

DIRITTO COMMERCIALE INTERNO E INTERNAZIONALE

GIOVANNI BATTISTA BARILLÀ

**ENTI DEL TERZO SETTORE
E DIRITTO SOCIETARIO**

**Una riflessione su principi generali
e caratteristiche tipologiche**



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

DIRITTO COMMERCIALE INTERNO E INTERNAZIONALE

Collana fondata da

P. ABBADESSA - C. ANGELICI - G.F. CAMPOBASSO - A. CERRAI - A. MAZZONI

proseguita da

ASSOCIAZIONE GIAN FRANCO CAMPOBASSO
PER LO STUDIO DEL DIRITTO COMMERCIALE E BANCARIO

sotto la direzione di

P. ABBADESSA - C. ANGELICI - G. MARASÀ

ENTI DEL TERZO SETTORE E DIRITTO SOCIETARIO

Una riflessione su principi generali
e caratteristiche tipologiche

GIOVANNI BATTISTA BARILLÀ

ENTI DEL TERZO SETTORE E DIRITTO SOCIETARIO

Una riflessione su principi generali
e caratteristiche tipologiche



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

© Copyright 2022 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO 21 - TEL.: 011-81.53.111 - FAX: 011-81.25.100
<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-2471-4
ISBN/EAN 978-88-921-7827-4 (ebook - pdf)

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

A Michela e Carlotta

A Enzo Piccinini

CAPITOLO PRIMO
CODICE DEL TERZO SETTORE
E MODELLO ORGANIZZATIVO SOCIETARIO.
ENTI *NON PROFIT* E DIRITTO COMMERCIALE

SOMMARIO: 1. Il diritto societario nel codice del Terzo settore: vino nuovo in otri vecchi? – 2. Persone giuridiche, metodo economico e modelli organizzativi: quando il metodo (economico) non determina il modello. – 3. L'organo amministrativo nelle associazioni e nelle fondazioni: dal codice civile al “forzato” trapianto del modello societario nel *CTS*. – 4. Persone giuridiche e diritto commerciale in alcuni ordinamenti stranieri: la diversa natura di associazioni e fondazioni “resiste” al modello societario. – 5. La responsabilità degli amministratori di associazioni e fondazioni del Terzo settore: necessità di differenziarne la disciplina rispetto al diritto societario.

1. *Il diritto societario nel codice del Terzo settore: vino nuovo in otri vecchi?* – L'approvazione del codice del Terzo settore (di seguito anche: *CTS*) ha costituito, nel panorama legislativo italiano, da un lato una novità, dall'altro la conferma di una tendenza più generale che da tempo si manifesta nel nostro ordinamento. La novità è rappresentata dal fatto che per la prima volta si è sentita l'esigenza di regolamentare in modo sistematico il variegato panorama del *non profit*, fino ad oggi soggetto a discipline diverse e frammentate. La tendenza, confermata con questa nuova fonte di produzione, è quella di approvare testi legislativi con un certo carattere di organicità ai quali viene dato impropriamente il nome di “codice”¹.

¹ Il legislatore ha proceduto a creare un Codice che “assurge al rango di fonte principale del diritto degli enti del Terzo settore globalmente considerato”: così la Relazione illustrativa al d.lgs. n. 117/2017, 2.

La novità sopra descritta ne contiene però, al suo interno, una ulteriore.

Infatti, il *CTS*, nel disciplinare le associazioni e fondazioni che assumeranno la qualifica di enti del Terzo settore, ha richiamato una serie di norme, di rilevante importanza, tutte tratte dal diritto societario, e in special modo dalle società di capitali. Questi enti sono considerati “atipici”, a fronte degli enti “tipici”, definiti in quel modo probabilmente per una presunta caratterizzazione in capo a questi ultimi dell’oggetto sociale (nella Relazione illustrativa al decreto si identificano quali enti “tipici” le organizzazioni di volontariato e le imprese sociali, mentre quelli “atipici” sarebbero le associazioni e le fondazioni, che di per sé potranno assumere o meno la qualifica di enti del Terzo settore) e del nome stesso, già di per sé indicativo dell’attività di interesse generale svolta².

La disciplina in questione si interseca peraltro con quella dettata in tema di imprese sociali, anch’esse oggetto di riordino con il d.lgs. n. 112/2017: se ne parlerà solo incidentalmente, ma di detta disciplina si può già dire, per quel che qui interessa, che all’art. 1, 1° comma, consente l’accesso alla qualifica di impresa sociale a *qualsiasi ente privato*, tranne le società di capitali costituite da unico socio persona fisica e le fondazioni di origine bancaria (escluse anche dall’ambito di applicazione del *CTS*). La scelta del tipo di ente mediante il quale esercitare un’attività di interesse generale è tuttavia per nulla indifferente in ordine alla disciplina applicabile.

Infatti, mentre l’assenza dello scopo di lucro è imposto per tutti gli enti del Terzo settore regolati dal *CTS* (art. 8), per quelli regolati dal d.lgs. n. 112/2017 tale divieto è previsto soltanto per le imprese sociali che abbiano assunto la forma dell’associazione, laddove se la forma prescelta è quella di una società è possibile una ripartizione capitalistica fino al 50% degli utili conseguiti (art. 3, 3° comma, che parla a dire il vero di impresa costituita “nelle forme di cui al libro V del codice civile”, lasciando aperta la possibilità anche per le società cooperative³), mentre se la forma

² Cfr. G. MARASÀ, *Una sintesi*, 106, parla di enti del Terzo settore nominati (organizzazioni di volontariato, associazioni di promozione sociale, enti filantropici e reti associative) e innominati (associazioni e fondazioni) e in genere tutti gli enti richiamati dall’art. 4, 1° comma, *CTS*, là dove tuttavia, si nota che anche i primi potranno assumere la forma giuridica della associazione o della fondazione.

³ In realtà, il “decreto correttivo”, ossia il d.lgs. 20 luglio 2018, n. 95, ha sostanzialmente limitato la possibilità della ripartizione al 50% degli utili conseguiti alle sole società ordinarie di persone o di capitali. V. *infra*, nel testo, e v. invece G. MARASÀ, *Una*

prescelta è quella della cooperativa, è previsto un regime ancor più favorevole, ossia la ripartizione degli avanzi della gestione mutualistica in forma di ristorno (art. 3, 2°-bis comma).

L'art. 13 obbliga poi tutti gli enti del Terzo settore a redigere e depositare presso il Registro unico nazionale del Terzo settore il bilancio di esercizio secondo modelli predisposti con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, sentito il Consiglio nazionale del Terzo settore. Tuttavia, gli enti del Terzo settore che esercitano la propria attività esclusivamente o principalmente in forma di impresa commerciale, oltre a dover tenere le scritture contabili di cui all'art. 2214 c.c., devono redigere e depositare presso il registro delle imprese il bilancio di esercizio redatto, a seconda dei casi, ai sensi degli artt. 2423 ss., 2435-bis o 2435-ter c.c. Il 6° comma dispone che l'organo di amministrazione documenta il carattere secondario e strumentale dell'attività di cui all'art. 6 nella relazione al bilancio o nella relazione di missione. L'art. 14 stabilisce l'obbligo di redigere e depositare il bilancio sociale.

Si tratta di una regolamentazione per certi versi stringente, e anch'essa tratta dalla disciplina prevista per le società di capitali⁴.

Per quanto riguarda l'organizzazione interna degli enti del Terzo settore, a impattare sono soprattutto le norme di cui agli artt. 26-27-28-29 del *CTS*. Esse ne disciplinano il funzionamento dell'organo amministrativo, i poteri di rappresentanza, i conflitti di interesse degli amministratori e la loro responsabilità.

A parte l'art. 26, di cui si parlerà più diffusamente *infra*, le altre norme operano un rinvio (con clausola di compatibilità prevista al solo art. 28) alla disciplina del codice civile in tema di conflitti di interesse degli amministratori di s.r.l. e di responsabilità degli amministratori di s.p.a., prevedendo anche l'applicazione dell'art. 2409 c.c. in tema di denuncia al Tribunale di gravi irregolarità dell'amministratore.

sintesi, 107, che ancora fa salva la possibilità che il regime di ripartizione degli utili per le cooperative sia regolamentato dall'art. 3, 3° comma, d.lgs. n. 112/2017 (ma è lo stesso art. 3, 2°-bis comma a escludere questa possibilità, prevedendo un regime diverso di ripartizione degli utili per le cooperative).

⁴Cfr. sul punto G. RACUGNO, *Contabilità e bilancio*, 143 ss., che specifica come i bilanci degli enti del Terzo settore debbano essere redatti secondo il principio della competenza economica; v. anche M. L. VITALI, *Riforma del «terzo settore»*, 79 ss. Sul bilancio degli *ETS* si rinvia al capitolo II.

CAPITOLO SECONDO

ENTI DEL TERZO SETTORE, ASSETTI ORGANIZZATIVI ADEGUATI E CONTROLLO GIUDIZIARIO. LA FUNZIONE SOCIALE DEGLI *ETS* COME BILANCIAMENTO AL “RIGORE” DEL DIRITTO SOCIETARIO

SOMMARIO: 1. Assetti organizzativi, crisi, controllo giudiziario: una disciplina assai (fin troppo?) rigorosa per gli *ETS*. – 2. Funzione sociale degli enti *non profit*: mitigazione del “rigore” societario.

1. *Assetti organizzativi, crisi, controllo giudiziario: una disciplina assai (fin troppo?) rigorosa per gli ETS.* – L’art. 1 del Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza (d’ora in avanti: *CCI*), nello stabilirne l’ambito di applicazione, afferma che esso “disciplina le situazioni di crisi o insolvenza del debitore, sia esso consumatore o professionista, ovvero imprenditore che eserciti, *anche non a fini di lucro*, un’attività commerciale, artigiana o agricola”. Della possibilità, per gli enti *non profit* che esercitano attività d’impresa, di essere assoggettati a fallimento (*recte*: liquidazione giudiziale) si dirà nel prossimo capitolo.

Qui si vuole affrontare la questione della consistenza dei doveri degli amministratori di detti enti di adottare, ai sensi dell’art. 3, 2° comma, *CCI*, assetti organizzativi adeguati ai sensi dell’art. 2086 c.c., ai fini della tempestiva rilevazione dello stato di crisi e dell’assunzione di misure idonee. Detta norma rinvia all’art. 2086 c.c., novellato nell’ambito della riforma delle procedure concorsuali che hanno appunto portato all’approvazione del *CCI*¹.

¹ L’entrata in vigore del *CCI* è avvenuta dopo esser stata come noto posticipata, per motivi legati all’emergenza pandemica, da ultimo al 16 luglio 2022.

Pensare ad un'applicazione pedissequa dell'art. 2086 c.c. agli *ETS* suscita invero una certa titubanza. Al par. I si è potuto vedere come l'applicazione delle norme societarie a detti enti sia di non facile attuazione. La trasposizione della norma divenuta cardine del sistema degli obblighi di prevenzione della crisi d'impresa sembra parimenti non immediata. Non a torto si è notato che il nucleo di detta norma (l'art. 2086 c.c.) “poggia sull'*adeguatezza* strutturale e funzionale della realtà imprenditoriale presa in considerazione, ma tale concetto, nel travaso dallo strumentario aziendalistico al discorso giuridico, perde pressoché integralmente la capacità di identificare una fattispecie astratta”².

Le difficoltà riscontrate nell'immaginare una piana applicazione delle norme di diritto societario (sovente, di diritto azionario, salvo il caso dell'art. 27 *CTS* che rimanda all'art. 2475-*ter* c.c.) agli *ETS* si ripropone quindi in termini assai simili a quelli già analizzati nel corso del cap. I.

Il diverso rimando a norme di diritto azionario ovvero a norme previste in materia di s.r.l. consente di svolgere alcune riflessioni preliminari sulla mancanza di portata sistematica nelle disposizioni del *CTS*. Si prenda proprio il caso del menzionato art. 27, che disciplina il conflitto di interessi degli amministratori delle associazioni e fondazioni del Terzo settore.

L'art. 2475-*ter* c.c. oggetto di richiamo non è, quanto a contenuto, immediatamente sovrapponibile all'art. 2391 c.c., e anzi al suo primo comma ripropone il contenuto dell'art. 1394 c.c. Il secondo comma invece è modellato sul 3° comma dell'art. 2391 c.c.

Il secondo aspetto di differenziazione con le s.p.a. consiste nella mancata previsione, da parte dell'art. 2475-*ter* c.c., di puntuali doveri di informazione circa la sussistenza di un conflitto di interessi in capo al singolo amministratore, né di alcun obbligo di motivazione delle deliberazioni consiliari o di astensione al voto diretti a prevenire l'abuso da parte

² A. LAUDONIO, *Aspetti organizzativi*, il quale così prosegue: “tale obbligo non tiene opportunamente conto delle specificità strutturali ed operative degli enti non lucrativi imprenditoriali, i quali agendo sovente sotto l'egida di regimi di favore o a stretto contatto con la P.A., ne subiscono già in vario modo l'azione conformativa, senza che residuino ampi – o, per lo meno, praticabili – margini di autonomia organizzativa” (p. 11 del dattiloscritto consultato per gentile concessione dell'A.). Per l'opinione che vede possibile – quantomeno in apparenza – l'applicazione della disciplina degli assetti adeguati agli enti del Terzo settore, v. M. BASILE, *Le persone giuridiche*³, 121.

degli amministratori in conflitto. Le ragioni dell'appena esaminato differente rigore della disciplina tra s.r.l. e s.p.a. vengono individuate dalla dottrina nella diversità dei ruoli degli amministratori e dei soci nei due tipi di società e nel più ampio spazio riservato dalla disciplina della s.r.l. all'autonomia statutaria, cui è possibile ricorrere, ove reputato opportuno, per integrare la regolamentazione con norme corrispondenti a quelle dettate per la s.p.a.³

Il richiamo operato nel *CTS*, del quale non si può che prendere atto, considerata la struttura della norma, rappresenta una scelta senz'altro più oculata del legislatore rispetto ad altre che hanno rinviato a disposizioni previste per le s.p.a. Una norma, quella oggetto di rinvio, che potrebbe persino fungere da richiamo analogico per la disciplina degli enti del Libro Primo, per i quali in linea generale si ritiene applicabile l'art. 1394 c.c.

Dal combinato disposto di cui agli artt. 26, 7° comma e 27, *CTS* emerge tuttavia l'immagine di una disciplina frammentata e facente rinvio a disposizioni dettate per fattispecie assai diverse tra loro (al netto del richiamo operato dall'art. 90 *CTS* alle disposizioni di cui agli artt. 25, 26 e 28 c.c.): da un lato, riguardo ai poteri di rappresentanza degli amministratori, l'affermazione secondo la quale esso è "generale"; dall'altro la riproposizione della disciplina degli atti *ultra vires* di cui all'art. 19 c.c.; infine, il rinvio integrale, senza la clausola di compatibilità, all'art. 2475-ter c.c. per disciplinare le ipotesi di conflitto di interessi degli amministratori.

Un quadro dunque per nulla omogeneo.

L'impressione è che il legislatore abbia proceduto partendo da alcuni obiettivi (efficienza organizzativa degli *ETS*), per realizzare i quali ha ri-

³ A. VICARI, *Commento all'art. 2475-ter*, 611; tuttavia alcuni autori, come N. ABRIANI, *Conflitto di interessi*, 417, si sono chiesti se il volere del legislatore di diversificare in generale la struttura di s.p.a. e s.r.l., in modo da consentire l'adozione di una effettiva scelta da parte delle imprese interessate, valga a giustificare una disciplina così radicalmente diversa del conflitto di interessi degli amministratori (laddove quello dei soci è sostanzialmente coincidente), e se tale aspetto non possa introdurre un elemento di concorrenza "ineguale", e dunque distorsiva, tra i due modelli societari. Con questa affermazione concorda anche N. SALANITRO, *Gli interessi degli amministratori*, 54 in cui ritiene che l'introduzione nel codice di una distinta norma sul conflitto di interessi degli amministratori di s.r.l. abbia creato una "disarmonia nel sistema"; pure F. DI SABATO, *Diritto delle società*, 429 è d'accordo esprimendosi in termini di "stupefacente incoerenza del riformatore".

tenuto di dover richiamare una disciplina (quella di cui all'art. 2086 c.c.) così diversa dall'ambito per il quale se ne prevede l'applicazione. Se non è in discussione la possibilità per gli *ETS* di essere assoggettati a procedure concorsuali, lo è il principio che accomuna questi ultimi ai modelli organizzativi societari. Se, peraltro, come appare da una prima lettura della norma, nello stabilire che gli assetti organizzativi debbano essere adeguati “*anche*” al fine di rilevare tempestivamente la crisi d'impresa e la perdita della continuità aziendale, il legislatore ha inteso conferire importanza nevralgica al principio della continuità aziendale, bisognerebbe domandarsi in quale misura detto principio possa trovare applicazione negli *ETS*.

La questione diventa tutt'altro che semplice, a fronte di una drasticità della norma, che stabilisce che i titolari degli obblighi di istituire assetti organizzativi adeguati sono esclusivamente gli amministratori⁴. Va senz'altro menzionata la ripartizione di competenze in relazione all'istituzione degli assetti e alla vigilanza sui medesimi: ai sensi dell'art. 2381, 3° e 5° comma e dell'art. 2403, 1° comma, c.c. gli organi delegati “curano”, il consiglio d'amministrazione “valuta” e il collegio sindacale “vigila” l'adeguatezza degli assetti. Dinanzi a questa ripartizione, che prevede appunto la presenza degli organi classici previsti per le società di capitali, l'interprete non può non rimanere perplesso, immaginando di dover trasporre detta ripartizione nell'ambito degli *ETS*.

Anzitutto, al netto dei dubbi già espressi in tema di responsabilità degli amministratori di associazioni e fondazioni del Terzo settore, si tenga presente che la presenza di un organo di controllo è necessaria solo per le fondazioni (cfr. art. 30, 1° comma, *CTS*), laddove per le associazioni, riconosciute o meno, ai sensi dell'art. 30, 2° comma, *CTS*, la nomina di detto organo (“anche monocratico”) è obbligatoria solo ove si superino per due esercizi consecutivi due dei seguenti limiti: *a*) totale dell'attivo dello stato patrimoniale: 110.000 euro; *b*) ricavi, rendite, proventi, entrate comunque denominate: 220.000 euro; *c*) dipendenti occupati in media durante l'esercizio: 5 unità. Al 3° comma dell'art. 30 è specificato che, laddove detti limiti non vengano superati per due esercizi consecutivi, l'obbligo dell'organo di controllo cessa. Emerge già quindi un primo

⁴ Art. 377 CCI.

elemento che non consente di prevedere una vigilanza, prevista al 6° comma dell'art. 30 in capo al suddetto organo di controllo, sulle associazioni del Terzo settore che esercitino o meno attività d'impresa e non superino i limiti di cui al predetto art. 30, 2° comma, *CTS*. Il 6° comma della norma in questione, infatti, come già accennato anche *supra* (cap. I, par. 5), stabilisce un “obbligo di vigilanza sull'osservanza della legge e dello statuto e sul rispetto dei principi di corretta amministrazione (...) nonché sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile e sul suo concreto funzionamento”⁵.

Molto probabilmente, solo nelle imprese sociali che assumono una forma societaria (si è visto *supra* che la maggior parte di esse è costituita da società cooperative) sarebbe possibile immaginare un sistema di obblighi e di controlli strutturato ai sensi dell'art. 2086 c.c., ciò che non è invece il caso per gli enti di cui agli artt. 20 ss. *CTS*. La diversità ontologica di questi enti, rispetto anche alle imprese sociali e comunque rispetto agli enti lucrativi (già peraltro molto diversi tra loro: basti pensare ad una s.r.l. e ad una s.p.a.) non consente di ritenere immaginabile una applicazione della disciplina della adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili in capo ad essi. Si pensi soltanto al grande numero dei volontari che si impegnano in questi enti e il cui apporto risulta decisivo per la realizzazione degli scopi di solidarietà sociale, che oggi la stessa legge riconosce (là dove, è il caso di ricordarlo, si tratta di un principio già recepito dalla Costituzione). Ancora, si pensi alla circostanza che spesso in detti enti non vengono osservati i precetti della contabilità commerciale, e in particolare negli enti di minore dimensione è diffusa l'adozione del *principio di cassa* nella tenuta della contabilità (l'art. 13, 2° comma, *CTS*, consente infatti, a dimostrazione di ciò, che il bilancio degli *ETS* con ricavi, rendite, proventi o entrate comunque denominate inferiori a 220.000 euro sia redatto nella forma del rendiconto per cassa)⁶. Il

⁵ Non a torto si è segnalato che “la decontestualizzata ed indiscriminata applicazione degli adeguati assetti organizzativi potrebbe portare all'esito deteriore – certo non auspicato dal legislatore – che l'inadeguatezza organizzativa, se valutata retrospettivamente alla stregua di inabilità di prevedere e prevenire crisi o altri eventi pregiudizievoli effettivamente accaduti, possa trasformarsi in una costante del *non profit*”: così A. LAUDONIO, *Assetti organizzativi*, 15 del dattiloscritto.

⁶ Con la nota n. 19740 del 29 dicembre 2021, il Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali ha chiarito come gli schemi di bilancio disposti dal decreto ministeriale n. 39 del

decreto “correttivo” del 3 agosto 2018, n. 105 ha fatto chiarezza relativamente a questo aspetto, nel momento in cui ha modificato il comma 1 dell’art. 13, quanto alla composizione del bilancio di esercizio, che deve ora essere formato dallo stato patrimoniale e dal rendiconto *gestionale* (aggettivo che sostituisce il precedente *finanziario*); l’aggettivo “finanziario” è stato altresì espunto dal già citato 2° comma dell’art. 13, che prevede infatti ora la forma del rendiconto per cassa.

La tenuta delle scritture contabili negli enti non lucrativi risponde oltretutto spesso alla necessità di questi enti di attingere ai benefici previsti dalla legislazione speciale⁷.

Nei casi di *ETS* che esercitino la propria attività *esclusivamente o principalmente* in forma di impresa commerciale, l’art. 13, 4° comma, *CTS* stabilisce l’obbligo di tenuta delle scritture contabili, nonché l’obbligo di redazione e deposito del bilancio di esercizio “redatto, a seconda dei casi, ai sensi degli artt. 2423 e seguenti, 2435-*bis* o 2435-*ter* del codice civile” (art. 13, comma 5). Si ripresenta la partizione tra enti “maggiori” ovvero “minori” del Terzo settore, là dove si deve aver presente che questi ultimi costituiscono una fetta consistente del variegato panorama degli *ETS* e quindi essi non saranno assoggettati ad una disciplina più rigida quale quella emergente dal combinato disposto dell’art. 2086 c.c. e

5 marzo 2020 per gli enti del Terzo settore non commerciali si applichino in via immediata anche alle Onlus iscritte alla relativa anagrafe unica. Il Ministero specifica che la nota in oggetto è frutto di una previa condivisione con l’Agenzia delle entrate, che è il soggetto a cui compete la gestione dell’anagrafe unica delle Onlus. Il decreto ministeriale n. 39 del 5 marzo 2020, in conformità a quanto prevede il *CTS* (art. 13), individua quattro modelli di documenti di bilancio: lo stato patrimoniale, il rendiconto gestionale e la relazione di missione, che devono essere adottati obbligatoriamente dagli *ETS* aventi entrate annuali pari o superiori a 220 mila euro; il rendiconto per cassa, che può essere utilizzato dagli *ETS* aventi entrate annuali inferiori a 220 mila euro. Gli *ETS* che svolgono invece la loro attività esclusivamente o principalmente in forma di impresa commerciale redigono il bilancio sulla base delle disposizioni previste dal codice civile (richiamate all’art. 13, 5° comma, *CTS*). In materia di bilancio di *ETS* v. G. RACUGNO, *Contabilità e bilancio, passim*; A. FUSARO, *Enti del Terzo settore*, 128 ss. del dattiloscritto; M. POZZOLI, *Il bilancio, passim*; N. RICCARDELLI-L. DE ANGELIS, *Attività principali*, 24 ss.; C. TRAVAGLINI, *Contabilità, passim*.

⁷Sulle fonti di finanziamento agli *ETS* v. A. PERRONE, *Il finanziamento*, 709 ss., il quale fa notare (711) che “in ragione della stretta connessione tra struttura dei ricavi, attività e contesto di riferimento, le scelte operate dalla legge hanno, pertanto, un rilevante effetto distributivo, incidendo, per conseguenza, sugli assetti organizzativi e sulle scelte operative degli *ETS*”.

dell'art. 13 *CTS*. Combinato disposto che, sia consentito aggiungere, non pare esser stato previsto come tale dal legislatore del *CCI*, approvato successivamente al *CTS*.

Tuttavia, se pur si possa ritenere che gli *ETS* i quali, ai sensi dell'art. 13, 4° comma, *CTS*, eserciteranno in maniera esclusiva o principale un'attività d'impresa, saranno (e di fatto attualmente sono) le imprese sociali, per la maggior parte nella forma della società cooperativa, si dovrà tener conto delle peculiarità costituite dal fatto che quell'attività di impresa sarà sempre da considerarsi *strumentale* al fine primario dell'ente, rappresentato dalla finalità sociale, altruistica, solidale sua propria. Laddove invece si tratti di enti di cui agli artt. 20 ss. *CTS* (ossa associazioni e fondazioni), il discorso cambierà anche dal punto di vista formale (anzitutto si dovrà stabilire se siano enti "maggiori" o "minori"), proprio per la differenza strutturale che caratterizza questi enti rispetto anche ad una impresa sociale. Se, come si è ampiamente visto *supra* (cap. I, par. 5), la responsabilità degli amministratori di associazioni e fondazioni è difficilmente inquadrabile nei rigidi schemi del diritto societario (*rectius*: azionario), a maggior ragione si dovrà tener conto di questa difficoltà nel momento in cui si volesse tratteggiare una disciplina rispondente a quella di cui all'art. 2086, 2° comma, c.c. in materia di obbligo di predisposizione di assetti adeguati. Se è vero che nei c.d.a. di molti enti *non profit* siedono amministratori noti nel contesto sociale di riferimento, che svolgono il proprio incarico in via onoraria e che per la sola loro presenza contribuiscono a migliorare l'immagine dell'ente stesso e ad aumentarne la fiducia presso eventuali finanziatori (anche istituzionali, come le banche) e benefattori, è dunque altrettanto vero che detti amministratori non possono essere gravati di obblighi che poco hanno a che fare con un ruolo, appunto, onorario.

Tornando alla eventuale presenza di indici della crisi (*ex art. 3 CCI*)⁸, si deve far presente che essi potranno applicarsi ai soli enti *non profit* che esercitino attività d'impresa, laddove per gli altri enti non è possibile pensare ad una loro applicazione.

Si assiste così ad un mancato – e forse nemmeno cercato – coordina-

⁸ Secondo la nuova formulazione di detta norma dovuta al d.lgs. 22 giugno 2022, n. 83 recante "Modifiche al codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza di cui al decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, in attuazione della direttiva (UE) 2019/1023 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019".

mento tra disciplina del *CTS* e *CCI*, ma prima ancora, tra *CTS* e codice civile, quanto ad assetti organizzativi, amministrativi e contabili, nonché a responsabilità degli amministratori, come si è ampiamente visto. Per evitare che l'art. 2086, 2° comma, c.c. resti sostanzialmente lettera morta nel caso degli enti *non profit*, è forse il caso di meditare una sua applicazione ragionata, che tenga conto del particolare contesto in cui detti enti si trovano ad operare, nonché del peculiare assetto organizzativo, che come si è detto il più delle volte sarà caratterizzato da una forte venatura di volontariato "non organizzato" e che godrà altrettanto spesso di una fitta rete di sostenitori e finanziatori a fondo perduto. Immaginare un obbligo di istituire assetti adeguati sul modello societario significa non tener conto di alcuno dei fattori appena menzionati.

Si deve, ora, far cenno ad una ulteriore disposizione contenuta all'art. 29 del *CTS*, che richiama la possibilità di applicare l'art. 2409 c.c. alle associazioni e fondazioni del Terzo settore. La norma precisa che "almeno un decimo degli associati, l'organo di controllo, il soggetto incaricato della revisione legale dei conti ovvero il pubblico ministero possono agire ai sensi dell'art. 2409 c.c., *in quanto compatibile*" (corsivo aggiunto). La presenza della clausola di compatibilità non è, ad avviso di chi scrive, casuale e per la sua valenza si rinvia a quanto già espresso in sede di analisi della norma di cui all'art. 28 *CTS*. I problemi, però, restano sul tavolo dell'interprete⁹.

Anzitutto si osserva che la norma si riferisce solo alle associazioni. A queste ultime è dedicato anche il 2° comma, là dove si prevede che ogni associato, ovvero almeno un decimo degli associati nelle associazioni,

⁹ Cfr. A. BENOCCI, *Controllo giudiziario*, 375 ss., il quale sembra piuttosto favorevole all'ingresso del controllo giudiziario negli *ETS*; *contra*, R. DABORMIDA, *La riforma*, 36, che ritiene che l'estensione dell'art. 2409 c.c. agli enti del Terzo settore – peraltro non nella versione prevista per le società che agli enti del Terzo settore sono più affini, cioè le società cooperative, ma nella versione originale prevista per le s.p.a. – è da ritenersi incongruo soprattutto in ragione della presenza – negli enti del Terzo settore così come nelle s.r.l. per il quale il controllo giudiziario era in linea di principio escluso – di un sistema di vigilanza espressamente disciplinato e proprio di un regime di favore verso il Terzo settore in sé. In sede consultiva, il Consiglio di Stato aveva proposto di valutare l'opportunità di eliminare l'azione del pubblico ministero, atteso che l'art. 2409 c.c. limita tale azione alle sole s.p.a. che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, da ciò derivando un'omogeneità tra associazioni/fondazioni ed s.p.a. che al Consiglio di Stato appariva dunque forzata.

riconosciute o meno, possa denunciare i fatti che ritiene censurabili all'organo di controllo. È prevista inoltre, ove la denuncia sia fatta da almeno un ventesimo degli associati, l'applicazione dell'art. 2408 c.c.

L'applicazione del controllo giudiziale sull'operato dell'organo amministrativo, previsto per le società di capitali, risulta, alla luce di tutto quanto sinora detto, estremamente complessa. Se, come pare, la responsabilità degli amministratori dovrà essere modellata su quella del mandataro, ove con riguardo alla predisposizione di adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili si dovrà tener conto del particolare contesto in cui detti enti operano (e avendo presente la semplificata disciplina del bilancio cui sono assoggettati), allo stesso modo non si potrà non tener conto delle diverse circostanze nelle quali un organo amministrativo associativo si troverà ad agire. La clausola di compatibilità pare per vero esser stata prevista a fronte di queste particolarità.

2. *Funzione sociale degli enti non profit: mitigazione del "rigore" societario.* – Pare opportuno, alla luce delle problematiche esposte nel paragrafo precedente, soffermarsi brevemente sulla funzione sociale degli *ETS*. La legge li identifica per il "perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale, mediante lo svolgimento di una o più attività di interesse generale" (art. 4, 1° comma, *CTS*)¹⁰. Sono state ravvisate almeno tre differenti concezioni, o impostazioni su cui si basano gli enti *non profit*¹¹: una prima concezione tesa ad enfatizzare le finalità perseguite dalle attività di detti enti; una seconda concezione che si concentra sul settore di attività, là dove la terza concezione ha come elemento centrale l'eterodestinazione dei risultati. Rispetto ai modelli elencati, quello italiano rappresenterebbe una sorta di sistema "misto", nel quale la presenza di un articolato sistema di controlli costituirebbe un bilanciamento al finanziamento pubblico cui possono accedere gli *ETS*, sia sotto forma di contributi sia sotto forma di agevolazioni e benefici fiscali¹².

¹⁰ Cfr., anche per bibliografia in particolare relativa al diritto statunitense, A. PERRONE, *Il finanziamento*, 716; G. MARASÀ, *Imprese sociali*, 2.

¹¹ A. PERRONE, *Il finanziamento*, 716 ss.

¹² A. PERRONE, *Il finanziamento*, 717 s.

L'impressione è che il legislatore della riforma del Terzo settore abbia agito avendo presente un modello astratto di "ente *non profit*", che di fatto non tiene conto delle peculiarità proprie di un ambito molto variegato ed esteso, quantomeno in Italia. Di ciò si è potuto parlare nel paragrafo precedente e nel I capitolo.

Qui preme considerare che, alla luce di una disciplina "mista" così come la si è sommariamente descritta *supra*, il rischio sia quello di pretendere dagli *ETS* una organizzazione eccessivamente rigida modellata su schemi "esterni" ad essi, al solo fine di evitare comportamenti opportunistici ed assicurare così dei finanziamenti o comunque dei benefici fiscali ad enti ritenuti meritevoli di riceverli.

Se l'orientamento di fondo, su cui si impernia il descritto modello "misto" degli *ETS* è quello, apprezzabile, di attuare ed incentivare il principio della sussidiarietà c.d. orizzontale¹³, favorendo "l'autonoma iniziativa dei cittadini che concorrono, anche in forma associata, a perseguire il bene comune" (art. 1 *CTS*), non si può trascurare che detta autonomia rischia di venire oltremodo compressa solo in funzione di un astratto principio di efficienza organizzativa cui gli enti *non profit* dovrebbero soggiacere. La piana applicazione delle norme di diritto societario, concernenti la responsabilità degli amministratori, le azioni di responsabilità, il controllo giudiziale *ex art.* 2409 c.c., nonché gli obblighi gestori di predisposizione di adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili *ex art.* 2086 c.c. rischia, se non mediata dalla clausola di compatibilità (per vero richiamata sia per le norme in tema di responsabilità gestoria sia in tema di controllo giudiziale sull'operato degli amministratori), di sovraccaricare gli *ETS* di obblighi stringenti e insostenibili. A poco servirà l'aver consentito loro l'accesso a finanziamenti e benefici fiscali, se li si obbligherà a predisporre sistemi di *governance* e di controllo (anche in funzione di prevenzione della crisi) sproporzionati rispetto al contesto in cui operano e soprattutto rispetto alle loro reali capacità organizzative.

¹³ Su cui v. già quanto esposto al cap. I. Cfr. inoltre A. FICI, *Sulle basi costituzionali*, 13 ss. V., altresì, M.V. DE GIORGI, *Integrare, ma dove?*, 1071; G. CAPALDO, *Linee evolutive*, 340 ss. Con specifico riferimento alla sussidiarietà dalla visuale civilistica, v. E. DEL PRATO, *Principio di sussidiarietà*, 382 ss.; F. MAISTO, *Sussidiarietà*, 201 ss. B. AGOSTINELLI, *L'«autonoma iniziativa»*, spec. 207 ss.; M. CLARICH-B. BOSCHETTI, *Il Codice, jusvitaepensiero.it*, 28 ottobre 2018; A. FUSARO, *Spunti*, 229 ss.; A. PERRONE, *Il finanziamento*, 718; M. RENNA, *L'impatto sociale*, 365 ss.

L'approvazione del *CTS*, al netto delle considerazioni critiche sinora svolte, è da salutare positivamente, nel suo complesso, per aver posto l'attenzione del giurista sulla indubitabile funzione sociale che gli enti *non profit* svolgono nel nostro Paese. Non è peraltro questa la sede per tornare sugli studi condotti sul punto da decenni, e in parte richiamati nelle pagine precedenti.

Qui si vuole porre l'attenzione sul fatto che, se è vero che gli enti *non profit* svolgono una funzione sociale già richiamata e riconosciuta dall'art. 2 Cost., deve di conseguenza esser loro accordato uno *status* giuridico differente da quello proprio degli altri enti, *in primis* societari o comunque imprenditoriali, con i quali possono svilupparsi analogie incidentali ma non sostanziali. Si assisterebbe altrimenti ad un fenomeno di osmosi tra le varie forme giuridiche che porterebbe al rischio di un appiattimento indifferenziato tra fattispecie – in generale – associative e fattispecie societarie. Il rischio ulteriore sarebbe poi quello di pretendere dagli enti *non profit* l'acquisizione di forme, modelli e prassi che in nulla pertengono agli obiettivi e agli scopi perseguiti dagli stessi *ETS*. La forma, il modello, la prassi imposte dalla legge all'ente *non profit* finirebbero così per compromettere la stessa capacità dell'ente di realizzare quello scopo per cui è stato ideato dagli associati o dal fondatore. Questo, infine, si potrebbe tramutare in una impossibilità di realizzare quella *funzione sociale* che l'ordinamento attribuisce agli enti in parola.

Ciò detto, non si vuole ignorare che possano verificarsi criticità nella vita degli enti *non profit*, se non addirittura, in qualche caso, comportamenti opportunistici o anche rischi per la tutela dei terzi che contraggono con questi enti. Di ciò si parlerà quindi nel prossimo capitolo.