1998, II, 338 ss.

(3) A tal proposito, si veda G. Iorio, *Le Fondazioni*, ne *Il diritto privato oggi* a cura di Paolo Cendon, Giuffrè Editore, Milano 1997, 12 ss. In particolare, l'autore sottolinea che: "l'esecuzione dell'atto di fondazione (...) è affidato a persone diverse dal fondatore, ovvero agli amministratori della Fondazione". Significativo è, in proposito, un parere del Consiglio di Stato, secondo cui: "Il Fondatore può riservarsi, all'atto di fondazione, la nomina a vita di membri del consiglio di amministrazione, ma non può riservarsi tale nomina per ogni successiva rinnovazione del consiglio (...) Il Fondatore non è organo dell'ente da lui istituito; pertanto egli non può riservarsi la facoltà di sciogliere il Consiglio di amministrazione della fondazione (...), di modificare l'atto costitutivo e lo statuto della fondazione (Cons. Stato 1 giugno 1960, n. 148, in *Cons. Stato*, 1961, 644).

(4) "In verità nell'ipotesi di più fondatori partecipanti all'atto, può seriamente dubitarsi dell'unicità del negozio privato, appare più esatta, sotto il codice costruttivo, la tesi della pluralità dei negozi; alla pluralità dei negozi non contraddice l'unità della forma in cui sono racchiuse le singole dichiarazioni di volontà dei fondatori. Poiché i singoli atti di autonomia sono indirizzati allo stesso fine, ad essi fa seguito un solo atto amministrativo (il provvedimento che concede la personalità alla fondazione). P. Rescigno, *Negozio privato di fondazione e atto amministrativo di riconoscimento*, in *Giur.it.*, 1968, 1353-1358.

(5) G. Iudica P. Zatti, *Linguaggio e regole del diritto privato*, Cedam, Padova, 2000, 532: "La fondazione (...) esige non solo un patrimonio iniziale con una stabile destinazione di scopo ma anche un fondo di gestione, che pretende di essere costantemente alimentato per sostenere gli eventi culturali o sociali che si vogliono realizzare. Appare pertanto normale aprire la Fondazione agli apporti economici e alla partecipazione di soggetti pubblici o privati diversi dai fondatori ed è consequenziale a questa necessità quella di consentire a tali soggetti di poter controllare come vengono spesi i contributi da loro versati e di poter interloquire sulle scelte culturali o economiche compiute dall'ente".

(6) Per una migliore disamina dell'argomento cfr. *Fondazioni e attività amministrativa*, a cura di S. Raimondi - R. Ursi, Giappichelli, Torino, 2006.

(7) Sul punto si veda G. Napolitano, *Le fondazioni di origine pubblica: origine e regole*, in *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2003; F. Merusi, *La privatizzazione per fondazioni tra pubblico e privato*, in *Dir. Amm.*, 2004, 463.

(8) Per una migliore disamina si veda S. Cassese, *La disciplina delle fondazioni: situazioni e prospettive*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, Giuffrè, Milano, 1998, II, 1, 161; Id., *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1998, 583.

(9) Per una visione complessiva in merito alla riforma del Titolo V libro V c.c. si vedano, tra gli altri, Bellezza, Gubitosi, *La nuova disciplina del diritto societario*, La Tribuna, Piacenza, 2003; Bellezza, Neil Vizzini, *Guida ai nuovi statuti societari*, La Tribuna, Piacenza, 2004; Bortoluzzi, *La riforma delle società, Aspetti applicativi*, Utet, Torino, 2004; Ambrosini, *La riforma delle società, profili della nuova disciplina*, Torino, 2003.

(10) In tal senso Serra, *La trasformazione e la fusione della società*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, Torino, 1985, 330 ss.; Marasà, *Nuovi confini delle trasformazioni e fusioni nei contratti associativi*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, 311 ss.; Cagnasso, *La trasformazione delle società*, in *Commentario del codice civile*, a cura di P. Schlesinger, Milano, 1990, 61.

(11) Misericocchi, Marchetti, Notari, Rescio, Agostini, Caspani, De Stefano, Marsala, Zabban, *Le massime del Consiglio Notarile di Milano*, nella collana *Riforma del diritto societario*, IPSOA, 2005.

(12) Si vedano Zoppini, *Le prospettive di riforma delle associazioni e delle fondazioni: considerazioni a margine della riforma del diritto societario*, in Visintini (cur.), *Gli enti non profit tra codice civile e legislazione speciale*, Napoli, 2003, 255 ss., nonché in Fusaro, *La riforma del diritto delle associazioni*, in *Giur. it.*, 2000, IV, 2427. Marasà, *Le trasformazioni eterogenee*, in *Riv. notar.*, 2003, I, 585 ss.; De Angelis, *Le operazioni di trasformazione, fusione e scissione nella legge delega per la riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2002, 41 ss., nonché Id., *La trasformazione nella riforma del diritto societario*, in *Soc.*, 2003, 2 bis, 383 ss.



[\(13\)](#) Sul registro delle imprese si vedano Bocchini, *Il Registro delle imprese*, 6, *La giurisprudenza d'impresa*, CEDAM, Padova, 1997; Marasà-Ibba, *Il registro delle imprese*, da *Il diritto attuale*, Utet, Torino, 1997; la sintesi più comprensiva si rinvia in Pugliatti, *La trascrizione, La pubblicità in generale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. Cicu e F. Messineo, XIV-I, I, Milano, 1957, 92 ss., 168 ss. V. su di essa Gallo, *La pubblicità nell'esperienza giuridica romana e contemporanea*, in *Labeo*, 1958, 89 ss.; Nicolò, *La trascrizione*, I, Milano, 1973, 10 s.