

Consiglio Nazionale del Notariato

Studio n.78-2020/I

Trasformazione di associazioni riconosciute e fondazioni

di Francesco Cirianni

(Approvato dalla Commissione Studi d'Impresa il 23/04/2020)

Abstract

Lo studio affronta il tema della trasformazione di associazioni riconosciute e fondazioni alla luce del disposto dell'art. 42 *bis* c.c. introdotto dal decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117 con il quale, nell'ambito della più generale riforma del terzo settore, il legislatore delegato ha voluto disciplinare anche le operazioni straordinarie degli enti del libro primo.

Lo studio esamina in particolare il procedimento richiesto dalla nuova disciplina della trasformazione tra enti dotati di personalità giuridica iscritti nel registro delle persone giuridiche previsto dal D.P.R. 361/2000 ovvero iscritti nel nuovo registro unico nazionale del terzo settore, approfondendo i momenti principali in cui tale procedimento si articola e tenendo presente che non tutte le ipotesi di trasformazione di enti del libro primo rispondono a fattispecie omogenee e, pertanto, richiedono un'applicazione differenziata della disciplina, ferma restando la continuità patrimoniale sancita dall'esplicito richiamo che l'art. 42-bis c.c. fa all'art. 2498 c.c..

In particolare lo studio esamina i) le relazioni richieste per procedere alla trasformazione e la possibilità di rinuncia alle stesse nelle diverse fattispecie, ii) le maggioranze applicabili alle delibere che decidono sulla trasformazione, iii) le modalità di attribuzione delle partecipazioni per gli enti in cui ciò sia possibile ed infine iv) i meccanismi di pubblicità previsti nelle diverse ipotesi in cui gli enti coinvolti siano o meno enti del terzo settore.

1. LA TRASFORMAZIONE DEGLI ENTI SENZA SCOPO DI LUCRO

La riforma del terzo settore nel risistemare la materia del non-profit ha dettato anche una nuova disciplina della trasformazione delle associazioni e fondazioni introducendo nel codice civile un nuovo art. 42-bis, con ciò superando i precedenti dubbi di parte della dottrina e soprattutto della giurisprudenza amministrativa. Il legislatore ha oggi definitivamente sdoganato le operazioni straordinarie degli enti senza scopo di lucro, consentendo alle stesse di mutare struttura organizzativa e scopo in regime di continuità patrimoniale.

Sebbene dettato nell'ambito del codice del terzo settore il nuovo art. 42-bis c.c. ha uno spettro di riferimento più ampio rivolgendosi a tutte le associazioni ed a tutte le fondazioni, siano o meno enti del terzo settore. Ne consegue che la nuova disciplina dovrà essere coordinata, di volta in volta, sia con la disciplina del terzo settore, ed in particolare sia con l'art. 22 del codice del terzo settore, che detta le nuove regole per l'acquisto della personalità giuridica per i soli enti del terzo settore, sia con il D.P.R. 361/2000 che tuttora disciplina il registro delle persone giuridiche al quale occorrerà ancora fare riferimento per tutti gli enti personificati che non siano o non vogliano essere enti del terzo settore, ed al quale vengono assegnate funzioni del tutto simili a quelle del registro delle imprese (ed oggi del registro degli enti del terzo settore) in tema di opponibilità ai

terzi delle operazioni straordinarie degli enti senza scopo di lucro, così come già ipotizzato dalla dottrina¹ e dalla prassi amministrativa² già prima della riforma.

Volendo sintetizzare la disciplina della trasformazione delle associazioni e fondazioni risulta così strutturata:

- tutte le associazioni, riconosciute e non, e tutte le fondazioni, possono operare reciproche trasformazioni secondo le regole dettate dall'art. 42-bis c.c. salva diversa previsione dell'atto costitutivo o dello statuto;
- se gli enti trasformati o risultanti dalla trasformazione non sono o non vogliono essere enti del terzo settore si continua ad applicare il D.P.R. 361/2000 e resta competente per la pubblicità degli enti dotati di personalità giuridica il solo registro delle persone giuridiche;
- se gli enti trasformati o risultanti dalla trasformazione sono o vogliono divenire enti del terzo settore si applicherà la nuova disciplina e la pubblicità presso il registro degli enti del terzo settore; in particolare per gli enti che intendono acquistare (o mantenere) la personalità giuridica si applicherà l'art. 22 del codice del terzo settore che rimette al Notaio la verifica delle «condizioni previste dalla legge per la costituzione dell'ente, ed in particolare dalle disposizioni del codice del terzo settore con riferimento alla sua natura di ente del terzo settore, nonché del patrimonio minimo» riproponendo anche per gli enti del terzo settore l'affidamento al Notaio del controllo "omologatorio" già da tempo affidatogli in tema di società. Il controllo del Notaio sostituisce quello dell'autorità governativa divenendo, per i soli enti del terzo settore, l'unico sistema di ottenimento della personalità giuridica.

Più in generale in riferimento agli enti del terzo settore si può parlare di una loro "corporativizzazione" con ampio ricorso a regole tipiche delle società di capitali, si pensi ad esempio:

- al patrimonio minimo previsto dall'art. 22 quarto comma del codice del terzo settore;
- alla necessità della relazione giurata di stima richiesta dall'art. 42-bis c.c.;
- alle regole sul bilancio dettate dall'art. 13 del codice del terzo settore;
- alla regola simil-TROL (Trasforma, Ricapitalizza o Liquidata) dettata dal quinto comma dell'art. 22 del codice del terzo settore.

La nuova disciplina dettata dall'art. 42-bis c.c. riguarda solo le reciproche trasformazioni tra associazioni riconosciute, non riconosciute e fondazioni, restando escluse dal suo ambito tutte le operazioni in cui l'ente di arrivo o di partenza sia una società che restano disciplinate dalle norme del codice civile in tema di trasformazione eterogenea.

Il presente lavoro si occuperà solo delle trasformazioni tra enti dotati di personalità giuridica e quindi delle trasformazioni di associazioni riconosciute in fondazioni e viceversa.

La presenza nel sistema della disciplina sulla trasformazione eterogenea societaria può far sembrare agevole il compito dell'interprete nell'individuare le soluzioni operative anche nelle nuove trasformazioni degli enti senza scopo di lucro, ma la diversità strutturale delle diverse situazioni di arrivo e di partenza ed il diverso atteggiarsi delle singole discipline interne fa subito scomparire tale impressione³. Già a proposito della trasformazione societaria dopo la riforma del

¹ CNN Studio n. 32/2010/I, *La trasformazione degli enti no profit*, est. A. Ruotolo.

² ad esempio, le "Linee guida per la trasformazione eterogenea degli enti non profit nell'ottica della tutela dei creditori e del controllo di congruità del patrimonio dell'ente trasformato" emanate dalla Regione Lombardia il 9 maggio 2013.

³ M. Maltoni, *Sulla trasformazione degli enti del primo libro*, in Riv. Not. 2020.

2003, autorevole dottrina⁴ parlava di «polivalenza funzionale del vocabolo a stregua del diritto comune; unica costante manifestandosi quella della continuità patrimoniale, da intendersi come assenza di novazione soggettiva dei rapporti compendati in un patrimonio dato e di circolazione degli stessi, nonostante l'avvicinarsi di qualificazioni organizzativamente e funzionalmente eterogenee dell'ente che ne è titolare o il subentro di enti a contitolarità o di contitolarità ad enti sempre con riguardo ad un patrimonio dato».

Come si vedrà non tutte le ipotesi di trasformazione di enti senza scopo di lucro rispondono a fattispecie omogenee, ma, ferma restando la continuità patrimoniale sancita dall'espresso richiamo che l'art. 42-bis c.c. fa all'art. 2498 c.c., richiedono un'applicazione differenziata della disciplina dettata e di quella oggetto di richiamo in relazione alla concreta disciplina interna degli enti coinvolti.

Essendo lo scopo del presente lavoro fondamentalmente quello di fornire un supporto operativo si analizzerà il procedimento previsto dall'art. 42-bis c.c. per individuare le soluzioni percorribili.

L'art. 42-bis c.c. individua un procedimento generale per giungere alla trasformazione delle associazioni e delle fondazioni, che si può dividere in quattro momenti: le relazioni, le delibere, l'attribuzione delle "partecipazioni", la pubblicità e le opposizioni.

2. LE RELAZIONI

L'art. 42-bis c.c. prevede la predisposizione di alcune relazioni informative sull'operazione proposta:

1. **la relazione illustrativa sulla situazione patrimoniale:** che deve essere predisposta dall'organo di amministrazione e deve contenere un bilancio infra-annuale e l'elenco dei creditori;
2. **la relazione degli amministratori di cui all'art. 2500-sexies c.c.** 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; i soci hanno diritto di prenderne visione e di ottenerne gratuitamente copia;
3. **la relazione di stima ex art. 2500-ter**, secondo comma, c.c., in base al quale nei casi previsti dal primo comma il capitale della società risultante dalla trasformazione deve essere determinato sulla base dei valori attuali degli elementi dell'attivo e del passivo e deve risultare da relazione di stima redatta a norma dell'articolo 2343 ovvero dalla documentazione di cui all'articolo 2343-ter ovvero, infine, nel caso di società a responsabilità limitata, dell'articolo 2465. Si applicano altresì, nel caso di società per azioni o in accomandita per azioni, il secondo, terzo e, in quanto compatibile, quarto comma dell'articolo 2343 ovvero, nelle ipotesi di cui al primo e secondo comma dell'articolo 2343-ter, il terzo comma del medesimo articolo.

2.1. La relazione sulla situazione patrimoniale: Ai sensi del II comma dell'art. 42-bis c.c. «l'organo amministrativo 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».

La *ratio* della norma sembra essere quella di fornire un'informazione aggiornata sulla situazione patrimoniale in funzione dell'approvazione delle modifiche statutarie⁵ al fine di consentire

⁴ P. Spada, *Dalla trasformazione delle società alle trasformazioni degli enti ed oltre*, in Scritti in onore di Vincenzo Buonocore, Vol. III, Milano 2005, p. 3893; M. Maltoni, *Sulla trasformazione degli enti del primo libro*, cit..

⁵ M. Maltoni, *Sulla trasformazione degli enti del primo libro*, cit.; F. Magliulo, *Trasformazioni, fusione e scissione degli enti del libro primo del codice civile*, cit., p. 63 ss.

all'autorità amministrativa la valutazione in merito all'adeguatezza del patrimonio dell'ente per gli scopi perseguiti ai sensi del D.P.R. 361/2000.

Una domanda sorge, tuttavia, spontanea: perché si deve predisporre sia la situazione patrimoniale con elenco dei creditori che la relazione di stima ex art. 2500 ter c.c.? Una spiegazione potrebbe essere che la prima serve a rilevare il patrimonio contabile dell'ente e la sua esposizione debitoria, la seconda invece serve a verificare il valore reale di tale patrimonio anche in relazione all'esposizione evidenziata. Resta, tuttavia, la dissonanza della previsione relativa alla situazione patrimoniale dal sistema delle trasformazioni in ambito societario nel quale mai è richiesta, nemmeno «nel caso, ben più rischioso sul piano patrimoniale, di trasformazione di società di capitali in società di persone, rispetto alla quale la legge si limita a richiedere la relazione ex art. 2500-sexies c.c.»⁶. Probabilmente la previsione è stata mutuata dalla prassi amministrativa precedente alla riforma⁷.

Se la *ratio* è quella di consentire all'autorità amministrativa (nel caso di enti non del terzo settore) o al Notaio (nel caso di enti del terzo settore) di verificare la consistenza patrimoniale dell'ente trasformando, ne consegue che la relazione sulla situazione patrimoniale corredata dall'elenco dei creditori non è rinunciabile servendo interessi di natura pubblicistica⁸.

In un'ottica di semplificazione si è posto il quesito se la relazione (corredata in ogni caso dall'elenco dei creditori) possa essere sostituita dal bilancio annuale di esercizio per gli enti che sono tenuti alla sua redazione (ai sensi dell'art. 13 del codice del terzo settore) e, in caso di risposta affermativa, a quale data lo stesso deve essere riferito: non oltre i sei mesi precedenti la delibera di trasformazione, riprendendo il termine massimo previsto per le fusioni dall'art. 2501-quater c.c.⁹ o non oltre i centoventi giorni precedenti la delibera di trasformazione. La situazione patrimoniale richiesta serve ad evidenziare il patrimonio contabile dell'ente trasformando e consiste in un vero e proprio bilancio infra-annuale e, quindi, non si vedono motivi per non fare ricorso ai risultati interpretativi ormai consolidati in materia societaria e ritenere che sia possibile sostituire il bilancio di esercizio, purché di data sufficientemente recente, alla situazione patrimoniale *ad hoc*; quanto alla data di riferimento del bilancio utilizzabile, appare più corretta l'interpretazione che la limita a massimo centoventi giorni precedenti la delibera di trasformazione perché, in assenza di richiamo espresso all'art. 2501-quater, il dettato normativo dell'art. 42-bis c.c. non sembra lasciare alternative¹⁰.

2.2 La relazione degli amministratori di cui all'art. 2500-sexies c.c.: il secondo comma dell'art. 42-bis richiede anche la predisposizione della relazione di cui all'art. 2500-sexies, secondo comma c.c. che prevede che «gli amministratori devono predisporre 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; i soci hanno diritto di prenderne visione e di ottenerne gratuitamente copia». Come nelle società, anche negli enti senza scopo di lucro la relazione degli amministratori ha la funzione di informativa agli associati/partecipanti nel cui interesse è prevista ed infatti per la

⁶ M. Maltoni, *Sulla trasformazione degli enti del primo libro*, cit..

⁷ “Linee guida per la trasformazione eterogena degli enti non profit nell’ottica della tutela dei creditori e del controllo di congruità del patrimonio dell’ente trasformato” emanate dalla Regione Lombardia il 9 maggio 2013; F. Magliulo, *Trasformazioni, fusione e scissione degli enti del libro primo del codice civile*, cit., p. 63 ss.

⁸ M. Maltoni, *Sulla trasformazione degli enti del primo libro*, cit..

⁹ M. Bianca, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti del terzo settore*, in *Il Codice del terzo settore*, a cura di M. Gorgoni, Pisa, 2018, p. 146.

¹⁰ Precisa infatti l'art. 42-bis c.c. che la situazione patrimoniale contenente l'elenco dei creditori deve essere “aggiornata a non più di centoventi giorni precedenti la delibera di trasformazione.”

stessa non è prevista alcuna forma di pubblicità¹¹ e quindi, così come comunemente ritenuto in ambito societario, la stessa è rinunciabile con il consenso unanime di coloro che sulla trasformazione dovranno decidere; pertanto: *i)* nelle associazioni occorrerà il consenso unanime degli associati mentre *ii)* nelle fondazioni di partecipazione che rimettano ai “partecipanti” la decisione sulle modifiche statutarie, occorrerà il consenso unanime degli stessi.

Un supplemento di indagine è dovuto per il caso della fondazione tradizionale o della fondazione di partecipazione nella quale la decisione sulle modificazioni dell’atto costitutivo è rimessa all’organo amministrativo; in queste ipotesi destinatario dell’informativa è lo stesso organo che la deve predisporre i cui componenti, in quanto amministratori, si presume siano a perfetta conoscenza delle ragioni dell’operazione; quindi, se l’unico scopo della relazione ex art. 2500-sexies è quello di informare i decisori (diversi dagli amministratori) e non l’autorità di controllo, la predisposizione della relazione sembra priva di utilità alcuna e può essere omessa¹².

2.3 La relazione di stima: il secondo comma dell’art. 42-bis c.c. richiama, in quanto compatibile, il secondo comma dell’art. 2500-ter c.c. a norma del quale «il capitale della società risultante dalla trasformazione deve essere determinato sulla base dei valori attuali degli elementi dell’attivo e del passivo e deve risultare da relazione di stima redatta a norma dell’articolo 2343 ovvero dalla documentazione di cui all’articolo 2343-ter ovvero, infine, nel caso di società a responsabilità limitata, dell’articolo 2465. Si applicano altresì, nel caso di società per azioni o in accomandita per azioni, il secondo, terzo e, in quanto compatibile, quarto comma dell’articolo 2343 ovvero, nelle ipotesi di cui al primo e secondo comma dell’articolo 2343-ter, il terzo comma del medesimo articolo».

La norma è dettata per consentire *i)* all’autorità amministrativa di valutare la congruità del patrimonio dell’ente risultante dalla trasformazione ai sensi del secondo comma dell’art. 1 del D.P.R. 361/2000 per quegli enti che non possano o non vogliano essere enti del terzo settore o *ii)* al Notaio di verificare la sussistenza dei requisiti patrimoniali minimi previsti dal quarto e quinto comma dell’art. 22 del codice del terzo settore¹³ e, pertanto, risulta pienamente compatibile con i

¹¹ F. Magliulo, *Trasformazioni, fusione e scissione degli enti del libro primo del codice civile*, cit., p. 61; M. Maltoni, *Sulla trasformazione degli enti del primo libro*, cit., il quale rileva “non mi pare che, argomentando sulla base di quanto disposto nell’art. 2, secondo comma, D.p.r. 361/2000, fra i destinatari dell’informazione possa essere annoverata anche l’autorità amministrativa competente per il controllo di legittimità, per almeno due ragioni. In primo luogo, qualora la vicenda organizzativa avesse ad oggetto un E.T.S., il controllo spetterebbe al notaio, e in tal caso verterebbe sulla mera legittimità, senza potersi estendere al merito dell’operazione, sulla falsariga di quanto previsto nell’art.2436 c.c.: dunque, il contenuto della relazione non potrebbe avere come destinatario il controllore. Non sarebbe spiegabile, sotto tale profilo, una disparità funzionale del medesimo documento alla luce dell’equivalenza degli effetti del controllo, pur condotto da soggetti diversi. In secondo luogo, si rileva che l’art.2500-octies c.c., che disciplina la trasformazione eterogenea, fra l’altro, dell’associazione riconosciuta e della fondazione, non impone la relazione prevista nell’art.2500-sexies, secondo comma, c.c.. A prescindere dal fatto che oggi, alla luce della previsione dell’art.42-bis c.c., si potrebbe pervenire ad un’applicazione analogica della norma, la carenza di previsione espressa consente di escludere che fra i destinatari dell’informazione vi possa essere la pubblica autorità competente ad autorizzare o decidere la trasformazione. In altri termini, dato atto che secondo la disciplina della trasformazione eterogenea ogni modifica degli enti dotati di personalità giuridica deve essere autorizzata (e nella fattispecie, per le fondazioni, decisa) dall’autorità amministrativa ai sensi dell’art. 2 del DPR 361/2000, quella carenza consente di escludere che sia ascrivibile alla relazione degli amministratori ex art.2500-sexies c.c. una funzione informativa della P.A. propedeutica all’autorizzazione, e quindi un interesse pubblicistico alla sua redazione.”

¹² In questo senso M. Maltoni, *Sulla trasformazione degli enti del primo libro*, cit.; ritiene invece necessario anche in questa ipotesi il consenso unanime dei componenti l’organo amministrativo F. Magliulo, *Trasformazioni, fusione e scissione degli enti del libro primo del codice civile*, cit. p. 63.

¹³ I commi quarto e quinto del codice del terzo settore recitano “4. Si considera patrimonio minimo per il conseguimento della personalità giuridica una somma liquida e disponibile non inferiore a 15.000 euro per le associazioni e a 30.000 euro per le fondazioni. Se tale patrimonio è costituito da beni diversi dal denaro, il loro valore

modelli dell'associazione riconosciuta e della fondazione dotati di autonomia patrimoniale perfetta¹⁴.

Occorre, tuttavia, qualche adattamento: mentre in materia di società la relazione deve verificare l'effettiva sussistenza del capitale della società risultante dalla trasformazione, negli enti del libro primo, in assenza della nozione stessa di capitale sociale, oggetto di verifica sarà l'effettività dell'intero patrimonio dell'ente trasformato sia ai fini del riconoscimento sia, per gli enti del terzo settore, ai fini dell'applicazione del meccanismo di intervento in caso di perdite previsto dal quinto comma dell'art. 22 del codice del terzo settore¹⁵.

Ulteriore quesito che richiede risposta è quello su chi sia competente a nominare il perito incaricato della relazione di stima in assenza di una previsione specifica. Il principio generale in tema di società, per cui per individuare la regola applicabile si deve aver riguardo all'ente di destinazione, non è di aiuto, ma il quarto comma dell'art. 22 del codice del terzo settore richiede che la relazione sia redatta da un revisore legale o da una società di revisione senza dettare regole per la nomina e quindi lasciando presupporre che sia l'ente conferente a dover scegliere il perito¹⁶, «ne consegue, per il naturale parallelismo che caratterizza tutte le discipline che presiedono all'adozione di un determinato modello organizzativo, che la medesima soluzione possa essere applicata al caso della trasformazione»¹⁷ quand'anche coinvolgente solo enti non del terzo settore.

3. LE DELIBERE

Sia negli enti del terzo settore che in quelli non del terzo settore occorre una decisione degli organi deputati ad approvare la trasformazione; su questo aspetto è opportuno fare qualche considerazione distinguendo tra associazioni riconosciute e fondazioni di partecipazione e non.

3.1. Associazioni riconosciute

Nelle associazioni la competenza a deliberare la trasformazione spetta all'assemblea degli associati. In assenza di previsioni espresse dell'art. 42-bis, ci si chiede se per deliberare la trasformazione i quorum richiesti siano *i)* quelli stabiliti dalla Legge o dallo statuto per le modifiche statutarie e pertanto nelle associazioni riconosciute quelli indicati all'art. 21 comma secondo c.c. a norma del quale «per modificare l'atto costitutivo e lo statuto, se in essi non è altrimenti disposto, occorrono la presenza di almeno tre quarti degli associati e il voto favorevole della maggioranza dei presenti» oppure *ii)* quelli stabiliti dal terzo comma dell'art. 21 c.c., secondo cui «per deliberare lo scioglimento dell'associazione e la devoluzione del patrimonio occorre il voto favorevole di almeno tre quarti degli associati».

La risposta non può essere unica per tutte le "trasformazioni" oggetto di indagine, infatti la "polivalenza funzionale" della trasformazione comporta che, ferma restando la continuità

deve risultare da una relazione giurata, allegata all'atto costitutivo, di un revisore legale o di una società di revisione legale iscritti nell'apposito registro. 5. Quando risulta che il patrimonio minimo di cui al comma 4 è diminuito di oltre un terzo in conseguenza di perdite, l'organo di amministrazione, e nel caso di sua inerzia, l'organo di controllo, ove nominato, devono senza indugio, in un'associazione, convocare l'assemblea per deliberare, ed in una fondazione deliberare la ricostituzione del patrimonio minimo oppure la trasformazione, la prosecuzione dell'attività in forma di associazione non riconosciuta, la fusione o lo scioglimento dell'ente."

¹⁴ M. Maltoni, *Sulla trasformazione degli enti del primo libro*, cit.; F. Magliulo, *Trasformazioni, fusione e scissione degli enti del libro primo del codice civile*, cit. p. 67.

¹⁵ F. Magliulo, *Trasformazioni, fusione e scissione degli enti del libro primo del codice civile*, cit. p. 67.

¹⁶ F. Magliulo, *Trasformazioni, fusione e scissione degli enti del libro primo del codice civile*, cit. p. 68.

¹⁷ M. Maltoni, *Sulla trasformazione degli enti del primo libro*, cit..

patrimoniale, ogni ipotesi di avvicendamento tra enti richieda una diversa soluzione¹⁸ e quindi occorre distinguere le fattispecie:

trasformazione di associazione riconosciuta in fondazione di partecipazione: in questa fattispecie (fermo restando il necessario *caveat* circa la molteplicità degli assetti organizzativi che le fondazioni di partecipazione si possono dare) gli associati continuano, pur con veste e regole diverse, a partecipare all'attività dell'ente di arrivo come emerge, oltre che dalla prassi di questo tipo di fondazioni, dalla previsione dell'ultimo comma dell'art. 24 del codice del terzo settore¹⁹. Non si ha, pertanto, espulsione degli associati dall'ente di arrivo, ma una "continuità partecipativa degli associati"²⁰ che consente di qualificare la trasformazione come mera modifica dello statuto e quindi di applicare le maggioranze previste dallo statuto per le modifiche statutarie o, in assenza di espressa previsione, quelle di cui all'art. 21 secondo comma c.c.²¹.

trasformazione di associazione riconosciuta in fondazione "tradizionale": in questa fattispecie si assiste ad una "discontinuità partecipativa" degli associati, i quali cessano di far parte dell'ente di destinazione che sarà retto dal solo organo amministrativo, in forza di un fenomeno che, ferma restando la continuità patrimoniale, è «sostanzialmente equivalente a quello che si produce in caso di cessazione dell'ente» e «produce lo (e consiste nello) scioglimento dei rapporti associativi senza il tramite del procedimento di liquidazione»²². Il quorum applicabile sarà, pertanto, quello di tre quarti degli associati previsto dal terzo comma dell'art. 21 c.c., e ciò non tanto per analogia con quanto previsto dall'art. 2500-octies, che pur prevede la maggioranza richiesta dalla legge o dall'atto costitutivo per lo scioglimento anticipato nel caso di trasformazione eterogenea in società di capitali perché in quell'ipotesi non si ha discontinuità partecipativa, ma perché la trasformazione in fondazione "tradizionale" comporta «una sorta di etero-destinazione del patrimonio associativo rispetto alla compagine degli associati i quali, pur non potendo vantare diritti sul patrimonio dell'associazione, almeno laddove questa abbia scopo altruistico, a seguito della trasformazione in esame si vedono sottratta ogni forma di controllo, diretto o indiretto, sulla gestione del patrimonio dell'ente»²³.

3.2 Fondazioni

Uno dei tratti tipologici distintivi della fondazione è l'indisponibilità dello scopo: la fondazione si caratterizza per essere un patrimonio destinato ad uno scopo, destinazione rispetto alla quale gli organi svolgono una funzione servente²⁴; questo tratto tipologico non è stato scardinato dalla disciplina dell'art. 25 del codice del terzo settore che consente alle fondazioni del terzo settore di operare trasformazioni nei limiti in cui sia compatibile con la natura dell'ente e nel rispetto della volontà del fondatore. Quindi, innanzitutto, saranno possibili solo trasformazioni di fondazioni in cui il fondatore non le abbia espressamente vietate; laddove la trasformazione sia possibile, vanno individuate le regole applicabili alla delibera di trasformazione da parte dell'organo a ciò deputato (amministratori o assemblea dei partecipanti). Per fare ciò occorre chiarire se, ferma restando la

¹⁸ M. Maltoni, *Sulla trasformazione degli enti del primo libro*, cit..

¹⁹ F. Magliulo, *Trasformazioni, fusione e scissione degli enti del libro primo del codice civile*, cit. p. 71;

²⁰ M. Maltoni, *Sulla trasformazione degli enti del primo libro*, cit..

²¹ F. Magliulo, *Trasformazioni, fusione e scissione degli enti del libro primo del codice civile*, cit. p.71; M. Maltoni, *Sulla trasformazione degli enti del primo libro*, cit..

²² M. Maltoni, *Sulla trasformazione degli enti del primo libro*, cit..

²³ F. Magliulo, *Trasformazioni, fusione e scissione degli enti del libro primo del codice civile*, cit. p.73;

²⁴ A. Zoppini, *Le Fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, Napoli, 1995, p. 105 nonché M. Maltoni, *Sulla trasformazione degli enti del primo libro*, cit. cui si rinvia per un esame più approfondito della questione

continuità patrimoniale, la trasformazione di una fondazione in un'associazione riconosciuta possa essere considerata una semplice modifica dell'atto costitutivo o qualcosa che incide più profondamente sull'essenza dell'ente trasformando, perché se si accoglie la tesi della mera modifica saranno applicabili le regole a tale scopo dettate mentre se si ritiene che la modifica (anche solo potenziale) dello scopo sia assimilabile all'estinzione dell'ente allora dovranno applicarsi le regole dettate per il caso dell'estinzione.

Una prima tesi²⁵ ritiene che la trasformazione tra enti del libro primo non sia mai idonea a comportare un mutamento dello scopo così radicale da richiedere l'applicazione del procedimento previsto per lo scioglimento dell'ente come invece accade nell'ipotesi prevista dall'art. 2500-octies che, nel caso di trasformazione eterogenea in società di capitali, prevede la maggioranza richiesta dalla legge o dall'atto costitutivo per lo scioglimento anticipato; in quest'ultima ipotesi infatti è il passaggio da scopo non lucrativo a quello lucrativo ad essere talmente radicale da pretendere maggioranze particolari.

La tesi preferibile, partendo proprio dal carattere tipologico dell'indisponibilità dello scopo nella fondazione, ritiene che la sostituzione del modello organizzativo con qualsiasi altro, compresa l'associazione, si traduce di fatto nella soppressione del vincolo di destinazione che rappresenta il tratto tipologico che marca la differenza della fondazione da ogni altro ente²⁶ e ciò quand'anche lo scopo dell'associazione risultante dalla trasformazione fosse identico a quella della fondazione trasformata perché si modificherebbe il regime di disponibilità dello scopo che da immutabile diverrebbe mutabile secondo le regole dell'ente risultante dalla trasformazione. Conseguenza di questa tesi è ritenere che, nel caso di specie, la trasformazione si risolva nell'estinzione della fondazione con devoluzione del patrimonio ad un'associazione in continuità patrimoniale facendo divenire applicabili le regole ed i quorum richiesti statutariamente per lo scioglimento dell'ente²⁷.

3.3 Precisazioni: l'applicazione ad alcune delle fattispecie sopra esaminate dei quorum previsti per lo scioglimento dell'ente non deve condurre a trarre conseguenze non corrette in termini di disciplina applicabile alla trasformazione di associazioni riconosciute e fondazioni, in particolare:

- i) non si deve trarre l'errata convinzione che la trasformazione di enti del libro primo sia in qualche modo atto traslativo ai fini della normativa fiscale, di quella urbanistico-edilizia e di quella in tema di conformità catastale la cui non applicabilità alla fattispecie in esame discende necessariamente dalla continuità patrimoniale sancita dall'art. 2498 c.c. espressamente richiamato dal secondo comma dell'art. 42-bis c.c.. Pertanto, dal punto di vista del patrimonio, non è ipotizzabile alcun mutamento di titolarità, con la conseguenza che non è applicabile la disciplina riguardante il trasferimento dei beni che fanno parte del patrimonio dell'ente trasformato;
- ii) quanto sostenuto circa i quorum necessari per l'adozione delle delibere non implica che alla trasformazione di associazioni riconosciute e fondazioni che comporti l'uscita dal terzo settore si applichi l'art. 9 del codice del terzo settore relativamente alla devoluzione del patrimonio dell'ente al di là di quanto previsto dal secondo comma dell'art. 50 del medesimo codice e cioè «limitatamente all'incremento patrimoniale realizzato negli esercizi in cui l'ente è stato iscritto nel Registro unico nazionale»²⁸. In altra sede dovrà

²⁵ F. Magliulo, *Trasformazioni, fusione e scissione degli enti del libro primo del codice civile*, cit. p.74;

²⁶ A. Zoppini, *Le Fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, Napoli, 1995, p. 105 nonché M. Maltoni, *Sulla trasformazione degli enti del primo libro*, cit.;

²⁷ M. Maltoni, *Sulla trasformazione degli enti del primo libro*, cit.,

²⁸ Sul punto si rinvia a CNN, *Studio Atto costitutivo e statuto, nuovo sistema per il riconoscimento della personalità giuridica e pubblicità degli enti del terzo settore*, est. N. Atlante, G. Sepio, E. Sironi, in corso di pubblicazione.

essere approfondita la questione dell'applicabilità del detto art. 9 ad altre fattispecie non oggetto del presente studio.

4. L'ATTRIBUZIONE DELLE "PARTECIPAZIONI"

In conseguenza della trasformazione sorge il problema di se, come ed in base a quali motivi attribuire agli associati/partecipanti dell'ente di partenza il diritto di essere associati/partecipanti dell'ente di arrivo, quando ciò sia possibile. La questione non si pone nel caso di trasformazione di associazione riconosciuta in fondazione "tradizionale" stante la citata "discontinuità partecipativa" discendente dalla sostanziale espulsione degli associati dall'ente con il venir meno di qualsiasi possibilità di influire sulle scelte future circa l'utilizzo e la destinazione del patrimonio. Si pone invece in tutte le ipotesi in cui vi sia "continuità partecipativa degli associati", pur con le differenze dovute alle fattispecie specifiche e quindi:

trasformazione di associazione riconosciuta in fondazione di partecipazione: in questa ipotesi si può avere "continuità partecipativa degli associati" che possono divenire partecipanti della fondazione e quindi conservare la possibilità di influire sulle scelte future circa l'utilizzo e la destinazione del patrimonio tramite la partecipazione all'assemblea o all'organo di indirizzo comunque denominato previsto dall'art. 25 del codice del terzo settore; gli associati, infatti, divengono partecipanti della fondazione in quanto "conferenti" il patrimonio di destinazione e, in linea di principio, sono dotati tutti di medesimi poteri, fermo restando che, come giustamente notato, sia nelle associazioni che nelle fondazioni di partecipazione del terzo settore si può, a norma dell'art. 24 del codice del terzo settore, derogare al voto capitaro attribuendo ai "conferenti" un diritto di voto in assemblea commisurato all'entità del "conferimento" da ciascuno effettuato²⁹.

trasformazione di fondazione di partecipazione in associazione riconosciuta: seguendo lo stesso ragionamento basato sulla rilevanza della "continuità partecipativa degli associati" che potranno perseguire lo scopo ideale che si sono dati in maniera diversa, si può dare soluzione anche al caso in esame nel senso di consentire ai partecipanti la fondazione di conservare il diritto di partecipare alle scelte in merito all'attuazione dello scopo ideale³⁰ divenendo associati della nuova associazione. Per giungere a questo risultato si deve rifiutare l'applicazione analogica, in assenza di richiamo espresso da parte dell'art. 42-bis c.c., dell'art. 2500-octies c.c. dettato in tema di trasformazione eterogenea e quindi non si deve applicare la regola dettata dall'art. 31 c.c. secondo cui alla devoluzione dei beni della disciolta fondazione, qualora non prevista dall'atto costitutivo o dallo statuto, «provvede l'autorità governativa, attribuendo i beni ad altri enti che hanno fini analoghi». Come evidenziato in dottrina³¹, la trasformazione eterogenea in società di capitali disciplinata dall'art. 2500-octies presuppone che i futuri soci potranno, sotto varie forme, appropriarsi del patrimonio della società risultante dalla trasformazione e quindi l'applicazione dell'art. 31 c.c. ha una sua ragione d'essere al fine di indirizzare i beni agli enti individuati dall'autorità amministrativa quali beneficiari di tale patrimonio. Ma, nella gran parte delle associazioni non del terzo settore e in tutte quelle del terzo settore (art. 8 codice del terzo settore),

²⁹ F. Magliulo, *Trasformazioni, fusione e scissione degli enti del libro primo del codice civile*, cit. p.78;

³⁰ M. Maltoni, *Sulla trasformazione degli enti del primo libro*, cit..

³¹ M. Maltoni, *Sulla trasformazione degli enti del primo libro*, cit..

i partecipanti non hanno alcun diritto sul patrimonio dell'ente di arrivo e quindi non ricorre la medesima *ratio* sottesa all'art. 2500-octies c.c..

A conclusioni diverse si deve, probabilmente, giungere nel caso in cui l'associazione non del terzo settore risultante dalla trasformazione preveda, ove lo si ritenga ammissibile, la possibilità di devolvere agli associati tutto o parte il proprio patrimonio, ipotesi nella quale dovrebbe farsi applicazione dell'art. 31 c.c. per individuare gli associati.

trasformazione di fondazione tradizionale in associazione riconosciuta: in questa ipotesi la soluzione deve passare dall'esame della fattispecie e degli interessi. Posto che, come detto, nella maggior parte dei casi nessun vantaggio anche solo futuro od eventuale può venire agli associati della costituenda associazione che nessun diritto avranno sul patrimonio della stessa, l'art. 31 c.c. non è di aiuto non essendovi beneficiari del patrimonio, ed inoltre non si può avere "continuità partecipativa degli associati" non essendo la fondazione tradizionale dotata di partecipanti. Sul presupposto che la partecipazione ad un'associazione che non dia, nemmeno in prospettiva, nessun concreto vantaggio per i suoi associati non può essere imposta, si è sostenuto che la delibera in oggetto «presuppone il reperimento, da parte dell'organo amministrativo, di soggetti che siano disponibili ad assumere la qualità di associati, e che si siano vincolati preventivamente mediante un atto di adesione formale, seppur condizionato all'efficacia della trasformazione»³².

Anche in questo caso a conclusioni diverse si deve, probabilmente, giungere nel caso l'associazione non del terzo settore risultante dalla trasformazione preveda, ove lo si ritenga ammissibile, la possibilità di devolvere agli associati il proprio patrimonio, ipotesi nella quale dovrebbe farsi applicazione dell'art. 31 c.c. per individuare gli associati³³.

5. LA PUBBLICITÀ E L'OPPOSIZIONE

La trasformazione ex art. 42-bis c.c. comporta, quasi sempre, la necessità di quella che in diritto societario si definisce "omologazione" dell'atto di trasformazione. Tale "omologazione" può seguire per gli enti senza scopo di lucro due percorsi:

a) se si tratta di enti del terzo settore iscritti nel relativo registro (o che intendono iscriversi nello stesso) si applicherà la disciplina dell'art. 22 del codice del terzo settore che prevede la competenza notarile per il controllo di legalità del procedimento di trasformazione e l'iscrizione con efficacia costitutiva nel registro degli enti del terzo settore da parte del Notaio.

Resta fermo che l'assunzione o la perdita della qualifica di enti del terzo settore non comporta di per sé trasformazione, ma solo l'assoggettamento a regole diverse per il futuro;

Questa procedura si ritiene applicabile³⁴:

- 1) in caso di trasformazione deliberata da associazione riconosciuta o fondazione munite della qualifica di enti del terzo settore, anche laddove sia previsto che l'ente risultante dalla trasformazione assuma la veste di ente non del terzo settore;
- 2) in caso di trasformazione deliberata da associazione riconosciuta o fondazione non munite della qualifica di enti del terzo settore, laddove sia previsto che l'ente risultante dalla trasformazione, oltre a mutare forma giuridica da associazione in fondazione o viceversa, assuma la qualifica di ente del Terzo settore dotato di personalità giuridica.

³² M. Maltoni, *Sulla trasformazione degli enti del primo libro*, cit. .

³³ CNN, *Studio Fusione e scissione di associazioni Riconosciute e Fondazioni*, est. F. Magliulo, in corso di pubblicazione.

³⁴ F. Magliulo, *Trasformazioni, fusione e scissione degli enti del libro primo del codice civile*, cit. p.83;

b) se, invece, si tratta di enti personificati che non hanno i requisiti per essere enti del terzo settore o che, pur avendoli, non intendono assumere tale qualifica, torna applicabile la disciplina generale dettata dal D.P.R. 361/2000 che prevede l'autorizzazione dell'autorità governativa.

L'art. 42-bis richiama espressamente l'art. 2500-novies c.c. sull'opposizione dei creditori, viene pertanto riconosciuto ai creditori dell'ente trasformando un diritto di opposizione negli stessi termini previsti per la trasformazione eterogenea di società; a tal fine occorre un sistema di pubblicità che consenta ai creditori l'esercizio del diritto di opposizione ed infatti l'art. 42-bis prevede che «gli atti relativi alle trasformazioni, alle fusioni e alle scissioni per i quali il libro V prevede l'iscrizione nel Registro delle imprese sono iscritti nel Registro delle Persone Giuridiche ovvero, nel caso di enti del terzo settore, nel Registro unico nazionale del Terzo settore» richiamando espressamente l'art. 2500 secondo comma c.c. che recita: «l'atto di trasformazione è soggetto alla disciplina prevista per il tipo adottato ed alle forme di pubblicità relative, nonché alla pubblicità richiesta per la cessazione dell'ente che effettua la trasformazione».

Pertanto, ogni delibera di trasformazione di associazioni riconosciute e/o fondazioni deve essere iscritta nel registro suo proprio (registro delle persone giuridiche o registro degli enti del terzo settore) e i creditori hanno sessanta giorni dall'iscrizione per fare opposizione.

La pubblicità richiesta dovrà essere quella prevista per l'ente di partenza.

Francesco Cirianni