

Dottrina e Dottrine

Rassegna Tributaria, 4 / 2004, p. 1159

FONDAZIONI E FISCO (*)

Franco Gallo

Riferimenti

Decreto legislativo 17 maggio 1999 n. 153 Art. 12

Decreto legislativo 4 dicembre 1997 n. 460 Art. 10

Decreto Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986 n. 917 Art. 15

Decreto Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986 n. 917 Art. 55

Decreto Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986 n. 917 Art. 100

Decreto Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986 n. 917 Art. 143

Decreto Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986 n. 917 Art. 144

Decreto Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986 n. 917 Art. 145

Decreto Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986 n. 917 Art. 146

Decreto Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986 n. 917 Art. 147

Decreto Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986 n. 917 Art. 148

Decreto Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986 n. 917 Art. 149

Decreto Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986 n. 917 Art. 150

SOMMARIO: **1.** Breve premessa - **2.** Se e quando le fondazioni ordinarie (e quelle ex bancarie prima dell'emanazione del D.Lgs. n. 153 del 1999) siano qualificabili quali enti non commerciali - **2.1.** La nozione di commercialità ai fini fiscali - **2.2.** La gestione a fini conservativi di partecipazioni non integra l'ipotesi di attività commerciale - **3.** Alcune incongruenze della disciplina delle fondazioni ordinarie quali enti non commerciali - **3.1.** Le interrelazioni fra l'art. 55 e l'art. 143 del Tuir - **4.** Il regime fiscale delle fondazioni ex bancarie - **4.1.** La specialità del regime dettato dal D.Lgs. n. 153 del 1999 - **4.2.** La irragionevole divaricazione tra il regime delle fondazioni ordinarie e quello delle fondazioni ex bancarie - **4.3.** Necessità di ricostruire una disciplina fiscale unitaria in funzione dello scopo perseguito - **5.** Alcune brevi considerazioni di politica del diritto - **5.1.** La discriminazione di trattamento tra fondazioni e associazioni - **5.2.** Proposte *de iure condendo* - **6.** La asistematicità delle norme relative al finanziamento agevolato degli enti non commerciali - **6.1.** Il regime delle deduzioni e delle detrazioni da imposta - **6.2.** Alcune brevi riflessioni di sintesi sul punto del finanziamento agevolato delle fondazioni - **7.** Fondazioni e riforma fiscale - **7.1.** La legge

delega n. 80 del 2003 - **7.2.** L'art. 4, lettera *q*), del D.Lgs. n. 344 del 2003.

1. Breve premessa - Il Fisco incrocia la realtà delle fondazioni soprattutto sotto il profilo delle imposte sul reddito e in quattro diverse occasioni.

Una prima occasione è quella in cui l'ordinamento tributario si occupa fisiologicamente della fondazione *tout court* regolata dal titolo I del codice civile come di uno dei tanti soggetti che rientrano, in via di principio, nella più ampia categoria degli enti non commerciali e che fruiscono (o possono fruire) del trattamento proprio di tale categoria, compreso quello agevolativo. Le norme da esaminare sono al riguardo quelle relative agli enti non commerciali (in generale artt. 55 e da 143 a 150 Tuir, nonché, con specifico riguardo ai dividendi percepiti, l'art. 4, lettera *q*), del D.Lgs. n. 344 del 12 dicembre 2003) e alle agevolazioni fiscali previste, in ragione dello scopo non lucrativo perseguito, per "particolari" tipi di enti tra cui le fondazioni (art. 6 del D.P.R. n. 601 del 1973).

La seconda occasione di incontro delle fondazioni con il Fisco è quella, più specifica, delle fondazioni ex bancarie che, come è noto, a partire dal 1999 sono state sottoposte alla disciplina eccentrica del D.Lgs. n. 153 del 17 maggio 1999 (e successive integrazioni), meglio conosciuta come legge Ciampi-Pinza. Tale disciplina richiede un esame della sua parte fiscale sotto il profilo, soprattutto, della strumentalità dell'attività svolta ai fini perseguiti. In ogni caso, presuppone pur sempre le problematiche generali sulla commercialità interessanti le fondazioni ordinarie.

Un discorso a parte, ma sostanzialmente nella stessa logica delle fondazioni ex bancarie, meritano gli enti-fondazione che assumono, ai sensi di leggi speciali, la veste di Onlus (art. 10 del D.Lgs. n. 460 del 1997) o che costituiscono le strutture portanti di riforme di settore (è il caso della privatizzazione degli enti lirici disposta con D.Lgs. n. 367 del 1996), per le quali, in quanto operanti in determinati settori di attività, vigono specifiche disposizioni fiscali di totale esenzione (art. 150 del Tuir e art. 25 del D.Lgs. n. 367 citato) improntate in termini funzionali a più intensi principi solidaristici e sociali.

La quarta occasione di incontro riguarda il regime fiscale agevolato relativo al "finanziamento" delle fondazioni, previsto soprattutto dagli artt. 15 e 100 del Tuir. Questo regime interessa le fondazioni solo indirettamente, quali beneficiarie dell'atto di liberalità, e si risolve in un complesso e in verità abbastanza disarticolato sistema di deduzioni dal reddito e di detrazioni d'imposta a favore dei soggetti "finanziatori".

Naturalmente tratterò, dapprima, del regime fiscale delle fondazioni ordinarie anche sotto il profilo - che si fa sempre più importante - del diritto comunitario e, in un secondo momento, affronterò il delicato tema delle fondazioni ex bancarie e, solo saltuariamente e fuggevolmente, delle altre fondazioni operanti in specifici settori di attività. Concluderò, infine, con alcune brevi osservazioni sulla applicazione della nuova Ires agli enti non commerciali e sul regime dei soggetti finanziatori nonché, *de iure condendo*, sulla possibilità di costruire un sistema organico di diritto tributario degli enti *non profit*, anche alla luce degli - o, meglio, in disaccordo dagli - scarni principi fissati per essi dalla legge delega sulla riforma fiscale n. 80 del 2003.

2. Se e quando le fondazioni ordinarie (e quelle ex bancarie prima dell'emanazione del D.Lgs. n. 153 del

1999) siano qualificabili quali enti non commerciali.

2.1. *La nozione di commercialità ai fini fiscali* - Il problema che si pone con riguardo alle fondazioni ordinarie - e a quelle ex bancarie nel regime precedente all'emanazione del richiamato D.Lgs. n. 153/1999 - è accertare quando ed a quali condizioni esse possano considerarsi enti non commerciali e, quindi, fruire del regime previsto per tali enti. Questo problema non può che essere affrontato delimitando, in termini astratti, la categoria degli enti non commerciali e partendo dal presupposto che a tale fine - ma, si badi bene, non al fine della spettanza del trattamento agevolativo - il legislatore fiscale prescinde dallo scopo (egoistico o altruistico) perseguito e dalla stessa qualificazione che di tali enti può darsi in sede civile (e cioè come consorzi, comitati e, appunto, fondazioni o associazioni eccetera).

Al riguardo l'art. 73 del Tuir, nell'assoggettare ad Ires secondo diversi criteri gli enti collettivi commerciali non aventi veste societaria e quelli non commerciali, identifica i primi con quelli che hanno per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciale e, di conseguenza e simmetricamente, i secondi con quelli che tali attività non svolgono in misura prevalente o non svolgono affatto.

2.1.1. La prima indagine da farsi per dare attuazione al disposto dell'art. 73 è dunque se tale norma, nel menzionare l'oggetto, intenda riferirsi allo scopo dell'ente o, invece, esclusivamente all'attività svolta per realizzare detto scopo. Com'è noto, la distinzione tra scopo (o causa) e oggetto è delineata in modo più evidente nella disciplina civilistica, a proposito delle società, dall'art. 2247 del codice civile, in cui si distingue chiaramente tra lo scopo lucrativo e l'attività necessaria a conseguirlo. Ma la distinzione vale anche, ovviamente, con riguardo ai contratti a base associativa e fondazionale disciplinati dagli artt. 14 e seguenti del codice civile.

Dico subito che a mio avviso ai fini fiscali, allorché l'art. 73 fa riferimento all'oggetto esclusivo o principale dell'ente, si deve aver riguardo molto pragmaticamente solo all'oggetto inteso in senso proprio, e cioè all'attività strumentale che l'ente deve svolgere al fine di perseguire il proprio scopo. Con la conseguenza che, a norma dell'art. 73 medesimo, per le fondazioni ordinarie è l'oggetto che consente di determinare se e quando venga svolta un'attività commerciale e, in caso positivo, se essa sia esclusiva o prevalente. Lo scopo ai fini fiscali si pone, invece, in via generale al di fuori dell'art. 73 solo come condizione integrativa idonea a far fruire - a certe condizioni e in forza di altre norme - di un trattamento agevolato (o di un regime speciale) soggetti che perseguono, appunto, un fine istituzionale meritevole sul piano solidaristico-sociale, ideale e culturale.

Di regola pertanto un ente, indipendentemente dallo scopo istituzionale perseguito, va considerato commerciale solo se l'attività di impresa ne costituisce l'oggetto esclusivo o principale e va considerato non commerciale nel caso inverso. Ed il fatto che in certi casi l'agevolazione fiscale sia prevista solo se l'ente può considerarsi non commerciale non vuol dire che vi sia, quanto alla disciplina fiscale, un necessario collegamento e una rispondenza strutturale tra oggetto (prevalentemente) non commerciale e scopo di utilità pubblica e sociale, e cioè tra carattere non commerciale dell'ente e spettanza ad esso dell'agevolazione. Vedremo, infatti, che la scelta di accordare un trattamento di favore è rimessa esclusivamente alla volontà del legislatore e all'importanza che a tal fine esso attribuisce agli scopi meritevoli perseguiti e non necessariamente alla concomitante non commercialità dell'attività svolta ⁽¹⁾.

È ciò che è avvenuto finora nel nostro ordinamento per le fondazioni ordinarie, da una parte, e per quelle ex bancarie, dall'altra. Per queste ultime, l'agevolazione della riduzione al 50% dell'imposta sui redditi prevista dall'art. 6 del D.P.R. n. 601/1973 è stata confermata per espressa prescrizione legislativa (art. 12 del D.Lgs. n. 153 citato), anche se esse esercitano *direttamente* un'impresa e purché tale impresa sia strumentale agli

scopi meritevoli ai sensi dell'art. 3 dello stesso D.Lgs. n. 153/1999. Per gli enti-fondazioni ordinarie, invece, la stessa agevolazione è stata riconosciuta solo se tali enti non sono commerciali (non spetterebbe, quindi, alle fondazioni-impresa ordinarie) ⁽²⁾.

In verità, per le fondazioni ordinarie a queste conclusioni si giunge con sicurezza solo *a posteriori* con l'entrata in vigore nel 1999 del D.Lgs. n. 153/1999. L'art. 12, comma 2, di tale decreto, dopo avere disposto che alle fondazioni ex bancarie "operanti nei settori rilevanti si applica (per il futuro) il regime previsto dall'art. 6", ha stabilito che "lo stesso regime si applica, fino all'adozione delle disposizioni statutarie previste dal comma 1, alle (stesse) fondazioni *non aventi natura di ente commerciale*, che abbiano perseguito prevalentemente fini di interesse pubblico e di utilità sociale ...". Ed il fatto che, per il periodo di tempo antecedente all'entrata in vigore del D.Lgs. n. 153/1999 tale articolo preveda espressamente che le fondazioni ex bancarie possano fruire dell'agevolazione dell'art. 6 solo se hanno natura di ente non commerciale, non può che significare - in via di interpretazione autentica - che per tale periodo le fondazioni (sia quelle ordinarie che quelle ex bancarie, quest'ultime all'epoca equiparate alle prime quanto a regime fiscale), non potevano fruire dell'agevolazione se erano considerate enti commerciali; e ciò anche se perseguivano i fini di utilità sociale e di interesse pubblico enucleabili dallo stesso art. 6.

Il disposto dell'art. 12 conferma al riguardo la consolidata interpretazione restrittiva che dell'art. 6 ha sempre dato la Corte di Cassazione in numerose sue sentenze ⁽³⁾ ragionando sulla base di un necessario collegamento tra la norma dell'art. 87 del Tuir (ora 73) e quella dell'art. 6. Mi corre l'obbligo però di avvertire che, se tale norma non fosse intervenuta a consolidare l'interpretazione della Suprema Corte, rimarrebbe ancora il dubbio sulla portata dell'art. 6. Né dalla disciplina del Tuir relativa alla definizione degli enti non commerciali (artt. 55, 73 e 143 e seguenti), né dalla lettera dello stesso art. 6 si possono desumere, infatti, argomenti a favore della necessità di instaurare un coordinamento tra i due ordini di norme e, quindi, a favore dell'assunzione, quale prerequisite per fruire dell'agevolazione, anche della natura di ente non commerciale della fondazione. Si è visto in proposito, da una parte, che le ricordate disposizioni del Testo unico si limitano a definire l'area della commercialità-economicità senza annettere a tal fine alcuna rilevanza agli scopi perseguiti e, dall'altra, che l'art. 6 delimita chiaramente il suo autonomo ambito applicativo con riferimento solo alla struttura soggettiva degli enti e al fine non lucrativo da essi perseguito e non con riferimento ad altre circostanze (quale appunto, secondo la Suprema Corte, la non commercialità). Sono, perciò, norme i cui contenuti, almeno a mio avviso, non si toccano e non si influenzano reciprocamente e che solo con l'entrata in vigore del D.Lgs. n. 153/1999 sono state messe *ex post* in connessione con un intervento legislativo esplicito.

2.1.2. Da questa considerazione sulla centralità dell'oggetto dell'ente (e non del suo scopo) ai fini di definire la natura commerciale dell'ente medesimo discende la necessità di una seconda indagine, diretta a stabilire quando l'oggetto sia esclusivo o principale e quindi - come dispone l'art. 73 - quando esso ente debba considerarsi commerciale. Il comma 4 dell'art. 73 dispone al riguardo che tale indagine va fatta "sulla base dell'atto costitutivo, se risultante da atto pubblico o da scrittura privata autenticata" e il successivo comma 5 aggiunge che, "se manca l'atto costitutivo o lo statuto, l'oggetto principale dell'ente è determinato in base all'attività *effettivamente esercitata* nel territorio dello Stato".

Nonostante la lettera della norma sembri negarlo, l'indagine non dovrebbe essere meramente formale e, perciò, fermarsi alle sole norme statutarie. Queste appaiono, dunque, più che un punto di riferimento esclusivo, degli indici formali e delle fonti di legittimazione allo svolgimento dell'attività; da verificare, però, sulla base della concreta e prevalente attività esercitata in attuazione delle norme stesse.

Se così non fosse, il mero ancoraggio allo statuto potrebbe consentire agli enti di svolgere concretamente una

prevalente attività commerciale, senza però essere qualificati enti commerciali. Essi potrebbero così collocarsi a loro piacimento nell'una o nell'altra categoria di enti a seconda della convenienza a procedere alla determinazione del loro reddito complessivo con i criteri degli enti commerciali o con quelli previsti per gli enti non commerciali. Ed è da escludere che il legislatore possa aver voluto legittimare tale prassi. La prevalenza o meno dell'attività commerciale va, quindi, accertata molto prudentemente in base soprattutto a criteri quantitativi: può accadere, infatti, che la maggior parte delle attività indicate nell'oggetto sociale statutario siano non commerciali e, ciononostante, le residue attività commerciali siano di fatto di entità tali da renderle prevalenti e costituire così l'ente come commerciale.

Al fine, dunque, di evitare facili evasioni ed elusioni di imposta, il legislatore rimette la qualificazione dell'ente ad una indagine di fatto sulla prevalenza da effettuarsi caso per caso, assumendo quale unico criterio discrezionale quello oggettivo della natura dell'attività concretamente esercitata. Anche sotto questo profilo nessuna rilevanza viene assegnata alle finalità perseguite dall'ente, né con riguardo allo scopo istituzionale effettivamente perseguito, né - a maggior ragione - con riguardo allo scopo indicato nell'atto costitutivo dell'ente.

Quanto sopra ha trovato conferma dal 1998 nell'art. 149 del Tuir, il quale, recependo l'art. 6 del D.Lgs. 4 dicembre 1997, n. 460, presuppone l'interpretazione sopra data dell'art. 73 disponendo, al suo comma 1, che "indipendentemente dalle previsioni statutarie, l'ente perde la qualifica di ente non commerciale qualora eserciti prevalentemente (in fatto, *n.d.r.*) attività commerciale per un intero periodo di imposta".

2.1.3. A questo punto, per dare definitiva attuazione all'art. 73 resta - quale terza indagine - da sciogliere l'importante e molto dibattuto nodo interpretativo della individuazione dei criteri da seguire per verificare se le attività esercitate integrino o meno l'ipotesi di esercizio di impresa commerciale da parte dell'ente. Il che equivale a delimitare la nozione fiscale di esercizio di impresa commerciale e quindi, *a contrario*, ad individuare l'area oggettiva della non commercialità.

Tale nozione va ricavata dall'art. 55 del Tuir, il quale a tal fine richiama l'elencazione delle attività commerciali fatta dall'art. 2195 del codice civile, con alcuni correttivi e chiarimenti. Dispone, in particolare, detto articolo che per esercizio di impresa commerciale, come tale produttiva di reddito di impresa, si intende quello derivante dallo svolgimento "per professione abituale, ancorché non esclusiva, delle attività indicate nell'art. 2195, anche se non organizzate in forma di impresa". Il comma 2 dell'articolo stesso precisa poi nella lettera *a)* - risolvendo, agli effetti fiscali, i dubbi esistenti nella dottrina commercialistica sulla estensione della nozione d'impresa - che le prestazioni ed i servizi non comprese nell'art. 2195 producono reddito di impresa, purché "la relativa attività sia organizzata in forma di impresa".

Pertanto, per aversi esercizio di impresa commerciale ai fini fiscali è sufficiente (e necessario) che il soggetto Ires eserciti un'attività economica abituale e continuativa nell'ambito dei settori indicati nei numeri da 1) a 5) dell'art. 2195, oppure un'attività che si concreta nella prestazione di servizi non contemplati dall'art. 2195, purché in tal caso essa venga svolta con adeguata organizzazione.

Come è agevole rilevare e come si è sottolineato da parte della migliore dottrina tributaria, la nozione è ben più ampia di quella civilistica, non essendo richiesto, per le attività riconducibili a quelle dell'art. 2195 del codice civile, il requisito della autonoma "organizzazione in forma di impresa", che si ritrova invece nell'art. 2082 del codice civile. Ciò non significa, però, che ogni attività oggettivamente riconducibile all'elencazione di cui all'art. 2195 sia per ciò stesso un'attività commerciale abituale, come a volte, in sede di prima applicazione dell'art. 55, l'Amministrazione finanziaria ha ritenuto. È prevalsa, infatti, nel tempo l'opinione che il rinvio ricettizio all'art. 2195 - che presuppone l'art. 2082 del codice civile - non esclude che l'attività

debba avere l'ulteriore connotato dell'economicità intesa nel senso che, almeno tendenzialmente:

a) essa non sia svolta "per conto proprio", ma dia luogo ad un risultato frutto di un impegno non solo continuativo, ma indirizzato al mercato ed oggettivamente idoneo a produrre reddito;

b) il corrispettivo che se ne ricava sia in grado complessivamente di assicurare la durabilità dell'azienda e, perciò, di remunerare i diversi fattori produttivi impiegati e, quindi, di integrare ed aumentare il patrimonio.

Benché questi caratteri non emergano direttamente dall'art. 55, sono tuttavia da esso presupposti, essendo ontologicamente coesistente all'esercizio di un'impresa commerciale il fatto di portare sul mercato per lo scambio i servizi ed i beni prodotti e di ottenere un corrispettivo. È l'oggettiva economicità della gestione che assurge a carattere distintivo dell'attività commerciale, dimodoché correttamente si può sostenere al riguardo che non si ha economicità e, quindi, non si ha attività commerciale:

- quando l'attività svolta, benché non autonomamente organizzata, riconducibile oggettivamente a quelle indicate nell'art. 2195 del codice civile e svolta continuativamente, non sia tuttavia alimentata con il corrispettivo dei beni o dei servizi prodotti (in sostanza, quando i costi non sono coperti dai ricavi);

- quando i beni ed i servizi derivanti dallo svolgimento dell'attività non siano destinati al mercato (anche ristretto) e, comunque, l'ammontare del corrispettivo fissato non sia determinato in base alle regole di mercato.

Quanto poi alle attività dirette alle prestazioni di servizi che non rientrano nell'art. 2195 - e cioè, soprattutto, alle attività di istruzione ed educazione scolastica e di assistenza sanitaria e sociale - il requisito di organizzazione in forma di impresa, richiesto perché i proventi derivanti dal loro esercizio siano considerati reddito di impresa, dovrebbe farci giungere, allo stato attuale della legislazione, alle seguenti analoghe conclusioni circa la necessaria sussistenza della economicità: pur non rientrando tali prestazioni tra le attività commerciali indicate nell'art. 2195, il fatto che esse siano rese attraverso una struttura organizzata e che tale struttura debba avere la forma di impresa costituisce un argomento interpretativo - per certi versi ben più convincente del richiamo al suddetto articolo - per qualificare l'attività resa come attività di impresa e, quindi, economica.

Va infine pure rilevato che, anche senza impingere nella stessa definizione di attività commerciale, la conclusione cui sono giunto sulla commercialità in termini di economicità sembra data per presupposta dallo stesso legislatore del Testo unico nella norma dell'art. 149 (introdotta dal 1999 con il citato D.Lgs. n. 460 del 1997). Il comma 2 di tale articolo, "ai fini della qualificazione commerciale dell'ente", fissa infatti dei parametri quantitativi di prevalenza che si riconducono tutti nella sostanza al - e sono comunque in sintonia e compatibili con il - requisito della economicità come sopra inteso in termini di prevalenza dei ricavi (corrispettivi) rispetto ai costi ("prevalenza delle immobilizzazioni relative all'attività commerciale ... rispetto alle restanti attività", "prevalenza dei ricavi derivanti da attività commerciali ... rispetto al valore normale delle cessioni o prestazioni afferenti alle attività istituzionali", "prevalenza dei redditi derivanti da attività commerciali ... rispetto alle entrate istituzionali", "prevalenza delle componenti negative inerenti all'attività commerciale ... rispetto alle restanti spese").

2.2. La gestione a fini conservativi di partecipazioni non integra l'ipotesi di attività commerciale - Nell'ambito della nozione di attività commerciale assunta e nel presupposto della interpretazione restrittiva dell'art. 6 più

volte citato, dovrebbe trovare adeguata soluzione quello che è il maggior problema concreto che ha investito finora le fondazioni ordinarie e quelle *ex* bancarie rette dalla cosiddetta legge Amato n. 218 del 30 luglio 1990 (queste ultime, beninteso, almeno fino all'emanazione del D.Lgs. n. 153 del 1999). Il problema - comune ad ogni fondazione che, senza operare come *holding* finanziaria, impiega il suo patrimonio in partecipazioni per trarne un rendimento - è se possano integrare un'ipotesi di attività commerciale (e, quindi, eventualmente modificare il rapporto di prevalenza richiesto dagli artt. 73 e 149 del Tuir) la mera detenzione e l'amministrazione conservativa, mediante anche un intermediario professionale, di azioni da parte dell'ente non commerciale. Ci si è domandati in particolare se, pure nell'ipotesi in cui si detenga il controllo della società partecipata, il carattere statico e conservativo dell'amministrazione "vieti" che la fondazione assuma la figura dell'imprenditore indiretto ⁽⁴⁾ e, quindi, le consenta di fruire dell'agevolazione prevista dall'art. 6. Maggiormente concettualizzato, il quesito è se la mera amministrazione statica e conservativa possa escludere la sussistenza, ai fini fiscali, di un'attività economica, considerato che essa si risolve nel compimento di sporadici atti di amministrazione e di puro godimento, senza diversificazione degli impieghi, senza aperture verso il mercato e senza la sopportazione di un vero e proprio rischio di impresa ⁽⁵⁾.

La soluzione di questa problematica è ancora *sub iudice* presso la Corte di Cassazione (si è, infatti, in attesa che le SS.UU. si pronuncino definitivamente al riguardo) e - come si è detto - è stata affrontata dalla stessa giurisprudenza e dalla dottrina con esiti alterni con riferimento specifico al caso concreto della spettanza, alla fondazione che amministra conservativamente le partecipazioni in aziende bancarie, della riduzione dell'Ires prevista dall'art. 6. Il dibattito al riguardo ha visto contrapporsi, da una parte, l'Amministrazione finanziaria e il Consiglio di Stato in sede consultiva e una sentenza della stessa Cassazione (e un'ordinanza della stessa di rimessione alla Corte di Giustizia) e, dall'altra, la maggioranza della dottrina, tre recenti sentenze della stessa Cassazione, nonché una decisione della Commissione Europea.

Ricordo che nell'interpretazione restrittiva ormai consolidata, di cui ho dato conto nel paragrafo che precede, la riduzione al 50% dell'Irpeg prevista da detto art. 6 riguarda enti ben identificati che non svolgono in via prevalente attività commerciale e non perseguono scopi di lucro. Si tratta, in particolare, oltre che di enti, istituti e associazioni soggettivamente caratterizzati sul piano sociale e culturale, anche e specificatamente di *fondazioni* non aventi scopi lucrativi.

2.2.1. Con riguardo a tale disposizione l'Amministrazione finanziaria ha sempre escluso, decisamente quanto apoditticamente, che le fondazioni - sia quelle ordinarie che quelle *ex* bancarie - possano rientrare fra i soggetti cui spetta l'agevolazione prevista dalla norma medesima, quando tra le attività da esse svolte vi sia quella di gestione di pacchetti azionari. E ciò in quanto tale attività assumerebbe rilevanza primaria rispetto al perseguimento delle finalità di pubblico interesse e, pertanto, dovrebbe considerarsi oggettivamente economica. In un primo momento, l'Amministrazione finanziaria si è fatta forte, in particolare, di due ordini di considerazioni, svolte per le fondazioni *ex* bancarie in un parere del Consiglio di Stato del 24 ottobre 1995, ai sensi delle quali:

a) "la norma di riferimento, e cioè l'art. 6, ha natura derogatoria rispetto al principio, espresso in via generale, di assoggettamento delle persone giuridiche all'imposta sul reddito: come tutte le norme di esenzione (anche parziale) e di agevolazione rispetto ad un obbligo previsto in via generale, l'elencazione contenuta nell'art. 6 sarebbe di stretta interpretazione essendo non consentito in materia il ricorso al criterio estensivo o analogico ...";

b) dall'esame degli statuti si evincerebbe chiaramente che le "fondazioni proseguono e costituiscono continuazione storica e giuridica delle Casse di Risparmio: anche dal punto di vista statutario scopo principale

dell'ente sarebbe perciò la gestione del conferimento", con la conseguenza di integrare un'attività di natura prettamente commerciale.

Strada facendo, l'Amministrazione ha meglio precisato la sua posizione nelle diverse sedi contenziose, sostenendo l'assioma che il possesso e l'amministrazione delle partecipazioni nelle società per azioni sarebbero di per sé "intesi normativamente come costituenti una forma di attività commerciale", rientrando l'amministrazione delle partecipazioni nell'esercizio di una attività commerciale ausiliaria [n. 5) art. 2195]. E, di rincarzo, ha affermato che le fondazioni in quanto "preposte organicamente a gestire una partecipazione bancaria (non interessa se strumentalmente ad altri scopi), rientrano necessariamente tra i soggetti che svolgono attività commerciale".

A sua volta, anche la Corte di Cassazione, con una sentenza del 20 novembre 2001, n. 14574, seppur con riferimento ad una fattispecie solo analoga a quella dell'art. 6 (esenzione, prevista dall'art. 10-*bis* della L. n. 1745 del 1962, dalla ritenuta sui dividendi distribuiti dalle società bancarie agli stessi istituti e persone giuridiche indicati nello stesso art. 6 citato aventi scopi di utilità sociale), ha originariamente negato la spettanza dell'esenzione, aggiungendo alla indicata motivazione del Consiglio di Stato un altro argomento basato sul fatto che alle fondazioni ex bancarie mancherebbe il requisito soggettivo del perseguimento dell'esclusivo scopo di utilità sociale. Tali fondazioni infatti, secondo la Cassazione, a seguito dello scorporo dell'azienda bancaria, unitamente agli scopi di utilità sociale, perseguirebbero la finalità di gestire le partecipazioni bancarie e finanziarie dirette ed indirette, e cioè finalità egoistiche estranee a tale scopo.

2.2.2. A favore della spettanza dell'esenzione prevista dall'art. 6 citato (e dall'art. 10-*bis* della pure citata L. n. 1745), si è espressa invece, recentemente, la stessa Corte di Cassazione con successive sentenze n. 6607 del 9 maggio 2002, n. 19365 del 17 dicembre 2003 e n. 19445 del 18 dicembre 2003. In tali sentenze la Suprema Corte, contraddicendo la precedente pronuncia, osserva che le fondazioni "si limitano ad amministrare" le partecipazioni derivanti dal conferimento della propria azienda bancaria ad una società per azioni ed a destinare i relativi dividendi agli scopi statutari senza fini di lucro. Anche se con la frase "si limitano ad amministrare" sembra voler aderire a quelle tesi che non attribuiscono in termini strettamente oggettivi rilievo in termini di economicità all'attività di mera gestione conservativa, la Suprema Corte tuttavia non dice espressamente che tale attività non è commerciale perché ha natura statica e conservativa, ma - chiamando a rinforzo il ricordato art. 4 del D.P.R. n. 633 del 1972 relativo all'Iva - precisa solo che essa va intesa come "necessariamente strumentale rispetto alle finalità primarie degli enti creditizi pubblici"; traendo da ciò la conseguenza che "la strumentalità dell'attività di gestione rende necessariamente l'attività stessa come non principale, comunque subordinata al fine di utilità sociale perseguito" e, di conseguenza, rende l'ente non commerciale legittimamente beneficiario dell'agevolazione dell'art. 6.

2.2.3. Questa impostazione è stata favorevolmente commentata dalla dottrina, la quale ha sottolineato in senso adesivo che la norma dell'art. 6 non opera un distinguo tra attività commerciale principale e non principale - come invece fa il richiamato art. 73 del Tuir al fine di individuare l'ente come commerciale - ma tra enti che non perseguono ed enti (le fondazioni) che perseguono uno scopo *non profit*, concedendo a questi ultimi la riduzione a metà dell'aliquota per i redditi derivanti da presupposti di imposta realizzati in un certo rapporto con il fine non lucrativo indicato.

Questa conclusione mi sembra abbastanza corretta perché si fonda su una silloge difficilmente superabile: essere l'attività di conservazione del patrimonio *strumentale* al perseguimento dei fini di utilità sociale e quindi, nel limitato ed autonomo contesto di una norma agevolativa, irrilevante ai fini del richiesto giudizio di economicità e di prevalenza (e, comunque, sufficiente da sola a giustificare l'applicazione del trattamento di

favore stabilita dall'art. 6 citato). Probabilmente essa sarebbe stata più piana e *tranchante* se la Cassazione, in coerenza ai più volte richiamati artt. 55 e 149 del Tuir, avesse preso atto dei fini di utilità sociale perseguiti e, insieme, avesse considerato l'attività di gestione delle partecipazioni in sé come non commerciale in quanto meramente conservativa; e non solo perché strumentale a tali scopi. La Cassazione, in verità, ha fatto emergere anche questa argomentazione, ma solo in via sussidiaria richiamando, come ho detto, l'art. 4 del D.P.R. n. 633/1972, che in effetti espressamente considera ai fini Iva non commerciale "il possesso di partecipazioni" realizzato al solo fine "di percepire dividendi senza strutture di comando o, comunque, di indirizzo o di coordinamento".

Insomma, la mia opinione è che ogni fondazione - che perseguendo fini di utilità sociale si limita a gestire staticamente partecipazioni - ha diritto a fruire dell'agevolazione dell'art. 6 non solo (e non tanto) perché tale gestione non costituisce in senso sostanziale il fine principale dell'ente in ragione della sua strumentalità al fine perseguito (come rilevano le citate sentenze della Cassazione), ma anche perché il suo carattere conservativo e non dinamico esclude del tutto la commercialità-economicità dell'attività svolta. L'amministrazione della partecipazione è, infatti, il necessario supporto patrimoniale per la realizzazione delle finalità di utilità sociale ed è evidente che l'ottimizzazione del rendimento del proprio patrimonio è sicuramente un risultato a cui ogni soggetto deve tendere, senza che da ciò debba discendere che la gestione del patrimonio medesimo abbia il carattere di economicità e costituisca, comunque, il fine principale dell'ente. In sostanza, l'amministrazione delle partecipazioni è il *mezzo* attraverso il quale l'ente consegue le sue finalità e, nello stesso tempo, l'*oggetto* dell'attività dell'ente, privo, per il suo carattere conservativo e per la sua estraneità al mercato, del carattere di economicità ⁽⁶⁾.

Ai fini di identificare la economicità della gestione di partecipazioni, a nulla vale, dunque, il fatto che la fondazione amministri le partecipazioni esercitando i relativi diritti patrimoniali (dividendo, azioni gratuite, opzioni eccetera) ed amministrativi (intervento e voto). È, invece, necessario che vi sia l'esercizio diretto dell'attività produttiva, l'immissione dei beni e dei servizi sul mercato e la remunerazione degli stessi ⁽⁷⁾.

Né per dare un senso alla tesi dell'Amministrazione finanziaria può farsi rivivere - come ha adombrato l'Amministrazione finanziaria - la nota teoria del cosiddetto imprenditore occulto, secondo la quale il socio sovrano, avente cioè il controllo della partecipata, sarebbe in via indiretta imprenditore commerciale. Tale tesi - che, come è noto, ha trovato enunciazione in un lontano scritto di W. Bigiavi ⁽⁸⁾ - è ora del tutto isolata sia in dottrina che in giurisprudenza ed è comunque superata dall'evoluzione dell'economia e delle strutture di gestione della stessa: il socio di una società di capitali, sia esso minoritario che maggioritario, non esercita infatti alcuna attività diversa da quella di godere del suo patrimonio allorché - utilizzando i poteri che gli derivano dalla partecipazione e, in particolare, il diritto di voto - concorre alla nomina degli organi societari, all'approvazione del bilancio, alla modifica dello statuto sociale o a qualsiasi altra determinazione demandata all'assemblea. Solo chi abbia una mentalità volta al passato, quando l'unica fonte di rendita era l'investimento in obbligazioni pubbliche o private, può seriamente pensare che l'esercizio dei cosiddetti poteri amministrativi derivanti dalla partecipazione in società di capitali comporti lo svolgimento di un'attività commerciale. In realtà si tratta di mera attività di godimento, anche se le scelte operate - si pensi alla nomina degli amministratori - possono essere rilevanti ai fini della redditività dell'investimento effettuato.

2.2.4. In conclusione, è indubbio che anche l'amministrazione conservativa di una partecipazione comporta necessariamente l'esercizio del potere di voto e, quindi, del potere di concorrere, insieme agli altri soci della società partecipata, alla scelta di soggetti incaricati di gestire la società partecipata. Ma tale circostanza non può essere considerata come sintomo di una vera e propria gestione economica della società partecipata ⁽⁹⁾ e, quindi, di un esercizio di attività commerciale, perché, altrimenti, verrebbe meno l'essenza stessa del

fenomeno societario capitalistico: cioè la scissione tra titolarità dell'investimento (che fa capo al socio) e gestione dello stesso (che fa capo alla società), che è una conquista fondamentale dell'evoluzione dell'economia (si pensi al caso della società a responsabilità limitata unipersonale).

Il fatto è che in nessun modo l'esercizio dei poteri derivanti dalle partecipazioni è in grado di far acquisire alla fondazione sociale la qualità di soggetto che gestisce un gruppo di imprese e, quindi, di imprenditore commerciale. Ciò che fa assumere tale qualità a chi controlla imprese operative non è, infatti, l'esercizio dei diritti sociali derivanti dalle partecipazioni possedute, ma l'attività di coordinamento, direzione e finanziamento che la capogruppo svolge con riguardo alla società controllata. Finché il soggetto titolare della partecipazione si limita all'esercizio di diritti sociali, non v'è dubbio, insomma, che egli non è imprenditore e, meno che mai, commerciale ⁽¹⁰⁾. E la circostanza che la fondazione abbia una sua organizzazione autonoma non comporta nemmeno che tale organizzazione - volta a soddisfare esclusivamente finalità erogative nei settori indicati dallo statuto (e non esplicitare attività di finanziamento, o direzione di coordinamento) - possa essere considerata presupposto per l'acquisto della qualità di imprenditore commerciale. Tale organizzazione, infatti, non è chiamata a svolgere una qualunque attività produttiva e, quindi, di impresa commerciale, ma solo l'attività statica di conservazione del patrimonio e del suo accrescimento, senza correre rischi e senza entrare nel mercato competendo con altre imprese.

2.2.5. La Commissione Europea si è mossa - in verità, più decisamente e per certi versi più puntualmente della ricordata sentenza della Corte di Cassazione - nella direzione di negare il carattere di commercialità della gestione conservativa delle partecipazioni. Essa ha espressamente escluso il carattere commerciale della gestione usando argomenti analoghi a quelli finora esposti (improntati, però, più al diritto della concorrenza che al diritto commerciale comune), e cioè sostenendo che l'amministrazione e l'investimento del patrimonio "per conto proprio" allo scopo di utilità sociale, secondo criteri prudenziali di rischio e con la netta separazione tra fondazioni e istituti finanziari, non possono dar luogo in alcun modo alla prestazione di un servizio sul mercato, che - come si è visto - è il connotato maggiore della economicità. Con la decisione n. 2003/146/CE la Commissione ha, quindi, disconosciuto la natura di aiuto di Stato dell'agevolazione dell'art. 6 (confermata, come si è visto, per le fondazioni ex bancarie dall'art. 12 del D.Lgs. n. 153/1999), evitando di scendere nelle sabbie mobili della strumentalità e del rapporto tra attività e scopo (e tra struttura soggettiva della fondazione e autonomia dell'attività strumentale organizzata) e limitandosi ad invocare la giurisprudenza consolidata della Corte di Giustizia in materia di Iva. Secondo tale giurisprudenza "una società *holding*, il cui unico scopo sia l'acquisizione di partecipazioni in altre imprese, senza interferire in modo diretto o indiretto nella gestione delle stesse, non svolge un'attività economica" ⁽¹¹⁾.

Va però avvertito che, coerentemente a tale impostazione, la Commissione ha sottolineato che "le cose starebbero altrimenti se la partecipazione si accompagnasse a un intervento, *diretto o indiretto*, nella gestione delle imprese nelle quali è stata acquisita una partecipazione". Un intervento del genere dovrebbe infatti essere considerato, indipendentemente dalla veste giuridica dell'ente che lo effettua e dallo scopo perseguito, come "un'attività economica nella misura in cui comporta la partecipazione ad una attività di cessione di beni o di prestazione di servizi". Richiamandosi ad altre sentenze della Corte di Giustizia ⁽¹²⁾, essa ha ricordato in proposito che "la mancanza di fini di lucro, e lo stesso perseguimento di una finalità sociale, gli elementi di decisionalità e le restrizioni ai controlli sugli investimenti non impediscono di considerare l'attività svolta dall'ente come un'attività economica", e cioè come un'attività indirizzata al mercato. Perché un'attività consistente nell'offerta di beni o servizi sia considerata come non economica è, perciò, necessario "poter escludere l'esistenza di un mercato di beni o servizi analoghi". E con specifico riferimento alla realtà italiana e, in particolare, a quella delle fondazioni ex bancarie (ma con estensione anche a quelle ordinarie), la Commissione ha tenuto a rilevare che nei settori indicati dall'art. 12 del D.Lgs. n. 356 del 1990 (istruzione,

cultura, sanità, conservazione, ricerca scientifica e assistenza alle categorie sociali deboli) "sarebbe possibile astrattamente incontrare operatori che esercitano un'attività simile per scopi di lucro: contrariamente all'attività di erogazione di contributi a fondo perduto, per la quale non esiste un mercato, l'attività di prestazione di servizi ospedalieri, l'attività di una galleria d'arte o di un'agenzia di protezione delle persone implicano infatti operazioni economiche". Con la conseguenza che "in questi mercati la eventuale presenza diretta delle fondazioni o la possibilità che esse hanno di controllare delle imprese sarebbe potenzialmente in grado di falsare la concorrenza e la loro attività, e non potrebbe essere interamente sottratta al controllo del rispetto delle regole di concorrenza".

2.2.6. La Commissione non esclude, dunque, che le fondazioni, nonostante il fine di pubblica utilità perseguito, possano svolgere un'attività economica prevalente, sussistendo le condizioni evidenziate dalla Corte di Giustizia. Si limita perciò a rimettere all'esatta qualificazione, in punto di fatto, da parte delle autorità dei singoli Paesi l'accertamento circa l'economicità delle attività esercitate dalle fondazioni nei settori rilevanti, dettando però stretti parametri di diritto comunitario cui dette autorità devono attenersi per determinare se la fondazione è impresa o meno. Il che in ultima analisi è come dire, nella sua ottica, che tale qualificazione è rimessa solo all'accertamento puntuale e concreto della idoneità o meno dell'attività svolta dalle fondazioni a produrre e scambiare direttamente beni e servizi sul mercato e, perciò, a influire sul commercio fra Stati membri.

L'"assoluzione" delle fondazioni operanti in Italia è avvenuta, perciò, recuperando a livello comunitario una nozione dogmatica di commercialità ed economicità molto vicina a quella elaborata dalla dottrina commercialistica nell'ambito del nostro diritto interno e fondata esclusivamente sull'accertamento oggettivo come commerciale (o meno) dell'attività della fondazione e non sulla strumentalità dell'attività stessa ai fini perseguiti. Il che implica che, nel caso di specie, l'assoluzione non è avvenuta con formula piena e in via generale, ma solo perché la Commissione, muovendosi nell'ottica interpretativa anzidetta, si è attenuta alle dichiarazioni delle autorità italiane secondo cui "per il momento, nessuna delle fondazioni operanti in Italia si è avvalsa della possibilità prevista dalla legge di esercitare *direttamente* un'attività nei settori rilevanti". La Commissione si è limitata, in particolare, a prendere atto del fatto che "non risulterebbe che alcuna delle fondazioni possa essere qualificata come impresa ai fini dell'art. 73, paragrafo 1, del Trattato in virtù delle attività svolte *direttamente* nei settori rilevanti". E, quanto alla gestione indiretta, ha sottolineato che "la mera possibilità di acquisire il controllo di imprese strumentali non conferirebbe di per sé alle fondazioni la qualità di impresa nella misura in cui non implica una diretta partecipazione delle fondazioni stesse all'attività dell'impresa controllata".

Entro questi limiti la decisione della Commissione è, perciò, tranquillizzante per il passato e per il presente. Lo è di meno per il futuro nell'ipotesi in cui le fondazioni decidessero - come, vedremo meglio più avanti, lo consente il D.Lgs. n. 153/1999 per le fondazioni *ex* bancarie - di svolgere *direttamente* attività di natura non conservativa e, perciò, attività di impresa.

Il percorso argomentativo tracciato dalla Commissione trova riscontro non solo nelle sentenze *in terminis* della Corte di Giustizia da essa invocate, ma anche in altre relative alla nozione generale di impresa da assumere agli effetti del diritto della concorrenza. La Corte ha, infatti, sempre riconosciuto che per aversi impresa non basta l'assunzione di un determinato *status* giuridico, ma occorre l'effettivo esercizio di un'attività economica, intendendosi per tale l'aver posto in essere "un'operazione che comporti lo sfruttamento di un bene materiale o immateriale per ricavarne introiti aventi un certo carattere di stabilità"⁽¹³⁾. Il che non avviene con riferimento al "mero acquisto e alla mera detenzione di quote sociali", in quanto "la semplice partecipazione finanziaria presso altre imprese non costituisce un caso di sfruttamento di un

bene volto a ricavarne introiti aventi un certo carattere di stabilità poiché l'eventuale dividendo, frutto di tale partecipazione, discende dalla mera proprietà del bene".

Allo stato attuale della legislazione, questo indirizzo - rigido e nel contempo cauto - della Commissione dovrebbe dunque spingere per il momento le fondazioni ordinarie ad attenersi prudentemente alle *guidelines* interpretative desumibili dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia. Se esse vogliono mantenere il loro *status* di enti non commerciali e, perciò, continuare a fruire delle agevolazioni di cui all'art. 6 citato senza incorrere nei rilievi della Commissione, dovranno cioè evitare tanto di intraprendere *direttamente* imprese, seppur strumentali, quanto di passare dallo svolgimento di un'attività di gestione conservativa delle partecipazioni a un'attività speculativa, dinamica ed effettuata non più per conto proprio, ma sul mercato in concorrenza con le altre imprese. In tali casi infatti sembra di dover desumere dalle parole sinora usate dalla Commissione che l'attività, ancorché strumentale ai fini meritevoli e ancorché produttiva di avanzi che rimangono all'interno dell'ente, dovrà essere considerata economica e, se prevalente, porterà a qualificare la fondazione quale ente commerciale. Con la conseguente applicazione della complessa disciplina fiscale degli enti commerciali e la non spettanza dell'agevolazione Ires. Tornerò su questi delicati aspetti applicativi più avanti *sub* paragrafo 5.2.2., trattando delle prospettive *de iure condendo* di riforma organica del regime fiscale delle fondazioni-impresa.

2.2.7. (*) (*) Debbo avvertire che le conclusioni cui, seppur per vie parzialmente diverse, sono giunte tanto la Cassazione quanto la Commissione sono state messe inopinatamente in discussione dalla stessa Cassazione con una recentissima ordinanza (n. 8319 del 23 marzo-30 aprile 2004), successiva appunto alle tre favorevoli sentenze della medesima Suprema Corte richiamate *sub* paragrafo 2.2..

Con tale ordinanza la Cassazione è ritornata parzialmente sui suoi passi esprimendo dubbi di valenza comunitaria sulla spettanza alle fondazioni *ex* bancarie dell'agevolazione di cui all'art. 12 del D.Lgs. n. 153/1999 ⁽¹⁴⁾. Ha ritenuto, in particolare, che la soluzione della questione relativa alla commercialità o meno della gestione conservativa delle partecipazioni in imprese bancarie sia "pregiudicata" dall'accertamento della compatibilità del regime fiscale agevolato delle fondazioni con le norme e i principi del Trattato CE in tema di concorrenza, non discriminazione, libertà di stabilimento e circolazione dei capitali. Essa ha perciò posto in discussione d'ufficio anche la validità della appena ricordata decisione della Corte Europea, che - come si è visto - tale compatibilità aveva invece ritenuto sussistere sulla base di (e in conformità ad) alcune sentenze della Corte di Giustizia in materia di Iva. Secondo l'ordinanza, infatti, la definitività di detta decisione non esclude una verifica della sua validità nell'ambito della competenza pregiudiziale della Corte *ex* art. 234 del Trattato CE; con la conseguenza che, in caso di accertamento della sua invalidità da parte della Corte comunitaria, la Commissione sarebbe "obbligata a ritirare la decisione medesima e a concludere la procedura di verifica della compatibilità col mercato comune del regime fiscale agevolato" e, a loro volta, "i giudici nazionali non potrebbero applicare detto regime" (nella specie i commi 1 e 2 dell'art. 12 del citato D.Lgs. n. 153 del 1999) ⁽¹⁵⁾.

L'ordinanza suscita qualche perplessità sul piano sia del rito che del merito.

2.2.7.1. Sul piano del rito, l'ordinanza non convince non perché sia vietato al giudice interno di dissentire dall'interpretazione data dalla CE all'art. 12 (l'art. 234 del Trattato lo abilita, infatti, espressamente a chiedere alla Corte di Giustizia di pronunciarsi sulla validità e sull'interpretazione degli atti emessi dalle istituzioni della Comunità), né perché esso non possa prendere le distanze e contraddire la posizione, favorevole alle fondazioni, assunta dallo Stato italiano ed accolta dalla Commissione medesima nella ricordata decisione ⁽¹⁶⁾. Più semplicemente non convince perché giunge a sollevare la questione della invalidità della

decisione con riguardo ad una norma - quella dell'art. 12 citato - che, come si è visto, ai fini di delimitare l'ambito dell'agevolazione fa riferimento solo all'art. 6 del D.P.R. n. 601 del 1973 e nulla ha a che fare con (e in alcun modo presuppone la) norma dell'art. 10-*bis* della L. 29 dicembre 1962, n. 1745 (soppressa dal 1999), la cui applicazione costituisce invece l'oggetto esclusivo del giudizio sottoposto alla Suprema Corte.

Che la norma agevolativa dell'art. 10-*bis* non possa accostarsi agli artt. 12 e 6 citati è chiaramente desumibile dalla circostanza che essa si riferisce solo alla ritenuta sugli utili prevista dall'art. 10 della richiamata L. n. 1745/1962, disponendo l'inapplicabilità di detta ritenuta alla condizione che "gli utili spettino a persone giuridiche pubbliche o fondazioni che hanno esclusivamente scopo di beneficenza, educazione, istruzione, studio e ricerca scientifica" e che, in quanto tali, "*siano esenti dall'imposta sulle società*". L'art. 6 del D.P.R. n. 601/1973 - il solo richiamato e presupposto dall'art. 12 e considerato dalla decisione della Commissione - non è invece equivalente e sovrapponibile all'art. 10-*bis* citato, riguardando esso il diverso beneficio della riduzione della metà dell'Irpeg (e non, quindi, dell'esonero dalla ritenuta) di cui possono fruire una serie di enti ed istituzioni riconducibili alla comune categoria di enti non commerciali, *soggetti ovviamente ad Irpeg* ⁽¹⁷⁾.

La non identità delle due fattispecie e, quindi, la diversità dell'ambito applicativo degli artt. 12 e 6, da una parte, e dell'art. 10-*bis*, dall'altra, forniscono perciò una sufficiente dimostrazione sia della irrilevanza - nel giudizio di cassazione riguardante l'applicazione dell'art. 10-*bis* - della questione della incompatibilità comunitaria dell'art. 12, sia, conseguentemente, della irrivalità della remissione dinanzi alla Corte di Giustizia di tale questione o, se si preferisce, della non valida adizione della Corte stessa ⁽¹⁸⁾.

2.2.7.2. Quanto al merito, la Corte di Cassazione, riprendendo in parte gli argomenti della sua prima, unica sentenza denegatoria dell'agevolazione in parola, ha ritenuto che la Corte di Giustizia dovrebbe pronunciarsi sulla compatibilità comunitaria dell'art. 12 citato, considerando riduttiva la mera utilizzazione, fatta dalla Commissione nella sua decisione, dei principi enunciati dalla giurisprudenza comunitaria in materia di Iva. Più in particolare essa, senza nulla aggiungere nella sostanza agli argomenti dell'Amministrazione finanziaria, ha reputato che "l'assunzione di partecipazioni di controllo in imprese bancarie non costituisce - come invece hanno reputato le altre, più recenti sentenze della stessa Suprema Corte - un evento accidentale; ma è la stessa ragione di esistenza delle fondazioni; le quali, in forza di disposizioni di legge, nascono e vivono in funzione della proprietà di un'importante quota delle imprese bancarie nazionali ...".

Questo assunto è sostenuto dall'argomento - in verità ora non più riscontrabile in punto di fatto - che gli enti conferenti "sia geneticamente che funzionalmente vivrebbero in simbiosi con il sistema bancario pubblico e, in quanto tali, assolverebbero al compito di assumere la titolarità e l'amministrazione di un rilevante numero di imprese bancarie, esercitando i poteri di controllo sulle stesse, tra cui la nomina e revoca degli amministratori". Svolgerebbero, perciò, una funzione che, sempre secondo l'ordinanza, costituisce "un segmento essenziale del sistema bancario pubblico e, quindi, dell'esercizio dell'attività di impresa creditizia". Come tale, questa funzione rappresenterebbe dunque "un fattore di possibile turbativa del mercato e dei rapporti intracomunitari".

Non sto a soffermarmi oltre su questo ordine di argomentazioni, che non sono nuove, ripetono pedissequamente nella sostanza quelle dell'Amministrazione finanziaria e si appaiono con quelle svolte dall'unica sentenza della stessa Suprema Corte che ha ritenuto commerciale la mera attività di gestione conservativa delle partecipazioni detenute dalle fondazioni. È sufficiente ribadire al riguardo quanto detto nei paragrafi che precedono, e cioè che non c'è più alcuna simbiosi, quanto meno dal punto di vista funzionale, tra la fondazione ex bancaria e l'azienda bancaria scorporata, essendo stato proprio obiettivo del D.Lgs. n.

153/1999 quello di far dismettere il controllo dell'azienda bancaria conferita e, perciò, di sopprimere ogni interdipendenza tra azienda e fondazione. Non v'è dubbio, infatti, che con il conferimento gli enti pubblici originariamente conferenti hanno dismesso la loro originaria natura di enti creditizi, non potendo essi, per espresso divieto legislativo, né esercitare direttamente l'impresa bancaria né possedere partecipazioni di controllo di altre imprese bancarie o finanziarie. Il nuovo regime ha, dunque, rotto il vincolo sia genetico che funzionale tra fondazione (ora qualificata dal D.Lgs. n. 153/1999 come "persona giuridica privata" operante senza scopo di lucro nei settori considerati meritevoli) e società bancaria conferitaria, realizzando così una separazione netta e definitiva dell'attività della medesima fondazione da quella commerciale creditizia. E si è dimostrato al riguardo che, laddove le fondazioni ex bancarie posseggono partecipazioni non di controllo nelle aziende conferitarie o in altre aziende (sia bancarie che d'altro tipo), la gestione delle stesse, lungi dal dar luogo ad un'attività commerciale, si palesa come un'attività di mera conservazione e di godimento del patrimonio mobiliare, in alcun modo diretta in punto di fatto a competere sul mercato e ad interferire direttamente sulla gestione delle aziende medesime. E anche qualora si dovesse prospettare la permanenza di una situazione di controllo, questa a maggior ragione non sarebbe sintomatica dello svolgimento di un'attività economica, essendo per sua natura il controllo la conseguenza della detenzione di partecipazioni immobilizzate destinate, come tali, né al *trading* speculativo né ad influenzare per tale via il commercio fra gli Stati della UE. In questo senso, si è visto, ragionano ormai da tempo sia la decisione della CE (contestata dall'ordinanza in esame) sia le richiamate sentenze della Suprema Corte che si sono espresse a favore della spettanza dell'agevolazione prevista dall'art. 6 e dall'art. 12 più volte citati.

2.2.7.3. Un punto rilevante sul quale l'ordinanza sembra non cogliere nel segno è, infine, quello relativo alla critica della decisione della Commissione per non aver preso in considerazione, come possibile aiuto di Stato, l'esonero delle fondazioni bancarie dalla ritenuta sui dividendi previsto dall'art. 10-*bis* sopra citato. Trattandosi di una mera ritenuta d'acconto, essa non parrebbe infatti idonea a configurare una "tassazione più favorevole", che è il presupposto indispensabile per l'applicazione delle norme del Trattato relative non solo agli aiuti di Stato, ma anche al principio di non discriminazione e di libertà di circolazione dei capitali. Probabilmente l'ordinanza è incorsa in una errata interpretazione delle norme di diritto interno (i più volte richiamati artt. 10, 10-*bis* della L. 29 dicembre 1962, n. 1745) perché qualifica come "a titolo di imposta" una ritenuta che sicuramente è a titolo di acconto.

3. *Alcune incongruenze della disciplina delle fondazioni ordinarie quali enti non commerciali* - Delineati i criteri per accertare la prevalenza (o meno) dello svolgimento dell'attività commerciale e stabilito in cosa consista l'economicità anche con riferimento al caso specifico delle fondazioni ordinarie che gestiscono partecipazioni, restano ora da analizzare alcuni pregi e difetti della disciplina dettata dal Tuir per le fondazioni stesse quali enti non commerciali.

3.1. *Le interrelazioni fra l'art. 55 e l'art. 143 del Tuir* - Come è noto, la normativa fiscale unitaria degli enti non commerciali è caratterizzata dalla regola generale, contenuta nell'art. 143, della tassazione frazionata del reddito da essi realizzato, alla stessa stregua dei soggetti di imposta persone fisiche.

Quanto all'attività commerciale svolta da tali enti, lo stesso articolo conferma l'applicabilità in via generale delle disposizioni generali degli artt. 55, 73 e 149 del Tuir, con una importante correzione, però, per quanto riguarda quelle attività consistenti in prestazioni di servizi che non rientrano nell'art. 2195 del codice civile (vd. *retro* paragrafo 2.1.3). Infatti, l'art. 143, comma 1, seconda parte dispone in proposito che - ferma

restando la natura di enti non commerciali dei soggetti che le pongono in essere - non si considerano attività commerciali e non sono, quindi, soggette al regime del reddito di impresa le indicate prestazioni di servizi di cui al comma 2 dell'art. 55 non rientranti nell'art. 2195, a condizione che esse siano rese dall'ente non commerciale a) in conformità alle finalità istituzionali dell'ente medesimo, b) senza specifica organizzazione e c) verso pagamento di corrispettivi che non eccedono i costi di diretta imputazione.

La previsione di tali tre specifiche condizioni pone problemi di coordinamento con la generale disposizione dell'art. 55, comma 2, relativa anch'essa alle stesse prestazioni di servizi non rientranti nell'art. 2195.

3.1.1. In particolare, di tali tre condizioni una, quella della insussistenza della specifica organizzazione, è parzialmente uguale - in termini assoluti e in negativo - alla condizione "organizzazione in forma di impresa" richiesta dal comma 2 dell'art. 55 perché la prestazione dia luogo a un reddito di impresa (anche se - come dirò meglio più avanti - utilizzando le parole "organizzazione specifica", l'art. 143 pare voglia intendere qualcosa di meno impegnativo di "organizzazione in forma di impresa"): se l'organizzazione in forma d'impresa è necessaria perché la prestazione di servizi si consideri commerciale ex art. 55, simmetricamente la mancanza di una organizzazione (specifica, e cioè autonoma) porta a qualificare, ex art. 143, la stessa prestazione come non commerciale.

La seconda condizione, quella del perseguimento di finalità istituzionali, è esclusiva della tassazione degli enti non commerciali perché - in concomitanza con le altre due condizioni - dà rilevanza, per le sole prestazioni di servizi in parola, alla finalità istituzionale dell'ente, che invece abbiamo visto essere del tutto irrilevante, ai sensi degli artt. 73 e 55, ai fini della qualificazione dell'ente stesso come commerciale o meno e della identificazione della nozione di attività commerciale (ma non - abbiamo pure visto - a fini della disciplina agevolativa dell'art. 6 del D.P.R. n. 601/1973).

La terza condizione, quella della non eccedenza del corrispettivo rispetto al costo, rappresenta un'espressa estrinsecazione normativa *a contrario* - ma solo per le prestazioni di servizi in esame - del requisito di economicità come corrispettività, la cui esistenza, in sede di esame dell'art. 55, comma 2, è stata da me sostenuta più sopra in via interpretativa attraverso il riferimento al requisito della abitualità e la presupposizione, da parte dell'art. 2195, della definizione di impresa data dall'art. 2082. Questa condizione è stata ripresa, con la novella del 1997 (D.Lgs. n. 460/1997 citato), dalla nuova disposizione dell'art. 149 (ex art. 111-*bis*) del Tuir che, come si è visto, "ai fini della qualificazione commerciale dell'ente" indica in via generale i già riferiti parametri di prevalenza dell'attività commerciale rispetto alla restante attività imperniandoli sul rapporto tra le diverse espressioni patrimoniali e reddituali dell'attività commerciale e le restanti attività. Tali parametri, in effetti, sembrano compatibili con (e presuppongono) il requisito di economicità costituito, per le singole operazioni di prestazione di servizi non rientranti nell'art. 2195, dalla non eccedenza del corrispettivo rispetto al costo.

3.1.2. Beninteso, l'essere queste tre condizioni dettate solo con riferimento all'ente, già qualificato ex artt. 55, 73 e 149 Tuir come non commerciale, non esclude che detto ente, se si organizzasse in modo autonomo in forma di impresa ai sensi dell'art. 55, comma 2, diventerebbe un ente commerciale; e ciò anche se le prestazioni di servizi non rientranti nell'art. 2195 del codice civile costituissero oggetto esclusivo o principale dell'ente medesimo e fossero effettuate nel rispetto di dette tre condizioni di non commercialità (in specie, di quella relativa al perseguimento di finalità istituzionali non lucrative). Il che non deve sorprendere, avendo, come si è visto, il legislatore con l'art. 55 accolto la tesi generale secondo cui è il prerequisite dell'organizzazione in forma di impresa a caratterizzare l'attività come commerciale nel caso delle prestazioni di servizio non rientranti nell'art. 2195. Con la conseguenza che le tre condizioni di non commercialità

operano solo con riferimento ad un ente già qualificato come non commerciale ai sensi delle norme generali sopra esaminate.

Ciò che può sorprendere, invece, in termini di pura logica è che, applicando letteralmente l'art. 143, comma 1, seconda parte, può accadere che un ente non commerciale che renda senza fine di lucro e senza "organizzazione specifica" prestazioni di servizi non rientranti nell'art. 2195 del codice civile abbia in certi casi un trattamento deteriore o, quantomeno, differenziato rispetto a quello che avrebbe se si applicasse invece l'art. 55, comma 2, lettera a). Infatti, se tali prestazioni esso rendesse dietro pagamento di corrispettivi che eccedono i costi di diretta imputazione inevitabilmente, per l'art. 143, svolgerebbe un'attività commerciale (anche se non ha un'organizzazione specifica), mentre *ex art. 55, comma 2, lettera a)*, altrettanto inevitabilmente dette prestazioni non costituirebbero alcuna attività commerciale mancando l'organizzazione autonoma in forma d'impresa e quindi, anche se prevalenti, mai potrebbero determinare la commercialità dell'ente.

Sempre in termini logici, si deve fare poi un certo sforzo interpretativo per rendere compatibile l'art. 143 con l'art. 55 nell'ipotesi inversa in cui l'ente non commerciale presti i servizi in parola con un'organizzazione specifica, ricevendo però in pagamento corrispettivi non eccedenti i costi, e cioè svolgendo un'attività non economica. Se ritenessimo che "organizzazione specifica" è sinonimo di "organizzazione in forma di impresa" avremmo la anomala conseguenza di considerare non commerciale tale attività per il solo fatto che i corrispettivi non eccedono i costi; ancorché sussista un'organizzazione specifica in forma di impresa che da sola, *ex art. 55*, farebbe invece qualificare l'attività come commerciale. Ma siccome questa conclusione mi sembra a dir poco irragionevole, non resta che attribuire alle parole "organizzazione specifica" una minore valenza, e cioè quella di una separata, autonoma organizzazione, non necessariamente in forma di impresa, che non presuppone in sé la economicità. Così ragionando, la sussistenza di una organizzazione, appunto, separata non preclude che l'attività sia considerata non commerciale per assenza di economicità.

Come si vede, l'art. 143 è pieno di insidie interpretative e, poiché non può ritenersi che esse siano il prodotto di una mera disattenzione del legislatore, andrebbe meglio verificato se le distonie con l'art. 55, comma 2 - risolvendosi, in ultima analisi, in una valutazione non coordinata, né organica e complessiva dei diversi indici di non commercialità - siano giustificate, e fino a che punto, dalla sola circostanza che a svolgere l'attività di prestazione dei servizi sia un ente già qualificato *ex art. 55* come non commerciale.

4. *Il regime fiscale delle fondazioni ex bancarie*

4.1. *La specialità del regime dettato dal D.Lgs. n. 153 del 1999* - Quanto si è finora detto in ordine alla definizione di commercialità e alla individuazione del rapporto di prevalenza non riguarda le fondazioni ex bancarie regolate dal D.Lgs. n. 153 del 1999. Dall'entrata in vigore di tale decreto legislativo queste hanno, infatti, acquisito la qualifica di enti non commerciale per il solo fatto di aver adeguato il proprio statuto alle disposizioni del D.Lgs. n. 153/1999 ⁽¹⁹⁾, dimodoché le regole fiscali generali finora esaminate si rendono applicabili in via residuale solo per valutare se, prima del loro adeguamento statutario alla disciplina del D.Lgs. n. 153/1999, sussistesse o meno la loro qualifica soggettiva di enti non commerciali.

Per il resto la disciplina fiscale di tali fondazioni è, per così dire, superata e riassorbita *ex lege* nel regime speciale introdotto con gli artt. 12, comma 1, 3, comma 1, secondo capoverso, e 6, comma 1 dello stesso decreto; nel senso, cioè, che dal 1999 in forza di tali norme la loro qualificazione originaria come enti non commerciali permane, in base ad una presunzione legale di non commercialità, indipendentemente

dall'esame circa l'oggetto principale dell'ente ed ancorché esse perseguano le loro finalità mediante l'esercizio *diretto* di imprese strumentali e svolgano un'attività che, secondo le regole generali sopra illustrate, sarebbe da considerare commerciale o, meglio, farebbe perdere la qualifica di ente non commerciale ove costituisse l'oggetto principale dell'ente medesimo.

Ciò induce a fare una considerazione e a porre alcuni delicati problemi interpretativi.

4.2. *La irragionevole divaricazione tra il regime delle fondazioni ordinarie e quello delle fondazioni ex bancarie* - La considerazione attiene alla individuazione delle ragioni di fondo che hanno portato al distacco dell'art. 12, comma 1, dalle richiamate disposizioni generali degli artt. 55, 143 e 149 del Tuir. Il fatto che con l'art. 12, comma 1, si sia creata una disciplina del tutto speciale rispetto a quella organica generale segna, a mio avviso, il positivo passaggio dal postulato della indifferenza dello scopo (rispetto alla definizione di commercialità) a quello della centralità dello scopo medesimo ai fini dell'individuazione del carattere strumentale dell'attività svolta e della conseguente fruizione di trattamenti fiscali di favore. È infatti la strumentalità dell'attività anche di impresa che consente alle fondazioni ex bancarie che tale attività svolgono di essere qualificate in ogni caso come enti non commerciali.

La logica in cui si è mosso il legislatore del D.Lgs. n. 153 è per certi versi analoga a quella soggettiva della norma di agevolazione dell'art. 6 del D.P.R. n. 601/1973, anche se, come si è visto, detto articolo - almeno nell'interpretazione data dalla Suprema Corte e ribadita dal legislatore nel D.Lgs. n. 153/1999 - ha la peculiarità di connettere il regime della commercialità con quello dell'agevolazione, condizionando la spettanza della agevolazione stessa, oltre che alla strumentalità e allo scopo meritevole, anche alla natura oggettivamente non commerciale dell'ente determinata ex artt. 55, 73 e 143 e seguenti del Tuir.

Questa considerazione pone, in termini di sistema, almeno due problemi e spinge a fare due puntualizzazioni.

4.2.1. Il primo problema è che il regime speciale dell'art. 12, comma 1, crea una discriminazione, quanto al trattamento fiscale, tra le fondazioni ordinarie - alle quali evidentemente l'art. 12 non si applica - e le fondazioni ex bancarie, non so quanto giustificabile in termini di ragionevolezza e di coerenza del sistema. Le fondazioni ex bancarie sono, infatti, appaiate a quelle ordinarie per quanto attiene all'applicazione ad ambedue dell'art. 6 del D.P.R. n. 601/1973. Sono invece separate per quanto riguarda la individuazione della loro natura commerciale o meno e non pare facile dimostrare che l'attività delle fondazioni ex bancarie ed il fine (di utilità sociale e di promozione dello sviluppo economico) da esse perseguite siano talmente eterogenei rispetto all'attività ed ai fini perseguiti dalle fondazioni non bancarie, fino al punto da giustificare, per le prime, una presunzione assoluta di non commercialità e per le seconde, invece, un'indagine caso per caso sulla economicità dell'attività da esse svolta.

4.2.2. Il secondo problema è che la costruzione appena fatta del regime delle fondazioni ex bancarie in termini di riconoscimento legale della non commercialità in funzione dello scopo perde di logicità quando si tratta, nei commi 3 e 4 dell'art. 12 medesimo, di stabilire quando la non commercialità viene meno. Ciò perché la sua perdita non dipende affatto - come sarebbe ragionevole in base alla illustrata *ratio* della norma - dal mancato raggiungimento dello scopo o dallo svolgimento, ad esempio, di un'attività commerciale non strumentale allo scopo stesso, ma consegue esclusivamente - almeno per le fondazioni "non minori" che hanno l'obbligo della dismissione - dall'inosservanza dei termini fissati dalla legge stessa per la dismissione delle partecipazioni di controllo (comma 3) e per la cessione dei diritti reali sui beni immobili diversi da quelli strumentali (comma 4). La perdita del carattere non commerciale, insomma, avviene solo a titolo

sanzionatorio e riguarda anche fondazioni ex bancarie che sul piano sostanziale hanno tutte le caratteristiche ontologiche per essere considerate, ex artt. 73 e 55 e 143 e seguenti, ancora enti non commerciali.

Qui il distacco dall'art. 149 e dal sistema coordinato degli artt. 55 e 143, nonché dall'art. 6 del D.P.R. n. 601/1973 raggiunge il massimo. Si può dire, anzi, che il regime fiscale delle fondazioni ex bancarie perde ogni contatto con quello dell'economicità in qualunque modo intesa e, comunque, non la presuppone affatto: la commercialità e la non commercialità non rappresentano più qualificazioni con contenuto sostanziale o connesse alla strumentalità allo scopo. Diventano solo delle etichette dalle quali far dipendere un certo trattamento fiscale o un altro. Ciò che prevale, infatti, è l'effetto incentivante la dismissione; e la perdita della commercialità è solo uno strumento intimidatorio per raggiungere tale fine. La buona regola legislativa avrebbe quanto meno consigliato di scrivere la norma facendo riferimento non alla perdita *tout court* della commercialità, ma semmai alla perdita dei benefici fiscali ove la dismissione non fosse avvenuta e la titolarità dei beni immobili non strumentali fosse rimasta.

4.2.3. Indipendentemente da ciò, sta di fatto - e questa è la prima puntualizzazione - che, come si è già detto, la norma dell'art. 12, comma 1, ai fini di qualificare le fondazioni quali enti non commerciali sposta senza dubbio l'indagine dell'interprete dall'individuazione dell'economicità a tutto campo a quella della strumentalità allo "scopo" dell'impresa esercitata, in via diretta o indiretta, dalla fondazione ex bancaria. Detta strumentalità è, infatti, assunta quale requisito che da solo consente di escludere che l'esercizio dell'impresa dia luogo ad un'attività commerciale e, quindi, consente alla fondazione di fruire della riduzione al 50% dell'Ires.

Lascio volentieri ai civilisti il compito di esplorare i limiti della nozione di strumentalità. Mi limito qui a rilevare che:

- al concetto di impresa strumentale fanno riferimento esplicito: l'art. 3, comma 1 (quando dispone che le fondazioni "possono esercitare imprese solo se direttamente strumentali ai fini statutari ed esclusivamente nei settori rilevanti") e l'art. 6, comma 1, del D.Lgs. n. 153/1999 (laddove si ammette la "detenzione, da parte delle fondazioni, di partecipazioni di controllo solo in enti o società aventi come oggetto esclusivo l'esercizio di imprese strumentali");

- e che l'art. 1, lettera *h*), dello stesso decreto legislativo, definisce impresa strumentale "l'impresa esercitata dalla fondazione o da una società di cui la fondazione detiene il controllo, operanti in via esclusiva per la diretta realizzazione degli scopi statutari perseguiti dalla fondazione nei settori rilevanti" [tali essendo quelli stabiliti dall'art. 1, lettera *c-bis*]).

Da questa definizione di strumentalità dovrebbe conseguire ai fini fiscali che, nel caso di detenzione di partecipazioni di controllo, la strumentalità dell'impresa controllata agli scopi di utilità sociali non possa essere intesa in senso lato, nel senso cioè che, perché sussista, sia sufficiente la condizione minima che i redditi rivenienti alla fondazione dalla partecipazione all'impresa siano destinati alla realizzazione degli scopi statutari della fondazione stessa. Se così fosse, si farebbe anacronisticamente derivare il regime speciale delle fondazioni dalla detenzione di partecipazioni in imprese esercenti qualunque tipo di attività, a prescindere dalla diretta strumentalità dell'attività delle imprese controllate agli scopi istituzionali delle fondazioni e, quindi, senza alcuna omogeneità tra i fini delle fondazioni e l'attività delle imprese controllate. Ritengo, invece, che si debba rifuggire da accezioni di questo tipo eccessivamente svalutative della strumentalità, che porterebbero a considerare strumentale agli scopi meritevoli perseguiti dalla fondazione qualsiasi tipo di attività per il solo fatto che essa sia esercitata attraverso una società controllata.

Secondo una più attenta interpretazione dell'art. 1, lettera h), la strumentalità agli scopi meritevoli di utilità sociale dovrebbe essere, insomma, valutata con riguardo esclusivo all'attività esercitata dalle imprese controllate (e ovviamente da quelle direttamente esercitate), nel rispetto degli stessi scopi statuari della fondazione. Il che vuol dire che, perché le fondazioni siano ex art. 12, comma 1, enti non commerciali, è necessario che anche le società controllate perseguano gli stessi scopi di utilità sociali delle fondazioni controllanti e operino negli stessi settori rilevanti ⁽²⁰⁾.

4.2.4. La seconda ed ultima constatazione attiene alla disciplina comunitaria della materia e consegue alla preoccupazione - già anticipata per le fondazioni ordinarie (vd. paragrafo 2.2.7.) - che, applicando la decisione della Commissione Europea sopra commentata, possa "crollare" per incompatibilità comunitaria tutto il regime fiscale costruito in forza dell'art. 12, comma 1, citato e fondato sulla non commercialità per presunzione legale dell'esercizio diretto e indiretto di imprese strumentali ⁽²¹⁾. Applicando, infatti, alla lettera detta decisione avremmo che, se in punto di fatto si accertasse che le fondazioni operano nel mercato esercitando *direttamente* ex art. 3 del D.Lgs. n. 153/1999 imprese (ancorché strumentali), verrebbe ad integrarsi proprio l'ipotesi indicata dalla Commissione per ritenere che esse sono imprese (o, meglio, esercitano imprese), e cioè l'ipotesi di presenza delle fondazioni sul mercato in concorrenza con le altre imprese in condizioni di privilegio fiscale (esse fruiscono, infatti, dell'agevolazione fiscale prevista dall'art. 6 più volte citato e ribadita, proprio per le fondazioni ex bancarie, dallo stesso art. 12, comma 2). Si è visto infatti più sopra che la Commissione, sulla scia di numerose pronunce della Corte di Giustizia, ha finora sempre ritenuto che la strumentalità dell'attività economica agli scopi di utilità sociale non è sufficiente ad escludere potenziali comportamenti distorsivi della concorrenza (22).

4.3. *Necessità di ricostruire una disciplina fiscale unitaria in funzione dello scopo perseguito* - La problematica finora affrontata sulla centralità degli scopi di utilità sociale e di pubblica utilità al fine di giustificare speciali trattamenti di parziale o totale detassazione non è propria delle sole fondazioni ex bancarie. Può riferirsi in astratto - ed è sorta in conseguenza di interventi normativi i più disparati - ad ogni ente (anche) commerciale che persegue fini di utilità sociale particolarmente meritevoli, competendo sul mercato (si pensi alla normativa sulle fondazioni degli enti lirici, ma anche a quella sulle stesse Onlus e sulle cooperative sociali e, per certi aspetti, anche a quella sulle organizzazioni di volontariato). Rimanendo nel campo delle fondazioni, queste constatazioni inducono a domandarci perché le fondazioni ex bancarie e quelle ordinarie, pur avendo connotati specifici ai fini civilistici, debbano continuare ad avere diversi regimi fiscali, almeno quando entrambe perseguono fini di utilità pubblica e sociale esercitando, anche in via diretta e indiretta, imprese strumentali.

È evidente che questa domanda dovrebbe incitare a proseguire la riforma iniziata negli anni '90 affinché si eviti quanto sta divenendo ormai una regola nel nostro Paese, e cioè che ciò che doveva essere provvisorio diventi permanente per mancanza di iniziativa dei governi che si sono succeduti nel tempo: il regime fiscale delle fondazioni ex bancarie doveva essere funzionale solo alla privatizzazione dell'universo delle Casse di Risparmio in attesa di una risistemazione definitiva della materia e, invece, corre il rischio di divenire definitivo, rendendo così ancor più insopportabili ed acuendo sul piano della disciplina comunitaria discriminazioni che possono forse trovare una giustificazione nel breve termine, ma non certo a regime.

5. *Alcune brevi considerazioni di politica del diritto*

5.1. La discriminazione di trattamento tra fondazioni e associazioni - Le discriminazioni più sopra indicate si ripropongono anche se si confronta il regime delle fondazioni con quello delle associazioni riconosciute o non. Riguardo a queste ultime, infatti, determinate finalità istituzionali qualificate si pongono da sole come fonte giustificativa di "speciali" regimi fiscali, nonostante che oggettivamente l'attività svolta possa considerarsi, sia ex art. 55 che ex art. 143, commerciale e, quindi, produttiva di reddito di impresa tassabile. Il comma 3 dell'art. 148, infatti, non considera effettuate nell'esercizio di attività commerciali le cessioni di beni e le prestazioni di servizi poste in essere in conformità alle finalità istituzionali dalle associazioni politiche, sindacali e di categoria, religiose, esistenziali, culturali e sportive, ancorché tali operazioni siano effettuate verso pagamento di corrispettivi specifici, e cioè nell'ambito di un'attività prettamente e strettamente commerciale.

Tale regime può essere per certi versi comprensibile e coerente al sistema laddove le operazioni siano poste in essere a favore degli stessi associati o partecipanti. Nel qual caso esso può essere giustificato - sia pure in termini agevolativi - dal permanere l'operazione all'interno dell'ente e dei soggetti che vi partecipano e dalla finalità meritevole perseguita. Lo è invece molto di meno allorché l'operazione è effettuata in favore di altre associazioni - seppur facenti parte di un'unica organizzazione locale o nazionale - di associati o partecipanti a tali associazioni e di tesserati alle organizzazioni nazionali. Addirittura, non ha più alcuna giustificazione laddove il trattamento di favore si riferisce a cessioni a terzi di pubblicazioni dell'associazione cedute prevalentemente agli associati.

Non si capisce in proposito perché gli enti non associativi - come, ad esempio, le fondazioni ordinarie - che perseguono uguali, qualificate finalità istituzionali non possano fruire di questo regime riguardo alle operazioni da essi poste in essere dietro corrispettivo per il perseguimento di fini ugualmente qualificati. A parte il fatto che si sta assistendo ad un graduale processo reciproco di ibridazione dei due tipi di enti - in forza del quale le associazioni vedono attenuarsi la loro natura partecipativa e le fondazioni si caratterizzano sempre più in termini partecipativi (lo scopo solidaristico-altruistico è, infatti, spesso sottilmente mescolato con scopi definibili come egoistici) - va comunque sottolineato che il trattamento di favore previsto per le associazioni riguarda operazioni effettuate nei confronti, a volte, di soggetti terzi e, altre volte, di soggetti che solo indirettamente sono collegati all'associazione che effettua l'operazione. Di modo che in questi casi le differenze fra i due tipi di enti si riducono moltissimo, fino a non giustificare la discriminazione di trattamento.

La discriminazione si percepisce, poi, ancora più fortemente in tutti i casi in cui i soggetti destinatari della prestazione resa dalla fondazione sono gli stessi verso o a favore dei quali è statutariamente diretta l'attività dell'ente: tali soggetti formalmente non sono equiparabili agli associati, ma nella sostanza e nella volontà del fondatore si pongono nella stessa loro posizione.

In conclusione, si può dire che il comma 3 dell'art. 148 rappresenta una rilevante deroga alla seconda parte del comma 1 dell'art. 143 e del comma 2 dell'art. 149 perché fa conseguire dalle sole finalità istituzionali perseguite (e non dal verificarsi delle tre condizioni indicate dall'art. 143 e da quelle di prevalenza indicate nell'art. 149) la non commercialità dell'attività svolta dall'ente associativo non commerciale. Il che confina nel più severo ambito applicativo della seconda parte del comma 1 dell'art. 143 solo le associazioni che non perseguono tali fini qualificati e tutte, dico tutte, le fondazioni, anche se tali fini perseguono; producendo così quelle ingiustificate discriminazioni tra la disciplina dei due enti che ho appena posto in evidenza.

5.2. Proposte de iure condendo

5.2.1. Dalle considerazioni finora svolte risulta abbastanza chiaramente che - ad eccezione delle associazioni, che perseguono i sopra ricordati fini istituzionali qualificati, e delle fondazioni *ex* bancarie, rette dalla disciplina speciale del D.Lgs. n. 153 del 1999, e di altre specifiche formazioni sociali intermedie oggetto di speciale disciplina - il trattamento fiscale degli enti non commerciali e, quindi, anche delle fondazioni ordinarie non sembra dei più favorevoli e, comunque, dei più ordinati. E ciò:

- sia a causa della definizione molto ampia e pregnante di attività commerciale data in termini oggettivi dall'art. 55 del Tuir, ancorché integrato dall'art. 149, che riconduce alla tipologia degli enti commerciali e al conseguente più complesso regime degli stessi molti enti che, nella sostanza economica e sul piano civile e dei fini perseguiti, meriterebbero una disciplina meno gravosa;

- sia a causa delle discriminazioni sopra evidenziate esistenti tanto tra fondazioni ordinarie e fondazioni *ex* bancarie quanto tra fondazioni ordinarie e associazioni, discriminazioni che il legislatore fiscale, anche sulla spinta di pressioni lobbistiche, col tempo non ha attenuato bensì aggravato, ampliando sempre più l'ambito dell'applicazione dei regimi speciali (ma) solo con riguardo alle associazioni, alle fondazioni *ex* bancarie e altri corpi sociali intermedi e mantenendo fermo per gli altri enti non commerciali il criterio della oggettivizzazione dell'attività economica svolta;

- sia, ancora, a causa della interpretazione della Suprema Corte di Cassazione che, ai fini dell'imposta sui redditi, ritiene spettante il trattamento agevolativo dell'art. 6 del D.P.R. n. 601/1973 solo alle fondazioni ordinarie che non svolgono attività (prevalente od esclusiva) commerciale, anche se perseguono fini istituzionali meritevoli;

- sia, infine, a causa dell'orientamento della Commissione Europea che, al fine di tutelare la libera concorrenza sul mercato, accoglie anche con riferimento alle fondazioni *ex* bancarie una nozione di attività economica molto ampia che precluderebbe in prospettiva di costruire un regime fiscale di favore tutte le volte in cui l'esercizio di impresa sia svolto, seppur ai fini meritevoli e nei settori ammessi, *direttamente* sul mercato ai sensi del D.Lgs. n. 153/1999 più volte citato.

Il fatto è che la crisi in Italia sotto il profilo fiscale delle *non profit organizations* e, in particolare, dell'istituto fondazionale, è anche dovuta ad una non sempre ingiustificata diffidenza del legislatore tributario riguardo al possibile uso dell'ente non commerciale in funzione elusiva o evasiva dei regimi ordinari di tassazione, diffidenza "rotta" - come si è visto - solo da interventi agevolativi, mirati e settoriali e comunque disorganici, peraltro al limite dell'incompatibilità comunitaria.

Il timore del nostro legislatore è, insomma, che si possa riprodurre in Italia l'esperienza, per certi versi negativa, delle *operating private foundations* americane e delle fondazioni di impresa tedesche che operano sul mercato in concorrenza con le altre imprese avendo un trattamento fiscale di favore. L'esempio più probante di queste situazioni di disorientamento è dato appunto dalle fondazioni *ex* bancarie che operano, sia direttamente che indirettamente, mediante società strumentali e che, come si è detto, fruiscono di un regime fiscale non sufficientemente coordinato né con quello delle fondazioni ordinarie e degli altri enti non commerciali operanti in determinati settori di attività (come le Onlus o le cooperative sociali), né con quello di alcune particolari tipologie di enti commerciali come le cooperative a mutualità prevalente.

5.2.2. Credo che questa diffidenza potrà essere superata sole se, cambiando l'attuale impostazione, la legislazione fiscale - sulla falsariga della ricordata norma anticipatrice introdotta con il D.Lgs. n. 460 del 1997 per le Organizzazioni non lucrative di utilità sociale (Onlus) - incentivasse non i soggetti in sé in relazione al solo loro oggetto e alla veste che hanno assunto (fondazioni ordinarie, *ex* bancarie, associazioni piuttosto che

società di capitali), ma il tipo di attività da essi svolta in via privata a garanzia delle somme loro erogate e in funzione degli scopi ideali, sociali e di pubblica utilità perseguiti. E ciò può avvenire meglio selezionando gli scopi non di lucro meritevoli ed imputandoli appunto all'attività economica esercitata; che deve essere, per la sua strumentalità alle finalità meritevoli, di alto valore etico e, perciò, degna di essere fiscalmente agevolata, ma anche attentamente "controllata". Ad esempio, mi sembra, almeno potenzialmente, fonte di ingiustificato arbitraggio fiscale l'aver assunto tra gli scopi meritevoli di pubblico interesse quello, troppo generico, dello sviluppo economico, come ha fatto il D.Lgs. n. 153 del 1999 per le fondazioni ex bancarie.

Andrebbe, perciò, abbandonato definitivamente quel processo - su cui mi sono soffermato all'inizio - di sostanziale, progressiva oggettivizzazione della nozione di attività economica, iniziato dalla riforma degli anni 70 e recepito dagli artt. 55 e 143 del Tuir. Salvo le lodevoli ricordate eccezioni, si è visto infatti che la disciplina fiscale delle fondazioni ordinarie si impernia ancora troppo sulla divaricazione del concetto di attività commerciale dallo scopo speculativo-lucrativo e, ai fini dell'assoggettamento all'Ires o all'Iva, pone eccessivamente l'accento sulla sola produzione di beni e servizi a favore di terzi. Con ciò sottovalutando:

- sia la circostanza che gli enti non commerciali compiono - quando esercitano direttamente l'impresa - una distinta gamma di operazioni solo per procacciare risorse da destinare ai loro fini di utilità sociale in attuazione del principio costituzionale di sussidiarietà orizzontale,

- sia la circostanza che tali finalità sono rese palesi dal fatto che i proventi dell'attività svolta sono destinati necessariamente al reimpiego per gli scopi meritevoli dell'ente e sono, perciò, sottratti alla libera disponibilità dell'ente medesimo per avere essi natura *lato sensu* di patrimonio.

Soprattutto si è dimenticato che, solo se ci si ponesse nella logica della strumentalità, si potrebbe disporre anche di un qualche non disprezzabile argomento (che svilupperò subito qui di seguito) per contrastare quel ricordato orientamento della CE diretto a considerare economico e quindi distorsivo della concorrenza, se fiscalmente agevolato, l'esercizio diretto d'impresa in determinati settori; e ciò anche quando gli utili da esso derivanti non fuoriescono dalla fondazione né arricchiscono i suoi amministratori.

5.2.3. Funzionali all'obiettivo di un giusto dosaggio a fini fiscali tra attività commerciale e fini meritevoli sono quelle proposte dirette, *sul piano generale*:

a) ad individuare una tipologia di fondazioni (ed enti in genere) che operano in determinati settori di attività, le cui finalità devono essere considerate particolarmente meritevoli; sulla falsariga di ciò che, più o meno, si è fatto con il D.Lgs. n. 153/1999 per le fondazioni ex bancarie e, meglio ancora, con la legge quadro 8 novembre 1977, n. 266 (attuata con decreto interministeriale 25 maggio 1995) per le organizzazioni operanti nel settore del volontariato;

b) a istituire un apposito albo in cui iscrivere dette fondazioni e ad assoggettarle ad un controllo pubblico pregnante della loro attività (almeno nei casi in cui aspirano a rientrare tra quelle che hanno un trattamento speciale e di favore).

Sul piano contabile ed in definitiva fiscale, tali proposte dovrebbero essere arricchite da previsioni legislative dirette:

- a sancire, con carattere di generalità, per ogni tipo di fondazione l'indisponibilità del suo patrimonio e l'acquisizione alla stessa fondazione dei proventi dell'attività strumentale;

- ad accordare, conseguentemente, agevolazioni Ires dosate e calibrate a seconda dell'intensità del fine perseguito e del tipo di attività strumentale svolta.

Per le fondazioni-impresa potrebbe essere utile prevedere una forte scissione tra l'entità soggettiva costituita dalla fondazione erogatrice e l'organizzazione autonoma della sua impresa strumentale, imponendo sia l'obbligo di accantonare a riserva indivisibile i proventi che da questa derivano, sia l'obbligo di destinare, in caso di scioglimento, le risorse residue a fondi sociali o ad altre attività analoghe. Alla stessa stregua insomma di ciò che - finora senza contestazioni della CE - la legislazione speciale prevede per certe determinate strutture soggettive (Consorzio Nazionale Imballaggi - CONAI) e, soprattutto, per le società cooperative a mutualità prevalente ⁽²³⁾.

Ai fini di parare con più decisione i rilievi comunitari di cui ho dato conto nei confronti delle fondazioni-impresa sotto il profilo della distorsione della concorrenza, bisognerebbe forse rendere un siffatto assetto regolatorio più decisamente funzionale alla costruzione di un mercato particolare - atipico ed inevitabilmente marginale - di soggetti destinatari dell'attività strumentale, un mercato cioè estraneo a quello in cui normalmente operano gli enti commerciali con fine soggettivamente lucrativo. Si tratterebbe, in altri termini, di insistere nel delimitare fini di lucro oggettivo particolarmente significativi, che si combinino con ambiti in cui i destinatari dell'attività economica strumentale non sono i normali consumatori, ma soggetti titolari di interessi e di posizioni giuridiche particolari sotto il profilo della meritevolezza sociale. L'obiettivo dovrebbe essere, insomma, quello di individuare con sufficiente chiarezza in sede legislativa le ipotesi in cui l'attività strumentale delle fondazioni-impresa può essere fiscalmente agevolata in quanto destinata a produrre i suoi effetti solo all'interno di categorie autonome di utenti che non coincidono con gli operatori di mercato e, quindi, non concorrono con loro in condizioni di privilegio. In questa ottica, sarebbe probabilmente necessario sollecitare un intervento correttivo dell'art. 12 del D.Lgs. n. 153/1999 per ridurre l'ambito - attualmente molto, troppo ampio (almeno) secondo la CE - dell'agevolazione Ires prevista per le fondazioni ex bancarie che svolgono direttamente attività d'impresa.

Questa impostazione, oltre a ricalcare in gran parte la disciplina delle Onlus e degli altri enti sociali intermedi che perseguono fini particolarmente meritevoli, sarebbe del resto in sintonia con i recenti orientamenti di alcuni Paesi occidentali, in particolare gli USA. Infatti, secondo la legislazione statunitense, la linea di discriminare - anche e soprattutto agli effetti fiscali - tra le *for profit corporations* e le *non profit corporations* sta nel fatto che le prime, a differenza delle seconde, sono create per produrre utili a favore dei loro partecipanti associati e concretamente trasferiscono reddito a questi ultimi. Le *non profit corporations*, nelle quali rientrano le fondazioni, a loro volta, proprio per mantenere tale loro natura, sono invece soggette a restrizioni o divieti di distribuzione o riparto degli utili prodotti. Esse possono ottenere dei risultati netti in conseguenza dello svolgimento della loro attività; in nessun caso, però, il loro patrimonio, i loro redditi o plusvalenze possono essere distribuiti ai partecipanti, agli amministratori e al personale.

Solo sussistendo condizioni di questo genere si potrebbe pensare ad agevolare fiscalmente in Italia l'attività (anche d'impresa) svolta dalle fondazioni e dagli enti associativi, senza correre il rischio - che ora è molto alto - di rilievi comunitari.

6. La asistematicità delle norme relative al finanziamento agevolato degli enti non commerciali

6.1. Il regime delle deduzioni e delle detrazioni da imposta - L'attribuzione delle "attività meritevoli" ad enti che ne garantiscano lo svolgimento e, insieme, la previsione di una disciplina pubblicistica che aumenti

l'affidabilità degli enti stessi consentirebbero altresì di affrontare senza preconcepite diffidenze i delicati problemi del finanziamento fiscalmente agevolato dagli stessi enti. Si eviterebbero così i noti inconvenienti derivanti dall'applicazione dell'attuale disciplina delle deduzioni dal reddito e delle detrazioni da imposta prevista, in relazione ai contributi erogati, dagli artt. 100 e 15 del Tuir in favore dei soggetti finanziatori ⁽²⁴⁾. Allo stato, è la mancanza di un'affidabile forma giuridica degli enti e di efficienti norme di garanzia e di controllo che rendono incerta, disorganica e priva di un disegno unitario la normativa vigente in materia, tanto da far pensare che essa sia stata scritta nella mancanza di approfondimento e di riflessione critica, sulla spinta prevalente di interessi "particolari". Il che si è finora riflesso sia sulla possibilità di tali enti di ottenere finanziamenti sufficienti per perseguire con efficacia i fini qualificati sia, a volte, sulla loro stessa esistenza.

A parte la ridotta efficacia incentivante delle deduzioni previste dall'ex art. 10 (ora art. 15) del Tuir a seguito della loro commutazione in detrazioni da imposta avvenuta con la L. n. 473 del 1994 (che ha convertito il D.L. n. 330/1994), vanno al riguardo segnalate le seguenti incongruenze.

6.1.1. Come è noto, il criterio unificatore delle detrazioni previste dalle lettere *h*) ed *i*) dell'art. 15 citato dovrebbe essere dato, al pari di quelle indicate nell'art. 100 del Tuir per il reddito di impresa, dalla realizzazione di fini sociali: nella lettera *h*) tali fini sono l'acquisto, la manutenzione, la protezione ed il restauro di cose aventi rilevante valore artistico; nella lettera *i*) il potenziamento e la realizzazione di nuove strutture nel campo dello spettacolo. Ora, non si capisce perché i fini sociali meritevoli debbano essere solo quelli riferiti a tali settori e non ad altri. Almeno a mio avviso, l'intervento della fondazione e degli altri enti riconosciuti nel campo dello spettacolo o del restauro di cose di valore artistico non ha, ad esempio, una soglia di "gradimento" sociale superiore all'intervento nel campo della ricerca applicata, della medicina o di tanti altri settori analoghi.

Per quanto riguarda, in particolare, i contributi per il settore dell'acquisto, manutenzione e restauro, i controlli sulla loro utilizzazione appaiono troppo pregnanti e la sanzione indiretta per la non utilizzazione nei tempi concessi è quella - rigorosissima e di natura espropriativa - della affluenza del contributo allo Stato; sanzione sulla cui legittimità dal punto di vista costituzionale è lecito nutrire qualche dubbio. Ma ciò che più colpisce è che sia nel caso della lettera *h*) che in quello della lettera *i*), pur essendo il fine perseguito quello sociale, è poi consentito allo Stato di utilizzare l'erogazione per fini diversi da quelli appunto (sociali) per i quali essa è stata effettuata. Il che trasforma lo scopo tutelato della effettiva realizzazione dei fini sociali in una mera, generica *finalizzazione pubblica*, come tale, *meramente potenziale*.

6.1.2. Le perplessità aumentano se si considera che, ai fini della determinazione del reddito di impresa, le deduzioni prendono il posto della detrazione da imposta e, comunque, la deducibilità delle erogazioni liberali è ben più ampia, riguardando una gamma di finalità che vanno dall'educazione, istruzione e ricreazione all'assistenza sanitaria e al culto fino alla ricerca scientifica (art. 100 del Tuir), finalità non tutte considerate nell'art. 15. Ci si può domandare al riguardo per quale ragione il privato possa detrarre il 19% dell'imposta solo per le suddette due ipotesi, mentre l'imprenditore può farlo (sotto forma di deduzione) per casi ben più numerosi. E siccome non c'è una giustificazione ragionevole, delle due l'una: o si riducono le deduzioni consentite all'imprenditore o si aumentano - come proporrei - le detrazioni consentite al privato. È appena il caso di sottolineare che questa materia confina con quella, analoga, della deducibilità delle spese per sponsorizzazioni, sulla cui identità di trattamento fiscale con le spese pubblicitarie nutro qualche dubbio. In questa sede c'è solo da domandarsi che senso abbia, allo stato, prevedere con l'art. 100 deduzioni, entro certi limiti, dal reddito d'impresa per le erogazioni liberali fatte a persone giuridiche che perseguono certe finalità tutelate, quando attraverso lo strumento delle sponsorizzazioni le stesse erogazioni possono essere

nella sostanza dedotte senza limiti quali spese di pubblicità.

6.2. *Alcune brevi riflessioni di sintesi sul punto del finanziamento agevolato delle fondazioni* - Ripeto che le denunciate incongruenze potrebbero essere eliminate solo se fossero individuati con precisione e imparzialità i fini sociali che si intendono tutelare e se il vincolo alla utilizzazione concreta delle erogazioni per i suddetti fini fosse insito nella struttura stessa, nella ragione d'essere e nel riconoscimento dell'ente fondazionale (o associativo). In ogni caso, se la specifica qualificazione dell'attività svolta giustifica il vantaggio fiscale della detrazione dal reddito o da imposta e, quindi, il sacrificio del principio di capacità contributiva, è ovvio che parallelamente la fruizione di tale vantaggio non può che essere subordinata ad un più puntuale controllo pubblico sulla idoneità dell'ente a svolgere e a portare a termine l'attività stessa. Controllo che potrebbe estrinsecarsi in specifiche risoluzioni ministeriali che confermino l'esistenza dei richiamati vincoli di utilizzazione delle erogazioni.

La via da seguire è insomma quella, più sopra indicata, di creare un sistema di agevolazioni fiscali più organico e realmente rispondente all'interesse pubblico, che sia coerente al regime di favore applicato all'ente in funzione dell'attività strumentale da esso svolta e che premi non il soggetto o la sua intenzione, ma le attività strumentali in concreto svolte (ove, beninteso, se ne riconoscano l'utilità e la rilevanza sociale). In questo contesto le fondazioni e le associazioni riconosciute possono avere un ruolo importante, *ma non tanto come soggetti da agevolare quanto come strumenti per la realizzazione di un'attività concreta "meritevole"*.

7. Fondazioni e riforma fiscale

7.1. *La legge delega n. 80 del 2003* - La legge delega sulla riforma fiscale n. 80 del 2003 non affronta i cruciali temi sopraindicati. Si limita nel suo art. 3, comma 2, a fissare la sola linea direttrice dell'inclusione per l'avvenire degli enti non commerciali tra i soggetti passivi dell'imposta personale sulle persone fisiche. La giustificazione del passaggio dall'Ires all'Irpef è data, da una parte, dallo scopo di conferire a questi enti uno *status* fiscale "più coerente alla loro funzione sociale" e, dall'altra, dall'intenzione di configurare l'Ires per differenza come un'imposta solo sulle società.

Questa giustificazione non convince.

Non sembra, innanzitutto, che l'assoggettamento all'Irpef possa rendere giustizia della "funzione sociale" di tali enti. Un simile spostamento consacrerrebbe, semmai, definitivamente l'attuale sistema atomistico di rilevazione dell'imponibile. Si perderebbe però l'occasione per dare rilevanza all'assenza dello scopo di lucro soggettivo come criterio alternativo discriminante nell'individuazione degli enti non commerciali. Eppure si è visto che la Corte di Giustizia ha indicato da tempo tale via, affermando che "la qualificazione di un ente come organizzazione senza scopo di lucro deve essere effettuata prendendo in considerazione l'insieme delle attività della stessa organizzazione e che tale qualificazione rimane immutata anche se l'organizzazione stessa tende sistematicamente a produrre eccedenze, a condizione che queste non siano distribuite tra i soci e in seguito vengano dalla stessa destinate all'esecuzione delle sue prestazioni" ⁽²⁵⁾.

Mi sembra, insomma, che il suddetto spostamento non sia in grado di dare una collocazione più consona agli enti non commerciali. Esso risponde piuttosto alla sola esigenza di costruire un'imposta che colpisca esclusivamente le società e, quindi, alla necessità di "ripulire" l'Ires da tutto ciò che potrebbe inquinarla. La

riforma fiscale sarebbe invece una buona occasione per abbandonare definitivamente il sistema di rilevazione a carattere oggettivo e reale nei confronti degli enti non commerciali, confermando e razionalizzando sia la norma agevolativa dell'art. 6 del D.P.R. n. 601/1973 più volte citato, sia i regimi di favore previsti da altre norme speciali per i diversi tipi di fondazione pubbliche e private, tanto mutualistiche quanto altruistiche. Se ciò non avvenisse e, insieme al passaggio all'Irpef, venisse meno in futuro anche la norma agevolativa dell'art. 6, accadrebbe che gli enti che ora fruiscono della riduzione del 50% dell'Ires passerebbero da un prelievo Irpef di circa il 18 per cento ad uno del 23 per cento suscettibile di divenire 33 per cento a seguito del superamento dello scaglione dei centomila euro. Ma soprattutto l'eventuale abbandono dell'art. 6 sopprimerebbe una delle poche attuali aperture normative che assumono quale criterio discriminante della tassazione degli enti non commerciali la mancanza di lucro soggettivo e il perseguimento di finalità sociali.

Un impatto considerevole rischiano poi di subire le fondazioni ex bancarie che esercitano, direttamente o indirettamente, imprese strumentali. Questi enti, ottenuto (almeno) per ora il riconoscimento dell'agevolazione dell'art. 6 dalla Corte di Cassazione e dal decreto-legge Ciampi-Pinza, potrebbero trovarsi - grazie al passaggio dall'Ires all'Irpef e nel silenzio sul mantenimento dell'art. 6 - ad esserne, da un giorno all'altro, privati.

7.2. *L'art. 4, lettera q), del D.Lgs. n. 344 del 2003* - L'unica nota positiva derivante dalla riforma fiscale *in fieri* è data, dunque, per ora dall'estensione - intervenuta dal 1° gennaio 2004 con l'entrata in vigore del D.Lgs. n. 344/2003 [art. 4, lettera q)] - agli enti non commerciali della esenzione (*rectius*: esclusione) Ires del 95% dei dividendi percepiti, originariamente prevista per le sole società.

Questo vantaggio non è da sottovalutare perché presuppone una particolare (non so quanto consapevole) "considerazione" degli enti non commerciali da parte del legislatore Ires. Infatti, l'esenzione del 95% è stata disposta per le società di capitali in un ammontare così elevato, oltre che per evitare la doppia imposizione economica (una volta sulla società partecipata e una volta su quella partecipante), anche perché i dividendi da esse percepiti, concorrendo a formare il loro reddito di impresa, rimangono nell'ambito dell'impresa e, quindi, a maggior ragione meritano di non essere tassati.

La minore detassazione del 60% prevista per le persone fisiche - cui gli enti non commerciali sono normalmente equiparati - era conseguentemente giustificata dal fatto che i dividendi ad esse attribuiti fuoriescono dall'ambito dell'impresa (scontando per di più l'aliquota massima Irpef del 45% a fronte di quella Ires del 33%). Non meritavano, quindi, di fruire dello stesso trattamento delle società di capitali. Il fatto che in questo contesto gli enti non commerciali, pur essendo assimilati alle persone fisiche, siano invece equiparati alle società ai fini dell'esenzione al 95% dei dividendi non può che significare che si è voluto avere un occhio di riguardo per essi in considerazione degli scopi non lucrativi perseguiti.

Questo risultato è stato, però, raggiunto in modo non convenientemente motivato e talmente disarticolato da confermare la validità e l'urgenza di varare proposte dirette a costruire - per gli enti non commerciali e per quelli la cui commercialità deriva dall'esercizio di imprese strumentali (a fini di utilità sociale) - un più organico sistema agevolativo secondo le linee sopra sommariamente tracciate.

(*) È il testo della relazione svolta dall'Autore al Convegno dell'Accademia dei Lincei tenutosi a Roma l'1 e il 2 aprile 2004 sul tema "Il problema delle Fondazioni".

(*)(*) Questo paragrafo è stato aggiunto all'originario testo della relazione per dare conto della evoluzione della giurisprudenza della Corte di Cassazione intervenuta tra la data di svolgimento della relazione stessa e quella di consegna del suo testo per la pubblicazione negli atti del convegno.

(1) Né tantomeno può sostenersi che, indipendentemente dallo scopo, il trattamento di favore sarebbe imposto (e non sarebbe quindi agevolazione in senso tecnico) dalla natura della vecchia Irpeg di "acconto" dell'imposta personale sui dividendi; nel senso cioè che la mancata distribuzione degli stessi, conseguente alla natura della fondazione, imporrebbe di detassare, almeno parzialmente, quei redditi che rimangono nell'ambito dell'ente e perciò non destinati a terzi-contribuenti. A parte il fatto che la nuova Ires non ha certo natura di "acconto" dell'imposta personale, sta di fatto che nella disciplina concreta dell'Irpeg relativa agli enti non commerciali non c'era alcuna traccia di questa *ratio* legislativa: in primo luogo, perché - come si vedrà più avanti - la detassazione Irpeg è solo parziale e, in secondo luogo, perché in ogni caso non riguarda *tutti* gli enti (fondazione) che non distribuiscono utili, ma solo quelli che perseguono, appunto, certi scopi meritevoli. Per gli altri, infatti, la tassazione è piena, non essendovi alcuna differenza di trattamento rispetto agli altri soggetti Irpeg.

(2) Si avverte che, al momento di consegnare il testo della relazione all'editore per la pubblicazione, è stato emanato il D.L. 12 luglio 2004 n. 168 (convertito dalla L. 30 luglio 2004, n. 191) che prevede, tra l'altro, all'art. 2, comma 4, l'abrogazione - a far data dal periodo d'imposta in corso alla data di entrata in vigore del decreto legislativo (e cioè dal 1° gennaio 2004) - del richiamato comma 2 dell'art. 12 del D.Lgs. n. 153/1999, recante le suindicate agevolazioni. Ciò significa che, almeno nelle intenzioni del governo proponente, la riduzione del 50% di cui sopra non dovrebbe più spettare alle Fondazioni *ex* bancarie a decorrere dal 2004, mentre permarrrebbe la identica agevolazione prevista dall'art. 6 del D.P.R. n. 601/1973 citato per gli enti non commerciali indicati nello stesso articolo. Va tuttavia considerato che tra questi ultimi dovrebbero ricomprendersi, per quanto detto sopra nel testo, oltre alle fondazioni ordinarie, anche - e indipendentemente dall'art. 12 - quelle *ex* bancarie aventi natura di ente non commerciale. Non si può al riguardo non sottolineare la diversità di trattamento che - ove dovesse prevalere un'interpretazione della norma abrogatrice nel senso di ritenere non applicabile *tout court* anche l'art. 6 citato alle fondazioni *ex* bancarie - si avrebbe tra fondazioni ordinarie ed *ex* bancarie.

(3) Cass. 29 marzo 1990, n. 2573, e 15 febbraio 1995, n. 1633 e 8 marzo 1995, n. 2705.

(4) Il riferimento è evidentemente a quell'imprenditore la cui attività di impresa è svolta in via diretta dalla società partecipata, ma in esecuzione di programmi dettagliati fissati dall'azionista di controllo la cui attuazione è dall'azionista stesso assiduamente verificata e dominata.

(5) Il quesito si pone anche con riferimento al richiamato art. 4, comma 5, lettera *b*), del D.P.R. n. 633/1972 che considera ai fini Iva attività non commerciale espressamente "*il possesso non strumentale né accessorio ad altre attività esercitate di partecipazioni o quote sociali ... al fine di percepire dividendi, interessi o altri frutti, senza strutture dirette ad esercitare attività finanziaria ovvero attività di indirizzo, di coordinamento o*

altri interventi di società partecipate".

(6) Tanto tali osservazioni sono decisive che la stessa sezione del Consiglio di Stato che si era espressa in senso contrario, nel successivo parere n. 771/96 ha mutato avviso negando che le fondazioni bancarie siano enti pubblici economici (che svolgono cioè in via esclusiva o principale attività commerciale) e riconoscendo che la titolarità della partecipazione, anche di controllo, della società conferitaria non è lo scopo principale dell'ente, ma soltanto il suo patrimonio, la cui amministrazione non dà luogo all'esercizio di attività commerciale.

(7) Così Cass. 18 settembre 1993, n. 9589.

(8) *L'imprenditore occulto*, Padova 1954, pagg. 192 e seguenti, ripresa e sviluppata in *Fallimento di soci sovrani, pluralità di imprenditori occulti, confusione di patrimoni*, in "Giur. it.", 1954, 1°, 2, pag. 691.

(9) Secondo l'art. 10 della direttiva del Ministero del lavoro 18 novembre 1994, gli enti conferenti "devono restare estranei alla gestione della società conferitaria e delle società ed enti che compongono il gruppo creditizio".

(10) Affinché tale qualifica sia assunta, tanto che si tratti, infatti, di persona fisica quanto che si tratti di un ente diverso dalla società, occorre che l'organizzazione autonoma del soggetto sia diretta a svolgere l'attività di finanziamento e di coordinamento delle società partecipanti al gruppo. Così, tra le tante, Cass. 26 febbraio 1990, 4139 in "Giur. Comm.", 1991, II, pag. 366 e in "Giur. It.", 1990, I, 1, pag. 1713 con nota di WEIGMAN.

(11) Cfr. cause C-60/90, *Polysar Investment Netherlands Inspecteur di Invoerrechten* (in "Racc.", 1991, 1-1311); C-333/91: *Solitam* (in "Racc.", 1993, 1-3513).

(12) Causa C-35/96 *CEE, Rapisken Nolena* (in "Racc.", I-3857, punto 36) e sentenze da C-115 a C-117/97, *Brent, nis Handelondersuminz BV/Svichting Badrijfspensionfonds voor de Hardel in Bouwmaterialen* (in "Racc.", I-6025, sentt. 85 e 86).

(13) Si veda in questo senso la sentenza 20 giugno 1996, C-155/94, *Wellcome Trust Ltd.*

(14) Tale articolo, peraltro, come si è detto *sub* nota 2, è stato abrogato dall'art. 2, comma 4, del D.L. n. 168 del 30 luglio 2004 (con decorrenza dal 1° gennaio 2004).

(15) Secondo l'ordinanza in esame la Corte di Giustizia dovrebbe altresì qualificare, in via pregiudiziale, le misure fiscali in parola come aiuti di stato anche "a prescindere dall'adozione, da parte della Commissione, di una decisione sulla compatibilità dell'aiuto".

(16) Cosa che nella sua indipendenza di giudice la Suprema Corte può sicuramente fare, se ritiene che la decisione sia invalida. Non può, in particolare, contrastare tale conclusione il fatto che la presunta invalidità della decisione della Commissione sia sollevata da un giudice appartenente allo Stato membro nei cui confronti la decisione (favorevole allo Stato stesso) è stata resa. Nel caso di specie, non si tratta di una forma di impugnazione diretta, per la quale il soggetto che denuncia l'illegittimità della decisione debba dimostrare il proprio interesse ad agire. Si tratta invece di una questione sollevata in via incidentale dal giudice innanzi al quale pende la controversia principale, sul presupposto che quest'ultima non può essere risolta se previamente non si accerti la legittimità comunitaria della normativa astrattamente applicabile al caso di

specie. E in presenza di una decisione (avente efficacia *erga omnes*) favorevole alla compatibilità della normativa interna, il giudice nazionale, se dubita di tale compatibilità, non può non tentare di rimuovere la decisione stessa chiedendo alla Corte di Giustizia di valutarne la validità. Né è invocabile nel caso di specie il principio, affermato dalla Corte di Giustizia nella sentenza n. 188/92 del 9 marzo 1994, secondo cui non è ammissibile la questione dell'invalidità di una decisione comunitaria proposta in via pregiudiziale ex art. 177 del Trattato (ora, art. 234) nei casi in cui la parte privata, avente interesse all'annullamento della decisione, abbia lasciato inutilmente decorrere il termine per proporre impugnazione diretta avverso tale decisione ex art. 173 del Trattato medesimo (ora, art. 230). Invocare tale principio aveva un senso nel caso specifico prospettato alla Corte di Giustizia, perché in tale caso la sua applicazione tendeva correttamente a negare l'impiego dell'art. 234 da parte di chi aveva interesse all'annullamento di una decisione della Commissione quale surrogato dell'impugnazione diretta ex art. 230. Se ciò fosse stato consentito, infatti, si sarebbe vanificata la perentorietà dei termini per l'impugnazione della decisione medesima. Nella fattispecie qui in esame, invece, la parte privata (le fondazioni bancarie) non ha alcun interesse ad impugnare la decisione ad essa favorevole, così come tale interesse non ha ovviamente lo Stato (risultato anch'esso vittorioso nel procedimento comunitario). Si è in presenza solo - come si è visto - di una questione pregiudiziale proposta ex art. 234, in cui assume rilievo il diverso problema della "rilevanza" (e non già dell'interesse *ad processum*) della questione oggetto del giudizio *a quo*. Non v'è dubbio, insomma, che l'art. 234 abilita il giudice nazionale - chiamato ad applicare una norma interna e una decisione della CE della cui legittimità e validità non è persuaso - a rivolgersi alla Corte di Giustizia per verificare, in via definitiva e giurisdizionale, la compatibilità comunitaria di tale norma e di tale decisione.

⁽¹⁷⁾ Tutto ciò vuol dire che le due disposizioni sono costruite su fattispecie distinte e diverse, non essendo per di più richiesto che alla condizione dell'esenzione dell'imposta sulle società, cui lo stesso art. 10-*bis* subordina la concessione dell'esonero della ritenuta, corrisponda la condizione dell'esenzione dall'Irpeg. In altri termini, detti enti possono continuare a fruire ex art. 10-*bis* dell'esonero della ritenuta anche se beneficiano della riduzione a metà dell'Irpeg.

⁽¹⁸⁾ Va però precisato al riguardo che la Corte di Giustizia si è sempre dimostrata piuttosto restia a mettere in discussione la valutazione in tema di rilevanza effettuata dal giudice nazionale. Essa, infatti, ha più volte affermato che non le è consentito "sindacare la motivazione della domanda di interpretazione" e che "questa Corte non può esigere che il giudice nazionale dichiari espressamente applicabile il testo la cui interpretazione gli appare necessaria. A meno che il richiamo al testo di cui trattasi non sia manifestamente errato, questa Corte è validamente adita" (sentenze del 27 ottobre 1993, causa C-127/92, del 19 ottobre 1968, causa 13/68). Nel caso di specie, dovrebbe perciò dimostrarsi che la patente disgiunzione tra l'art. 10-*bis* della L. n. 1745/1962 citata e l'art. 6 del D.P.R. n. 601/1973 e, quindi, l'art. 12 del D.Lgs. n. 153/1999 è motivo sufficiente per ritenere "manifestamente errato" il richiamo al testo dell'art. 12 medesimo quale norma viziata da incompatibilità comunitaria e, quindi, per ritenere non validamente adita la Corte di Giustizia da parte della Corte di Cassazione.

⁽¹⁹⁾ In particolare, gli artt. 4, 5, 8 e, soprattutto, l'art. 6, comma 1, che riguarda la possibilità di detenere "partecipazioni di controllo solamente in enti e società che abbiano per oggetto esclusivo l'esercizio di imprese strumentali".

⁽²⁰⁾ La conseguenza di questa interpretazione è del resto coerente con la *ratio* delle dismissioni perché, accogliendola, si giunge alla conclusione che lo stesso art. 12 legittimamente presuppone, e cioè che le partecipazioni di controllo nelle società bancarie conferitarie che le fondazioni dovessero ancora detenere non sono in alcun modo strumentali al perseguimento degli scopi di utilità sociale individuati dagli enti conferenti

nell'ambito dei settori rilevanti ai sensi dell'art. 1, lettera f).

⁽²¹⁾ Si badi bene, esercizio non solo indiretto mediante il controllo di un'altra impresa (come avviene nell'ipotesi, più dietro esaminata, di gestione conservativa di partecipazioni azionarie).

⁽²³⁾ Per le quali ultime ricordo che la fruizione delle agevolazioni fiscali è ora subordinata al rispetto delle specifiche e restrittive condizioni e requisiti statuari fissati dagli artt. 2512, 2513 e 2514 del codice civile (esistenza di una causa mutualistica, prevalenza delle attività svolte a favore dei operatori, sussistenza dei requisiti previsti dalla cosiddetta legge Basevi e indivisibilità tra i operatori degli utili conseguiti).

⁽²⁴⁾ Ricordo che ai fini dell'applicabilità del regime fiscale fissato dagli artt. 100 e 10 del Tuir è, tra l'altro, necessario che i contributi vengano erogati in favore di soggetti aventi personalità giuridica.

⁽²⁵⁾ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Sez. V, 21 marzo 2002, causa C-174/00.

Tutto il materiale in questo sito è copyright 2008 Wolters Kluwer Italia S.r.l. - Ipsa.
E' vietata la riproduzione anche parziale.