

Relazione del Consiglio di Amministrazione
per la trasformazione di
ATER – Associazione Teatrale Emilia Romagna
in Fondazione di Partecipazione

Premessa

ATER – Associazione Teatrale Emilia Romagna: elementi essenziali

La partecipazione pubblica nel settore delle attività culturali

Associazioni e Fondazioni: elementi essenziali, riferimenti legislativi

Organismi di diritto pubblico, aiuti di stato e società in house: limiti conflitti e disciplina

La trasformazione di ATER – Associazione Teatrale Emilia Romagna da associazione riconosciuta a fondazione di partecipazione

Il nuovo Statuto: alcuni cenni

Profili di rischio e situazione patrimoniale

Conclusioni e motivazioni della trasformazione

Premessa

L'art. 42 bis del codice civile "Trasformazione, fusione e scissione", inserito dall'art. 98 del D. Lgs. 3/7/2017 n. 117 con decorrenza dal 3/8/2017 nel corpo delle norme che riguardano le fondazioni, formalizza la liceità dell'operazione di trasformazione diretta di una associazione riconosciuta in fondazione.

Infatti il citato articolo così recita:

“Se non è espressamente escluso dall'atto costitutivo o dallo statuto, le associazioni riconosciute e non riconosciute e le fondazioni di cui al presente titolo possono operare reciproche trasformazioni, fusioni o scissioni. La trasformazione produce gli effetti di cui all'articolo 2498. L'organo di amministrazione deve predisporre una relazione relativa alla situazione patrimoniale dell'ente in via di trasformazione contenente l'elenco dei creditori, aggiornata a non più di centoventi giorni precedenti la delibera di trasformazione, nonché la relazione di cui all'articolo 2500-sexies, secondo comma. Si applicano inoltre gli articoli 2499, 2500, 2500-bis, 2500-ter, secondo comma, 2500-quinquies e 2500-nonies, in quanto compatibili”.

Lo statuto attualmente in vigore di ATER, approvato il 4/7/2011, non affronta l'argomento della trasformazione e perciò nemmeno espressamente la esclude, circostanza che sarebbe stata causa ostativa della trasformazione ai sensi del citato art. 42 bis del codice civile.

Pertanto l'operazione è perfettamente possibile e produrrà gli effetti di cui all'articolo 2498 del codice civile: la fondazione conserverà i diritti e gli obblighi e proseguirà in tutti i rapporti anche processuali dell'associazione riconosciuta.

La presente relazione degli Amministratori, richiamata nell'art. 42 bis del Codice Civile, è coerente con la disposizione che prevede che l'organo amministrativo predisponga una relazione che illustri le motivazioni e gli effetti della trasformazione in questo caso diretta da Associazione riconosciuta a Fondazione di Partecipazione. E' stata inoltre predisposta una relazione economico-patrimoniale dell'ente trasformando a cura di un professionista esterno incaricato e approvato un bilancio economico-patrimoniale modello CEE con nota integrativa al 30.06.2019 corredato dall'elenco dei creditori a tale data.

Copia della documentazione redatta e predisposta sarà depositata presso la sede sociale durante i trenta giorni che precedono l'assemblea che sarà convocata per deliberare la trasformazione: i soci hanno diritto di prenderne visione e di ottenere gratuitamente copia (art. 2500 sexies secondo comma).

Negli ultimi anni la produzione normativa comunitaria unita alla necessità italiana di ripensare il ruolo e la finalità degli organismi partecipati hanno determinato modifiche sostanziali alla disciplina della relazione tra gli enti pubblici controllanti e le società o gli enti partecipati.

La nuova strumentazione giuridica non ha tuttavia sciolto in modo definitivo i nodi più complessi concentrandosi prevalentemente su una più puntuale definizione della fase

gestoria di tali enti e forse tralasciando di fare definitiva chiarezza sugli elementi essenziali delle forme giuridiche che detti enti partecipati possono assumere; così, a fronte di una più chiara disciplina sul controllo degli enti, rimane ancora non risolta la natura “polimerica” di questi enti – che possono essere costituiti da gruppi molecolari anche diversi così come lo sono norme civilistiche e pubblicistiche – con l’indubbio aggravio, per i soggetti controllori e per coloro che li amministrano, di dover svolgere la propria attività rispettando allo stesso tempo la normativa civilistica prevista per la tipologia giuridica assunta dall’ente ed anche le numerose ed a volte non coordinate norme pubbliche di disciplina degli enti partecipati, una attività che si traduce in un tentativo senza soluzione di continuità di comprendere e interpretare norme di diversa derivazione e dalle altrettanto diverse finalità che tra loro si incontrano e si scontrano fino a formare questo polimero che – immaginandolo come un flusso – sembra assumere nel tempo la sembianza della doppia elica di un dna che si compone di norme che partendo distinte si incontrano fino a costituire una forma nuova che, tuttavia, ad oggi non ha ancora trovato una propria autonoma codificazione.

La difficoltà della condizione “doppia” di questi enti ha forse contribuito a generare una semplificazione dal momento che invece di interrogarsi opportunamente sulla loro natura ontologica, ci si è concentrati, assai più frequentemente, sulla pedissequa attuazione delle norme di volta in volta introdotte senza alcuna riflessione sul loro impatto nella gestione dell’ente stesso.

Questo modello si è tradotto negli ultimi anni in una eccessiva attenzione sull’attività di riordino *tout court* in un esercizio più formale che sostanziale restando spesso totalmente inalterate sia la struttura dei costi che delle attività degli enti “riordinati”.

Così un iniziale e assai sensato impulso a ridurre il numero delle partecipate, avendo cura di ricondurre questi enti all’alveo delle attività di interesse pubblico e limitando, in questo modo, la loro presenza sul mercato, si è tradotta in un mero adempimento i cui risultati in termini di efficacia e di efficienza, oltre che di risparmio, sono difficilmente identificabili.

Diversa era la ratio che aveva condotto economisti e giuristi ad invocare un riordino delle partecipate: un percorso volto contestualmente a ricondurre l’amministrazione nel proprio ambito d’elezione lasciando al mercato privato la produzione di quei servizi non istituzionali - che avrebbero tratto indubbio giovamento dal gioco della concorrenza - e ad eliminare enti ed organismi la cui inutilità era dimostrata *de plano* sia dalla loro troppo esigua dimensione – inadatta a generare economie di scala – sia dalle conseguenti perdite di gestione.

Se questo era il presupposto della normativa comunitaria l’interpretazione nazionale, esorbitando il significato ed il ruolo, si è tradotta in un mero riassetto che il più delle volte non si è preliminarmente interrogato né sulla natura dei servizi offerti né sulla funzione più o meno strategica degli enti coinvolti limitandosi ad eseguire il compito senza visione imprenditoriale e di lungo periodo.

Per queste ragioni affrontare l’analisi di un ente partecipato alla luce delle norme di recente introduzione non può prescindere dalla identificazione di un percorso che non ne snaturi il significato ma che, al contrario, sfrutti il necessario allineamento alle norme come un momento per ripensare il proprio ruolo e le proprie potenzialità al fine di

utilizzare l'eventuale riassetto non necessariamente per ridimensionare bensì più correttamente per riposizionarsi in vista delle sfide future.

A tal fine si è commissionato uno studio ad un consulente esterno per analizzare la mutata disciplina pubblicistica con l'obiettivo di ipotizzare la transizione di Ater da associazione di promozione culturale storicamente rilevante per il territorio regionale ad ente capace di affrontare le sfide del futuro con un nuovo assetto più coerente con la normativa nazionale e comunitaria.

Tale studio, dopo una breve analisi della tipologia degli enti di natura culturale e della loro natura giuridica, ha analizzato la natura di Ater alla luce della disciplina del recente decreto legislativo 175/2016, della disciplina in materia di società in house e di quella in materia di aiuti di stato, guardando dunque all'ipotesi di riorganizzazione e conseguente trasformazione di Ater prendendo in considerazione, come modello alternativo all'associazione, la sola fondazione in partecipazione.

Si riportano di seguito le parti più importanti del sopracitato studio, che diventano parte integrante della presente relazione, al fine di motivare la decisione del Consiglio di Amministrazione di trasformazione di ATER – Associazione Teatrale Emilia Romagna in Fondazione di Partecipazione.

ATER – Associazione Teatrale Emilia Romagna: elementi essenziali

L'Associazione Teatrale Emilia Romagna (A.T.E.R.) è una associazione riconosciuta di diritto privato (art.1, 2° comma, dello Statuto), senza alcun fine di lucro. Fondata nel 1964, ha lo scopo di promuovere, valorizzare, sviluppare e diffondere sul territorio regionale, nazionale ed internazionale, le attività teatrali di prosa, musica e spettacolo, di favorire lo sviluppo e la diffusione dello spettacolo dal vivo, oltre che favorire le iniziative educative connesse, nonché la promozione e la diffusione della cultura in generale.

Nella sua cinquantennale storia ha adeguato la sua missione originaria al mutamento degli scenari e alla grande crescita sociale ed economica del territorio regionale, dell'intero Paese e della vita culturale e dello spettacolo.

Nel tempo l'associazione, che dopo pochi anni aveva raccolto l'adesione della maggior parte dei comuni e delle province dell'Emilia-Romagna, e che, pur mantenendo la sua totale autonomia, viene riconosciuta con una specifica legge Regionale, ha creato tre strumenti produttivi: l'Orchestra dell'ATER, l'organismo di produzione teatrale Emilia Romagna Teatro e la compagnia di danza Aterballetto, con l'intento di servire il proprio territorio e di dare un contributo al Paese.

Ha inoltre accresciuto l'attività di importazione e circuitazione di spettacoli, gestita dal settore, costituendo a tal fine Aterscambi, che all'inizio degli anni '80 ha iniziato anche a mettere a frutto l'esperienza internazionale con alcuni progetti importanti.

Verso la fine degli anni '80, la Regione Emilia Romagna ha regolamentato con alcune prime leggi lo spettacolo, di conseguenza Ater ha dato corso ad una riforma dell'associazione, rendendo autonome le strutture produttive, così costituendo quelle che oggi sono l'Orchestra sinfonica dell'Emilia-Romagna "Arturo Toscanini", lo stabile pubblico "Emilia Romagna Teatro" (ERT) e la Fondazione Nazionale della Danza con la

sua compagnia Aterballetto. Ogni struttura trova sede in un capoluogo di provincia rimanendo associata all'ATER, casa madre dello spettacolo, di cui la Regione Emilia-Romagna è diventato il socio principale.

Con il tempo sono aumentati inoltre i soci della associazione, che oggi comprendono sia Enti Pubblici che soggetti privati dell'Emilia-Romagna che operano nel settore dello spettacolo.

In particolare sono soci di Ater: la Regione Emilia-Romagna, la provincia di Reggio Emilia, diverse amministrazioni comunali (il Comune di Boretto, il Comune di Busseto, il Comune di Carpi, il Comune di Casalecchio di Reno, il Comune di Casalgrande, il Comune di Cattolica, il Comune di Cervia, il Comune di Cesenatico, il Comune di Concordia, il Comune di Conselice, il Comune di Correggio, il Comune di Cotignola, il Comune di Ferrara, il Comune di Fidenza, il Comune di Finale Emilia, il Comune di Guastalla, il Comune di Imola, il Comune di Lugo, il Comune di Maranello, il Comune di Mirandola, il Comune di Modena, il Comune di Morciano di Romagna, il Comune di Novellara, il Comune di Parma, il Comune di Pavullo nel Frignano, il Comune di Ravenna, il Comune di Reggio Emilia, il Comune di Rimini, il Comune di Russi, il Comune di San Martino in Rio, il Comune di Santarcangelo di Romagna, il Comune di Sassuolo, il Comune di Savignano sul Rubicone, il Comune di Scandiano ed il Comune di Vignola), enti a partecipazione regionale (Fondazione Teatro Comunale di Bologna, Fondazione Arturo Toscanini, Fondazione nazionale della danza, Emilia Romagna Teatro Fondazione) ed organismi privati (Fondazione Teatri di Piacenza, Fondazione Teatro Due, la Corte Ospitale, Teatro delle Ariette, Teatro due mondi, Anci Emilia Romagna, Legacoop Bologna, Emilia Romagna Festival, Fondazione teatro Comunale Borgatti Cento).

La partecipazione ampia, diffusa e variegata della compagine associativa, caratterizzata dalla presenza di una maggioranza di soci pubblici territoriali, è uno dei punti fondanti dell'associazione in quanto consente di garantire ampia diffusione delle proprie attività sul territorio regionale perseguendo finalità di interesse pubblico di elevata qualità consentendo ai soci una partecipazione modulata sulle proprie esigenze e possibilità.

Già nel 2007 in un rapporto predisposto su incarico del Ministero competente per il monitoraggio a livello nazionale dei circuiti teatrali regionali, l'autore descrivendo ATER afferma *“Ater opera nel campo dei servizi di promozione, di distribuzione, di studio e di formazione, incidendo in maniera decisiva sullo sviluppo della vita culturale, anche al di fuori dei confini regionali. Vera rete regionale...è in assoluto una delle più significative realtà di circuitazione del territorio nazionale. Oltre a coordinare l'intero settore dello spettacolo nei teatri della regione, è molto attiva nel settore degli scambi internazionali (Aterscambi), in quello della formazione ed in quello della comunicazione e l'osservatorio dello spettacolo...”*¹.

Lo scopo sociale di Ater si caratterizza per la prevalenza di attività di promozione e diffusione sul territorio regionale, ma anche nazionale ed internazionale, di attività teatrali

¹ Napolitano R., 2007, *“I circuiti teatrali territoriali – Censimento delle reti formali ed informali nel settore dello spettacolo”*, Ministero per i Beni e le Attività Culturali.

di prosa, musica, danza e spettacolo, oltre che la promozione di attività educative connesse all'ambito culturale e della cultura in genere.

Il prospetto di bilancio di Ater mostra una condizione di sostanziale equilibrio tra costi e ricavi con una preponderanza quanto ai ricavi dell'attività di "circuito multidisciplinare" e di "scambio internazionale" le quali, come è ovvio, rappresentano allo stesso tempo le maggiori voci di costo.

La partecipazione pubblica nel settore delle attività culturali

La presenza e l'attività degli enti pubblici nel settore delle attività culturali può essere affrontata da due distinti punti di vista: il primo che concerne gli assetti istituzionali che caratterizzano gli organismi culturali partecipati da enti pubblici, e che nel tempo hanno subito importanti modificazioni, il secondo che concerne l'identificazione delle attività cd. "istituzionali", un esercizio non privo di elementi critici dal momento che la legislazione non ha mai affrontato complessivamente la questione lasciando aperte differenti interpretazioni anche figlie del momento storico.

E' indubbio che le peculiarità ed i tratti distintivi, sia dal punto di vista giuridico che gestionale, del settore artistico e culturale rendono particolarmente complessa la individuazione di buone pratiche e di soluzioni che consentano di mantenere intatte le eccellenze superando, al contempo, le criticità del settore.

Infatti, se pure non vi sia dubbio circa la ricchezza del patrimonio culturale italiano è altrettanto indiscutibile che la cultura, che potremmo definire dal punto di vista economico un "bene di merito", si presta con fatica a divenire un asset imprenditoriale, seppure già negli anni settanta Cassese introduceva la nuova nozione di "attività culturale" come specie del genere "bene culturale", ma liberata dalla presenza di una "res materiale" e caratterizzata da una attività gestoria non più solo volta alla conservazione del bene, bensì alla organizzazione e erogazione di servizi².

La valenza "di merito" della cultura ha determinato nei decenni una situazione che vedeva (e vede tuttora anche se con modalità e funzioni differenti e ridimensionate) al centro - sia degli assetti proprietari che gestionali - l'ente pubblico il quale si fa garante della sua diffusione, rendendola accessibile, ed evitando che la privatizzazione della attività comporti l'esclusione di alcune classi sociali, così generando un bene fruibile solo da pochi e, di conseguenza, eliminandone le esternalità positive. Tuttavia, a partire dalla fine degli anni ottanta, questo modello di cultura governata dal settore pubblico ha risentito sia della controtendenza europea che negli stessi anni affidava ai privati la gestione dei beni e delle attività culturali, relegando il pubblico ad una funzione più di supervisione e tutela, che delle continue riduzioni di risorse economiche destinate al settore che determinava necessariamente la ricerca di fonti alternative di finanziamento oltre ad ingenerare la necessità di adottare modelli gestionali più efficienti ed efficaci e dunque più prossimi a modelli imprenditoriali privatistici.

Una ulteriore osservazione, divenuta elemento incontestato, concerne poi il fatto che la gestione del settore culturale non può adottare esclusivamente criteri economici per

² CASSESE, I beni culturali da Bottai a Spadolini, in *Rass. Arch. St.*, 1975, 116 ss.

valutarne la sua redditività posto che la natura stessa del “prodotto” consiste nella divulgazione di conoscenza o nell’offerta di una esperienza³.

Questi elementi oggettivi hanno comportato fin dagli anni novanta un profondo mutamento del quadro istituzionale e organizzativo-gestionale di produzione ed offerta di servizi culturali con un numero sempre crescente di organismi pubblici che, di fronte all’esigenza di reperire nuove risorse e di introdurre dinamiche imprenditoriali, guardavano a modelli istituzionali e organizzativi più tipici delle logiche privatistiche⁴.

Di fatto si può affermare che, principalmente a causa della riduzione delle risorse pubbliche a disposizione e delle continue difficoltà a raggiungere un equilibrio di bilancio, il settore culturale è stato uno dei primi in Italia ad individuare nella partnership pubblico – privata una modalità di gestione ed organizzazione della propria produzione.

Come oggi anche negli anni novanta il settore si trovava di fronte alla necessità di interagire con il quello privato incrociando le finalità pubblicistiche di tutela dell’interesse generale con la competenza e la capacità privatistica di reperire un punto di equilibrio tra la finalità pubblica e le logiche imprenditoriali dell’efficienza e del conseguente equilibrio economico finanziario.

E’ in quel periodo che, di conseguenza, si fanno strada nuovi modelli istituzionali, nella maggioranza dei casi ibridi ed atipici, il cui intento è quello dichiarato di far convivere due logiche tra loro assai differenti; tale mutamento di visione veniva peraltro incoraggiato da alcuni interventi normativi nel settore culturale che andavano nel senso di una maggiore autonomia organizzativa⁵.

Così tra il 1986 ed il 1995 il ricorso al modello della fondazione registrava un incremento del 170% rispetto agli anni precedenti, poi raddoppiando ancora all’anno 2005 (+83%) raggiungendo la quota di 4.720 fondazioni di queste 1431 (30%) erano fondazioni culturali di cui il 19% con finalità di realizzazione di spettacoli teatrali, musicali e cinematografici⁶. Nel 2015 venivano censite 6451 (variazione positiva rispetto al 2011 del 3,7%), di cui soltanto il 2% in Emilia Romagna⁷.

Tuttavia, anche per la loro natura più trasversale, la crescita delle fondazioni resta comunque non equiparabile a quella delle associazioni – riconosciute e non riconosciute – che nel 2015 risultavano essere 286.942 con una variazione positiva rispetto al 2011 del 6,5%⁸.

³ Solima L., 2003, “*Museum Governance*”, paper presentato al Convegno “*L’azienda muse: dalla conservazione di valori alla creazione di valori*”, Firenze 6-7 novembre 2003

⁴ Wizemann A, F Alberti, 2005, “*L’assetto organizzativo della fondazione per la gestione dei beni e delle attività culturali*”, Liuc Paper n. 175, serie Management ed economia della cultura.

⁵ La L. 142/90 di disciplina delle forme di gestione dei servizi pubblici locali; la Legge 4/93 “Ronchey” che consentiva ai musei di affidare alcuni servizi “no core” ai privati nella gestione dei musei; l’art. 10 del D. Lgs 368/98 che consentiva di stipulare accordi con soggetti privati e di costituire o partecipare ad associazioni, fondazioni e società; l’art. 113 bis del TUEELL (d.lgs 268/2000) che lasciava un potere di autonomia agli enti locali nella scelta del modello di gestione dei servizi pubblici locali.

⁶ Istat, 2005, Rilevazione delle Fondazioni.

⁷ Istat, 2017, Censimento permanente delle istituzioni non profit. Primi risultati.

⁸ Istat, 2017, ibidem.

Una tendenza decisa verso forme ibride che sembrano meglio rispondere ad esigenze eterogenee e che tuttavia si connotano, quando, a partecipazione pubblica, per una difficile convivenza tra norme pubbliche e private, una condizione che la dottrina ha definito di “semi-privatizzazione” poiché il potere pubblico ha un ruolo ancora sostanziale a tal punto che, ad esempio le fondazioni liriche ancora rientrano tra gli organismi di diritto pubblico⁹ sia per la giurisprudenza comunitaria che nazionale.

In questo senso, le difficoltà della “privatizzazione” degli organismi di gestione dello spettacolo dal vivo¹⁰ trovano un proprio esempio paradigmatico giustappunto nella trasformazione in fondazione degli enti lirici, avvenuta sulla base del cd. “Decreto Veltroni” (D. Lgs. 367/1996) il quale all’art. 1 stabiliva che “*gli enti di prioritario interesse nazionale che operano nel settore musicale devono trasformarsi in fondazioni di diritto privato*”.

L’obiettivo della riforma era teso a rendere possibile il reperimento di risorse dal settore privato contemporaneamente introducendo un modello organizzativo più efficiente e snello; tuttavia, questo modello, sulla carta funzionante, si scontrò con la difficoltà di reperire le risorse dal settore privato e dunque a fronte dell’ente lirico la Scala di Milano che, grazie al suo prestigio, riuscì ad attrarre investitori privati, per gli altri enti la trasformazione avvenne soltanto successiva ed ex lege e non ottenne i risultati sperati al punto che nel 2013 si rese necessario attuare un piano di risanamento delle fondazioni lirico-sinfoniche con il D.L 91/2013 (cd. “Legge Bray”).

L’esperienza delle fondazioni lirico-sinfoniche ha portato dunque diversi studiosi a ritenere che la trasformazione in fondazione di enti che curano lo spettacolo dal vivo non sia di per sé garanzia di successo, quando a tale trasformazione non corrisponde una vera e propria riorganizzazione dell’ente ma esclusivamente una modifica formale che lascia inalterati i precedenti caratteri pubblicistici, relegando le norme civilistiche ad una disciplina residua¹¹.

Tuttavia pur non essendovi dubbio circa la difficoltà di far convivere all’interno di fondazioni ed associazioni “culturali” la presenza di obiettivi eterogenei (pubblici e privati) l’elemento che può determinarne il fallimento o il successo risiede nella finalità della trasformazione e nella consapevolezza delle conseguenze di questa.

Attribuire il fallimento delle fondazioni liriche alla scelta di trasformarle in fondazioni è un errore di prospettiva che tradisce il limite più rilevante di tutti, anche i più recenti, provvedimenti normativi volti a introdurre elementi privatistici nel contesto pubblico, infatti non dovrebbe essere la fattispecie giuridica a governare la scelta bensì la valutazione della situazione di fatto e la decisione degli obiettivi da perseguire.

Ritenere che la mera trasformazione della natura giuridica dell’ente possa essere risolutiva, senza che sia apportata alcuna modifica organizzativa e gestionale condurrà sempre al fallimento di una iniziativa; in questo senso anche il riordino delle partecipate

⁹ Armao, G, Puglisi, G, “La trasformazione dell’ordinamento giuridico delle fondazioni liriche in Italia”, p. 38 in CIDIM – MIBAC – Direzione Generale per lo Spettacolo dal Vivo.

¹⁰ Cerulli Irelli, V., “Le fondazioni lirico-sinfoniche come organizzazioni pubbliche in forma privatistica”, Aedon, n. 3, 2012.

¹¹ Leo R, 2017, “La privatizzazione degli enti lirici: un fallimento annunciato”, Giustamm vol. 3 2017.

se non accompagnato da una nuova visione strategica non potrà che produrre un risultato pari a quello precedente se non, in alcuni malaugurati casi, un risultato di gestione peggiore del precedente.

Gli assetti istituzionali degli organismi di promozione della cultura, e più nello specifico, della organizzazione e promozione dello spettacolo dal vivo, sono dunque rilevanti ma esclusivamente quando vengono accompagnati da un ripensamento complessivo dell'attività dell'ente e da un nuovo assetto gestionale che affianchi e sia coerente con il nuovo modello giuridico e di governance.

Un secondo aspetto rilevante che è necessario brevemente affrontare riguarda la produzione normativa nazionale come elemento di identificazione delle attività di interesse pubblico.

Infatti, con il D.M del 1 luglio 2014 del Ministero dei beni delle Attività Culturali e del Turismo "Nuovi criteri per l'erogazione e modalità per la liquidazione e l'anticipazione di contributi allo spettacolo dal vivo, a valere sul Fondo unico per lo spettacolo di cui alla legge 30 aprile 1985 n. 163" si è, di fatto, inaugurata una nuova fase della disciplina di settore, attraverso una puntuale definizione degli ambiti di attività finanziabili, dei requisiti minimi dei soggetti beneficiari e del sistema di valutazione.

Questo nuovo impianto è tuttora in vigore ed il DM del 27 luglio 2017 disciplinante i criteri per l'erogazione del FUS 2018 ne ricalca di fatto l'impostazione senza modifiche di particolare rilevanza.

L'art. 2 del DM 1 luglio 2014 (invariato nel DM 27 luglio 2017) esplicitando gli obiettivi strategici del fondo delinea l'ambito delle azioni meritevoli di essere sostenute dal contributo pubblico¹².

¹² "2. Con il presente decreto, si intendono perseguire i seguenti obiettivi strategici:

- a) concorrere allo sviluppo del sistema dello spettacolo dal vivo, favorendo la qualità dell'offerta, anche a carattere multidisciplinare, e la pluralità delle espressioni artistiche, i progetti e i processi di lavoro a carattere innovativo, la qualificazione delle competenze artistiche, l'interazione tra lo spettacolo dal vivo e l'intera filiera culturale, educativa e del turismo;
 - b) promuovere l'accesso, sostenendo progetti di rilevanza nazionale che mirino alla crescita di una offerta e di una domanda qualificate, ampie e differenziate, e prestando attenzione alle fasce di pubblico con minori opportunità;
 - c) favorire il ricambio generazionale, valorizzando il potenziale creativo dei nuovi talenti;
 - d) creare i presupposti per un riequilibrio territoriale dell'offerta e della domanda;
 - e) sostenere la diffusione dello spettacolo italiano all'estero e i processi di internazionalizzazione, in particolare in ambito europeo, attraverso iniziative di coproduzione artistica, collaborazione e scambio, favorendo la mobilità e la circolazione delle opere, lo sviluppo di reti di offerta artistico culturale di qualificato livello internazionale;
 - f) valorizzare la capacità dei soggetti di reperire autonomamente ed incrementare risorse diverse e ulteriori rispetto al contributo statale, di elaborare strategie di comunicazione innovative e capaci di raggiungere pubblici nuovi e diversificati, nonché di ottenere riconoscimenti dalla critica nazionale e internazionale;
 - g) sostenere la capacità di operare in rete tra soggetti e strutture del sistema artistico e culturale."
- D.M. MIBACT 01/07/2014 art. 2, comma 2.

Questo riferimento è di particolare rilievo anche per la successiva analisi puntuale di ATER in quanto offre una linea guida discriminante per la verifica delle attività della Associazione e della loro distinzione in attività istituzionali e non istituzionali.

Un ulteriore aspetto rilevante lo si rinviene all'art. 16, laddove il Decreto esplicitamente prevede tra i contributi ammissibili anche i "circuiti regionali", quale è quello di Ater, sulla base di alcune condizioni specifiche circa la dimensione e la caratteristica del circuito¹³.

La lettura degli artt. 16, 23, 28 e 40 già chiarisce che l'attività del circuito viene considerata attività di interesse pubblico dal Ministero competente e tale deve essere per poter accedere ai contributi, infatti i circuiti sono finanziati qualora "*non producano, coproducano o allestiscano spettacoli*", ancora, la programmazione deve essere caratterizzata per la realizzazione di un certo numero, variabili a seconda dell'ambito, di giornate di spettacolo effettuate da organismi di "*riconosciuta professionalità e qualità artistica, per almeno l'ottanta per cento di nazionalità italiana.... articolate in modo da garantire una equa distribuzione sul territorio regionale*", ricevano il contributo da parte della regione di riferimento.

Di fatto dunque un breve vademecum di cosa debba e possa essere considerato "circuito regionale" ed a quali principi essenziali debba attenersi.

Anche il decreto di riparto FUS rappresenta un utile strumento per circoscrivere l'attività di interesse pubblico infatti all'art. 1 il decreto, ripartendo percentualmente le risorse disponibili, elenca le attività considerate di interesse; tra queste oltre alle fondazioni lirico-sinfoniche ed alle attività musicali, teatrali e di danza sono contemplati progetti multidisciplinari, azioni di sistema, osservatorio dello spettacolo e comitati e commissioni.

Associazioni e Fondazioni: elementi essenziali, riferimenti legislativi

A partire dalla introduzione del D. Lgs 368/1998 che all'art.10, come già detto, disciplinava la facoltà di stipulare accordi tra amministrazioni pubbliche o soggetti privati

¹³ "1. Fermo restando quanto previsto nell'articolo 5 del presente decreto, è concesso un contributo a circuiti regionali, che svolgano attività di distribuzione, promozione e formazione del pubblico in idonee sale teatrali di cui l'organismo ha la disponibilità, nel territorio della regione di appartenenza, e che non producano, coproducano o allestiscano spettacoli, direttamente o indirettamente. Può essere svolta attività, in aggiunta a quella effettuata nel territorio della regione in cui il circuito ha la sede, anche in una regione confinante che sia priva di un analogo organismo. Può essere finanziato un solo organismo per regione, fatto salvo quanto previsto nell'articolo 40, comma 3.

2. L'ammissione al contributo è subordinata ai seguenti requisiti:

a) programmazione nell'anno di un minimo di 160 giornate recitative effettuate da organismi, di riconosciuta professionalità e qualità artistica, per almeno l'ottanta per cento di nazionalità italiana, operanti nei settori di cui al presente decreto, articolate su almeno dodici piazze distribuite in modo da garantire una equa distribuzione sul territorio regionale, ed effettuate in idonee sale teatrali, ovvero in ambiti diversi muniti delle prescritte autorizzazioni;

b) stabile ed autonoma struttura organizzativa;

c) sostegno finanziario da parte della regione di riferimento o di altri enti territoriali in cui il soggetto opera, attestato da idonea documentazione." Art. 16, DM MIBACT 1 luglio 2014.

e di costituire o partecipare associazioni fondazioni o società, la dottrina ha individuato diversi assetti istituzionali distinguendo in particolare due macro-categorie: le forme giuridiche individuali tramite le quali si concretizza un partenariato esclusivamente operativo (istituzione, azienda speciale, convenzione, fondazione) e le forme giuridiche collettive attraverso le quali si può realizzare un partenariato non soltanto a livello operativo ma anche istituzionale (consorzio, associazione, fondazione in partecipazione e società di capitali)¹⁴.

Tuttavia bisogna ribadire che dal punto di vista legislativo il settore delle fondazioni ed associazioni resta frammentato e dunque, più nella prassi che dal punto di vista giuridico, può essere difficile comprendere quali siano le differenze tra associazioni e fondazioni, in particolar modo, se di partecipazione.

E' il codice civile (capo II, titolo II, Libro I) che detta le norme per associazioni e fondazioni, in particolare affrontando il tema delle associazioni è utile procedere identificandone gli elementi essenziali anche per differenza o sottrazione rispetto alle società

La natura delle associazioni e gli elementi distintivi rispetto alle società

Il codice civile in realtà, se pur affronta il tema dell'associazionismo all'interno del Libro I ("Delle persone e della famiglia"), Titolo II ("Delle persone giuridiche"), Capo II ("Delle Associazioni e delle Fondazioni") e III ("Delle Associazioni non riconosciute e dei Comitati"), non detta una disciplina organica e sistematica della materia.

L'associazione si costituisce tramite un atto di autonomia negoziale con il quale i membri si impegnano a perseguire un interesse comune.

Si ritiene comunemente che esse si caratterizzino, per differenza rispetto alle società ed ai consorzi per:

- a) organizzazione di tipo collettivistico o corporativo aperta a successive adesioni;
- b) natura non lucrativa dello scopo perseguito dai membri.

¹⁴ Istituzione (Legge 142/90 e dal D. Lgs. 267/00): dotata di autonomia gestionale ma priva di personalità giuridica. Tale struttura ha inoltre un legame di forte strumentalità con l'ente locale territoriale di riferimento e quindi risulta essere poco aperta verso l'esterno.

Azienda speciale (art. 4 del D.L. n. 26/95, convertito dalla Legge n. 95/95): dotata di autonomia giuridica e patrimoniale tipica degli imprenditori commerciali. Essa è caratterizzata da incombenze contabili e fiscali nonché da adempimenti relativi al bilancio, tipici delle aziende private.

Convenzione (art. 30 co. 1 del D. Lgs. 267/00): accordo e l'intesa scritta tra gli enti locali per la gestione comune di un determinato servizio o funzione. A differenza del consorzio, la convenzione comporta la nascita di un soggetto giuridico autonomo tra i Comuni.

Consorzio (art. 31 del D. Lgs. n. 267/00): forma associativa tra enti pubblici equiparabile all'istituto civilistico del contratto di consorzio, a mezzo del quale più imprenditori istituiscono un'organizzazione comune per la disciplina o per lo svolgimento di determinate fasi delle rispettive imprese".

Associazione (libro I Titolo II del codice civile): organismo collettivo costituito dalla volontà di una pluralità di soggetti che intendono perseguire una certa finalità comune ed è inoltre caratterizzata dal fatto che alla base ha un contratto associativo aperto.

Società di capitali (art. 113 bis del D. lgs. 267/00): sono previste due forme di società di capitali (miste): Spa o Srl a partecipazione pubblica maggioritaria, Spa a partecipazione pubblica minoritaria.

La giurisprudenza, nel tempo, ha contribuito ad arricchire tale definizione, evidenziando la caratteristica dell'assenza dello scopo di lucro quale elemento discriminante tra associazioni e società (sul punto, in particolare v. la risalente pronuncia di Cass., 14.10.1958, n. 325, in Foro it., 1958, I, 1617, secondo cui è essenziale al fine di negare l'esistenza di una società, la mancanza dello scopo di dividere gli utili).

È ormai consolidato l'orientamento secondo cui le associazioni, nonostante siano prive di scopo di lucro, possono svolgere attività commerciale: non possono distribuire utili agli associati, ma possono reimpiegarli per gli scopi dell'associazione (Cass., 14.10.1958, n. 3521, in Foro it., 1958, I, 1617; Trib. Roma, 11.6.1954, in Dir. Fall., 1954, II, 455; in tema di fondazioni Trib. Milano, 16.7.1998, in Giur. it., 1999, 1678).

Si è ritenuto che lo svolgimento di attività economiche non può essere considerato decisivo al fine di distinguere tra associazione e società, essendo rilevante lo scopo perseguito, non l'attività in quanto tale¹⁵. Altrettanto consolidato è il principio secondo cui lo svolgimento di attività commerciale implica l'assoggettabilità al fallimento (la soluzione è accolta sin da tempo risalente, v. ancora Trib. Roma, 11.6.1954, in Dir. Fall., 1954, II, 455; recentemente, Cass., 24.6.2011, n. 6835).

Il codice civile non definisce esplicitamente la nozione di attività commerciale, questa si ricava dal combinato disposto degli articoli 2082, che definisce l'imprenditore, e 2555, che detta la nozione d'azienda.

La dottrina considera l'impresa come l'attività economica esercitata dall'imprenditore professionalmente, per mezzo di beni organizzati, al fine della produzione e dello scambio di beni o servizi.

Di conseguenza i requisiti fondamentali che caratterizzano il concetto d'impresa commerciale civilistica sono i seguenti:

1. attività economica;
2. attività svolta professionalmente;
3. attività organizzata;
4. attività elencata dall'articolo 2195 del codice civile.

La materia degli Enti non profit, con particolare riferimento alla tripartizione civilistica delle Associazioni, dei Comitati e delle Fondazioni, è ad oggi in costante evoluzione. Nell'ultimo decennio si sono, infatti, moltiplicate le disposizioni giuridiche e fiscali in favore dell'ambito associativo, alcune portatrici di novità trasversali alle differenti tipologie di Enti, altre rivolte esclusivamente ad una parte di tali tipologie.

La Corte dei Conti, sezione regionale di controllo per la Lombardia, con deliberazione del 6 novembre 2015 n. 387, ha statuito quanto segue:

- la partecipazione dei Comuni e delle Province a società di capitali costituisce una modalità di organizzazione degli interventi dell'ente in settori che presentano un particolare interesse per gli enti locali, tanto che l'ordinamento giuridico

¹⁵ Galgano, F., Le associazioni non riconosciute ed i comitati, in Comm. c.c. Scialoja-Branca, Bologna, 1974, 76

riconosce alle società a capitale interamente pubblico o misto di svolgere funzioni amministrative di competenza degli enti costitutori;

- il ricorso allo strumento societario deve risultare circoscritto a reali necessità ed esigenze degli enti territoriali, anche al fine di evitare un utilizzo strumentale, giustificato unicamente dall'esigenza di eludere le normative pubblicistiche in tema di finanza pubblica o di creare artificiosamente posizioni destinate ad alimentare un sottogoverno locale,
- le iniziative economiche di tipo pubblicistico non devono impingere con la libera esplicazione del mercato concorrenziale rimesso all'iniziativa economica privata e, nel contempo, devono essere circoscritte ad effettive necessità istituzionali degli enti territoriali, strettamente connesse con la caratterizzazione degli enti locali quali enti a fini generali, ma ad ambito territoriale circoscritto alla comunità degli amministrati.

Non è qualificabile come imprenditore commerciale, infatti, la società destinata unicamente al servizio dell'interesse pubblico dell'ente locale che l'ha finanziata in via esclusiva o prevalente.

La facoltà di ricorrere allo strumento societario è per legge correlata al perseguimento dei fini dell'ente pubblico ed è inerente allo svolgimento di attività di competenza dell'ente medesimo, anche al fine di evitare che lo schema societario sia il veicolo per eludere le normative pubblicistiche in tema di controlli sulla finanza pubblica ed in materia di patto di stabilità interno, nonché strumento abusivo per evitare le procedure ad evidenza pubblica che presiedono all'attività contrattuale delle amministrazioni locali.

Premesso che l'attività commerciale svolta da un ente non profit deve avere necessariamente natura secondaria e sussidiaria rispetto all'attività istituzionale (non a caso può essere definita anche come "attività connessa"), tale rilevanza deve essere valutata sia sotto l'aspetto quantitativo (le entrate commerciali devono essere inferiori a quelle istituzionali) sia sotto l'aspetto qualitativo.

Ora, se pure si intende rimanere estranei da qualsiasi valutazione fiscale, non si può non accennare al regime fiscale, che è l'ambito in cui il legislatore tratta il tema in commento. In particolare ai sensi dell'art 148 del Testo Unico delle Imposte sui Redditi (T.U.I.R) del 22/12/1986 n. 917

1. *Non è considerata 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. Le somme versate dagli associati o partecipanti a titolo di quote o contributi associativi non concorrono a formare il reddito complessivo.*
2. *Si considerano tuttavia effettuate nell'esercizio di attività commerciali, salvo il disposto del secondo periodo del comma 1 dell'articolo 143, le cessioni di beni e le prestazioni di servizi agli associati o partecipanti verso pagamento di corrispettivi specifici, compresi i contributi e le quote supplementari determinati in funzione delle maggiori o diverse prestazioni alle quali danno diritto. Detti corrispettivi concorrono alla formazione del reddito complessivo come componenti del reddito di impresa o come redditi diversi secondo che le relative operazioni abbiano carattere di abitualità o di occasionalità.*

Ciò significa che i corrispettivi versati dai soci per la partecipazione ad attività coerenti con le finalità istituzionali ed ideali dell'Ente stesso sono da considerarsi proventi istituzionali. Nel caso invece di corrispettivi provenienti da non soci oppure versati per attività / beni / servizi non rientranti nella finalità istituzionale dell'ente stesso, questi dovranno essere considerati corrispettivi commerciali, con tutte le conseguenze del caso, anche fiscali.

Nell'ambito delle attività delle associazioni, secondo il citato 148 del T.U.I.R. sono da considerarsi non commerciali:

- tutte le attività svolte verso gli associati, in conformità alle finalità dell'associazione, per cui non viene chiesto uno specifico corrispettivo economico;
- le quote associative dei soci (quota d'iscrizione annuale) e gli altri contributi versati dai soci all'associazione;
- le donazioni ricevute dall'associazione;
- i contributi corrisposti da amministrazioni pubbliche per lo svolgimento convenzionato, in regime di accreditamento, di attività aventi finalità sociali esercitate in conformità agli scopi dell'associazione;
- i fondi pervenuti da raccolte pubbliche effettuate occasionalmente, in corrispondenza di determinate festività o ricorrenze.

Inoltre, le associazioni possono svolgere attività a pagamento verso i loro soci, in diretta attuazione degli scopi associativi, che sono considerate fiscalmente irrilevanti. Ciò significa la possibilità di chiedere corrispettivi ai soci per la partecipazione alle attività associative (corsi, stage, riunioni ecc....).

Le Fondazioni

Come già detto la fondazione è disciplinata dalle medesime norme del codice civile che disciplinano le associazioni (artt 14 – 35 c.c.), di queste, tuttavia, alcune sono destinate esclusivamente alle fondazioni ed, in particolare, gli articoli 14 secondo comma, 15, 16, 25, 28 e soltanto parzialmente il secondo comma dell'articolo 31.

La fondazione, è tradizionalmente definita come un “complesso di beni destinati al perseguimento di uno scopo, con la mediazione di un autonomo centro soggettivo di imputazione”¹⁶; una volta costituita è regolata in relazione alla validità ed efficacia dalle norme privatistiche e genera rapporti di diritto privato e posizioni di diritto soggettivo. (SS.UU. Cass., 26 febbraio 2004, n. 03892).

Gli elementi connotanti la fondazione sono da identificarsi nella presenza di un vincolo al perseguimento di un fine di rilevante e collettivo interesse (Galgano) e, dunque, la conseguente destinazione dei beni al raggiungimento di quel fine che deve avere natura di pubblico interesse; la immodificabilità dello scopo ed, infine, la separazione tra il fondatore e la gestione operativa della fondazione, essendo la fondazione stessa un patrimonio amministrato destinato ad uno scopo.

¹⁶ Zoppini A, 1995, Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie, Jovene.

Si costituisce con un negozio unilaterale ricettizio (Rescigno) dove la volontà del fondatore può divenire un limite non superabile a future decisioni operative sia essa una fondazione costituita per atto tra vivi che a seguito di legato testamentario; la volontà del fondatore è infatti prevalente ed indiscussa a tal punto che può spingersi a prevedere la immutabilità dello statuto, pur non concorrendo alla gestione del patrimonio.

Questo punto, risulta oggi superato dai fatti, con fondazioni che hanno acquisito una connotazione più operativa e gestionale e, quindi, di maggiore distanza dalla volontà iniziale del fondatore, rispetto all'approccio iniziale del legislatore che avendo in animo la disciplina delle fondazioni di erogazione riteneva necessario disciplinare esclusivamente la distribuzione delle rendite di un patrimonio.

Attualmente la fondazione, come si è detto, ha una connotazione organizzativa di solito più complessa, per la quale il patrimonio rappresenta esclusivamente un mezzo; questa circostanza, dovuta anche al fatto che sempre più frequentemente la fondazione non sia istituita da un singolo individuo ma da enti e/o società, ha indotto la dottrina a modificare parzialmente la definizione di fondazione accentuandone l'aspetto organizzativo e quindi indentificandola come una stabile organizzazione predisposta per la destinazione di un patrimonio ad un determinato scopo socialmente rilevante¹⁷.

I connotati tipici della fondazione si ritrovano quindi nel fine e nella indisponibilità del patrimonio che vi si collega e che viene sottratto all'arbitrio del fondatore: altra definizione classica dell'istituto si esprime in termini di complesso di beni destinati al perseguimento di uno scopo tramite la creazione, con la mediazione del riconoscimento, di un autonomo centro soggettivo di imputazione di rapporti giuridici.

La dottrina tende poi a suggerire una ripartizione del patrimonio individuando: fondo di dotazione (costituito da conferimenti in denaro e beni immobili e mobili dei fondatori o di altri soci) e fondo di gestione (costituito dalle rendite e dai proventi derivanti dalla gestione del patrimonio e dalle attività della fondazione, da altri contributi di diversa natura che intervengono durante la vita della fondazione e dai ricavi che la fondazione stessa genera con le proprie attività).

Va infine rammentato che a partire dalla metà degli anni ottanta si è assistito ad una progressiva metamorfosi dell'istituto; se, infatti, la fondazione nasce come atto unilaterale con il quale si vincola un patrimonio al perseguimento di uno scopo di pubblica utilità, con il conseguente "distacco" della fondazione dal fondatore pur essendo gli organi amministrativi serventi alla sua volontà, negli anni è andata evolvendosi fino ad assumere prevalentemente la figura di negozio fra vivi costituito da una pluralità di soggetti fondatori con un patrimonio iniziale che può andare incrementandosi (e riducendosi) a seguito di apporti di sostenitori (sottoscrittori) entranti e dei ricavi (o delle perdite) delle attività, al punto che oggi le fondazioni prevedono, oltre ai soci fondatori, la presenza di "ordinari", "sovventori" e "benemeriti".

La continuità delle fondazioni che originariamente veniva dunque garantita dallo scopo al quale era vincolato il patrimonio è attualmente garantita dalla presenza continuativa

¹⁷ ALPA, Il regime delle fondazioni in Francia e in Italia, in *Le fondazioni. Tradizione e modernità*, Materiali raccolti da Alpa, 1988, pag. 9 e ss.; GALGANO, voce *Fondazione*, in *Enc. Giur. Treccani*, XIV, 1989, pag. 2 e ss.

dei soci fondatori, capaci di interferire sulla amministrazione delle ente (Zoppini 1995); paradigmatica di questa evoluzione della natura delle fondazioni è la recente identificazione di una nuova tipologia, la fondazione di partecipazione.

Le Fondazioni di partecipazione

Sul finire degli anni novanta, anche sulla scorta delle crisi finanziarie degli enti, l'esigenza di ipotizzare strumenti di coinvolgimento dei privati nei settori mutualistici è stata raccolta, prima ancora che dalla dottrina, da chi operava nella prassi. Si deve quindi alla elaborazione del notaio Bellezza di Milano l'identificazione di questa figura atipica (*tertium genus*) che pur partendo dalla fondazione andava accostandosi sotto numerosi aspetti alla natura dell'associazione.

L'intuizione trovava il proprio fondamento nell'art. 12 c.c. – ora abrogato e sostituito dall'art. 1 DPR 361/2000 – laddove introduceva il *genus* delle “*altre istituzioni di carattere privato*” - e nell'art. 1332 c.c. (Bellezza, 1998, Bellezza – Florian 2000).

Seppure non tutta la dottrina fosse concorde nel ritenere legittimo il ricorso alle fondazioni di partecipazione (Scarselli), queste sono entrate a pieno titolo tra gli enti costituiti da soggetti pubblici e/o privati con una particolare predominanza - non casuale ma fondata sull'art. nell'art. 10 del D.Lgs 368/98 che consente allo stato ed agli enti pubblici di stipulare accordi con soggetti privati e di costituire o partecipare ad associazioni, fondazioni e società - nel settore dei beni culturali.

Si reputa, infatti, che le fondazioni di partecipazione possano costituire un modello di gestione dei beni culturali che pur evitando un processo di totale privatizzazione consenta di introdurre logiche ed anche capitali privati intenzionati a partecipare alla gestione del settore culturale.

Negli anni la legittimazione di questa figura ibrida è cresciuta grazie a numerosi provvedimenti legislativi di settore fino a trovare un esplicito riconoscimento con la recente riforma del terzo settore (D. lgs 117/2017) che agli articoli 23 e 24 riguardanti le procedure di ammissione degli aderenti e la disciplina delle assemblee prevedono che sia la disciplina di ammissione degli aderenti o associati sia la disciplina dell'esercizio dei loro diritti si applichino anche alle fondazioni del terzo settore il cui statuto preveda la costituzione di un organo assembleare o di indirizzo, non presente nelle fondazioni tradizionali e più tipico delle associazioni.

Accostate alle “*charitable trust*” anglosassoni o alle “*community foundations*”, le fondazioni di partecipazione sono definite “enti non lucrativi connotate dal distacco dell'ente dal fondatore, con un patrimonio inizialmente sufficiente ma che può incrementarsi progressivamente, con una posizione servente dell'organo amministrativo (Bellezza – Florian 2006).

La FdP si distingue per la presenza di alcuni elementi originali: la pluralità di fondatori o di partecipanti il cui apporto iniziale può essere di qualsiasi natura purché idoneo allo scopo; la partecipazione attiva alla gestione dell'ente da parte di tutti i fondatori e partecipanti che di fatto determinano l'organizzazione della fondazione in una pluralità di organi così da garantirla; la formazione progressiva del patrimonio che si accresce tramite le successive adesioni che i ricavi delle attività.

Nella FdP, come si diceva, l'aspetto organizzativo assume rilevanza atta a connotare la stessa fondazione, per questo, pur generalizzando, è possibile affermare che nelle fondazioni di partecipazione esistono sempre due distinti organi uno con funzioni di governo dell'ente e che opera con metodo assembleare e nel quale il diritto di rappresentanza del singolo è proporzionata al valore dell'apporto o alla natura soggettiva dello stesso – stato, regioni, comuni-, l'altro aperto ai soli amministratori e con attività meramente esecutive.

La fondazione di partecipazione ha dunque personalità giuridica di diritto privato che acquisisce con l'iscrizione al registro gestito dall'autorità competente; essa si costituisce con un negozio plurilaterale con comunione di scopo che può prevedere l'ingresso successivo di altre parti ai sensi dell'art. 1332 del C.C e non prevede vincoli sulla struttura organizzativa – solitamente composta da una pluralità di organismi.

Alcune FdP prevedono poi l'istituzione di un organismo partecipativo (usualmente "Assemblea di Partecipazione") in cui sono riuniti tutti i soci e che esprime un parere consultivo sul bilancio e formula proposte per la programmazione dell'attività dell'ente; tuttavia quanto alla presenza di detto organo le opinioni sono contrastanti e il consulente, al quale è stato commissionato lo studio, propende per la tesi che ne nega l'istituzione, così come ritiene inopportuna la qualificazione dei soci distinguendoli per caratteristiche (ad esempio: fondatori, aderenti e sovventori), in quanto sembra rispondere a logiche più affini alla natura lucrativa delle società di capitali¹⁸.

Il controllo sull'operato della FdP è poi garantito dalla istituzione di un organismo di sorveglianza composto, se presenti, esclusivamente dai rappresentanti dei soci pubblici; l'organo ha ampi poteri primo fra i quali quello di censurare gli atti che si ritengono contrari agli scopi della fondazione.

In ragione della possibilità di adeguare proporzionalmente i diritti derivanti dalla partecipazione alla natura del socio o all'entità del contributo - elemento garantito in sede statutaria, così come, nello stesso senso, anche la verifica delle condizioni di ammissibilità dei nuovi soci – la Fondazione di partecipazione è la forma fondazionale preferita dagli enti pubblici, poiché consente loro di mantenere una posizione strategica all'interno della fondazione sia sotto il profilo strategico/programmatico che gestionale senza che a ciò corrisponda necessariamente una posizione di maggioranza; di fatto una sintesi tra le caratteristiche tipiche dell'associazione e quelle della fondazione tradizionale atta a generare una partnership pubblico – privata in una sfera di autonomia negoziale di carattere privatistico – che quindi consente in linea teorica anche la realizzazione di attività commerciali così come la partecipazione a progetti europei – che consente maggiore ampiezza di azione.

Tratti comuni e distintivi di associazioni e fondazioni in partecipazione

¹⁸ "l'introduzione dell'assemblea, tipica nomenclatura di enti di tipo associativo, può far sfumare quell'esatto inquadramento civilistico e fiscale della fondazione di partecipazione" Florian, 2016, in "le fondazioni di partecipazione, le fondazioni tradizionali, le fondazioni di origine bancaria e le associazioni: elementi distintivi". Fondazione Italiana del Notariato

Dopo aver brevemente delineato i tratti essenziali di associazioni e fondazioni, anche alla luce della analisi sulla natura di Ater e sulla adeguatezza dell'istituto giuridico dell'associazione per il perseguimento dei suoi scopi, è utile brevemente riassumere i tratti che determinano la distinzione tra associazione e fondazione.

In primo luogo è utile ribadire che per quanto atipico l'istituto della fondazione di partecipazione è a tutti gli effetti *species* del *genus* delle fondazioni e come tale ne segue, in toto, la disciplina tipica configurandosi come patrimonio amministrato destinato ad uno scopo.

In secondo luogo è opportuno precisare che l'elemento su cui la dottrina ha per lungo tempo incentrato la distinzione tra associazioni e fondazioni in partecipazione, ovvero la prevalenza dell'elemento personale nelle prime e la prevalenza dell'elemento patrimoniale nelle seconde, pur essendo ancora presente, risulta sfumato dalla analisi della realtà attuale dove la prevalenza di uno dei due elementi non è sinonimo di assenza dell'altro, infatti è di tutta evidenza che anche l'associazione necessita di un patrimonio per raggiungere i suoi scopi così come nella fondazione è comunque presente una organizzazione di persone.

Un ulteriore aspetto che in linea teorica, ma più sfumatamente dal punto di vista pratico, distingue le associazioni dalle fondazioni si rinverrebbe nel fatto che nelle prime vi è coincidenza tra coloro che conferiscono il patrimonio e coloro che ne beneficiano, mentre nelle fondazioni il distacco tra il/i socio/soci fondatori che hanno devoluto il patrimonio e coloro che li gestiscono è netto; tuttavia come si è avuto modo di verificare nel caso delle fondazioni di partecipazioni questo distacco non avviene ed, allo stesso modo, nelle associazioni non sempre gli associati rappresentano i beneficiari esclusivi della sua attività così come non sempre i conferimenti di patrimonio sono dei soli associati.

Permangono invece differenze nella natura del negozio che dà vita alle une ed alle altre, infatti la fondazione ha natura di negozio unilaterale anche quando essa è costituita da più persone, mentre l'associazione è costituita tramite un contratto bilaterale o plurilaterale con comunione di scopo dove gli associati che l'hanno costituita contribuiscono a perseguirne lo scopo, mentre nella fondazione lo scopo è perseguito da persone diverse dal fondatore.

Ulteriori differenze si rinvengono poi nello scopo: se nell'associazione è fissato dagli associati e potrebbe avere ad oggetto anche finalità ricreative, nella fondazione lo scopo è prefissato dal/dai fondatori e può perseguire esclusivamente una finalità sociale. Per questa ragione mentre gli amministratori della fondazione non possono devolvere le rendite a finalità diverse da quelle fondanti, l'associazione può disporre con delibera assembleare.

Inoltre mentre lo scopo dell'associazione può mutare nel tempo, perché determinato dall'assemblea, nella fondazione lo scopo è al più riformulabile ma mai mutabile, dunque se lo statuto dell'associazione può sempre essere modificato dall'assemblea degli

associati, nella fondazione la modifica è di fatto consentita soltanto per gli aspetti che attengono l'organizzazione ma non la finalità¹⁹.

Ancora se nelle associazioni è presente l'assemblea che, come già detto, non deve essere presente nelle fondazioni è di tutta evidenza come i meccanismi di partecipazione siano profondamente distinti, nella fondazione mancano automatismi di partecipazione mentre nell'associazione, il semplice possesso dei requisiti soggettivi permette all'associato di partecipare attivamente.

Dal punto di vista patrimoniale, infine, le fondazioni prevedono l'istituzione di un fondo di dotazione/patrimonio, mentre nelle associazioni è presente un fondo comune

In conclusione, dunque, la fondazione di partecipazione quale sintesi tra fondazione e associazione ha in comune con la prima (e perciò si differenzia dalla seconda) l'immutabilità dello scopo sociale, non lucrativo; la destinazione vincolata del patrimonio al raggiungimento di tale scopo; la possibilità di diversificare il peso dei singoli soci, mentre ha in comune con l'associazione la partecipazione attiva del fondatore alla vita della fondazione stessa e la possibilità per gli enti pubblici di esserne soci.

Organismi di diritto pubblico, aiuti di stato e società in house: limiti, conflitti, disciplina

Nell'analisi sino ad ora affrontata si è data per acquisita la possibilità per gli enti pubblici di partecipare ad una associazione o ad una fondazione; tuttavia questa impostazione merita un breve approfondimento anche alla luce delle più recenti normative in materia di affidamento diretto da parte degli enti pubblici a soggetti da questi partecipati, di qualificazione di soggetti giuridici diversi da società, come "in house providing", nonché di disciplina delle contribuzioni da parte di enti pubblici alla luce della normativa comunitaria in materia di aiuti di stato.

Per affrontare questi temi è utile preliminarmente porre un breve accenno alla natura "pubblica" o "privata" di questi soggetti giuridici che pur essendo fondati con un atto espressione di "autonomia privata" e rispondendo alle norme del codice civile, quando vedono al proprio interno enti pubblici in qualità di soci o associati (usualmente nella veste di "fondatori") di fatto divengono figure ibride a cui si accompagna la necessità di seguire la disciplina pubblicistica – oltre che quella privatistica – nella loro azione ed organizzazione.

Questo tema complesso ha generato l'attenzione sia della dottrina che della giurisprudenza che ancora oggi dibatte sulla natura, i limiti e le prerogative di queste tipologie ibride a cavallo tra autonomia negoziale privata e amministrazione pubblica.

¹⁹ Con l'abrogazione da parte del DPR 361/2000 del terzo comma dell'art. 16 c.c., il procedimento di modifica dello statuto che prevedeva l'approvazione dell'autorità governativa è stato semplificato infatti l'articolo 2 comma 3 del D.P.R. 361/2000¹⁵⁶ prevede anche per le fondazioni la possibilità di apportare modificazioni statutarie se volte ad una migliore organizzazione per raggiungere lo scopo, in tal caso la richiesta all'autorità governativa non è volta ad ottenere una concessione ma esclusivamente una autorizzazione; autorizzazione che non sarà necessaria qualora si tratti di atti che rientrano nei limiti delle attribuzioni e dei poteri degli amministratori e che non incidano sulla struttura giuridica dell'ente.

Data l'impostazione privatistica delle fondazioni, è stato su queste, sulla carta ancora più lontane dagli enti pubblici, che si è concentrata la dottrina negli ultimi anni fino a coniare l'espressione "fondazioni pubbliche" in quanto, pur consapevole che l'istituto e la sua disciplina si fondano sulle norme civilistiche e non dipendono dalla natura dei soggetti che le fondano, la presenza di un soggetto pubblico che ne detenga il controllo può comunque generare, sotto numerosi profili, conseguenze sulla gestione operativa e sulla modalità decisionale di questa tipologia di organismi.

Sulla scorta di queste osservazioni nell'ultimo decennio, anche in virtù del sempre più frequente ricorso alle fondazioni da parte di amministrazioni pubbliche, sono state individuate tre tipologie di "fondazioni di origine pubblica" intese come fondazioni "derivanti dalla trasformazione di precedenti enti pubblici, ovvero istituite per legge o da amministrazioni e enti pubblici sulla base di una disciplina speciale", in particolare: "fondazioni a base privata" che, seppure figlie di una trasformazione di un precedente ente pubblico o istituite da ente pubblico, operano in totale autonomia e senza l'ausilio di finanziamenti o contributi pubblici – ex ipab, fondazioni bancarie, fondazioni previdenziali libere professioni -; "fondazioni a partecipazione privata" che soltanto formalmente sono private poiché sostanzialmente nel pieno controllo di enti pubblici anche se aperte, a volte per legge, alla partecipazione di soggetti privati – enti lirici e musicali, altre fondazioni culturali - e "fondazioni strumentali all'ente pubblico fondatore" fondate da un ente pubblico per perseguire in modo più efficiente ed efficace i propri obiettivi e nelle quali l'ente fondatore potrebbe procedere unilateralmente a disciplinare l'organizzazione e lo scopo²⁰.

Tuttavia, al di là della tripartizione sopradescritta, il tema resta quello della identificazione di un elemento discriminante che non pare possibile identificare con la fonte normativa che ha istituito, o trasformato un ente, poiché qualsiasi "privatizzazione" per tramite di una trasformazione o "istituzione" prevede comunque un intervento legislativo ma più probabilmente è identificabile nella disciplina concreta che è stata definita per quello specifico organismo ed, in particolare, nella ampiezza della deroga alle norme civilistiche²¹.

Per questa ragioni si è quindi giunti ad individuare nel "ricorso alla figura dell'organismo di diritto pubblico...la categoria giuridica che meglio può essere utilizzata per verificare l'indole pubblicistica di una fondazione"²².

Come è evidente dalla identificazione quale "organismo di diritto pubblico" discendono per la associazione o la fondazione numerose conseguenze sia di natura decisionale che operativa che di seguito, seppur brevemente, si intende affrontare.

Preliminarmente va rammentato che la nozione di "organismo di diritto pubblico" deriva dalla definizione che le direttive comunitarie 2004/17/CE e 2004/18/CE (e ancora prima

²⁰ Napolitano G, Le fondazioni di origine pubblica: tipi e regole, in *Diritto amministrativo*, 2006, p. 573 ss.

²¹ Immordino V, 2005, Le fondazioni teatrali e la loro incerta collocazione tra pubblico e privato, in *Nuove Autonomie*, 2005, fasc. 6, p. 913 ss.

Istat, 2005, Rilevazione delle Fondazioni

²² Foà S., 2005, Le fondazioni di diritto pubblico tra salvaguardia delle competenze regionali e rispetto dell'autonomia fondazionale. La fondazione strumentale all'ente pubblico fondatore, in *Foro amm. CDS*, 2005, fasc. 11, p. 3196 ss.

introdotta con l'art. 1 lett. b) della direttiva 89/440/CE) attribuiscono a quei soggetti che pur non essendo amministrazioni pubbliche, rappresentano di fatto una struttura operativa alle loro dirette dipendenze; si tratta di un approccio sostanzialista che superando la nomenclatura formale si concentra sulla natura sostanziale degli organismi. Per questa ragione per qualificare un soggetto come "organismo di diritto pubblico" non è rilevante la veste giuridica attribuita al soggetto bensì il suo scopo e la forma del controllo.

Sono dunque organismi di diritto pubblico i soggetti per i quali è presente una influenza pubblica dominante²³, dotati di personalità giuridica e istituiti per soddisfare finalità di interesse generale non industriali o commerciali²⁴.

In questo senso, dunque, la giurisprudenza amministrativa ha nel tempo deciso circa la natura di numerosi enti quali, ad esempio, la Fondazione Arena di Verona (Cons. Stat., VI, 5617/2015); la Fondazione Biennale di Venezia (Cons. Stat., VI, 2362/2014) o la Fondazione Carnevale di Viareggio (Cons. Stat., V, 7393/2010).

La qualificazione quale "organismo di diritto pubblico" di una associazione o di una fondazione di per sé non determina la configurazione, e le conseguenti capacità, di un soggetto "in house", bensì più strettamente la natura "pubblica" del soggetto.

Indagando la presenza dei tre requisiti nel caso di Ater – associazione – e della fondazione di partecipazione sarà necessario osservare, oltre alla disciplina generale prevista per gli istituti, anche lo specifico statuto dell'organismo.

Nello specifico sia l'associazione Ater che una eventuale FdP Ater hanno personalità giuridica ed entrambe, anche ma non soltanto per la loro caratteristica di soggetti senza finalità lucrativa, sono costituite per il raggiungimento di obiettivi di interesse generale, quali la promozione e la valorizzazione della cultura e dell'arte.

Anche in ragione di posizioni giurisprudenziale non sempre coerenti, risulta più complessa la valutazione della "influenza pubblica dominante" che, di fatto, si sostanzia nel controllo esercitato da uno o più enti pubblici; perché si configuri la presenza del controllo pubblico dovrà essere presente almeno uno tra i seguenti elementi: il finanziamento da parte di soggetti pubblici della fondazione o dell'associazione risulta maggioritario.

Dunque, nel caso della fondazione per verificare la "dimensione" di tale finanziamento dovranno essere presi in considerazione sia la quota versata dall'ente pubblico al fondo di dotazione sia le successive erogazioni; allo stesso modo nel caso dell'associazione la posizione pubblica sarà palesemente maggioritaria e di controllo quando l'ente – o gli enti pubblici possiedono la maggioranza assoluta delle quote, ed allo stesso modo quando

²³ Sono indice di "influenza pubblica dominante" il finanziamento pubblico maggioritario; il controllo pubblico della gestione; la nomina di più della metà dei componenti degli organi di direzione, amministrazione o vigilanza.

²⁴ Il fatto che un soggetto operi in un contesto concorrenziale non esclude di per sé la natura di organismo di diritto pubblico dovendosi verificare se il soggetto segua la disciplina delle imprese industriali e commerciali anche per ciò che concerne la gestione dei ricavi e delle perdite e la distribuzione degli utili. (Cons. Stat. Sez. V, 108/2017)

i versamenti a titolo di contributo da parte dei soci unitamente alle quote sociali versate superino la metà dei ricavi complessivi della associazione.

Tuttavia il finanziamento maggioritario non è di per sé elemento dirimente in quanto anche alcune fondazioni private ricevono contributi pubblici che superano complessivamente il 50% di tutte le loro entrate, perciò l'influenza pubblica dominante deve essere valutata in concreto avendo riguardo non soltanto al finanziamento ma anche alla capacità di controllo sull'organismo che esercitano gli enti pubblici.

Questa posizione risulta, peraltro, coerente sia con le direttive comunitarie che con il codice dei contratti pubblici il quale inserisce il potere di nomina degli enti pubblici tra gli elementi essenziali per l'attribuzione di un appalto pubblico in via diretta.

Di fatto si potrebbe verificare la situazione in cui una fondazione o associazione a tutti gli effetti di diritto privato seppure fondata e finanziata maggioritariamente dal pubblico non sia organismo di diritto pubblico perché, ad esempio, non prevede alcuna forma di controllo sull'esercizio gestionale dell'organismo e non influisce sulle logiche programmatiche ed attuative dell'ente.

Associazione e fondazioni di partecipazione e contribuzione pubblica: disciplina comunitaria

Indipendentemente dalla natura giuridica del soggetto pubblico – nel caso di specie, associazione o fondazione di partecipazione – la presenza di contributi pubblici se derivanti da finanziamenti comunitari implica che l'organismo sia assoggettato alla verifica di conformità di tali finanziamenti alla disciplina comunitaria relativa agli “aiuti di stato”, ovvero a quei finanziamenti a favore delle imprese che potenzialmente possono falsare la concorrenza sul mercato e che, per tale ragione sono ritenuti incompatibili con il mercato interno (art. 107 par. 1 Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea). Il divieto generale previsto dall'art. 107 trova, tuttavia, alcune deroghe nel secondo e terzo comma che definiscono situazioni specifiche che, se si verificano, determinano la compatibilità dell'aiuto e alcuni elementi di principio in base ai quali può essere dichiarata la compatibilità del finanziamento.

La disciplina del finanziamento pubblico, dopo un primo periodo in cui la valutazione veniva effettuata caso per caso sulla base della notifica dello stato membro, è stata semplificata – ma non ancora sufficientemente – con la emanazione di regolamenti comunitari che affrontano la tematica degli aiuti di stato in modo settoriale.

Il Regolamento che disciplina i finanziamenti nel settore delle infrastrutture e delle attività culturali è il n. 651/2014 il quale ha colto soltanto parzialmente le osservazioni e gli spunti, in particolar modo italiani, a non considerare il settore come esposto alla concorrenza – seppur quando sia previsto un biglietto di ingresso – sulla base della natura stessa dell'attività culturale che rientra tra i diritti essenziali tutelati dalla Costituzione;

infatti se da una parte ha autorizzato la copertura del “funding gap”, dall’altro ha comunque definito il settore esposto alla concorrenza²⁵.

I riferimenti essenziali del Regolamento sono il considerando 72 che chiarisce come nel settore culturale determinate misure non si configurano come aiuti di stato non soddisfacendo tutti i criteri previsti dall’art. 107, primo paragrafo, del Trattato; l’art. 53 stabilisce inoltre – elencando i beni e le attività che rientrano nel settore culturale – le condizioni che rendono compatibili aiuti alla cultura.

Tuttavia il regolamento 651 non ha semplificato la gestione della disciplina da una parte perché ha comportato un rilevante impegno burocratico dovuto alla qualificazione dell’intervento finanziario come aiuto di stato, dall’altro perché ha comunque lasciato agli stati membri l’onere della verifica per ogni singolo intervento finanziario della sua compatibilità con la disciplina in materia di aiuti.

Un passo avanti verso una gestione della disciplina più semplice e chiara è stato fatto nel 2016 grazie alla comunicazione della Commissione sugli aiuti di stato²⁶, che individua nel finanziamento alla cultura la risposta ad un interesse esclusivamente sociale e culturale che non riveste carattere economico, aggiungendo che anche la eventuale contribuzione dei visitatori – contribuendo solo in misura irrisoria alla copertura dei costi – non è di per sé atta a modificare il carattere non economico dell’iniziativa; al contrario, qualora quest’ultima sia finanziata tramite i contributi degli utenti e dei visitatori o attraverso altri mezzi commerciali dovrà essere considerata attività economica.

Si tratta dunque di distinguere tra attività culturali a prevalente connotazione commerciale e che – in seconda battuta - incidono sugli scambi tra Stati membri (per le quali il finanziamento non sarà ammesso) da quelle in cui la contribuzione dei fruitori avrà natura meramente sussidiaria (per le quali il finanziamento sarà ritenuto ammissibile)²⁷.

²⁵ Baldi, C.E., 2016, “Finanziamento della cultura e regole di concorrenza. Nuove prospettive dal ripensamento della Commissione europea”, Aedon, numer 3, 2016.

²⁶ *“La Commissione ritiene che il finanziamento pubblico di attività legate alla cultura e alla conservazione del patrimonio accessibili al pubblico gratuitamente risponda a un obiettivo esclusivamente sociale e culturale che non riveste carattere economico.... Omissis Nella stessa ottica il fatto che i partecipanti a una attività culturale accessibile al pubblico siano tenuti a versare un contributo in denaro che copra solo una frazione del costo effettivo non modifichi il carattere non economico di tale attività, in quanto tale contributo non può essere considerato un’autentica remunerazione del servizio prestato”*. Comunicazione della Commissione sulla nozione degli aiuti di Stato di cui all’art. 107, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell’Unione europea (GUCE C262 del 19.07.2016).

²⁷ E’ interessante notare come anche in questo caso, così come per la identificazione dei soggetti giuridici identificabili quali “organismi di diritto pubblico” così come per quelli identificabili come “in house providing” il legislatore europeo adotta un approccio sostanzialista che si concentra sulla “prevalenza” delle attività. Un approccio molto lontano dalla impostazione legislativa – e burocratica – nazionale e che, dunque, per questo, seppur volta a semplificare e facilitare l’individuazione dei limiti e dell’applicabilità, non è riuscita nell’intento.

Infatti lasciando alla interpretazione – almeno in parte discrezionale – degli enti l’individuazione della prevalenza e, dunque, responsabilizzandoli rispetto alle conseguenze di una corretta o non corretta identificazione ha, di fatto, rischiato di bloccare l’intero settore – se non in altri paesi di certo in Italia dove soprattutto negli ultimi anni – la discrezionalità è vissuta da chi la deve impiegare nella valutazione alla stregua di una sventura.

Pertanto, ferma la necessità da parte dell'amministrazione erogante di verificare comunque di volta in volta la compatibilità del contributo con la disciplina degli aiuti di Stato è certamente possibile affermare che anche lo spettacolo dal vivo, seppure preveda il pagamento del biglietto da parte degli spettatori, potrà essere ammissibile sia per la sua dimensione locale – che non incide su altre attività organizzate in altri stati – sia per la sua valenza di interesse generale che trova una propria esplicitazione nell'essere rese fruibili, resta ferma la natura dello spettacolo che non potrà essere di esplicita natura commerciale²⁸.

La disciplina di riordino delle società partecipate D. Lgs 175/2016

Da un esame analitico del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 recante “Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, integrato con le disposizioni correttive recate dal d.lgs. 16 giugno 2017, n. 100”, emanato esercitando una delle deleghe contenute nella l. 124/2015, le Associazioni non rientrano nella sua sfera di applicazione, oggettiva e soggettiva.

Il decreto ha oggetto, infatti, la costituzione di società da parte di amministrazioni pubbliche (e sono tali le amministrazioni di cui all'art. 1. C. 2 , d.lgs 165/01, i loro consorzi o associazioni per qualsiasi fine istituiti, gli enti pubblici economici e le autorità del sistema portuale) nonché l'acquisto, il mantenimento e la gestione di partecipazioni da parte di tali amministrazioni in società a totale o parziale partecipazione pubblica, diretta o indiretta. Il perimetro di operatività viene così descritto all'art. 1 del d. lgs. 175/16 : *“Le disposizioni del presente decreto hanno ad oggetto la costituzione di società da parte di amministrazioni pubbliche, nonché l'acquisto, il mantenimento e la gestione di partecipazioni da parte di tali amministrazioni, in società a totale o parziale partecipazione pubblica, diretta o indiretta”* (è indiretta la partecipazione di una società detenuta da un'amministrazione pubblica per il tramite di società o altri organismi soggetti a controllo da parte della medesima amministrazione che può altresì realizzarsi a mezzo di organismi di impronta diversa- di natura sia pubblicistica che privatistica, ad es. le Associazioni - da quella societaria). Si soggiunge all'art. 3 che *“Le amministrazioni pubbliche possono partecipare a società, anche consortili, costituite in forma di società per azioni o di società a responsabilità limitata, anche in forma cooperativa”*.

L'art. 2, c.1 , lettera m), stabilisce che le società a controllo pubblico (al contempo destinatarie della disciplina dettata per le società a partecipazione pubblica cui si aggiungono regole più stringenti relative all'assetto societario, agli organi e al personale) sono quelle società in cui una o più amministrazioni pubbliche esercitano poteri di controllo (per *“controllo”* si intende la situazione descritta nell'art. 2359 c.c. ; il controllo può sussistere anche quando, in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e strategiche relative all'attività sociale è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo).

²⁸ Al fine di coadiuvare le amministrazioni nella identificazione delle attività finanziabili da quelle non ammesse a contributo, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome ha elaborato congiuntamente al Ministero competente delle linee guida sul finanziamento dello spettacolo dal vivo che, guidando le amministrazioni attraverso la verifica di una serie di elementi, consentono loro di determinare le caratteristiche della prevalenza commerciale o meno dell'attività oggetto di analisi.

Tuttavia, restano espressamente ferme, nella loro portata derogatoria rispetto allo spazio di operatività del decreto, ai sensi dell'art. 1 comma quarto:

- a) le specifiche disposizioni contenute in leggi, regolamenti governativi o ministeriali che disciplinino società a partecipazione pubblica di dritto singolare, costituite per l'esercizio della gestione di servizi di interesse economico generale per il perseguimento di una specifica missione di pubblico interesse;
- b) le disposizioni di legge (in una accezione che appare la più ampia) riguardanti le partecipazioni di amministrazioni pubbliche a enti associativi diversi dalla società e fondazioni.

Ne discende che non sono ricomprese nel perimetro di applicazione del decreto in esame le partecipazioni pubbliche a enti associativi (diversi dalle società) e a fondazioni. E' noto che nelle associazioni, rispetto alle fondazioni, prevale l'elemento personale, lo scopo è solitamente riferito ai soli soci e le finalità sono definite dagli stessi associati. Nella prassi evolutiva si è elaborata altresì la particolare figura della fondazione di partecipazione che costituisce un modello atipico in cui è sintetizzato l'elemento personale, tipico delle associazioni, e l'elemento patrimoniale, caratteristico delle fondazioni.

La trasformazione di ATER – Associazione Teatrale Emilia Romagna: da associazione a fondazione in partecipazione

La trasformazione è l'istituto rivolto a consentire la sopravvivenza di un soggetto al cambiamento del tipo organizzativo: la continuità dei rapporti giuridici, sancita dall'art. 2498 codice civile.

Tale principio, volto a soddisfare l'esigenza di economicità nell'ambito dei rapporti giuridici, ha acquisito nel tempo una valenza sempre più pregnante, sulla scia dell'inquadramento della trasformazione quale istituto di portata generale, che consente - laddove non ostino ragioni specifiche - il transito di un ente da una ad altra forma organizzativa²⁹.

La possibilità di effettuare un'operazione di trasformazione diretta tra enti del Libro I del Codice civile - e in particolare, da associazione (con o senza personalità giuridica) in fondazione - risulta, negli ultimi dieci anni, al centro di accesi dibattiti dottrinari e di pronunce giurisprudenziali.

Prima della riforma del diritto societario di cui al D.Lgs. n. 66/2003, la trasformazione era regolata soltanto in ambito endosocietario (artt. 2498 c.c. e 2504-sexies c.c.) risultando espressamente disciplinato solo il passaggio da società di persone a società di capitali (cosiddetta trasformazione progressiva) e da società di capitali in società di persone (cosiddetta trasformazione regressiva). Con la riforma del diritto societario il legislatore ha completamente ridisegnato la disciplina della trasformazione introducendo:

- una parte generale (artt. 2498, 2499, 2500 e 2500-bis c.c.), in cui sono racchiuse disposizioni valevoli per ogni ipotesi di trasformazione;

²⁹ Fusaro A., 2011, Trasformazioni, fusioni e scissioni tra enti non profit, in "Non profit: le sfide dell'oggi e il ruolo del Notariato", volume a cura della Fondazione italiana per il notariato

- tre parti speciali, rispettivamente dedicate a: la trasformazione progressiva (artt. 2500-ter, 2500-quater e 2500-quinquies c.c.), la trasformazione regressiva (art. 2500-sexies c.c.) e le trasformazioni eterogenee (artt. 2500-septies, 2500-octies e 2500-novies c.c.)³⁰.

La nuova disciplina si presenta pertanto meno scarna della precedente ed è articolabile nei seguenti blocchi di disposizioni:

- a. disposizioni di carattere generale, applicabili a qualunque ipotesi di trasformazione: artt. 2498, 2499, 2500, 2500-bis;
- b. disposizioni relative alle singole sub-fattispecie di trasformazioni: 1) trasformazione omogenea "progressiva": artt. 2500-ter, 2500-quater, 2500-quinquies; 2) trasformazione omogenea "regressiva": artt. 2500, 1° comma e 2500-sexies; 3) trasformazione "eterogenea" da società di capitali: artt. 2500-septies, 2500-nonies; 4) trasformazione "eterogenea" in società di capitali: a) di consorzi, società consortili, comunioni d'azienda, associazioni riconosciute e fondazioni: artt. 2500-octies e 2500-nonies; b) di società cooperative: artt. 2545-decies e 2545-undecies; 5) trasformazione "eterogenea" di società cooperative in società di persone: artt. 2545-decies, 2545-undecies³¹.

Da questa impostazione ne deriva che anche lo stesso concetto di trasformazione ne risulta conseguentemente modificato. Precedentemente la trasformazione era una vicenda modificativa del codice organizzativo³² ferma restando l'identità causale della società che procedeva alla trasformazione.

Con la riforma del diritto societario la trasformazione non si esaurisce in ambito strettamente societario, ma comprende ipotesi di trasformazione "omogenea" (mutamento organizzativo nell'identità causale) e ipotesi di trasformazione "eterogenea", che a loro volta sono articolabili in tre sub-fattispecie (mutamento della natura stessa dell'ente; permanenza dell'ente con mutamento organizzativo e causale; permanenza dell'ente con mutamento causale e non anche organizzativo)³³.

Una delle novità di maggior rilievo, come vedremo meglio più avanti, è quella di consentire le cosiddette "trasformazioni eterogenee", quelle cioè ove sono coinvolti soggetti societari e non societari, quali enti, fondazioni, associazioni non riconosciute, ecc. Le società per azioni, le società in accomandita per azioni e le società a responsabilità limitata potranno, in sostanza, trasformarsi in consorzi, società consortili, fondazioni, comunioni di azienda, ecc., e viceversa. La nuova normativa, pertanto, ora consente: a) sia la trasformazione omogenea (di ente), cioè quella che consente che una società di qualunque tipo si possa trasformare in un'altra società di altro tipo; b) sia la trasformazione eterogenea (di scopo e di ente), cioè quella che consente che i soggetti coinvolti possano essere sia società che soggetti non societari.

³⁰ R. ACIERNO, 20 Gennaio 2005, La riforma del diritto societario in www.fiscooggi.it

³¹ C. Venuti, 12 Marzo 2008, La trasformazione nel diritto societario, in www.tuttocamere.it

³² V. Donativi, Le trasformazioni societarie, Roma 16 ottobre 2003, Relazione al Convegno indetto dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti "Il nuovo diritto societario nelle SPA e nelle SRL".

³³ C. Venuti, 12 Marzo 2008, La trasformazione nel diritto societario, in www.tuttocamere.it

La trasformazione eterogenea, in particolare, comporta il passaggio dalla forma societaria ad altra forma organizzativa (art. 2500-septies c.c.) e viceversa (art. 2500-octies c.c.), con conseguente mutamento dello scopo o causa del contratto, da causa lucrativa a causa consortile, mutualistica o ideale e viceversa.

Queste trasformazioni rappresentano – con la sola eccezione delle trasformazioni che vedono coinvolte le comunioni aziendali – trasformazioni in senso proprio: muta la forma giuridica ma non l'identità del soggetto per cui si ha piena continuità nei rapporti giuridici. L'articolo 2498 è stato interamente sostituito con una disposizione che, nel precedente regime, la dottrina e la giurisprudenza avevano pacificamente tratto dalla regolamentazione generale dell'istituto (Cass. 9 marzo 1995, n. 2736; 24 luglio 1997, n. 6925; 8 aprile 1998, n. 3638; 4 novembre 1998, n. 11077; 8 gennaio 1999, n. 89; 28 aprile 1999, n. 4270). Il nuovo testo stabilisce, infatti, che l'ente trasformato conserva i diritti e gli obblighi e prosegue in tutti i rapporti processuali dell'ente che ha effettuato la trasformazione. La trasformazione non determina l'estinzione di un soggetto e la creazione, in sua vece, di un soggetto nuovo, ma, al contrario, agisce soltanto sul piano del mutamento delle regole di organizzazione (ed ora anche dello scopo) del soggetto che la subisce, il quale resta uno ed uno solo, mantenendo in capo a sé tutti i diritti e tutti gli obblighi che aveva anteriormente all'operazione di trasformazione e conservando la titolarità di tutti i rapporti giuridici, di qualsiasi natura, da cui era precedentemente interessato. Impropria (e quindi da modificare) appare dunque la locuzione riportata nel secondo comma dell'art. 2500 "alla pubblicità richiesta per la cessazione dell'ente che effettua la trasformazione"³⁴.

Nel prevedere le ipotesi di trasformazione in società di capitali, l'art. 2500-octies c.c. contempla, tra gli enti di partenza, l'associazione riconosciuta e la fondazione; viceversa, le associazioni non riconosciute sono espressamente citate tra gli enti di arrivo della trasformazione da società di capitali.

Ai sensi dell'art. 223-octies disp. att. c.c. "la trasformazione prevista dall'art. 2500-octies c.c. è consentita alle associazioni e fondazioni costituite prima del 1° gennaio 2004 soltanto quando non comporta distrazione, dalle originarie finalità, di fondi o valori creati con contributi di terzi o in virtù di particolari regimi fiscali di agevolazione. Nell'ipotesi di fondi creati in virtù di particolari regimi fiscali di agevolazione, la trasformazione è consentita nel caso in cui siano previamente versate le relative imposte".

La trasformazione eterogenea, così come disciplinata dal codice civile, non comprende tutte le tipologie societarie di cui al libro V né tanto meno tutti gli enti di cui al libro I, infatti è prevista solo la trasformazione eterogenea da e in società di capitali, non essendo menzionate le trasformazioni eterogenee da e in società di persone; tra gli enti di approdo delle trasformazioni eterogenee regressive vi sono le associazioni riconosciute (e non anche quelle non riconosciute), mentre tra gli enti di partenza delle trasformazioni

³⁴ Santosuosso D.U.,2007, La trasformazione eterogenea: disciplina generale, in I Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato

eterogenee progressive sono contemplate soltanto le associazioni riconosciute e non anche quelle non riconosciute³⁵.

Il legislatore della riforma non ha quindi in alcun modo regolato la trasformazione nell'ambito di enti non profit, tant'è che a tutt'oggi rimane controverso se, ed in che termini, le stesse siano ammissibili.

In proposito, è stato comunque osservato che un'eventuale impraticabilità di trasformazioni interne nell'ambito degli enti non profit potrebbe, nella gran parte dei casi, essere elusa mediante un passaggio intermedio in una società di capitali mentre sarebbe contraddittorio sostenere che un certo risultato sia lecito se raggiunto attraverso un percorso più lungo, costoso e complesso. In altri termini, la riforma del diritto societario *"ha previsto forme ampie di trasformazione eterogenea, limitandone, però, l'ambito di applicazione alle sole ipotesi in cui si trasformi, o risulti dalla trasformazione, una società di capitali, con ciò fornendo un'ulteriore conferma che il favore per la trasformazione non possa essere inteso se non nei limiti obiettivi in cui si manifesta concretamente nel diritto positivo e, dunque, non possa essere dilatato oltre tali limiti"* (Tar Toscana, Firenze, Sez. I, 16 novembre 2004, n. 5802).

Tuttavia la riforma ha inciso sul transito tra i tipi societari assecondando l'idea della generale trasformabilità tra enti diversi, prevedendo la trasformazione dell'associazione in società e di questa in fondazione il che, evidentemente, induce anche a ritenere ammissibile la trasformazione 'diretta', senza l'approdo al passaggio intermedio rappresentato dalla forma societaria, per ovvie ragioni di economia di mezzi giuridici. Né pare che l'ostacolo sia in qualche modo ricollegabile alle vicende pubblicitarie e al riconoscimento della personalità giuridica, posto che quest'ultimo, al pari di quel che avviene nell'ipotesi di trasformazione di società in fondazione, sarà comunque inderogabile, producendo l'atto di trasformazione gli effetti dell'atto di fondazione (art. 2500-octies, co. 4, codice civile)³⁶.

La dottrina prevalente, in particolare, si è da subito orientata a ritenere ammissibile anche la trasformazione delle associazioni non riconosciute in società, non ravvisando seri argomenti contrari, pur raccomandando l'adozione di alcune cautele³⁷.

La previsione delle trasformazioni eterogenee coinvolgenti enti non profit ha ulteriormente rafforzato la tesi che, anche prima della riforma, asseriva la trasformabilità delle organizzazioni non lucrative tra loro, seppur con alcune perplessità derivanti dalla diversa natura giuridica di associazioni e fondazioni

Un decisivo contributo alla fattibilità della trasformazione delle associazioni in fondazioni è stato dato da una recente massima del Notariato del Triveneto che ha proclamato la legittimità di questa operazione: la massima è rubricata con la sigla «K.A.40» ed è intitolata appunto «Trasformazione di associazione in fondazione». L'operazione di trasformazione di una associazione in una fondazione era stata infatti

³⁵ BELLEZZA E., "Le altre trasformazioni eterogenee: casi e soluzioni" in I Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato

³⁶ BUSANI A., "Massimario delle operazioni societarie", 2015 Wolters Kluwer

³⁷ Massima n. 20 della Commissione società del Consiglio notarile di Milano per le trasformazioni che coinvolgono società di persone.

messa in forte dubbio, quanto alla sua percorribilità, da una pluralità di pronunce della magistratura amministrativa³⁸:

- il Tar Toscana, con la sentenza n. 1811 del 24 novembre 2011, aveva sancito che è legittimo il diniego della competente autorità amministrativa a iscrivere, nel registro regionale delle persone giuridiche, una fondazione derivante “in via diretta”, mediante trasformazione, da un’associazione riconosciuta, «dal momento che la predetta trasformazione non consente di verificare, in mancanza della fase di liquidazione, l’idoneità del patrimonio dell’associazione alla realizzazione dello scopo statutario e di tutelare i suoi creditori»;
- il Tar Piemonte, con la sentenza n. 781 del 29 giugno 2012, aveva sancito che è legittimo il diniego prefettizio di iscrizione, nel registro delle persone giuridiche, di una fondazione derivante “in via diretta”, mediante trasformazione, da un’associazione non riconosciuta; e questo perchè tale trasformazione, non essendo preceduta da un meccanismo preventivo di confronto con i creditori dell’associazione (come invece previsto in ambito societario dall’articolo 2500-novies del Codice civile), espone il patrimonio della neo costituita fondazione, in forza del principio di continuità dei rapporti giuridici, a possibili azioni dei creditori dell’associazione. Spetta al Prefetto, all’atto di autorizzare l’iscrizione della fondazione nel registro delle persone giuridiche, verificare preventivamente l’adeguatezza del patrimonio dell’ente alla realizzazione dello scopo statutario;
- il Consiglio di Stato, con il parere n. 296 del 30 gennaio 2015, aveva giudicato inammissibile la trasformazione “diretta” da associazione a fondazione, poiché il procedimento normativamente previsto per la costituzione della fondazione è incompatibile con la preesistenza di una struttura associativa. Né a diversa conclusione può pervenirsi considerando la possibilità di integrare il procedimento con le regole desunte dalle disposizioni in tema di società³⁹.

A questo panorama di rigida chiusura si è però contrapposto il TAR Lombardia che, con la sentenza 445 del 14 Febbraio 2013, ha sancito che la regola della generale trasformazione tra enti diversi appare, a seguito delle novità introdotte dalla riforma del diritto societario, un principio generale del nostro ordinamento, risultando pertanto ragionevole garantire la trasformazione diretta da associazione a fondazione “per ovvie ragioni di economicità dei mezzi giudiziari”.

La massima K.A.40 del Triveneto dà una decisiva “spallata” nel senso della possibilità di progettare l’evoluzione di un ente associativo in una struttura-fondazione, senza timore che essa sia impedita da dubbi circa la sua liceità. L’argomento centrale sul quale l’opinione del Triveneto si incentra è il rilievo che, con la riforma del diritto societario del 2003, il legislatore ha previsto espressamente la trasformabilità da associazione riconosciuta in società di capitali e, parallelamente, la possibilità di trasformare le società di capitali in fondazione; pertanto, *«appare ulteriormente possibile, per il principio di economia dei mezzi giuridici, procedere alla trasformazione diretta da associazione riconosciuta in fondazione»*. Sarebbe infatti del tutto illogico dover procedere a effettuare una pluralità di negozi, consistenti nella trasformazione dell’associazione riconosciuta in

³⁸ Linee Guida adottate dalla Regione Lombardia

³⁹ Busani, A., 15 Febbraio 2017, L’associazione cambia in Fondazione in Il Sole 24ore

una società di capitali (ad esempio in una società a responsabilità limitata), per poi addivenire a una ulteriore trasformazione, traghettando la società a responsabilità limitata in una fondazione. Fino a quando non sarà dettata la disciplina specifica della L. 6 giugno 2016 n. 106, che, delegando al Governo il potere di disciplinarne il procedimento, afferma vigere nell'ordinamento il "principio generale della trasformabilità tra enti collettivi diversi", alla trasformazione di associazioni in fondazioni si applicano in via analogica le disposizioni legislative che disciplinano le trasformazioni societarie eterogenee. In ogni caso l'operazione è sottoposta al vaglio dell'autorità amministrativa competente⁴⁰.

Sulla base delle pronunce sopra elencate state predisposte le Linee Guida, a seguito di un lavoro tecnico congiunto tra Regione Lombardia, Consiglio Notarile di Milano e Prefettura di Milano, svolto allo scopo di disciplinare la trasformazione da associazione in fondazione attraverso un iter procedimentale condiviso, in un'ottica di semplificazione, tutela dei creditori e controllo di congruità del patrimonio dell'ente trasformando. Queste Linee Guida, adottate dalla Regione Lombardia, prevedono, fra l'altro, una serie di documenti che un'associazione non riconosciuta deve depositare per trasformarsi in fondazione, e sono accompagnate da un interessante documento che preliminarmente segna i passaggi logico-sistematici attraverso cui i rappresentanti degli enti presenti al tavolo tecnico sono pervenuti alla conclusione dell'ammissibilità di questo tipo di trasformazione.

Una volta preso atto dell'inesistenza di ostacoli alla trasformazione tra enti *non profit*, si tratta di esaminare la disciplina applicabile in concreto, la quale tenderà a coincidere con quella delle trasformazioni eterogenee.

Il riconoscimento di forme di fondazioni atipiche, diverse da quelle tradizionali, ha portato alla costruzione dottrinale della *fondazione di partecipazione*, a cui è necessario fare riferimento.

La fondazione di partecipazione presenta la caratteristica di far coesistere in un unico soggetto operativo imprese, associazioni culturali, ministeri, enti locali, ciascuno con la possibilità di mantenere intatte le proprie peculiarità, entrando a pieno titolo nella creatività del progetto, mantenendo al contempo la sicurezza della trasparenza dell'operare. La fondazione di partecipazione infatti prevede sia il Consiglio Generale, composto dai soli fondatori, sia il Consiglio di Amministrazione, espressione di tutte le categorie di partecipanti alla fondazione stessa⁴¹.

Per quanto riguarda la procedura di trasformazione l'articolo 98 del decreto legislativo n. 117 del 3 luglio 2017 (Codice del Terzo settore, a norma dell'articolo 1, comma 2, lettera b, della legge 6 giugno 2016, n. 106) ha introdotto nel Codice Civile l'articolo 42 bis avente ad oggetto le operazioni straordinarie delle associazioni e fondazioni del libro I. In particolare, se non è espressamente escluso dall'atto costitutivo o dallo statuto, le associazioni (sia riconosciute che non riconosciute) possono trasformarsi in fondazione.

⁴⁰ Busani, A., 2017, ibidem.

⁴¹ E. Bellezza – F. Florian, *Le Fondazioni del Terzo Millennio – Pubblico e Privato per il non profit*, Firenze 1998

La decisione sulla trasformazione deve essere assunta dall'assemblea con il voto favorevole dei tre quarti degli associati, conformemente a quanto previsto per la trasformazione delle associazioni in società, dall'art. 2500 *octies* del codice civile che richiama il quorum per deliberare lo scioglimento dell'associazione.

Con la trasformazione l'ente trasformato conserva i diritti e gli obblighi e prosegue in tutti i rapporti anche processuali dell'ente che ha effettuato la trasformazione.

Per procedere alla trasformazione l'organo di amministrazione deve predisporre una relazione relativa alla situazione patrimoniale dell'associazione contenente l'elenco dei creditori, aggiornata a non più di centoventi giorni precedenti la delibera di trasformazione, nonché una relazione che illustri le motivazioni e gli effetti della trasformazione. Copia della relazione deve restare depositata presso la sede sociale durante i trenta giorni che precedono l'assemblea convocata per deliberare la trasformazione e i soci hanno diritto di prenderne visione e di ottenerne gratuitamente copia⁴².

Al verbale di trasformazione dovrà essere altresì allegata una relazione di stima redatta, sulla base della situazione patrimoniale, da un esperto, nominato sull'ente (ai sensi dell'art. 2465 codice civile, richiamato dall'art 2500 ter) che attesti che il patrimonio dell'ente trasformando non è inferiore alla somma degli importi destinati rispettivamente a "fondo permanente di dotazione" e a "fondo di gestione".

Si applicano, inoltre, gli articoli 2499, 2500, 2500-bis, 2500-ter, secondo comma, 2500-quinquies e 2500-nonies del codice civile, in quanto compatibili.

Pertanto:

- La trasformazione deve risultare da atto pubblico contenente le indicazioni previste dalla legge per l'atto di costituzione di una fondazione.
- L'atto di trasformazione è soggetto all'iscrizione nel registro delle persone giuridiche ed ha effetto dal momento dell'iscrizione stessa. Da questo momento l'eventuale invalidità dell'atto di trasformazione non può essere pronunciata, salvo il diritto al risarcimento del danno eventualmente spettante ai partecipanti all'ente trasformato ed ai terzi danneggiati dalla trasformazione.
- Salvo diversa disposizione dello statuto, la trasformazione è deliberata con il consenso della maggioranza dei soci; al socio che non ha concorso alla decisione spetta il diritto di recesso.
- La trasformazione è condizionata al pagamento dei creditori dell'Associazione o alla loro prestazione di consenso alla trasformazione, consenso che si presume se i creditori, ai quali la deliberazione di trasformazione sia stata comunicata per raccomandata o con altri mezzi che garantiscano la prova dell'avvenuto ricevimento, non lo hanno espressamente negato nel termine di sessanta giorni dal ricevimento della comunicazione.

⁴² Visconti G., Trasformazione, fusione e scissione di associazioni e fondazioni, 28 Dicembre 2017 in Fiscoetasse.it

La trasformazione eterogenea è efficace trascorsi 60 giorni dall'ultimo degli adempimenti pubblicitari previsti, salvo il consenso espresso dei creditori o il pagamento dei creditori che tale consenso non abbiano dato. Nello stesso termine di 60 giorni, i creditori possono fare opposizione (art 2500 *nonies* c.c.), quando non sia stato possibile acquisire il preventivo consenso dei creditori o effettuare i relativi pagamenti. L'ente trasformando dovrà comunicare con lettera A/R o PEC ai creditori la deliberata trasformazione, per consentire loro di fare eventualmente opposizione.

Dell'avvenuta comunicazione dovrà essere data prova all'autorità competente in sede di deposito dell'istanza di riconoscimento. L'autorità medesima, decorsi 60 giorni dall'ultima comunicazione, a fronte di una dichiarazione resa – ai sensi del DPR 445 /2000 – dal legale rappresentante dell'ente, attestante sotto la propria responsabilità l'assenza di opposizioni a trasformazioni, e verificate le altre condizioni, potrà procedere al riconoscimento dell'ente ai sensi dell'art 1 del DPR 361/2000⁴³.

Il nuovo statuto: alcuni cenni

Lo statuto è stato elaborato in collaborazione con gli uffici della Regione Emilia-Romagna per consentire il corretto svolgimento dell'iter in assemblea legislativa per la promulgazione di una nuova legge regionale che modifichi la legge regionale 20/1992 riguardante la partecipazione della Regione Emilia-Romagna in ATER. Lo statuto è stato revisionato e avallato dal Notaio Giuliano Fusco di Modena.

Nello specifico della presente relazione si ritiene opportuno procedere all'accenno dell'articolo 3 del nuovo Statuto inerente "*Finalità, scopi e attività*" della Fondazione.

Tale articolo è di ampia portata e coglie spunti dalle principali Fondazioni di Partecipazione operanti in Italia nel settore dello Spettacolo.

L'obiettivo a medio termine è quello di permettere alla Fondazione ATER di rafforzare e consolidare la propria posizione sul territorio regionale quale interlocutore di riferimento per l'intero sistema degli operatori culturali nel settore dello spettacolo, consolidando e recuperando in via prevalente la propria funzione originaria di ente di servizio per i soci.

L'obiettivo strategico mira ad una complessiva rivisitazione sul medio-termine delle attività strategiche dell'ente con un rafforzamento significativo delle attività di interesse generale e istituzionali, nonché la capacità di attrarre e reperire risorse in modi innovativi a livello locale, regionale, nazionale ed internazionale, costruire reti di collaborazioni con i principali portatori d'interesse del territorio, introdurre e diversificare le aree di attività e progettuali, nonché rafforzare la qualità e la tipologia dei servizi prestati.

L'articolo 3 del nuovo statuto infatti recita come segue:

La Fondazione non ha fini di lucro ed opera secondo criteri di corretta amministrazione ed efficienza, nel rispetto del vincolo di bilancio, ispirando la propria attività ai criteri di trasparenza, pubblicità, imparzialità e partecipazione anche di derivazione europea.

La Fondazione, in particolare,

⁴³ AA.VV., 2004, *La riforma delle società. Aspetti applicativi*, Giappichelli, 2004.

- a. *promuove la diffusione dello spettacolo nelle sue molteplici forme – intendendosi con questa definizione: teatro, musica, danza, circo, cinema e audiovisivi e attività interdisciplinari - a livello regionale, nazionale e internazionale;*
- b. *svolge la funzione di circuito regionale multidisciplinare di distribuzione dello spettacolo da effettuarsi in sale teatrali e in altri spazi e strutture idonee e cura la promozione di iniziative culturali attinenti, senza partecipare direttamente, né indirettamente, alla produzione, in coerenza con le normative nazionali e regionali;*
- c. *presta attività di supporto, assistenza e servizi volti a sostenere le attività dei soci e, in generale, le iniziative nell'ambito dello spettacolo;*
- d. *cura la diffusione della cultura teatrale, l'informazione, la promozione e l'immagine del sistema teatrale regionale sia attraverso le opportune politiche pubblicitarie, editoriali e promozionali sia attraverso iniziative culturali, di comunicazione, informazione, anche in collaborazione con altri soggetti;*
- e. *promuove e favorisce la collaborazione ed uno stabile coordinamento con istituti riconosciuti e operanti nell'ambito dello spettacolo, allo scopo di definire ed attuare strategie ed interventi di comune interesse e di omogeneo indirizzo a livello nazionale e internazionale;*
- f. *organizza, anche in collaborazione con altri soggetti, attività di formazione e di aggiornamento professionale nell'ambito delle attività dello spettacolo anche in collaborazione con enti di formazione accreditati, università, enti di ricerca e formazione superiore;*
- g. *sviluppa servizi a supporto di operatori culturali interessati all'accesso a contributi pubblici nonché a progetti e/o a iniziative di partenariato nel settore delle attività culturali con particolare riferimento allo spettacolo;*
- h. *promuove lo spettacolo e la formazione dello spettatore al fine del consolidamento e della crescita del pubblico con particolare riguardo alle nuove generazioni ed alle categorie meno favorite, ciò anche attraverso adeguati progetti di comunicazione ed informazioni, attività editoriali, progetti rivolti al mondo delle scuole e delle università;*
- i. *assume altre iniziative, ad esempio sul piano educativo, formativo e della ricerca, utili al perseguimento degli scopi sociali e conformi agli obiettivi della Fondazione;*
- j. *assume tutte le iniziative utili al conseguimento dei propri fini, quali l'adesione ad organismi regionali, nazionali ed internazionali di rappresentanza e di categoria e la partecipazione ad associazioni ed enti senza fini di lucro che operano nel campo dello spettacolo e della cultura;*

- k. *cura la raccolta e conservazione dei documenti cartacei, fotografici e audiovisivi attinenti lo spettacolo, anche attraverso lo sviluppo di strumenti tecnologici di archiviazione;*
- l. *svolge attività di osservatorio in coerenza con la normativa nazionale e regionale sullo spettacolo, anche promuovendo, realizzando e/o partecipando ad attività di studio e di raccolta ed elaborazione dei dati;*
- m. *promuove, realizza e partecipa a studi, pubblicazioni, iniziative e ricerche, nell'ambito dello spettacolo e del settore culturale, anche in collaborazione con altri enti pubblici e privati, tese ad approfondire e divulgare temi inerenti agli scopi istituzionali e, in particolare, sul settore dello spettacolo, sul pubblico, sul mercato regionale e nazionale dello spettacolo e della cultura, anche ai fini di conoscenza e orientamento della propria programmazione;*
- n. *cura altri compiti ed iniziative non qui contemplati ma che altrimenti attengono al mondo dello spettacolo ed al suo futuro sviluppo artistico, professionale e tecnologico;*
- o. *promuove e sostiene, quei progetti presentati da enti pubblici o privati senza scopo di lucro, che siano in linea con gli scopi e coerenti con le attività della Fondazione, sulla base del principio più generali della sussidiarietà;*
- p. *partecipa, anche attraverso idonee forme di partenariato, a progetti finanziati dall'Unione Europea, dallo Stato o dalle Regioni nel settore delle attività culturali con particolare riferimento allo spettacolo;*
- q. *supporta la promozione anche internazionale delle produzioni di spettacolo della regione, anche in partnership con altri soggetti nazionali o internazionali;*
- r. *svolge attività di programmazione di spettacolo, anche in partnership con altri soggetti nazionali o internazionali, in spazi della regione a ciò destinati, anche assumendone la gestione, sulla base di convenzioni con le amministrazioni comunali o con altri soggetti che ne abbiano la disponibilità.*

La volontà condivisa con i soci è quella di individuare uno spettro ampio di attività e progettualità possibili, anche in prospettiva futura, che siano in grado di rispondere alle necessità dei soci nel territorio regionale.

Profili di rischio e situazione patrimoniale

E' da segnalare a tutti i soci che i profili di rischio della trasformazione diretta in Fondazione di Partecipazione rimangono i medesimi presenti ad oggi per l'Associazione riconosciuta e sono rinvenibili in una serie di aspetti quali a titolo esemplificativo e non esaustivo, l'aleatorietà della normativa inerenti i contributi pubblici e l'applicazione della detraibilità dell'IVA, l'applicazione delle normative in ambito di appalti, procedure di

selezione del personale e acquisto forniture di beni e servizi, nella normativa in materia di aiuti di stato e nell'applicazione delle normative in ambito amministrativo e fiscale.

In aggiunta è da segnalare che l'Associazione allo stato attuale presenta per la trasformazione in Fondazione di partecipazione il patrimonio minimo per garantire tale processo, con la rilevazione che si possa intervenire in futuro con decisioni e valutazioni a favore di un complessivo rafforzamento patrimoniale dell'ente.

Conclusioni

Preso atto delle premesse e dei paragrafi di cui sopra che sono risultanti di una lunga attività istruttoria del Consiglio di Amministrazione, avente ad oggetto l'analisi dell'impatto dei recenti provvedimenti normativi nazionali e comunitari in materia di contrattualistica pubblica e di riordino delle partecipazioni degli enti ed organismi pubblici;

Richiamati:

- la legge 22 novembre 2017 n. 175 "Disposizioni in materia di spettacolo e deleghe al Governo per il riordino della materia", che, all'art. 1, comma 4, stabilisce che l'intervento pubblico a sostegno delle attività di spettacolo favorisce e promuove, tra l'altro, lo sviluppo dei circuiti regionali di distribuzione;

- il Decreto del Ministro dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo del 27 luglio 2017 "Criteri e modalità per l'erogazione, l'anticipazione e la liquidazione dei contributi allo spettacolo dal vivo, a valere sul Fondo unico per lo spettacolo, di cui alla legge 30 aprile 1985, n. 163" all'art.38 "Circuiti regionali multidisciplinari", il quale stabilisce:

- la possibilità di concedere contributi agli organismi che, nella regione nella quale hanno sede legale, svolgono attività di distribuzione, promozione e formazione del pubblico, in idonei spazi di cui l'organismo ha la disponibilità, purché non producano, co-producano o allestiscano spettacoli, direttamente o indirettamente;

- che può essere identificato un solo circuito multidisciplinare per regione a condizione sia dotato di una stabile ed autonoma struttura organizzativa e che goda del sostegno finanziario da parte della regione di riferimento o di altri enti territoriali in cui il soggetto opera;

Preso atto che A.T.E.R. ai sensi del D.M. 27 luglio 2017 citato è stata riconosciuta ed è finanziata dallo Stato per il triennio 2018-2020 quale Circuito regionale multidisciplinare e ai fini della permanenza in qualità di beneficiario di contributi del MiBAC deve garantire una prosecuzione della propria P.IVA e pertanto non può essere ipotizzata una discontinuità;

Vista la legge regionale 5 luglio 1999 n. 13 "Norme in materia di spettacolo" e ss.mm. e ii. ed in particolare l'articolo 3 "Funzioni dei Comuni" il quale stabilisce che i Comuni o le loro Unioni, in collaborazione con la Regione:

- "promuovono l'attività di spettacolo dal vivo e la formazione del pubblico e partecipano, in forma diretta o convenzionata, con l'assunzione dei relativi oneri, alla costituzione e alla gestione di soggetti stabili che operano nello spettacolo dal vivo";

- “svolgono i compiti attinenti all'erogazione dei servizi teatrali, con riguardo alla promozione, programmazione e distribuzione degli spettacoli, avvalendosi di proprie strutture o di strutture di soggetti privati convenzionati, o tramite associazioni e fondazioni da loro costituite o partecipate”;

Rilevato come a partire dalla costituzione di A.T.E.R. nel tempo sono mutate sia la legislazione nazionale, sia quella regionale in ambito culturale, nonché lo scenario dello spettacolo e la compagine associativa di A.T.E.R.;

Valutato come la prospettata trasformazione di A.T.E.R. in Fondazione sia in grado di consentire la prosecuzione della sua attività con veste giuridica più appropriata alle opportunità ed alle esigenze attuali, ferme restando l'ideale omogeneità di scopo in entrambe le forme e l'assenza di fini di lucro;

Valutato come tale trasformazione si rende in particolar modo opportuna al fine di ottimizzare la gestione attraverso un percorso riorganizzativo che consenta da una parte di meglio definire il ruolo dei soci istituzionali e delle conseguenti attività a loro destinate, nonché come, allo stato attuale, la Fondazione risulti essere la forma giuridica più utilizzata per la gestione delle istituzioni culturali e dunque, quella più coerente con l'assetto normativo di settore attualmente in vigore;

In considerazione di tutto ciò il Consiglio di Amministrazione motiva la decisione di trasformazione diretta di ATER – Associazione Teatrale Emilia Romagna in Fondazione di Partecipazione.

Modena, 25 settembre 2019

Firmato e approvato da

Presidente dott.ssa Ilenia Malavasi

Vice-Presidente dott. Andrea Paolucci

Consigliere dott.ssa Sonia Alvisi

Il Consiglio di Amministrazione ringrazia l'Avv. Valeriani per la consulenza legale.

