



# **LUISS Law Review**

N. 2/2021

# INDICE

## PARTE PRIMA

### CONTRIBUTI

<i>Le imprese e l'equivoco ABF</i> , di Gian Domenico Mosco e Salvatore Lopreiato .....	7
<i>Dal D.Lgs. 231/01 al nuovo Codice della crisi di impresa: l'adeguatezza dell'assetto organizzativo paradigma di responsabilità e la sua probatio (diabolica)</i> , di Andrea Vincenti ..	38
<i>Eventi esterni e rischi di demolizione del contratto. Il contratto "aperto" all'adattamento: meccanismi e clausole</i> , di Attilio Zimatore .....	50

## PARTE SECONDA

### DOSSIER GOVERNANCE ENTI TERZO SETTORE

<i>Presentazione</i> .....	71
<i>L'organizzazione degli enti del Terzo settore tra codice civile, leggi speciali e autonomia privata</i> , di Gian Domenico Mosco .....	72
<i>La governance degli enti del Terzo settore dopo la riforma: i soci e l'assemblea</i> , di Michele Tamponi .....	85
<i>Il sistema dei controlli negli Enti del Terzo settore</i> , di Salvatore Lopreiato .....	101
<i>Associazioni a base sociale diffusa, associazioni di secondo livello e reti associative: fattispecie, disciplina e questioni di governance</i> , di Antonio Fici .....	117
<i>Le associazioni di promozione sociale nel codice del Terzo settore</i> , di Mario Renna .....	134
<i>Nuove prospettive sul problema dell'ingerenza del fondatore</i> , di Marco Rizzuti .....	141
<i>Le note ministeriali sulla governance "democratica" delle associazioni del Terzo settore</i> , di Emanuele Tuccari .....	147
<i>Le imprese sociali società di capitali</i> , di Carlo Ibba .....	166
<i>Le imprese sociali società cooperative</i> , di Giustino Di Cecco .....	178
<i>Le fondazioni di partecipazione nel codice del Terzo settore</i> , di Antonio Damiano .....	191
<i>Impresa sociale e start up innovative a vocazione sociale</i> , di Pier Paolo Pirani .....	198

**PARTE TERZA**

NOTE A SENTENZA DEGLI STUDENTI

*Una nuova pronuncia della Cassazione su ne bis in idem e reati tributari (nota a Cass. pen. Sez. III, n. 4439/2021), di Giorgio Ardizzone ..... 205*

AUTORI ..... 221

## **LUISS Law Review**

LLR - LUISS Law Review

Rivista scientifica online del centro di ricerca LUISS DREAM, Dipartimento di Giurisprudenza LUISS Guido Carli

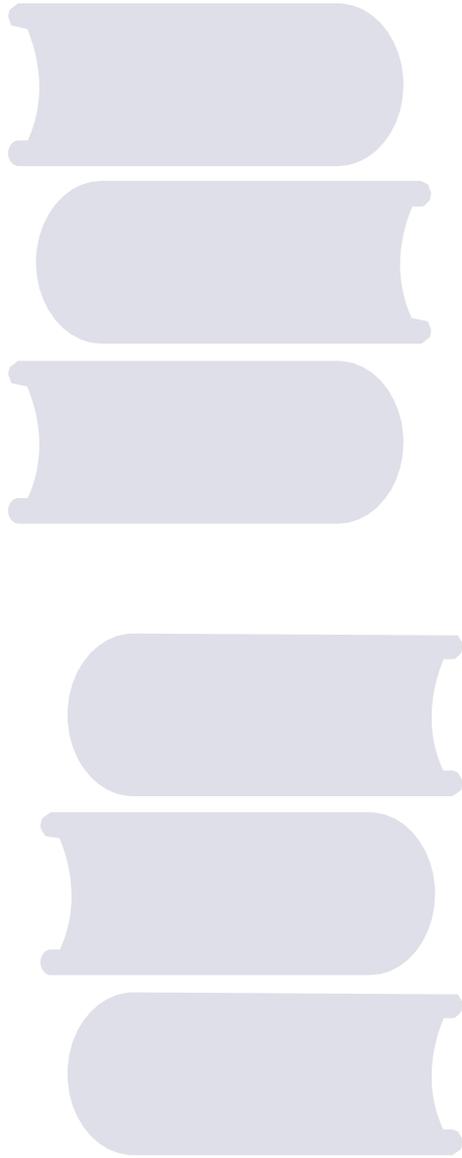
Registrata presso il Tribunale di Roma con il n. 65/2016

ISSN 2531-6915

Direttore responsabile: Gian Domenico Mosco

Responsabile di redazione: Raffaella Scarabino

LUISS Guido Carli - Viale Pola, 12, 00198 Roma, Italia P.I. 01067231009



Parte prima

# Contributi



## *Le imprese e l'equivoco ABF\**

di GIAN DOMENICO MOSCO E SALVATORE LOPREIATO

**SOMMARIO:** **1.** I RICORSI DELLE IMPRESE: I DATI DELLA *RELAZIONE ABF 2020*. – **2.** LA CONFERMA DELLO SCARSO RICORSO DELLE IMPRESE ALL'ABF E LE POSSIBILI RAGIONI. – **3.** ALCUNI TEMI DEI RICORSI E GLI ORIENTAMENTI DEI COLLEGI. – **3.1.** LE SEGNALAZIONI PREGIUDIZIEVOLI. – **3.1.1.** LA CENTRALE RISCHI DELLA BANCA D'ITALIA – **3.1.2.** I SISTEMI DI INFORMAZIONI CREDITIZIE (SIC). – **3.1.3.** LA CENTRALE D'ALLARME INTERBANCARIA (CAI) – **4.** LE FRODI INFORMATICHE. – **5.** IL *CHARGEBACK* – **6.** LE MISURE DI SOSTEGNO ALLE IMPRESE PER L'EMERGENZA SANITARIA DA COVID-19. – **6.1.** LA MORATORIA DEI FINANZIAMENTI. – **6.2.** I FINANZIAMENTI GARANTITI DAL FONDO. – **7.** I PROFILI DI INAMMISSIBILITÀ: LA MANCANZA DI PREVENTIVO RECLAMO. – **8.** (*SEGUE*) LA LITISPENDENZA. – **9.** (*SEGUE*) L'INCOMPETENZA PER VALORE E PER MATERIA. – **10.** (*SEGUE*) LE DOMANDE DI CONDANNA O DI INIBITORIA DI COMPORTAMENTI DETERMINATI. – **11.** (*SEGUE*) LA DOMANDA DI "CONSULENZA". – **12.** IL MERITO DELLA CONTROVERSIA E LA CARENZA DI PROVA. – **13.** (*SEGUE*) *LE DOMANDE DI RISARCIMENTO DEL DANNO E DI REFUSIONE DELLE SPESE DI LITE*. – **14.** PRESENTARE UN RICORSO CHE PUÒ ESSERE ACCOLTO (SE FONDATO): SINTESI. – **15.** L'EQUIVOCO DELLE IMPRESE CON RIGUARDO ALL'ABF. – **15.1.** IL RUOLO DELLE ASSOCIAZIONI IMPRENDITORIALI. – **16.** (*SEGUE*). SPUNTI PER UN POSSIBILE CONTRIBUTO DELLO STESSO ABF.

### **Abstract**

On average, 70% of the claims brought by undertakings before the Banking and Financial Arbitrator ('ABF') is unsuccessful. Moving from this observation, we analyse the admissible claims that were successful on their merit, as well as the ABF's decisions on them, to identify their main features. Our analysis seeks to shed light on the most conflicting aspects of the relations between undertakings and banks and, most importantly, to clarify how the ABF reaches a decision and why it dismisses appeals at such high rates. Ultimately, we contribute to the academic literature on the topic by identifying what it takes for an appeal before the ABF to be successful. Our analysis also provides some helpful indications that prospective claimants before the ABF can consider when drafting and submitting their claims.

**1. I ricorsi delle imprese: i dati della *Relazione ABF 2020*.** Dall'analisi del contenzioso per tipologia di ricorrente contenuta nella *Relazione sull'attività dell'Arbitro Bancario Finanziario 2020*<sup>1</sup> emerge che nel 2020 su un totale di

---

\* Il lavoro, che trova in parte origine nella relazione svolta da Gian Domenico Mosco nel *webinar* sull'Arbitro Bancario Finanziario organizzato da Confindustria il 9 dicembre 2021, si deve nel complesso al contributo di entrambi gli autori, che ne condividono la responsabilità. Nondimeno, i paragrafi 1, 2, 6.2, 7, 13, 14, 15 e 16 sono riferibili in particolare a Gian Domenico Mosco, i paragrafi 3 e relativi sottoparagrafi, 4, 5, 6, 6.1, 8, 9, 10, 11 e 12 a Salvatore Lopreiato.

30.918 ricorsi ricevuti la quasi totalità (29.880, pari al 97%) proviene da clienti consumatori, e solo il 3% (1.038 ricorsi) da non consumatori (v. la tav. 2 dell'Appendice). I non consumatori sono i clienti degli intermediari diversi dalle persone fisiche che agiscono per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta. Anzi tutto, dunque, le imprese, ma anche professionisti, associazioni e altri enti, condomini. Dunque, i dati sono soggetti alla tara di un riferimento che non è esclusivo alle imprese.

Anche dall'analisi degli esiti dei ricorsi presentati l'ABF si presenta come una sorta di Giano bifronte a seconda che lo si guardi dalla prospettiva dei consumatori o delle imprese. Per i primi la quota di pronunce sostanzialmente positive (accoglimenti dei ricorsi e cessazioni della materia del contendere) è superiore alla metà dei ricorsi presentati ed è significativamente cresciuta dal 2018 a oggi, anche per effetto dell'incidenza delle controversie sulla cessione del quinto (dal 69% nel 2018, dei quali 47% di accoglimento e 22% c.m.c. al 75% nel 2020, dei quali 60% di accoglimento e 15% c.m.c.). Per i clienti "non consumatori", invece, i ricorsi respinti sono più della metà (58% nel 2018 e nel 2019, percentuale che scende leggermente – al 52% – nel 2020). La percentuale di accoglimento rimane costante al 29% in tutti e tre gli anni, mentre nel 2020 sono aumentate le pronunce di cessazione della materia del contendere (19% rispetto al 13% degli anni precedenti). Del resto, il 94% degli importi riconosciuti ai ricorrenti hanno riguardato i consumatori: su 29 milioni di euro complessivi, ai non consumatori sono andati solo 2 milioni di euro (*Relazione ABF 2020*, p. 27), il doppio più o meno del rapporto tra ricorsi dei non consumatori e dei consumatori, ma comunque un ammontare molto ridotto.

Dunque pare, da un canto, che le imprese non utilizzano l'ABF in misura soddisfacente; dall'altro canto, che quando lo fanno non riescono il più delle volte a farsi dare ragione dall'Arbitro bancario e finanziario.

---

<sup>1</sup> Disponibile all'indirizzo [https://www.arbitrobancariofinanziario.it/abf/relazione-annuale/versione-italiana/Relazione\\_ABF\\_2020.pdf](https://www.arbitrobancariofinanziario.it/abf/relazione-annuale/versione-italiana/Relazione_ABF_2020.pdf)

In questo breve intervento ci si limita a condividere alcuni spunti di riflessione suscitati dalla partecipazione dei due autori ai Collegi ABF di Roma e di Palermo nella composizione “non consumatori”<sup>2</sup>. Il Collegio di Roma riceve il maggior numero di ricorsi, nel 2020 il 21% del totale, superando anche Milano (20%); quello di Palermo si colloca, con il 14% del totale dei ricorsi, subito dopo Milano.

**2. La conferma dello scarso ricorso delle imprese all’ABF e le possibili ragioni.** Non è qui possibile indagare le ragioni per le quali le imprese, e in generale i non consumatori, si rivolgono all’ABF ancora in una misura che sembra, a prima vista, molto limitata.

Va ricordato che il ricorso all’ABF costituisce, in alternativa alla mediazione, condizione di procedibilità delle domande giudiziali relative a contratti bancari e finanziari. Secondo l’ultima *Relazione ABF 2020* (p. 25), nel 2020 le mediazioni sono state circa la metà dei ricorsi all’Arbitro Bancario Finanziario, 15 mila (e circa 18 mila i nuovi procedimenti giudiziari). Non pare che vi siano dati specifici per i non consumatori, che pure dovrebbero essere ancor meno portati, per la complessità delle loro controversie, a ricorrere a soggetti non specializzati e non abilitati a decidere rispetto all’Arbitro bancario, specializzato e che decide sulla controversia, sia pure in termini non vincolanti. Insomma, sembra che si ricorra poco sia all’Arbitro, sia alla giustizia ordinaria. Ma è realmente così?

In Italia vi sono, secondo l’ISTAT (v. il *Censimento permanente delle imprese 2019*), circa 4,4 milioni di imprese (circa un milione con più di tre addetti) e più in generale le partite IVA attive sono 6,2 milioni. Senza alcuna pretesa statistica e a spanne, se ai circa 47 milioni di correntisti (secondo un’indagine di *Learnbonds* riferita al 2019) togliamo le partite iva, restano 40,8 milioni di “consumatori” che nel 2020 hanno presentato, si è detto, circa 30 mila ricorsi, che ne rappresentano, salvo errori, lo 0.0735%. La stessa percentuale applicata

---

<sup>2</sup> Nondimeno, tutte le opinioni espresse nell’articolo hanno carattere personale e non coinvolgono in alcun modo l’ABF e la Banca d’Italia.

alle partite iva porterebbe a 4.600 ricorsi. Se applicata solo ai 4,4 milioni di imprese, a 3.200.

Sembra dunque che all'appello manchi in effetti un numero considerevole di ricorsi (e di tutele giudiziarie).

Certo, con riguardo all'ABF può incidere il limite di valore, peraltro dall'ottobre 2020 raddoppiato da 100 a 200 mila euro, che forse rende l'ABF marginale per le grandi e medie imprese, che sono comunque bene in grado di difendere i propri interessi nei confronti delle banche senza dover ricorrere a giudici o arbitri, salvo casi eccezionali. Ma queste imprese rappresentano nel complesso una porzione molto piccola della nostra realtà imprenditoriale, posto che ancora per l'ISTAT (*Annuario statistico italiano/2019*, riferendosi solo al parametro degli addetti) sono circa 24.000. Le stesse piccole, ma non micro, imprese sono per l'ISTAT solo 190.000 circa, delle quali quasi 140.000 non superano i 20 addetti.

Si può azzardare, allora, che più della notoria scarsità di organizzazione e risorse delle imprese minori – che condividono presumibilmente con la gran parte dei consumatori – a spiegare almeno in parte il dato sia forse la loro connessa e perdurante dipendenza dal sistema bancario, dal quale continuano a dipendere in via pressoché esclusiva per la provvista di capitali. Tanto da evitare in genere di contestarne l'operato anche quando – e forse non è così frequente – prima si rendono conto di aver subito un torto, poi non riescono a ottenere soddisfazione in via amichevole.

Sembra certo, in ogni caso, che vi sia grande spazio per incrementare il ricorso all'Arbitro bancario da parte delle imprese, e in generale dei non consumatori. Ancor più se venisse ridotto in termini significativi l'altro aspetto negativo dell'attuale stato di cose: l'esito sfavorevole della maggior parte dei ricorsi ABF proposti dalle imprese, che è ovviamente un elemento di per sé allarmante.

È su questo aspetto che appare opportuno concentrarsi, avvertendo subito che l'abnorme esito negativo dei ricorsi delle imprese decisi dall'ABF (sette su dieci) dipende, secondo la nostra esperienza, da due fattori: il numero eccessivo

dei casi d'inammissibilità e la carenza di prova con riguardo al merito della controversia.

Un esito ancora più sfavorevole se si limita il dato a quelli conclusi con un reale ristoro per le imprese, vale a dire con il risarcimento dei danni. Risarcimento che è spesso negato.

**3. Alcuni temi dei ricorsi e gli orientamenti dei Collegi.** Può però essere d'interesse ricordare anzi tutto quelli che sono, secondo l'esperienza degli autori, alcuni dei principali filoni dei ricorsi proposti dalle imprese e i relativi orientamenti ABF, sia per stabilire quali sono i profili del rapporto banche-imprese che al momento generano maggiore conflittualità, sia per "toccare con mano" come l'Arbitro giunge a una decisione e perché spesso questa sia negativa.

Per la *Relazione ABF 2020*, oltre al conto corrente, che continua a rappresentare il filone di contenzioso più frequente (20%), sono in crescita i ricorsi sulle segnalazioni alla Centrale dei rischi (CR: 10%) e ad altri sistemi di informazione creditizia (SIC: 6%), mentre è stabile quello sui bonifici (11%). I ricorsi sono in ogni caso decisamente più diversificati per materia rispetto a quelli dei consumatori.

**3.1. Le segnalazioni pregiudizievoli.** Senza considerare le questioni relative ai conti corrente, un primo filone giurisprudenziale particolarmente ricco di decisioni ABF riguarda in effetti le cosiddette segnalazioni negative nelle centrali rischi, pubbliche e private, delle quali le imprese chiedono la cancellazione (oltre al risarcimento del danno) in quanto pregiudizievoli sul piano della reputazione e dell'accesso al credito.

**3.1.1. La Centrale Rischi della Banca d'Italia.** Con riguardo alle centrali dei rischi pubbliche, la maggior parte delle controversie riguarda la Centrale Rischi della Banca d'Italia e le segnalazioni contestate sono per lo più segnalazioni a "sofferenza".

Per quanto concerne il presupposto sostanziale della segnalazione, la giurisprudenza dell'ABF è allineata con quella ordinaria nell'affermare che la segnalazione a sofferenza richiede una valutazione complessiva della situazione finanziaria del cliente per verificare se sia espressione di una stabile e consolidata incapacità di fare fronte ai propri debiti. La sofferenza indica infatti una situazione patrimoniale caratterizzata da una grave difficoltà economica non temporanea, equiparabile, anche se non coincidente, alla condizione di insolvenza: il semplice ritardo nel pagamento del debito o la contestazione del credito da parte del debitore non determina la segnalazione a sofferenza.

Qualora venga contestata la legittimità di una segnalazione a sofferenza per mancanza del presupposto sostanziale, l'ABF esige dall'intermediario l'allegazione di elementi rilevanti sotto il profilo dell'identificazione di una condizione di grave e non transitoria difficoltà economica dell'impresa ricorrente. Viene pertanto esclusa la legittimità di segnalazioni a sofferenza discendenti da un mero ritardo nei pagamenti, come pure di quelle effettuate in pendenza di trattative per la conclusione di un piano di rientro dell'esposizione debitoria, trattative che vengono considerate indicative di una situazione non definitivamente compromessa. Va però ricordato che qualora, dopo la segnalazione a sofferenza, il debito venga saldato a seguito di un accordo transattivo, l'intermediario è comunque tenuto a segnalare nella categoria "sofferenze-crediti passati a perdita" la parte di credito non recuperata in quanto non coperta dall'accordo. Il pagamento del debito non comporta la cancellazione delle segnalazioni a sofferenza pregresse.

Le segnalazioni a sofferenza in CR sono spesso contestate dalle imprese anche sotto il profilo procedurale, concernente il mancato invio di un preavviso di segnalazione. La *Circolare della Banca d'Italia n. 139 dell'11 febbraio 1991 – Centrale dei rischi Istruzioni per gli intermediari creditizi*<sup>3</sup> (v. il capitolo I, sezione 1, parag. 4) stabilisce che "gli intermediari devono informare per iscritto il cliente e gli eventuali coobbligati (garanti, soci illimitatamente responsabili) in occasione

---

<sup>3</sup> In data 21 ottobre 2021 è stato pubblicato il 20° Aggiornamento della *Circolare*, che sostituisce il 19° Aggiornamento del 10 febbraio 2020 al quale ci si riferisce nel testo.

della prima segnalazione a sofferenza” (v. sez. I, parag. 4). Si tratta di un obbligo di comunicazione che per i clienti non consumatori non deve necessariamente precedere la segnalazione in CR e che si configura come una condotta dovuta dall’intermediario diligente nell’adempimento degli obblighi di trasparenza negoziale e di esecuzione del rapporto secondo correttezza e buona fede ex art. 1375 c.c. L’omesso invio dell’avviso di segnalazione non incide perciò sulla validità della segnalazione, ma solo sul piano obbligatorio dell’eventuale risarcimento del danno, fermo che la *Circolare* specifica, tra l’altro, che “per garantire l’inoltro delle segnalazioni nei termini previsti, l’intermediario può – se necessario previa integrazione del contratto di finanziamento – preavvertire il debitore/consumatore anche attraverso l’uso di mezzi elettronici o telematici, quali ad esempio email o sms, che consentano il tempestivo e sicuro recapito dell’informazione” (v. ancora sez. I, parag. 4).

**3.1.2. I sistemi di informazioni creditizie (SIC).** La mancata trasmissione del preavviso può invece in alcuni casi condurre all’illegittimità della segnalazione pregiudizievole (e non solo a conseguenze di tipo risarcitorio) qualora la stessa sia effettuata in una centrale rischi privata o in un sistema di informazioni creditizie (SIC), quali CRIF, Experian, ecc.

Per queste segnalazioni la trasmissione del preavviso di segnalazione è imposta dal Codice Deontologico SIC, il cui art. 4, comma 7, prevede che “[a]l verificarsi di ritardi nei pagamenti, il partecipante, anche unitamente all’invio di solleciti o di altre comunicazioni, avverte l’interessato circa l’imminente registrazione dei dati in uno o più sistemi di informazioni creditizie”. La *ratio* della disposizione, come risulta dal Provvedimento interpretativo del Codice Deontologico SIC del 26 ottobre 2017, è “quella di rendere edotti gli interessati delle conseguenze di un perdurante inadempimento, dando così loro la possibilità di sanarlo prima di procedere all’effettiva iscrizione dei nominativi nei «Sic»”. Secondo l’orientamento dell’ABF, in mancanza della prova da parte dell’intermediario dell’invio al ricorrente di “*un preavviso (quanto meno) in occasione della prima segnalazione di ritardo nel pagamento delle rate*”, la

segnalazione deve considerarsi illegittima e va cancellata (Coll. Roma, 20151/2019).

Va nondimeno rammentato che il Collegio di coordinamento, che considera il meccanismo protettivo del preavviso previsto dal Codice Deontologico SIC operante a favore dei soli consumatori persone fisiche (decisione del 24 settembre 2012, n. 3089) e non anche delle persone giuridiche (decisione del 20 maggio 2015, n. 4140), ne giudica legittima l'estensione a professionisti e imprenditori individuali in ragione della loro posizione di debolezza cognitiva assimilabile a quella dei consumatori (decisione del 20 ottobre 2016, n. 9311).

**3.1.3. La Centrale d'Allarme Interbancaria (CAI).** Anche per quanto riguarda le segnalazioni nella Centrale d'Allarme Interbancaria (CAI) il mancato invio del preavviso di segnalazione da parte dell'intermediario determina l'illegittimità sostanziale della segnalazione, obbligandolo alla sua cancellazione.

Va a riguardo ricordato che, con l'entrata in vigore del d. lgs. 15 dicembre 2017, n. 218 di recepimento della direttiva (UE) 2015/2366 relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno (c.d. PSD<sup>2</sup>), il preavviso è diventato obbligatorio anche per le segnalazioni di revoca dell'utilizzo di carte di credito (art. 10-ter l. 15 dicembre 1990, n. 386), mentre in precedenza era richiesto dall'art. 9-bis solo con riferimento alle segnalazioni in CAI di assegni impagati per difetto di provvista.

Come riconosciuto dalla recentissima pronuncia del Collegio di Coordinamento n. 8089/2021, con l'introduzione dell'art. 10-ter si è voluto estendere anche ai titolari di carte di pagamento la specifica protezione connessa all'obbligo di preavviso, la cui *ratio* "è, notoriamente, quella di consentire al cliente di attivarsi – nel lasso di tempo che intercorre tra il preavviso e il prodursi di certe conseguenze – adempiendo agli obblighi su di lui gravanti così da evitare di incorrere nelle predette conseguenze". Pertanto, il preavviso di segnalazione di revoca della carta di credito non può limitarsi a preannunciare genericamente la segnalazione ma deve far comprendere al cliente che il termine di preavviso è

una sorta di termine di grazia, nel quale può attivarsi e procedere al pagamento di quanto dovuto all'emittente per evitare la segnalazione pregiudizievole.

Le segnalazioni in CAI di assegni impagati per difetto di provvista vengono oggi contestate, oltre che sotto il profilo della mancanza del preavviso, per violazione della sospensione straordinaria nel periodo 22 febbraio 2020-31 gennaio 2021 dei termini di pagamento dei titoli di credito disposta dalla normativa emergenziale COVID.

A riguardo, l'art. 11 del d.l. n. 20/2023 ha stabilito al primo comma che "i termini di scadenza ricadenti o decorrenti nel periodo dal 9 marzo 2020 al 30 aprile 2020, relativi a vaglia cambiari, cambiali e altri titoli di credito emessi prima della data di entrata in vigore del presente decreto, ed ogni altro atto avente efficacia esecutiva a quella stessa data sono sospesi per lo stesso periodo", precisando espressamente che "la sospensione di cui al comma 1 opera" anche sul "termine per il pagamento tardivo dell'assegno previsto dall'articolo 8, comma 1, della (...) legge n. 386 del 1990" (comma 2, lett. d). Il termine finale di sospensione del 30 aprile è stato traslato al 31 agosto 2020 dalla legge di conversione n. 40/2020 e il successivo d.l. n. 104/2020, entrato in vigore il 15 agosto 2020, ha confermato tale termine finale, estendendolo a tutti i titoli, a prescindere dalla data di emissione anteriore all'entrata in vigore del d.l. n. 20/2023 ("Fermo restando quanto previsto ai commi 2 e 3, i termini di scadenza relativi a vaglia cambiari, cambiali e altri titoli di credito e ad ogni altro atto avente efficacia esecutiva, sono sospesi fino al 31 agosto 2020. La sospensione opera a favore dei debitori e obbligati anche in via di regresso o di garanzia, salva la facoltà degli stessi di rinunciarvi espressamente").

Il terzo comma della disposizione, inserito dalla legge di conversione 5 giugno 2020, n. 40 precisa che "I protesti o le constatazioni equivalenti levati dal 9 marzo 2020 fino al 31 agosto 2020 non sono trasmessi dai pubblici ufficiali alle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura; ove già pubblicati le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura provvedono d'ufficio alla loro cancellazione. Con riferimento allo stesso periodo sono sospese le informative al prefetto di cui all'articolo 8-bis, commi 1 e 2, della legge 15

dicembre 1990, n. 386, e le iscrizioni nell'archivio informatizzato di cui all'articolo 10-*bis* della medesima legge n. 386 del 1990, che, ove già effettuate, sono cancellate”.

**4. Le frodi informatiche.** Un secondo filone di decisioni riguarda le frodi informatiche, che purtroppo aumentano sempre di più anche fra le imprese in conseguenza dell'impiego degli strumenti di pagamento per l'ordinario svolgimento della propria attività.

Gli usi “non autorizzati” di uno strumento di pagamento sono molteplici e spaziano dal furto materiale dello strumento a quello “virtuale”, che normalmente si realizza attraverso l'esecuzione di bonifici *on line* a beneficiari sconosciuti, ma può consistere anche in vere e proprie operazioni di prelievo effettuate allo sportello ATM senza l'inserimento materiale della carta, ma con digitazione di credenziali, fino alla vera e propria clonazione dello strumento.

L'uso non autorizzato di strumenti di pagamento è disciplinato dal d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 11, come modificato dal d.lgs. 15 dicembre 2017, n. 218 che ha recepito la direttiva (UE) 2015/2366 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2015 (c.d. PSD2) relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno.

Si tratta una normativa che – come ormai pacificamente riconosciuto – istituisce “un regime di speciale protezione e di altrettanto speciale *favor probatorio* a beneficio degli utilizzatori” (così il Coll. Coord, decisione n. 897 del 14 febbraio 2014; v. anche le decisioni nn. 3947/2014 e 3498/2012), tenuti al semplice disconoscimento delle operazioni di pagamento contestate. Il rischio d'impresa connesso all'impiego fraudolento di carte di credito o di strumenti di pagamento viene per converso allocato sul fornitore dei servizi di pagamento, il quale è in grado di parcellizzarlo, distribuendolo sulla moltitudine dei clienti (v. Coll. Roma, n. 1111/2010).

Infatti, qualora l'utente disconosca un'operazione di pagamento, l'art. 10 del d. lgs. 11/2010 fa ricadere in capo all'intermediario l'onere di provare sia che l'utente abbia agito con frode, dolo o colpa grave (comma 2), sia che l'operazione

stessa sia stata “autenticata, correttamente registrata e contabilizzata e che non ha subito le conseguenze del malfunzionamento delle procedure necessarie per la sua esecuzione o di altri inconvenienti” (comma 1).

Nei ricorsi con i quali i clienti disconoscono il compimento di operazioni non autorizzate, l'allegazione documentale è dunque sostanzialmente rimessa all'intermediario, che svolge difese molto articolate, quasi sempre volte a dimostrare la “colpa grave” del cliente che è rimasto vittima della frode informatica.

In realtà, la valutazione della colpa dell'impresa ricorrente ai sensi del 2° comma dell'art. 10 del d. lgs. 11/2010 può trovare spazio, e assumere rilievo per tenere indenne da responsabilità l'intermediario, soltanto qualora questi assolva all'onere probatorio richiesto dal 1° comma della medesima disposizione, come detto concernente la corretta autenticazione, registrazione e contabilizzazione dell'operazione disconosciuta nonché la mancata verifica di malfunzionamenti. In questa prospettiva è determinante la produzione da parte dell'intermediario dei log informatici delle operazioni contestate dai quali si riesca a evincere sia la predisposizione di una *strong customer authentication* (SCA) realizzata attraverso un sistema multifattoriale, sia la mancanza di anomalie nell'esecuzione delle operazioni. Qualora su questo versante la difesa dell'intermediario sia carente – perché non vengono allegati i *log* o perché vengono allegati in maniera non chiara e senza dare spiegazioni in ordine alle sigle che li contraddistinguono, ovvero ancora perché dalle tracciate informatiche risultano messaggi di anomalia che l'intermediario non chiarisce – emerge la responsabilità dell'intermediario.

Quando l'intermediario riesce a superare lo *step* della corretta autenticazione dell'operazione disconosciuta, la questione si sposta inevitabilmente sul piano della valutazione della “colpa grave” del cliente, valutazione nella quale assume rilievo determinante l'identificazione della tipologia di frode informatica da questi subita. Anzi tutto, le frodi possono essere realizzate in essere secondo schemi tipici e ampiamente noti e collaudati come il *phishing*, che consiste nell'indurre il titolare dello strumento a comunicare e (o)

a inserire su dispositivi o piattaforme informatiche le proprie credenziali personalizzate, solitamente adducendo falsamente l'esistenza di tentativi di accesso abusivo o più genericamente l'opportunità di verificare o implementare caratteristiche di sicurezza (l'induzione, che solitamente prende le forme di una mail civetta, viene denominata *smshing* quando si realizza tramite l'invio di sms e *vishing* quando si realizza tramite l'effettuazione di chiamate vocali). In relazione a queste frodi la giurisprudenza ABF afferma che la diffusione del fenomeno è tale che l'impiego di una media diligenza è sufficiente a scongiurare il pericolo e a impedire la truffa; sicché, qualora questa giunga a compimento, accade per lo più a causa di una grave negligenza del cliente. Frodi più sofisticate sono invece quelle – come il *man in the browser* o il *man in the middle*, il *sim swapping*, lo *scoofing* – che alterano messaggi, comunicazioni e lo stesso sito web dell'intermediario senza essere obiettivamente riconoscibili come truffe con l'ordinaria diligenza da parte di un cliente mediamente avveduto. In questi casi la giurisprudenza ABF, in linea di principio, esclude la sussistenza di un comportamento gravemente colpevole del cliente (salvo la sussistenza di ulteriori elementi quali, a titolo esemplificativo, l'inerzia del titolare nel caso in cui abbia rilevato anomalie del computer) trattandosi di operazioni particolarmente insidiose.

Ai fini della valutazione della "colpa grave" diventa quindi fondamentale l'allegazione documentale dell'impresa che, rimasta vittima di una frode informatica, deve descrivere nel modo più dettagliato possibile la truffa e produrre tutti gli elementi indiziari (per esempio sms ricevuti) che consentano di ricondurre la fattispecie concreta, ancorché in via inevitabilmente presuntiva, alla seconda tipologia di frodi.

Questa allegazione è fondamentale anche qualora l'impresa abbia subito una frode elementare come il *phishing*, poiché i Collegi concordano sul fatto che in tali casi è possibile comunque possibile ravvisare una colpa dell'intermediario, di regola in concorso con quella del cliente, qualora ricorrano alcune circostanze, quali, a titolo esemplificativo:

- il mancato blocco di operazioni individuate come sospette dallo stesso intermediario;
- la sussistenza di uno degli indici di rischio di frode ex art. 8 del D.M. 112/2007;
- la tempestiva segnalazione del cliente e il mancato blocco dell'operazione da parte dell'intermediario;
- l'utilizzo di un indirizzo IP estero;
- la mancata attivazione del servizio di sms-alert.

**5. Il *chargeback*.** In relazione alle imprese operanti nel settore turistico alberghiero sono frequenti le controversie relative al c.d. *chargeback*, una procedura consistente nel riaddebito da parte dell'emittente di uno strumento di pagamento o di un suo intermediario di una somma inizialmente accreditata a un esercente convenzionato in ragione della contestazione dell'operazione da parte del titolare dello strumento di pagamento addebitato, in genere una carta di credito.

Le controversie tra imprese e intermediari sono normalmente volte a verificare se il *chargeback* effettuato dall'intermediario nei confronti del ricorrente sia avvenuto nel rispetto delle norme legali e negoziali di riferimento. In questi casi la disciplina normativa di riferimento è sempre contenuta nel decreto legislativo 17 gennaio 2010, n. 11.

Spesso gli intermediari cercano di giustificare la legittimità del *chargeback* richiamando i regolamenti dei circuiti internazionali di pagamento, che sono però accordi negoziali estranei al rapporto tra l'intermediario e il ricorrente. Pertanto, per la giurisprudenza ABF, quand'anche in base a questi accordi l'intermediario resistente sia stato obbligato a effettuare il rimborso all'emittente della carta in ragione delle obbligazioni assunte, ciò non significa che possa automaticamente ribaltarne l'effetto negativo sul ricorrente in mancanza di una specifica obbligazione che vincoli quest'ultimo a subire gli effetti finali della catena di *chargeback* (cfr la decisione del Collegio ABF di Roma n. 7333/18 e n. 2196/2019 e la decisione del Collegio ABF di Bologna n. 21633/1; v. anche Collegio di

Coordinamento, decisione n. 5103/2013). La condotta dell'intermediario va dunque valutata esclusivamente sulla base della disciplina negoziale che regola il suo rapporto con l'esercente che utilizza la carta di credito come strumento di pagamento, in particolare per quanto concerne il profilo "dell'allocazione del rischio" in caso di contestazione di un'operazione di pagamento realizzata con la carta.

**6. Le misure di sostegno alle imprese per l'emergenza sanitaria da COVID-19.** Vi è poi un ultimo filone giurisprudenziale dovuto all'emergenza sanitaria generata dall'epidemia di Covid-19, e segnatamente due misure legislative di sostegno alle imprese: *i*) la possibilità per le micro, piccole e medie imprese (PMI) di richiedere una moratoria su linee di credito in conto corrente, finanziamenti per anticipi su crediti, prestiti non rateali, rate di prestiti e canoni in scadenza, originariamente concessa dall'art. 56, comma 2, del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 fino al 30 settembre 2020 e poi prorogata fino al 31 dicembre 2021 (art. 16 del d.l. 25 maggio 2021, n. 73); *ii*) la possibilità per le imprese danneggiate dalla pandemia di richiedere agli intermediari finanziamenti garantiti dal Fondo per le PMI (Fondo centrale di garanzia) ai sensi dell'art. 13, comma 1, lett. m, del d.l. 8 aprile 2020, n. 23.

Sono numerose le imprese che si rivolgono all'ABF lamentando la mancata concessione da parte degli intermediari dell'una o dell'altra misura di sostegno.

**6.1. La moratoria dei finanziamenti.** Con specifico riferimento alla moratoria dei finanziamenti ex art. 56 del d.l. n. 18/2020, le controversie tra banche e imprese riguardano essenzialmente il requisito di accesso alla misura previsto dal comma 4 dell'art. 56, che la riserva alle sole imprese "le cui esposizioni debitorie non siano, alla data di pubblicazione del presente decreto, classificate come esposizioni creditizie deteriorate ai sensi della disciplina applicabile agli intermediari creditizi".

Spesso le imprese chiedono di accertare il loro “diritto” alla concessione della moratoria fraintendendo il requisito di accesso, che fanno coincidere con il solo classamento a “sofferenza”. Invece, ai sensi della Circolare della Banca d’Italia n. 272/08, l’esposizione creditizia deteriorata può rientrare in sottocategorie ulteriori rispetto a quella delle sofferenze, quali le inadempienze probabili e le esposizioni scadute e/o sconfinanti. Pertanto, la presenza di rate scadute da più di 90 giorni ovvero uno sconfinamento superiore ai 90 giorni è un evento di per sé sufficiente a qualificare l’esposizione dell’impresa come deteriorata, ed è irrilevante che il deterioramento sia modesto o afferisca a un rapporto diverso da quello per il quale viene chiesta la sospensione. Si tratta infatti di una condizione ostativa del beneficio imposta direttamente dalla normativa che lo prevede, e in relazione al quale non sussiste alcuna possibilità di deroga da parte dell’intermediario.

Talvolta gli intermediari, pur negando l’accesso alla moratoria ex art. 56, si dichiarano disponibili a concludere accordi negoziali di sospensione delle rate con le imprese interessate, subordinandoli tuttavia a specifiche condizioni che queste ultime contestano considerandole vessatorie. L’ABF non ha però alcun margine di intervento poiché – al di fuori della previsione dell’art. 56 – la “sospensione del rimborso delle rate costituisce rinegoziazione dell’accordo contrattuale” (v. la pronuncia del Collegio di Palermo n. 6503/2019; cfr. anche Collegio Bologna, decisione n. 7272/2019) e rientra nella discrezionalità dell’intermediario anche sotto il profilo dell’introduzione di nuove condizioni.

**6.2. I finanziamenti garantiti dal Fondo.** Per quanto riguarda i finanziamenti garantiti dal Fondo, la questione principale che è stata sottoposta all’attenzione dell’Arbitro è se l’intermediario possa rifiutare la concessione del finanziamento a imprese che non rientrano tra i soggetti per i quali è lo stesso d.l. n. 23/2020 a escludere l’intervento in garanzia del Fondo a condizioni più favorevoli rispetto a quelle ordinarie; ossia, le imprese che “presentano esposizioni classificate come «sofferenze» ai sensi della disciplina bancaria”, ovvero con riguardo alle quali sussistano esposizioni classificate come

“inadempienze probabili” o “scadute o sconfinanti deteriorate” ai sensi della Circolare della Banca d’Italia del 30 luglio 2008, n. 272 prima del 31 gennaio 2020 (a seguito delle modifiche apportate dalla legge n. 40/2020 possono beneficiare dell’intervento anche le imprese con esposizioni deteriorate anteriori al 31 gennaio 2020 qualora siano accordate loro misure di concessione).

Alcune banche hanno infatti rifiutato la concessione del finanziamento anche a imprese che non rientravano nelle categorie escluse *ex lege* e che erano state ammesse alla garanzia del Fondo, affermando che la concessione di credito ai sensi dell’art. 13, comma 1, lett. m, del d.l. n. 23/2020, ancorché garantita, è comunque subordinata alla valutazione discrezionale del merito creditizio del richiedente.

Le disposizioni delle lettere g), g-bis), g-ter) e m) dell’art. 13 non introducono un diritto dei soggetti indicati dalle norme a essere finanziati o, per converso, un obbligo a contrarre in capo agli enti finanziatori, nonostante l’integrale copertura del valore del finanziamento da parte della garanzia pubblica. L’intermediario, infatti, non solo si esporrebbe comunque a rischi operativi connessi al finanziamento, per esempio quelli riconducibili alla gestione delle situazioni “*non performing*”, anche in ragione delle numerose previsioni delle Condizioni di ammissibilità al Fondo che prevedono la sopravvenuta inefficacia o la revoca della garanzia pubblica già concessa, pur solo per mancanze di carattere formale (v. per esempio la Parte IV, lett. F); ma si assumerebbe in ogni caso una responsabilità di natura giuridica, civile e penale, correlata all’erogazione di crediti in favore di soggetti non adeguatamente valutati.

Probabilmente le misure di sostegno varate con il d.l. n. 23/2020 avevano un altro, più ambizioso obiettivo, ma le disposizioni del decreto liquidità non riconoscono un “diritto” a ottenere il finanziamento da parte degli intermediari del credito in quanto volte esclusivamente ad agevolare l’accesso alla garanzia pubblica, favorendo così solo indirettamente e in via eventuale la possibilità di ottenere i finanziamenti grazie alla mitigazione del rischio di credito assicurata

dall'intervento dello Stato (v. per esempio le decisioni del Collegio di Roma n. 16038/2021 e del Collegio di Palermo n. 6254/2021).

### **7. I profili di inammissibilità: la mancanza di preventivo reclamo.**

Questo breve *excursus* su alcuni casi d'intervento dell'ABF dà conto delle oggettive difficoltà che incontrano le imprese nel proporre ricorsi che l'ABF possa considerare favorevolmente.

Si diceva che spesso i ricorsi sono dichiarati inammissibili o improcedibili. Può valere la pena, allora, indicarne le ipotesi più frequenti.

Fermo restando che l'Arbitro può decidere di controversie relative a operazioni (i) sorte dopo il 1° gennaio 2009 e (ii) dal 1° ottobre 2022 solo sorte nei sei anni precedenti la presentazione del ricorso, e comunque riguardanti diritti non prescritti, il primo profilo di inammissibilità è costituito dal c.d. principio di corrispondenza tra reclamo e ricorso. Le nuove *Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari* della Banca d'Italia vigenti dal 2020 (in seguito, Disposizioni ABF) stabiliscono espressamente che "Il ricorso all'ABF è preceduto da un reclamo preventivo all'intermediario" (sez. VI, § 1), vale a dire da "ogni atto con cui un cliente chiaramente identificabile contesta in forma scritta (es. lettera, fax, e-mail) all'intermediario un suo comportamento anche omissivo" (v. la definizione di reclamo contenuta alla sez. I, § 3). In particolare, la possibilità di presentare ricorso all'ABF è riservata al "cliente rimasto insoddisfatto" dalla risposta al reclamo fornita dall'intermediario "o il cui reclamo non abbia avuto esito nel termine di 60 giorni dalla sua ricezione da parte dell'intermediario, o nei più brevi termini eventualmente previsti da specifiche disposizioni di legge o dalle disposizioni emanate dalla Banca d'Italia in attuazione del Titolo VI del TUB. (...). Il ricorso deve avere ad oggetto la stessa questione esposta nel reclamo".

La fase del reclamo si atteggia come una vera e propria condizione di procedibilità per il valido esperimento della procedura ABF: con almeno tre conseguenze.

In primo luogo, l'eventuale mancata attivazione della fase di reclamo, "integrando l'inesistenza di un presupposto dell'azione, può bene essere rilevata d'ufficio": l'Arbitro dichiara il ricorso improcedibile senza entrare nel merito della controversia (in questi termini la decisione del Collegio di Coordinamento n. 5304/2013). Secondo un consolidato orientamento dei Collegi territoriali, in base all'ordinario meccanismo di ripartizione dell'onere probatorio ex art. 2697 c.c. spetta alla parte ricorrente allegare il reclamo a suo tempo presentato all'intermediario al fine di dimostrare il rispetto di questa condizione di procedibilità (in questi termini, da ultimo, Collegio Palermo, decisione n. 22556 del 14 dicembre 2020).

Non è tuttavia infrequente che l'impresa ricorrente qualifichi come reclamo nel modulo di ricorso messo a disposizione dal portale ABF una precedente comunicazione inviata nell'ambito del rapporto controverso, ma dalla quale non è possibile evincere alcuna contestazione – quanto meno non una contestazione intellegibile – in merito all'operato dell'intermediario, ma soltanto una mera richiesta di informazioni o di giungere a un accordo transattivo per definire l'esposizione debitoria.

In secondo luogo, non si può presentare il ricorso prima che l'intermediario abbia modo di esaminare il reclamo, dovendo far trascorrere un periodo normalmente di 60 giorni.

In terzo luogo, è necessaria una almeno tendenziale identità tra le richieste formulate con il reclamo e quelle avanzate nel ricorso (*petitum*), che riguarda anche la tendenziale identità tra gli elementi di fatto e di diritto posti alla base di tali richieste (*causa petendi*), considerato che la finalità di prevenire l'insorgere di una controversia giudiziaria "verrebbe frustrata se il comportamento contestato all'intermediario in sede di reclamo differisse, anche solo in parte, da quello stigmatizzato nel ricorso" (così, tra le tante, le decisioni del Collegio di Bologna n. 19055/2019 e n. 2955/2018; e quelle del Collegio di Roma n. 990/2016 e 3446/2017).

Ne deriva che non è ammessa né la modifica in sede di ricorso delle richieste formulate nel reclamo, né la loro modifica nel corso del procedimento in

sede di repliche alle controdeduzioni dell'intermediario. Per i Collegi non è infatti ammissibile una *mutatio libelli* nel procedimento ABF, essendo possibile solo la precisazione delle domande già formulate in sede di ricorso (cfr. Collegio Milano, n. 7086/2017; Collegio Milano, n. 13733/2017; Collegio Bari, n. 17853/2018; Collegio Bari, n. 17726/2020).

L'unica eccezione a questa regola di sostanziale immutabilità della domanda dalla fase di reclamo fino alla conclusione del procedimento ABF riguarda il risarcimento del danno, considerato che le Disposizioni ABF prevedono che "il cliente può chiedere nel ricorso il risarcimento del danno anche quando tale richiesta non sia stata formulata nel reclamo, qualora il danno lamentato sia conseguenza immediata e diretta della medesima condotta dell'intermediario segnalata nel reclamo".

**8. (Segue) La litispendenza.** Un ulteriore limite alla competenza dell'ABF è costituito dalla pendenza della controversia dinanzi all'autorità giudiziaria ordinaria, posto che la sez. I, § 4, delle Disposizioni ABF preclude la proposizione di "ricorsi inerenti a controversie già sottoposte all'autorità giudiziaria", precisando che "rientrano tra le controversie sottoposte all'autorità giudiziaria i procedimenti di esecuzione forzata e di ingiunzione".

L'orientamento del Collegio di Coordinamento è nel senso che sussiste litispendenza quando i due procedimenti (giudiziario e arbitrale) presentano identità di soggetti nonché di *petitum* e *causa petendi* o comunque hanno "aree di giudizio comuni", sicché la decisione assunta nell'ambito del procedimento arbitrale potrebbe incidere sul procedimento ingiuntivo/esecutivo in corso (v. Collegio Coord., decisione n. 5265/2014). Ne consegue che, per esempio:

- non è consentito contestare di fronte all'ABF un credito che l'intermediario ha già azionato in via monitoria nei confronti dell'impresa;
- non è consentito – più in generale – contestare comportamenti dell'intermediario oggetto di accertamento, anche incidentale, in un procedimento giudiziario ordinario;

- l'ABF non è competente a conoscere e sindacare le modalità di esecuzione del pignoramento presso terzi da parte dell'intermediario che rivesta la qualifica di terzo pignorato, trattandosi di questioni che vanno necessariamente devolute alla cognizione del giudice dell'esecuzione. Con la recente decisione n. 8088 del 24 marzo 2021, il Collegio di coordinamento ha definitivamente chiarito che questa preclusione opera anche con riferimento al procedimento speciale di pignoramento esattoriale previsto dall'art. 72-*bis* del d.p.r. 29 settembre 1973, n. 602 (anche nella sua fase c.d. stragiudiziale).

**9. (Segue) L'incompetenza per valore e per materia.** La competenza dell'ABF, che riguarda in generale l'accertamento di diritti, obblighi e facoltà indipendentemente dal valore del rapporto, è circoscritta, come si è accennato, da un criterio di valore se la richiesta del ricorrente ha per oggetto anche una somma di denaro.

Va tenuto presente che l'attuale limite di 200.000 euro opera anche in relazione a quelle domande che, pur riguardando formalmente solo l'accertamento di diritti o obblighi, "siano strumentalmente ed esclusivamente finalizzate all'esercizio di azioni volte alla condanna dell'intermediario per importi superiori" alla soglia in questione (Collegio di Coordinamento, decisione n. 3169/2014).

Inoltre, il ricorso può essere proposto sotto il profilo soggettivo soltanto nei confronti di banche, intermediari ex art. 106 TUB, confidi, istituti di pagamento, Poste Italiane, e deve riguardare, sotto quello oggettivo: (i) operazioni e servizi finanziari, non servizi o attività di investimento di competenza dell'ACF, l'arbitro per le controversie finanziarie che opera presso la Consob; (ii) con riguardo a Poste Italiane, solo i servizi Bancoposta.

**10. (Segue) Le domande di condanna o di inibitoria di comportamenti determinati.** All'ABF possono del resto essere sottoposte soltanto questioni che, ancorché implicanti la corresponsione di una somma di denaro, riguardano "l'accertamento di diritti, obblighi e facoltà" (sez. I, par. 4 delle Disposizioni ABF).

Ne inferisce l'inammissibilità anche delle domande con le quali viene chiesto al Collegio di ingiungere all'intermediario di tenere un determinato comportamento (per esempio, di concedere un finanziamento o di concludere un accordo), come pure di quelle volte a inibirgli un comportamento futuro (il recesso da un rapporto, o l'effettuazione di una segnalazione pregiudizievole), trattandosi di domande che sottendono una pronuncia costitutiva, di condanna dell'intermediario a un *facere* infungibile, che esula dai poteri dell'Arbitro (tra le altre, Collegio Roma decisione n. 24151/2018; Collegio Bari decisione n. 16721/2017).

Resta ovviamente per il Collegio la possibilità di verificare la legittimità delle relative condotte dell'intermediario ai soli fini dell'accertamento di una sua eventuale responsabilità e dell'eventuale risarcimento del danno.

**11. (Segue) La domanda di “consulenza”.** Vi è poi un ulteriore presupposto di ammissibilità del ricorso relativo alle sue modalità di redazione, costituito dal carattere “non consulenziale” della domanda.

È orientamento oramai consolidato dell'ABF quello secondo il quale “ogni domanda giudiziale postula un'affermazione univoca (...), una pretesa insoddisfatta, e non la manifestazione di un dubbio, ovvero l'ostensione di un interesse verso l'ipotetica attuazione di una pura possibilità giuridica”, con la conseguenza che “non è consentito adire l'Arbitro semplicemente per ricevere conforto nel dubbio, senza un preventivo asserto rispetto al quale il Collegio possa svolgere la verifica di fondatezza su base documentale al quale è chiamato dalla normativa applicabile” (così Collegio Napoli, 22 febbraio 2011, n. 352; per un caso analogo v. Collegio di Palermo, decisione n. 20883/2020).

Il divieto funge peraltro da filtro anche con riferimento a ricorsi che si caratterizzano per un'estrema vaghezza e indeterminatezza delle richieste formulate – prive di quel minimo grado di specificità idoneo a porre in evidenza profili d'illegittimità della condotta dell'intermediario – o da una loro intrinseca contraddittorietà, superabile soltanto attraverso un'opera di selezione

incompatibile con il principio della domanda e con la posizione di terzietà di qualunque giudicante.

Tuttavia, in molti casi resta possibile un intervento dell'Arbitro che si limiti, ancora una volta, alla sola verifica di correttezza sia delle norme applicate dall'intermediario, sia del comportamento che questo ha tenuto nell'ambito del rapporto contestato (v. Collegio Palermo, decisioni n. 16679 del 28 settembre 2020 e n. 5534 del 3 marzo 2021).

**12. Il merito della controversia e la carenza di prova.** Quanto ai profili relativi al merito della controversia, non è raro che il ricorso venga respinto non per ragioni sostanziali, ma per un'evitabile carenza delle prove che, vale la pena ricordarlo, possono essere esclusivamente documentali.

Le Disposizioni ABF non contengono, neppure nell'ultimo aggiornamento, una disciplina organica sulla prova (e, di conseguenza, sulla ripartizione dell'onere probatorio e sui poteri dell'arbitro giudicante in ordine agli elementi probatori acquisiti nel corso del procedimento).

Il Collegio di Coordinamento ha stabilito che per decidere “sulla fondatezza della domanda non può che farsi applicazione, «in linea di massima» (stante l'assenza di specifici richiami alle norme generali e avuto riguardo alla natura «valutativa» del responso), delle regole fondamentali del processo civile: il principio dispositivo (artt. 99 e 115 c.p.c); il principio del contraddittorio (art. 101 c.p.c. e 167 c.p.c.) e il principio dell'onere della prova (art. 2697 c.c.)” (così Coll. Coord., decisione n. 7716 del 29 giugno 2017). Dunque, resta in particolare fermo che le decisioni vanno fondate sulle prove rese dalle parti o su fatti non contestati” (art. 115, co. 1, c.p.c.) e che “chi vuole far valere un diritto deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento” (art. 2697, co. 1, c.c.).

L'applicazione dei principi processualistici della disponibilità e dell'onere della prova al procedimento ABF fa sì che “il rischio della mancanza o insufficienza della prova di un fatto controverso non può che essere addossato alla parte che, avendolo affermato, aveva l'interesse a dimostrarlo” (v. Coll. Coord., decisione n. 7716/2019). Restando pur fermo che, trattandosi in genere

di questioni contrattuali, spetta all'intermediario provare il proprio adempimento o un altro fatto estintivo della pretesa del ricorrente.

Un importante temperamento alla regola è peraltro costituito dal c.d. principio di vicinanza della prova, che in deroga all'art. 2697 c.c. trasla l'onere probatorio di un fatto rimasto incerto nel giudizio sull'intermediario se si trova nelle migliori condizioni per provarlo (v. Collegio di Coordinamento, decisione n. 7716/2019)<sup>4</sup>.

Più in generale, in coerenza con la natura protettiva del dovere di supporto documentale sussiste un obbligo di cooperazione in capo all'intermediario nella produzione della documentazione rilevante per la decisione nel merito<sup>5</sup>, il cui mancato assolvimento in sede di reclamo consente all'Arbitro di trarre "argomenti di prova" favorevoli alla tesi del ricorrente, in applicazione dell'art. 116, comma 2, c.p.c. e in collegamento con le risultanze istruttorie già acquisite.<sup>6</sup>

L'argomento di prova offre però soltanto elementi di valutazione di altre prove e, quindi, non può costituire l'unico fondamento per considerare provato un fatto<sup>7</sup>, con la conseguenza che l'atteggiamento non collaborativo (o ostruzionistico) tenuto dalla banca convenuta in sede di riscontro al reclamo non può essere in concreto equiparato all'ammissione del fatto controverso<sup>8</sup>.

Diversa è però l'ipotesi che l'intermediario resistente perseveri nel suo atteggiamento reticente e non depositi le controdeduzioni nei termini, dando luogo a un procedimento nella sostanza "contumaciale", perché in tal caso si

---

<sup>4</sup> V. G. CONTE, *L'arbitro bancario finanziario*, Milano, 2021, p. 146 ss.; A. A. DOLMETTA-U. MAVAGNA, *Vicinanza della prova e contratti d'impresa*, in *apertacontrada.it*, 2015, p. 9.

<sup>5</sup> Ai sensi delle Disposizioni ABF, sez. VI, par. 5, "viene resa pubblica, altresì, la mancata cooperazione al funzionamento della procedura da parte dell'intermediario. Tra i casi di mancata cooperazione rientrano, ad esempio, l'omissione o il ritardo nell'invio della documentazione richiesta che abbiano reso impossibile una pronuncia sul merito della controversia, o il mancato versamento dei contributi richiesti".

<sup>6</sup> Parte della giurisprudenza civile, anche di legittimità, afferma peraltro che si può considerare il comportamento processuale o extraprocessuale come "unica e sufficiente fonte di prova" per la formazione del convincimento del giudice, e non soltanto "elemento secondario di valutazione delle risultanze probatorie altrimenti acquisite" (così Cass., 26 giugno 2007, n. 14748; e già Cass., 26 marzo 1997, n. 2700; più recentemente, Cass., 29 gennaio 2013, n. 2071).

<sup>7</sup> V. Collegio di Roma, 30 maggio 2014, n. 3535.

<sup>8</sup> Non a caso, il Collegio Roma 30 maggio 2014, n. 3535 ha sottolineato come la non collaborazione venga analogicamente ricondotta alla mancata ottemperanza a un ordine del giudice ai sensi dell'art. 210 c.p.c. anche dalla giurisprudenza civile.

considera pacificamente applicabile il principio di non contestazione delineato dall'art. 115 c.p.c., che invece nel processo civile può operare solo nel caso di costituzione di ambedue le parti<sup>9</sup>. D'altro canto, la cooperazione richiesta davanti all'Arbitro non si atteggia come un mero obbligo formale e procedurale, ma si ricollega agli obblighi sia di correttezza e buona fede in ambito contrattuale, sia di trasparenza bancaria, la cui mancata ottemperanza responsabilizza ancor più l'assenza dell'intermediario.

In sostanza, nel caso in cui l'intermediario non abbia formulato argomentazioni sui fatti occorsi e non abbia correttamente assolto l'onere probatorio su di lui incombente, per il principio di vicinanza alla prova non può che considerarsi accertata, assumendo la documentazione in atti, l'avvenuta messa in atto dell'operazione controversa nei termini prospettati dalla parte ricorrente, con l'effetto di dover considerare acclarata la denunciata violazione degli obblighi di condotta incombenti sul resistente, salvo che gli elementi probatori necessari per dirimere la controversia rientrino nella disponibilità del correntista e questi non li abbia allegati<sup>10</sup>.

**13. (Segue) Le domande di risarcimento del danno e di refusione delle spese di lite.** In applicazione delle regole sulla prova nel procedimento ABF è frequente la soccombenza delle imprese ricorrenti rispetto alle domande di risarcimento del danno e di refusione delle spese di lite avanzate nei confronti degli intermediari, rendendo di scarsa utilità anche le (non frequenti) decisioni che accertano un illegittimo comportamento dell'intermediario.

Il risarcimento, che può essere chiesto anche solo nel ricorso, se il danno è "conseguenza immediata e diretta" della condotta dell'intermediario segnalata nel reclamo, richiede la prova del danno da parte del ricorrente, come ripetutamente chiarito dalla giurisprudenza dei Collegi: "spetta al cliente il

---

<sup>9</sup> Il punto è ben colto da Collegio di Roma, 19 luglio 2016, n. 6535. In una prospettiva comparata, v. Collegio di Roma, 20 dicembre 2013, n. 6746.

<sup>10</sup> In quest'ultima ipotesi si tratterebbe, infatti, non tanto di applicazione del principio di prossimità della prova, quanto piuttosto dell'irrogazione di una sanzione punitiva: v. Coll. Coord., 29 giugno 2017, n. 7716.

risarcimento del danno patrimoniale, la cui sussistenza ed entità egli sia in grado di dimostrare, nonché del danno non patrimoniale, la cui sussistenza non è *in re ipsa*, ma deve essere provata anche facendo ricorso a presunzioni semplici e a nozioni di comune esperienza; in tal caso si potrà ricorrere alla liquidazione equitativa ma rimane onere della parte ricorrente indicare al Collegio idonei elementi di valutazione” (così, nel caso di segnalazioni pregiudizievoli, Collegio di Coordinamento, decisione n. 1642/2019, richiamata dalla recente decisione n. 8089/2021).

Nei ricorsi, la domanda di risarcimento del danno viene invece spesso formulata in maniera apodittica e, soprattutto, senza fornire alcuna prova o elemento indiziario rilevante in grado di dimostrare, anche per presunzioni, esistenza ed entità del pregiudizio lamentato, né in termini di danno emergente (perdite economiche quali costi, addebiti ingiustificati, ecc.), né in quelli di lucro cessante (mancati guadagni). In questi casi non risulta perciò assolto l’onere della prova né sull’*an*, né sul *quantum* del pregiudizio lamentato e ciò non consente nemmeno di procedere a una valutazione equitativa del danno ex art. 1226 c.c.

In definitiva, il risarcimento del danno è sempre commisurato all’effettivo pregiudizio subito dal titolare del diritto, non potendo degradare a ristoro per un danno *in re ipsa* (Collegio Coordinamento, decisione n. 1642/19).

Di grande rigore è inoltre la posizione dell’ABF con riferimento al rimborso delle spese legali relative al procedimento<sup>11</sup>, non di rado domandato dalle imprese ricorrenti.

Il regolamento ABF non si occupa dell’argomento, secondo il Collegio di Coordinamento (decisioni n. 3498/2012 e n. 4618/2016, alle quali appartengono i passaggi di seguito citati testualmente) in coerenza con la natura di ADR del procedimento, che può essere instaurato senza l’ausilio di un difensore, il che esclude anche la possibilità di fare riferimento all’art. 91 c.p.c. sulla condanna alle spese del soccombente. La domanda può pertanto essere accolta solo

---

<sup>11</sup> Di “limiti piuttosto severi” parla V. SANGIOVANNI, *Presenza dell’avvocato e refusione degli onorari nella mediazione bancaria (ABF) e finanziaria (ACF)*, in *I Contratti*, 2/2018, p. 231 ss.

applicando “criteri di estrema prudenza”, che includono “l’accertamento dell’effettivo sostenimento dell’onere defensionale, della sua funzionalità alla gestione del procedimento, della ragionevolezza e coerenza dell’importo richiesto rispetto al valore e alla complessità della controversia”. Per l’Arbitro le spese di assistenza professionale non hanno comunque “carattere di accessorietà rispetto alla domanda principale” e ci si deve essere avvalsi di un difensore “nell’intero snodo procedimentale che va dal reclamo al ricorso”, così che devono essere “autonomamente e specificamente richieste” non solo nel ricorso, ma già nel reclamo, nonostante siano considerate una componente del pregiudizio patito dal ricorrente. Occorre inoltre produrre la parcella del legale a sostegno della relativa domanda (v. per es. Coll. Roma, decisione n. 22355/2020), in modo da dimostrare l’effettività del costo. Il rimborso non è però dovuto nel caso di cessazione della materia del contendere sulla domanda principale, salva “l’ipotesi in cui l’intervento del professionista sia stato reso necessario dal comportamento particolarmente e ingiustificatamente ostile e ostruzionistico tenuto dall’intermediario resistente”.

**14. Presentare un ricorso che può essere accolto (se fondato):**  
**sintesi.** Riassumendo, l’impresa si deve preoccupare:

- (i) per evitare che il ricorso sia considerato improcedibile o inammissibile in tutto o in parte:*
  - a) che la controversia riguardi operazioni o comportamenti successivi al 1° gennaio 2009 o, dal prossimo ottobre, sorte nei sei anni precedenti il ricorso;
  - b) di aver presentato per iscritto il reclamo, di unirne copia al ricorso, di aver atteso il tempo previsto (di solito 60 giorni) dopo il reclamo;
  - c) che reclamo e ricorso coincidano;
  - d) che la domanda riguardi una banca o un altro intermediario – e quello giusto se nella controversia ne è coinvolto più d’uno –

- legittimato passivo e un'operazione o servizio bancario e finanziario;
- e) di non modificare la domanda durante il procedimento, salva la possibilità di risarcimento dei danni che siano conseguenza immediata e diretta dei comportamenti contestati all'intermediario;
  - f) se chiede, anche in via indiretta e strumentale, una somma di denaro, che questa non superi i 200.000 euro;
  - g) di non presentare il ricorso se è pendente una controversia dinanzi all'autorità giudiziaria ordinaria, anche di esecuzione del pignoramento (pure esattoriale) presso l'intermediario a opera di un creditore, con identità di soggetti, di *petitum* e di *causa petendi* o con significative aree di sovrapposizione con il ricorso;
  - h) di evitare richieste all'ABF di tipo consulenziale chiedendogli di essere lui a ricostruire i fatti che sarebbero alla base della domanda, o costitutive con condanna dell'intermediario a un *facere* infungibile;
- (ii) *per vedere accolto nel merito il ricorso:*
- i) di rispettare sempre l'onere della prova, indicando i fatti rilevanti e le condotte inadempienti dell'intermediario;
  - j) con riguardo all'eventuale domanda di risarcimento, di provare i danni che dichiara di aver subito senza limitarsi a indicazioni generiche o apodittiche e senza confidare in una loro valutazione in via equitativa che non può sopperire alle carenze documentali e che richiede comunque la prova della sussistenza di un danno risarcibile;
  - k) in relazione alle spese legali, di chiederne autonomamente la refusione fin dal reclamo e poi di allegare al ricorso la parcella del difensore.

**15. L'equivoco delle imprese con riguardo all'ABF.** Pare dunque che per molte imprese si sia generato un equivoco con riguardo all'ABF che aggrava il già scarso ricorso allo strumento: pensare che la scelta di chiederne l'intervento risulti, se così può dirsi, auto-sufficiente, che il solo fatto di ricorrervi basti per vedere riconosciute le loro ragioni, senza troppo preoccuparsi né dell'ammissibilità del ricorso, né di provare le condotte contestate e tanto meno il danno subito.

Certamente va incentivato il ricorso all'ABF, impegnandosi a far conoscere lo strumento e tranquillizzando le imprese sulla piena convenienza per tutti, anche per le banche, della sua utilizzazione, considerando che tutto il nostro tessuto economico è danneggiato, come si sa, da *performances* giudiziarie nettamente inferiori a quelle dei grandi paesi europei, che non aiutano l'Italia ad attrarre gli investimenti, soprattutto esteri. E che a tali fini i sistemi di ADR, e così l'ABF, sono essenziali per decongestionare la giustizia ordinaria. Nondimeno, occorre anche che lo strumento si riveli, quando utilizzato, utile almeno quanto lo è per i consumatori, in relazione ai quali non a caso si è ormai sufficientemente diffuso, nonostante il calo di quest'anno dovuto alla forte contrazione dei ricorsi sulla cessione del quinto dopo il boom del 2020.

Si è provato a indicare i principali punti di attenzione in tema di ammissibilità e di accoglimento nel merito dei ricorsi. Le imprese devono impegnarsi a farli propri *prima e nel mentre* presentano il ricorso.

**15.1. Il ruolo delle associazioni imprenditoriali.** Anche le associazioni imprenditoriali possono fare la loro parte nell'aiutare le imprese a presentare ricorsi che non siano respinti per ragioni procedurali o di prova. Principalmente, a noi pare, in almeno quattro modi: (i) anzitutto, motivando le imprese a utilizzare nel modo migliore il portale ABF, che dà molte e utili informazioni, nella parte in cui riporta la relazione annuale anche sugli orientamenti dell'Arbitro sulle principali questioni sottoposte al suo esame, (ii) fornendo alle imprese ulteriori avvertenze relative ai punti che si è provato a indicare, anche predisponendo un "questionario" di controllo (1. l'operazione contestata è successiva al 1° gennaio

2009? 2. è stato presentato il reclamo contenente una precisa contestazione ed è allegato al ricorso? 3. sono passati 60 giorni dal reclamo? 4. e seg.: e così via), (iii) arricchendo lo stesso modulo standard di ricorso e le relative istruzioni presenti sul sito ABF con altri dati e suggerimenti, per esempio con riguardo alle prove, (iv) infine, impegnandosi ad assistere le imprese sia sul piano generale della formazione, sia – per quanto possibile – quando una di loro si trova concretamente nella necessità di ricorrere all’ABF: che, come si è visto, non è cosa così semplice.

**16. (Segue). Spunti per un possibile contributo dello stesso ABF.**

Forse anche l’Arbitro può fare qualcosa, pur con le dovute cautele e in attesa dell’aiuto che potrà dare l’applicazione dell’intelligenza artificiale al procedimento, ora allo studio della Banca d’Italia<sup>12</sup>.

Specie adesso che a più di dieci anni dall’istituzione la sua autorità e competenza sono indiscusse, va spinto l’acceleratore sulla semplificazione procedurale in tutte le fasi della sua attività, allontanando nella massima misura possibile il rito arbitrale da un piccolo processo ordinario.

Va eliminata nel regolamento e negli orientamenti dei Collegi ogni proceduralizzazione superflua, ogni ostacolo, non indispensabile alla tutela del diritto di tutti alla difesa, a quella “ricerca della verità” richiamata dal Collegio di coordinamento (decisione n. 7716/2019). A quella “giustizia giusta”, come si diceva negli anni settanta dello scorso secolo, che tanto più va perseguita da uno strumento alternativo di risoluzione delle controversie con le finalità e le caratteristiche dell’ABF.

Allo stesso tempo si può pensare di rendere le decisioni dell’Arbitro, anche in materia di non consumatori, il più possibile semplici e sintetiche, soprattutto per quelle relative a questioni ricorrenti o comunque di rilievo limitato, riservando

---

<sup>12</sup> V. la *Relazione ABF 2020*, p. 8. Si tratta anche di evitare i rischi che l’uso dell’A.I., pure nel campo della giustizia, porta con sé: v. G.D. Mosco, *Roboboard. L’intelligenza artificiale nei consigli di amministrazione*, in AGE 1/2019, p. 247, p. 249 e ss.

le motivazioni più ampie e dettagliate alle decisioni che affrontano (significative) questioni nuove per l'Arbitro e a quelle del Collegio di coordinamento.

In particolare, trattandosi di decisioni non giurisdizionali (e nemmeno vincolanti) – quindi non soggette alla tutela dell'art. 111, co. 6, Cost. – potrebbe essere applicato appieno il richiamo a “una succinta esposizione dei fatti rilevanti e delle ragioni giuridiche della decisione” che si trova nell'art. 118, co. 1, disp. att. c.p.c., che anzi potrebbe essere amplificato nella sua portata, pur nei limiti della necessaria salvaguardia della possibilità di comprendere cosa e in che modo si è deciso<sup>13</sup>.

Il *fatto* potrebbe essere ricostruito sinteticamente: riassunte le domande, eccezioni e deduzioni delle parti senza seguire lo schema (reclamo e) ricorso, controdeduzioni, repliche, controrepliche, se non indispensabile ai fini della decisione; omesso quanto poi è destinato a emergere in *diritto*. In quest'ultimo si dovrebbe seguire sempre il c.d. principio della ragione più liquida, limitandosi alla questione che risulta idonea a determinare la decisione, almeno se appare con sicurezza dirimente. Principio che sembra pienamente applicabile per quanto riguarda le questioni di merito, consentendo di concentrarsi su quella considerata idonea a fondare la decisione; con riguardo a quest'ultima, qualora si sia in presenza di un orientamento consolidato e condiviso dell'Arbitro, ci si dovrebbe inoltre limitare ai riferimenti normativi e di interpretazione essenziali, rinviando per i dettagli a uno o più precedenti. Con riguardo alle questioni pregiudiziali<sup>14</sup>, l'art. 276, co. 2, c.p.c. potrebbe essere inteso nel senso che il Collegio, se non intende in tutto o in parte dichiarare il ricorso improcedibile o inammissibile, può limitarsi ad affermare in apertura della motivazione di aver verificato la sussistenza dei presupposti per decidere ai sensi delle fonti normative e del regolamento ABF.

---

<sup>13</sup> In argomento v. per tutti B. CAPPONI, *La motivazione della sentenza civile. Dopo la Cass, sez. un., 16 gennaio 2015, n. 642*, reperibile in *Questione Giustizia*, 24.03.2015; ID., *Sulla “ragionevole brevità” degli atti processuali civili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 1075 ss.

<sup>14</sup> V. sul punto, in termini rigidi, Cass, 26 novembre 2019, n. 30745; in una prospettiva assai più aperta, Cass., 20 maggio 2020, n. 9309 e Cass. 10 febbraio 2020, n. 3049.

Lungo la strada di una motivazione sintetica<sup>15</sup> si potrebbe giungere a veri e propri modelli redazionali<sup>16</sup> da mettere a disposizione degli arbitri in modo da semplificare e uniformare le decisioni, contribuendo a rendere ancora più trasparente il loro modo di operare e a ridurre ulteriormente i tempi di risposta.

---

<sup>15</sup> È noto che lo stesso Primo Presidente della Cassazione, con decreto 14 settembre 2016, n. 136 (rinvenibile su [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it)) ha indicato per i provvedimenti della Corte privi di valenza nomofilattica la necessità di adottare forme “snelle” di redazione motivazionale nei limiti della complessità della gestione, motivazioni nelle quali l’esposizione dei fatti di causa sia “estremamente concisa e funzionale solo a rendere comprensibili le ragioni della decisione” e venga anzi del tutto omessa “quando i fatti di causa emergono dalle ragioni della decisione”. Per ulteriori riferimenti v. G. CANZIO, *Il linguaggio giudiziario e la comunicazione istituzionale*, in *Giustizia insieme*, 19.05.2021, par. 3, rinvenibile su [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it).

<sup>16</sup> V. ancora il decreto n. 136/2016.



*Dal D.Lgs. 231/01 al nuovo Codice della crisi di impresa: l'adeguatezza dell'assetto organizzativo paradigma di responsabilità e la sua probatio (diabolica)*

di **ANDREA VINCENTI**

**SOMMARIO: 1. PREMESSA. - 2. ASSETTI ORGANIZZATIVI E RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI. - 3. BUSINESS JUDGEMENT RULE E COLPA DI ORGANIZZAZIONE.**

**1. Premessa.** L'art. 375 del D. Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 - Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza – è intervenuto sull'art. 2086 c.c. modificandone rubrica – oggi, «gestione dell'impresa»<sup>1</sup> – e testo, aggiungendo un secondo comma ai sensi del quale «l'imprenditore, che opera in forma societaria o collettiva, ha il dovere di istituire un assetto organizzativo<sup>2</sup>, amministrativo e contabile adeguato alle dimensioni e alla natura dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti

---

<sup>1</sup> Gestione dell'impresa in termini di «organizzazione della gestione dell'impresa»: così CAGNASSO, *Diritto societario e mercati finanziari*, in *Nuovo dir. soc.*, 2018, 852. Sul punto anche MONTALENTI, *Gestione dell'impresa, assetti organizzativi e procedure di allerta nella riforma Rordorf*, *ivi*, 56; ABRIANI - ROSSI, *Nuova disciplina della crisi di impresa e modificazione del codice civile: prime letture*, in *Soc.*, 2019, 398.

<sup>2</sup> La nozione di assetto organizzativo, importata in ambito giuridico dalla scienza aziendalistica, può definirsi come «il complesso di regole che stabiliscono formalmente chi fa cosa, come e quando questo qualcosa deve essere fatto e chi controlla/vigila su chi quel qualcosa fa»: così DE MARI, *Gli assetti organizzativi societari*, in AA.VV., *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, Irrera (a cura di), 2016. Il concetto, introdotto ufficialmente in Italia con il d.lgs. 231/01, ha assunto una autonomia funzionale, quale strumento di rilevazione della crisi di impresa, dapprima con il TU delle Società a partecipazione pubblica (d.lgs. 175/2016), ove si prevede che dette società siano tenute a «predisporre specifici programmi di valutazione del rischio aziendale» (art. 6, commi 2 e 3) e, in caso emergano indicatori di crisi aziendale, ad «adottare senza indugio i provvedimenti necessari» (art. 14, comma 2), quindi, da ultimo, con il nuovo Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza.

dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale»<sup>3</sup>.

La norma codifica, rendendole cogenti per l'imprenditore che operi in forma societaria o collettiva, tre precise linee di azione<sup>4</sup>: la prima, riguarda la implementazione di un assetto organizzativo, amministrativo e contabile «adeguato alle dimensioni e alla natura dell'impresa». La seconda, specificando il concetto stesso di «adeguatezza», precisa che gli assetti devono (anche) essere diretti alla rilevazione tempestiva della crisi e della perdita della continuità aziendale; la terza, che scatta allorché si palesi la crisi o la perdita della continuità aziendale, impone all'imprenditore un obbligo di celere attivazione di uno degli strumenti previsti dal Codice della crisi in funzione della loro gestione e (auspicata) risoluzione.

La prima linea di azione si traduce nella estensione a tutte le imprese esercitate in forma societaria o collettiva di un obbligo già codificato dalla riforma del 2003 per la società per azioni e già pacificamente esteso, in via interpretativa, a tutte le società di capitali<sup>5</sup>: adesso, la attuazione di un assetto organizzativo, amministrativo e contabile «adeguato» entra a pieno titolo tra i doveri degli amministratori di tutte le società e imprese collettive non societarie<sup>6</sup> e, specularmente, diviene metro della diligenza degli amministratori.

---

<sup>3</sup> Osserva come l'imprenditore debba oggi assumere una «massiccia dose di cultura economico aziendale» VERNA, *Strumenti per il nuovo assetto organizzativo della società*, in *Soc.*, 8-9, 2019, 929.

<sup>4</sup> Cfr. CAGNASSO, *Denuncia di gravi irregolarità: una primissima pronuncia sul nuovo art. 2086 c.c.*, in *Giur. it.*, 2, 2020, 363.

<sup>5</sup> Cfr. IRRERA, *La collocazione degli assetti organizzativi e l'intestazione del relativo obbligo (tra Codice della Crisi e bozza di decreto correttivo)*, in *Nuovo dir. soc.*, II, 2020, 115; VERNA, *Strumenti per il nuovo assetto organizzativo delle società*, *cit.*, 929; BARTALENA, *Le azioni di responsabilità nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Fall.*, 3, 2019; CAGNASSO, *Gli assetti adeguati nelle società a responsabilità limitata*, in *Nuovo dir. soc.*, 2017, 13; IRRERA (a cura di), *Assetti adeguati e modelli organizzativi nelle corporate governance delle società di capitali*, Bologna, 2016, 573; CAGNASSO, *Gli assetti adeguati nella s.r.l.*, in *Nuovo dir. soc.*, 2014, 18, 8.

<sup>6</sup> L'imprenditore individuale rimane escluso dall'obbligo di dotarsi di assetti adeguati: per una critica a tale scelta IRRERA, *La collocazione degli assetti organizzativi*, *cit.*, 126 e SPOLIDORO, *Note critiche sulla «gestione dell'impresa» nel nuovo art. 2086 c.c. (con una postilla sul ruolo dei soci)*, in *Riv. soc.*, 2019, 799.

La novella in commento ha dato nuova linfa ad un problema già noto e dibattuto in dottrina e giurisprudenza, ovvero il rapporto tra principi di organizzazione aziendale e regole di corretta gestione societaria, dove i primi si pongono in regime di strumentalità rispetto alle seconde<sup>7</sup>. Se, allora, la sana attività di impresa necessita una adeguata procedimentalizzazione, occorre indagare fino a dove possa giungere lo scrutinio giudiziale sulle scelte organizzative prodromiche alle scelte gestionali. In altri termini, se la decisione gestoria deve, sulla scorta della ormai consolidata *Business Judgement Rule*, essere assunta all'esito di un processo ricostruibile *ex post*, non semplice appare la individuazione dei criteri in forza dei quali quel processo possa assumersi come "adeguato" alle dimensioni ed alla natura dell'impresa e, come tale, idoneo ad escludere una responsabilità - tanto organizzativa quanto gestoria - in capo agli amministratori.

**2. Assetti organizzativi e responsabilità degli amministratori.** Il nuovo secondo comma dell'art. 2086 c.c. cristallizza un paradigma di responsabilità dell'organo di gestione di impresa societaria o collettiva, che appare tradursi nella devoluzione allo scrutinio giudiziale del concetto stesso di adeguatezza, quale attributo del necessario modello organizzativo, amministrativo e contabile adottato dagli amministratori. Ove il vaglio di adeguatezza non dovesse condurre ad un esito fausto, allora, gli amministratori sarebbero passibili di sanzione (civilistica) quale conseguenza di una loro vera e propria «colpa di organizzazione».

Il meccanismo evoca in modo nitido la disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: come è noto, il D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231 ha introdotto nel nostro ordinamento un sistema di responsabilità degli enti dipendente dalla commissione di reati. La responsabilità si radica sull'ente in presenza di tre elementi: a) la commissione di uno dei reati

---

<sup>7</sup> RABITI, *Rischio organizzativo e responsabilità degli amministratori*, Milano, 2004, 38.

presupposto; b) l'autore materiale del reato abbia una relazione qualificata con l'ente; c) il reato sia commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente.

Il punto di tangenza delle due discipline può individuarsi nella presa d'atto che, nell'esercizio di attività di impresa, vi siano rischi endemici (a seconda dell'angolo visuale, di commissione di certi reati ovvero di *default*), la cui corretta gestione rappresenta la modalità comportamentale attesa (e quindi doverosa) a cui l'ordinamento mira per anticipare, prevenire e contenere le plurioffensive conseguenze dannose del fare impresa<sup>8</sup>.

Non azzerare, dunque, il rischio – connaturato al fare impresa<sup>9</sup> – ma gestirlo.

In particolare, nell'architettura del D.Lgs. 231/01 assume un ruolo centrale la “colpa di organizzazione”<sup>10</sup>, intesa quale *deficit* imputabile all'ente che non si sia attrezzato per gestire e prevenire il rischio reato: l'art. 6 del decreto prevede, infatti, che l'ente non incorra in responsabilità allorché fornisca prova di aver adottato ed efficacemente attuato un modello di organizzazione idoneo a prevenire i reati della specie di quello verificatosi e sia stato affidato ad un organismo, dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo, il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza del modello. Nel caso in cui il reato venga commesso da soggetto apicale, dovrà essere fornita anche la prova che il reato è stato commesso eludendo fraudolentemente il modello.

Modello organizzativo, quindi, unico argine alla irrogazione delle pesanti sanzioni di cui al decreto, ma soltanto ove lo stesso superi il vaglio giudiziale di idoneità ed efficacia.

Le due discipline, sebbene perseguano ciascuna autonome finalità, presentano dunque numerosi punti di contatto, atteso che entrambe valorizzano, quale “antidoto” al *default* dell'impresa o alla sua esposizione a

---

<sup>8</sup> Così REVERDITI, *La responsabilità penale degli organi societari*, in *Riv. DEI*, 1-2019, 77.

<sup>9</sup> Le scelte imprenditoriali «*in quanto necessariamente operate in un regime di incertezza, contengono per ciò stesso un elemento di rischio*»: cfr. ANGELICI, *Diligentia quam in suis e business judgement rule*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, I, 685.

<sup>10</sup> Cfr. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, 2010, 220, 226, il quale osserva come il fondamento della responsabilità dell'ente sia da ricercare «*in un colposo modo di essere organizzato*».

sanzioni para-penali, il requisito dell'organizzazione, in termini di sistema complesso di regole volto a monitorare la coerenza strategica dell'attività al fine di mitigare i rischi interni dell'azienda.

Tanto l'assetto quanto il modello rappresentano la concretizzazione delle regole interne adottate per contenere i rischi generalmente connessi all'attività produttiva, e costituiscono il fulcro di un sistema giuridico fondato innanzitutto sulla prevenzione piuttosto che sulla (sola) repressione, realizzato attraverso una c.d. *enforced self-regulation*<sup>11</sup>.

Tale modello di diritto "dinamico" richiede, per il suo corretto funzionamento, che entrambi gli elementi del rapporto dialogico Stato-ente trovino compiuta attuazione: ai costi certi sostenuti dall'impresa per l'adozione e attuazione di un adeguato assetto/modello organizzativo devono poter corrispondere vantaggi agevolmente quantificabili *ex ante* in termini di esclusione di responsabilità per gli organi sociali e per l'ente stesso.

Ed allora, se la (identica) *ratio* sottesa ad entrambe le normative può trovare condivisione, non altrettanto può dirsi in ordine alle sue modalità di declinazione, ove si volga lo sguardo alle difficoltà operative che il tenore laconico delle disposizioni del decreto 231 riferite alle caratteristiche del modello organizzativo ha determinato tra le imprese.

E, in effetti, a quasi venti anni dalla sua entrata in vigore, non è ancora possibile enucleare, con ragionevole certezza, quali elementi e caratteristiche debba possedere il modello organizzativo per poter costituire una valida esimente nel caso in cui un reato venga commesso<sup>12</sup>. Nelle due

---

<sup>11</sup> MARRA, *Prevenzione mediante organizzazione e diritto penale. Tre studi sulla tutela della sicurezza sul lavoro*, Torino, 2009; BRAITHWAITE, *Enforced self regulation: a new strategy for corporate crime control*, in *81 Michigan Law Review*, 1982, 1466; HUTTER, *Industry Enforced Self-Regulation*, Oxford Scholarship Online: October 2011, ERMANN - LUNDMAN, *Corporate and Governmental Deviance*, 1996, New York: Oxford University Press.

<sup>12</sup> Osserva MONGILLO, *Il giudizio di idoneità del Modello di Organizzazione ex d.lgs. 231/2001: incertezza dei parametri di riferimento e prospettive di soluzione*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 3, 2011, 69, come sebbene «è emersa una maggiore disponibilità ad adottare moduli organizzativi in linea con le esigenze del nuovo corpus normativo», tuttavia, «quando, però, le pronunce sfavorevoli alle società coinvolte in procedimento penali hanno cominciato ad infittirsi, si è diffuso il sospetto della sostanziale inutilità degli sforzi di prevenzione del rischio di realizzazione di reati:

decadi di operatività della normativa, la giurisprudenza ha avuto modo più volte di pronunciarsi sull'efficacia esimente di questo o quel modello, con orientamenti non univoci che, sovente, hanno demolito le poche certezze che si erano formate sul contenuto necessario e sufficiente di un valido modello organizzativo, senza contare che il soggetto chiamato ad effettuare l'accertamento è per giunta "visibilmente inattrezzato, per cultura, formazione e prassi, a confrontarsi con organizzazioni complesse"<sup>13</sup>.

Ed allora, principale *punctum dolens* della disciplina della responsabilità amministrativa degli enti è il silenzio serbato dal legislatore sui criteri in base ai quali valutare la meritevolezza del modello organizzativo<sup>14</sup>, ovvero quando la sua adozione renda l'ente meritevole dell'effetto premiale, in quanto capace di "prevenire reati della specie di quello verificatosi".

Ecco emergere il minimo comune denominatore delle discipline citate – l'art. 2086, secondo comma, c.c. e l'art. 6 del D.Lgs. 231/01 – ovvero la rimessione all'organo giudicante – ora civile, ora penale – della valutazione di scelte ontologicamente gestorie, quali la elaborazione ed attuazione dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile e la predisposizione del modello organizzativo ex D.Lgs. 231/01.

Da anni le associazioni di categoria – le quali hanno elaborato Linee Guida, che tuttavia non hanno mai generato in concreto alcuna presunzione di adeguatezza dei modelli ad esse conformi<sup>15</sup> – chiedono che il legislatore intervenga individuando con certezza il contenuto minimo che consenta al modello di svolgere la sua funzione esimente: urla nella notte, che ad oggi

---

*l'impressione, cioè, che a prevalere sarebbe sempre la sbrigativa logica secondo cui la stessa commissione di un reato nell'ente riveli, ex post, l'inidoneità del Modello».*

<sup>13</sup> Così PIERGALLINI, *I modelli organizzativi*, in Lattanzi (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, Milano, 2010, 83.

<sup>14</sup> MONGILLO, *Il giudizio di idoneità del modello di organizzazione ex d.lgs. n. 231/01: incertezza dei parametri di riferimento*, cit., 69.

<sup>15</sup> «Che le associazioni di categoria abbiano o meno adottato un codice di comportamento destinato ai propri associati, poco cambia sul fronte della discrezionalità di valutazione del giudice che, in ogni caso, sarà libero di verificare idoneità ed efficacia del singolo modello organizzativo, potendo egli rinvenire, nel codice di comportamento della categoria cui l'ente appartiene, un "termine di confronto" e nulla più»: così BERNASCONI, *Sub art. 6*, in Presutti – Bernasconi – Fiorio, *La responsabilità degli enti*, Padova, 2008, 159.

non hanno trovato alcuna sponda, con la sola eccezione dettata dall'art. 30, quinto comma, del D.Lgs. 81/08, che, nello specifico settore della salute e sicurezza dei lavoratori, prevede che “*in sede di prima applicazione, i Modelli di Organizzazione aziendale definiti conformemente alle Linee Guida UNI-INAIL per un sistema di gestione della salute e sicurezza sul lavoro (SGLS) del 28 settembre 2001 o al British Standard OHSAS 18001:2007 si presumono conformi ai requisiti di cui al presente articolo per le parti corrispondenti*”<sup>16</sup>.

Ed allora, il rischio è che la rinvigorita centralità che il legislatore della riforma della legge fallimentare ha tributato all'obbligo di dotare l'impresa societaria e collettiva di un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato, si traduca nell'arbitrio delle Corti chiamate a pronunciarsi sulla responsabilità degli amministratori<sup>17</sup>, soprattutto allorché l'azione sia conseguenza del fallimento (*rectius*, liquidazione giudiziale).

Il timore è che in questi casi possa essere adottato un criterio *post hoc*, *ergo propter hoc*, con l'inevitabile verdetto di inadeguatezza dell'assetto organizzativo adottato: se l'impresa è entrata in liquidazione giudiziale, *allora* il suo assetto non era adeguato.

---

<sup>16</sup> Non mancano, in realtà, incertezze applicative della norma: cfr. PISANI, Profili penalistici del testo unico sulla salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, in *Dir. pen. e proc.*, 2008, 835.

<sup>17</sup> Su assetti adeguati e responsabilità degli amministratori cfr. MONTALENTI, *Impresa. Società di capitali, Mercati finanziari*, Torino, 2017, 171; FICO, *Assetti organizzativi dell'impresa*, in *www.ilsocietario.it*, 26 giugno 2019; BAUDINO, *La disciplina della società a responsabilità limitata dopo il Codice della Crisi d'Impresa: criticità, scadenze imminenti e problematiche operative*, in *Nuovo dir. soc.*, 2019, 5, 685; Id., *Compiti e responsabilità degli organi di amministrazione e controllo delle società di capitali dopo il codice della crisi di impresa*, in *Società e Contratti, Bilancio e Revisione*, 2019, 3, 36; DI CATALDO-ROSSI, *Nuove regole generali per l'impresa nel nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Riv. Dir. Soc.*, 2018, 745 e segg.; MERUZZI, *L'adeguatezza degli assetti*, 2016; NIGRO-VATTERMOLI, *Disciplina della crisi dell'impresa societaria, doveri degli amministratori e strumenti di pianificazione: l'esperienza italiana*, in *www.ilcaso.it*, 1° novembre 2018; ROSSI, *Dalla crisi tipica ex CCII alla resilienza della twilight zone*, in *Fall.*, 2019, 291; BENEDETTI, *L'applicabilità della business judgment rule alle decisioni organizzative degli amministratori*, in *Riv. Soc.*, 2019, 425; MOSCO-LOPREIATO, *Doveri e responsabilità di amministratori e sindaci nelle società di capitali*, in *Riv. Soc.*, 2019, 117; VERNERO, *Il ruolo degli "adeguati assetti organizzativi" per l'emersione precoce della crisi aziendale*, in *Società e Contratti, Bilancio e Revisione*, 2019, n. 3, 22.

Alla luce dello scenario sin qui dipinto, appare più che auspicabile che le *best practices* assumano dignità di presunzioni – semplici ed assolute – in modo da fornire al mondo imprenditoriale un elemento troppo spesso degradato a mero accidente ma che, in realtà, è tra i protagonisti di un sistema economico sano, ovvero la certezza del diritto<sup>18</sup>.

**3. Business Judgement Rule e colpa di organizzazione.** Le questioni sin qui a grandi linee tratteggiate hanno formato oggetto di una recente decisione del Tribunale capitolino<sup>19</sup>, il quale, chiamato a pronunciarsi sulla responsabilità degli amministratori di una s.r.l., ha evidenziato come la predisposizione dell’assetto organizzativo vada ricondotto all’alveo del merito gestorio<sup>20</sup>, come tale insindacabile in sede giudiziale, a condizione che le scelte degli amministratori siano razionali, non siano *ab origine* connotate da imprudenza tenuto conto del contesto e siano state accompagnate dalle verifiche imposte dalla diligenza richiesta dalla natura dell’incarico.

I Giudici applicano quindi la *BJR* alle scelte organizzative valorizzando la scelta lessicale operata dal legislatore, il quale, nel richiedere che gli assetti societari siano “adeguati”, ha evocato una clausola generale – l’adeguatezza, appunto – che, al pari della diligenza, si pone quale principio

---

<sup>18</sup> Attualmente i criteri per la costruzione di un modello adeguato si ricavano da fonti la cui vincolatività è inversamente proporzionale al grado di determinatezza: la legge, le Linee Guida redatte dalle associazioni di categoria, le *best practices*. Sul punto, cfr. ASSUMMA, *Il ruolo delle linee guida e della best practice nella costruzione del modello di organizzazione e di gestione nel giudizio di idoneità dello stesso*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 4, 2010, 193.

<sup>19</sup> Trib. Roma, Sez. Impr., 8 aprile 2020, in *Soc.*, 12, 2020, 1339 con nota di BARTALENA, *Assetti organizzativi e business judgement rule*.

<sup>20</sup> Tra i più recenti contributi sul tema cfr. BENEDETTI, *L’applicazione della business judgement rule*, *cit.*, 413; CALANDRA BUONAURA, *amministratori e gestione dell’impresa nel Codice della crisi*, in *Giur. com.*, 2020, I, 5; DI CATALDO - ARCIDIACONO, *Decisioni organizzative, dimensioni dell’impresa e business judgement rule*, in *Giur. comm.*, 69, I, 2021; MAURUTTO - TURCHI, *L’applicabilità della business judgment rule alle scelte organizzative e ai doveri di cui all’art. 2086 c.c.*, in [www.ilsocietario.it](http://www.ilsocietario.it), 18 febbraio 2021.

transtipico<sup>21</sup> che sconta quale limite invalicabile la gestione sociale, insindacabile allorchè condotta all'interno degli argini della legalità e della razionalità. Se l'obbligo organizzativo non è a contenuto specifico, ne deriva – secondo la giurisprudenza citata – che il suo adempimento può realizzarsi con modalità non enucleabili a priori, ma oggetto di valutazione specifica caso per caso: da qui, l'applicabilità della *BJR*, il cui argine rimane quello della legittimità e ragionevolezza della decisione – anche organizzativa – assunta dagli amministratori<sup>22</sup>.

E tuttavia, la valutazione di adeguatezza degli assetti gestori sembra porsi in rapporto di strumentalità rispetto alla corretta applicazione della *BJR*: se, infatti, *“the due care standard in a corporate context is applied not to the decision of the director, but rather to the decision-making process”*<sup>23</sup>, ne deriva che la valutazione di adeguatezza degli assetti organizzativi – da compiere sulla scorta di criteri quanto più possibile oggettivizzati – costituisce un segmento essenziale del processo di declinazione della *BJR* e, per tale ragione, necessariamente esterno ad esso: in altri termini, la scelta gestoria sarà insindacabile solo ove assunta sulla scorta di un processo amministrativo adeguato alla natura ed alle dimensioni dell'impresa.

Rimettere alla discrezionalità gestoria (anche) la valutazione di adeguatezza degli assetti societari finisce allora per compromettere il presupposto di operatività della *BJR*, il quale è proprio la possibilità di valutare *ex post* se quella scelta gestoria, rilevatasi dannosa per la società,

---

<sup>21</sup> Così FORTUNATO, *Codice della crisi e codice civile: impresa, assetti organizzativi e responsabilità*, in *Riv. Soc.*, 5, 2019, 952.

<sup>22</sup> Osserva DE SENSI, *Adeguati assetti e business judgement rule*, in [www.ildirittodellacrisi.it](http://www.ildirittodellacrisi.it), 16 aprile 2021, come «il dovere di adottare adeguati assetti sia una specificazione del generale dovere di corretta amministrazione, tuttavia non sembra che questo abbia un contenuto specifico». Se, allora, «l'adeguatezza va valutata ed apprezzata in una visione complessiva del sistema gestionale societario entro il quale intervengono anche criteri di proporzionalità ... sotto questo profilo di proporzionalità possiamo dunque a ben vedere rintracciare profili di discrezionalità che possono essere coperti dalla rule in esame».

<sup>23</sup> Cfr. HANSEN, *The ALI Corporate Governance Project: of the Duty of Due Care and the Business Judgement Rule, a commentary*, in *Business Lawyer*, 41, 1986, 1237, il quale continua osservando come *“even though a decision made or a result reached is not that of the hypothetical ordinarily prudent person, no liability will attach as long as the decision making process meets the standards”*.

sia stata comunque assunta nel rispetto di un adeguato procedimento standardizzato *ex ante*<sup>24</sup>.

Se non appare residuare spazio per la *BJR* in tema di assetti gestori, è allora necessario intendersi sul concetto di “assetto organizzativo”, quindi scrutinare quali requisiti occorranco affinché esso possa (sperare di) ricevere un sigillo di adeguatezza.

Si apprezza allora l'esigenza di individuare *ex ante* gli “ingredienti” di un assetto organizzativo adeguato, anche al fine di evitare il c.d. *hindsight bias*, che condurrebbe inevitabilmente ad un giudizio di inadeguatezza dell'assetto in presenza di un danno alla società o, peggio, di sua sottoposizione a liquidazione giudiziale.

In punto di definizione, secondo la circolare Assonime dell'agosto 2019<sup>25</sup>, «per assetti organizzativi si intende far riferimento agli aspetti statico-strutturali dell'organizzazione dell'impresa nel senso di configurazione di funzioni e competenze (funzionigramma), poteri e responsabilità

---

<sup>24</sup> Negano la estensione della *BJR* alle scelte di tipo organizzativo ANGELICI, *Diligentia quam in suis, cit.*, evidenziando come «può porsi l'esigenza di (una sorta di) business judgement rule e che, se con essa si persegue l'obiettivo di fornire agli amministratori una forma di safe harbour, ciò può avvenire esclusivamente nei limiti in cui di scelte imprenditoriali si tratta e non in via generale per il complesso dei loro doveri. Il tema in definitiva è circoscritto alle ipotesi nelle quali gli amministratori hanno esercitato la propria competenza decisionale nella gestione dell'impresa e non riguarda in via generale i criteri per la loro responsabilità in ogni caso in cui abbiano violato specifici obblighi»; MOZZARELLI, *Appunti in tema di rischio organizzativo*, in AA.VV., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*, Liber Amicorum Antonio Piras, 2010, 740, il quale precisa che «una volta che chi agisce in responsabilità abbia dimostrato la non conformità tra modelli adottati e assetti adottabili, non sembra ammissibile che il convenuto, per evitare la responsabilità, eccepisca a propria difesa l'insindacabilità della scelta di gestione».

<sup>25</sup> Assonime, *Le nuove regole societarie sull'emersione anticipata della crisi di impresa e gli strumenti di allerta*, Circolare n. 19 del 2 agosto 2019, 21. In precedenza, le *Norme di Comportamento del Collegio Sindacale di Società Quotate* (aprile 2018) sia i *Principi di Comportamento del Collegio Sindacale di Società non Quotate* (settembre 2015), predisposti dal CNDCEC, avevano individuato l'adeguatezza dell'assetto organizzativo nella presenza dei seguenti requisiti: “redazione di un organigramma aziendale con chiara identificazione delle funzioni, dei compiti e delle linee di responsabilità; esercizio dell'attività decisionale e direttiva della società da parte dei soggetti ai quali sono attribuiti i relativi poteri; sussistenza di procedure che assicurano l'efficienza e l'efficacia della gestione dei rischi e del sistema di controllo, nonché la completezza, la tempestività, l'attendibilità e l'efficacia dei flussi informativi generati anche con riferimento alle società controllate; esistenza di procedure che assicurino la presenza di personale con adeguata competenza a svolgere le funzioni assegnate; presenza di direttive e di procedure aziendali, loro aggiornamento ed effettiva diffusione”.

(organigramma). Gli assetti amministrativi fanno riferimento ad una dimensione dinamico-funzionale dell'organizzazione, intendendosi per tale l'insieme delle procedure e dei processi atti ad assicurare il corretto e ordinato svolgimento delle attività aziendali e delle loro singole fasi. Gli assetti contabili sono quella parte degli assetti amministrativi volti ad una corretta traduzione contabile dei fatti di gestione sia ai fini di programmazione sia ai fini di consuntivazione».

Detta ricostruzione, in linea con gli approdi della migliore dottrina<sup>26</sup>, attribuisce all'assetto organizzativo la funzione di individuare chi fa che cosa e come lo fa all'interno dell'impresa.

A ciò deve aggiungersi la specifica finalità che l'art. 2086, secondo comma, c.c. richiede all'assetto organizzativo, ovvero la sua attitudine ad intercettare i sintomi della crisi e la mancanza di continuità aziendale, anche attraverso la costante veicolazione di flussi informativi che consentano agli organi preposti di attivare senza ritardo i necessari presidi.

L'efficace elaborazione e trasmissione delle informazioni è senza dubbio requisito necessario (ma non sufficiente) per poter parlare di adeguatezza di assetto/modello organizzativo<sup>27</sup>.

Procedimentalizzazione dell'attività di impresa, quindi, anche in funzione della emersione precoce di segnali di crisi: un assetto *taylor made* tagliato sulle specifiche caratteristiche dell'impresa, che sia proporzionato e calibrato rispetto ad esse e che non può pertanto tradursi in una acritica

---

<sup>26</sup> IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, 2005; IRRERA, *L'obbligo di corretta amministrazione e gli assetti adeguati*, in *Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza*, 2003/2009 diretto da Cottino e Bonfante, Cagnasso Montalenti, Bologna, 2009, 558 ss.

<sup>27</sup> Sul punto cfr. RANALLI, *La riforma della crisi di impresa. Dalla preallerta sino all'istanza al tribunale passando attraverso le procedure di composizione assistita. I presidi organizzativi e le regole di governo previste dalla riforma*, in *Osservatorio-oci.org*, 2018, il quale individua almeno tre presidi organizzativi auspicabili: (i) una corretta strutturazione delle funzioni aziendali, nel rispetto del fondamentale principio della separazione (e della contrapposizione) tra il ruolo esecutivo e quello di controllo; ii) la definizione di procedure e di regole interne atte, tra l'altro, a raccogliere le informazioni individuandone il loro impiego ed assicurandone la loro affidabilità; iii) l'adozione dei necessari strumenti: ci si riferisce necessariamente agli strumenti informatici, ma anche agli strumenti di output (quali il piano previsionale ed il *budget*).

adozione di modelli preconfezionati. Ad analoghe conclusioni giunge Assonime, allorchè rileva come «se gli obblighi organizzativi inerenti alla tempestiva rilevazione degli indizi di crisi passano attraverso la rilevazione e misurazione degli indici di sostenibilità», «si deve ritenere che sia necessario almeno un sistema elementare di monitoraggio degli indici che si ritengono rilevanti in base alla dimensione e natura dell'impresa». Pietra angolare del sistema di *search & rescue* di necessaria attivazione, allora, appare l'equilibrio economico - finanziario, quale risultante della differenza tra i flussi in entrata e quelli in uscita<sup>28</sup>.

Appare chiaro che numerose ed eterogenee si presentano ad oggi le variabili da tenere in conto allorché si elabori un assetto organizzativo che aspiri ad essere anche adeguato.

L'auspicio, allora, è che "adeguatezza" non diventi sinonimo di "arbitrio", ovvero di traslitterazione dall'imprenditore al giudice della valutazione di adeguatezza dell'assetto dell'impresa, la cui organizzazione costituisce, a ben guardare, la principale prerogativa dell'imprenditore.

---

<sup>28</sup> Osserva SPIOTTA, *Continuità aziendale e doveri degli organi sociali*, 2017, 2010, come «il diritto societario, dopo aver abbassato la soglia del capitale minimo nel vano tentativo di rilanciare l'economia, deve ora puntare sulla salvaguardia del going concern. La parabola discendente del capitale sociale dovrebbe cioè essere compensata da quella ascendente dell'equilibrio economico – finanziario ove evitare un'indebita traslazione del rischio su terzi (spesso, a loro volta, imprenditori)». Cfr. RANALLI, *Le misure di allerta. Dagli adeguati assetti sino al procedimento davanti all'OCRI*, Milano, 2019, 5; MIRONE, *L'organizzazione dell'impresa societaria alla prova del codice della crisi: assetti interni, indicatori e procedure di allerta*, in *Orizzonti di diritto commerciale*, 1, 2020, 23.



*Eventi esterni e rischi di demolizione del contratto. Il contratto ‘aperto’ all’adattamento: meccanismi e clausole (\*)*

di **ATTILIO ZIMATORE**

**Abstract**

The Author analyzes the effects that the public containment measures against COVID-19's spread have had on duration contracts under execution. The general framework regulated by the Civil Code for the hypothesis of supervening impossibility or excessive onerousness occurring in contracts providing for mutual counter-performance – hypothesis into which the present case might fall – should lead to the termination of the contract. Nonetheless, those guidelines appear not to be suitable to face this epochal emergency neither in the perspective of social solidarity nor in the perspective of the economic efficiency in the market.

The Author examines the possibility of intervening in the contractual relationship to rebalance its economic structure, thus enabling the continuation of it “readjusted”. However, it has been pointed out that the Italian legislator has not introduced any specific legal mechanism suitable for this purpose, but it merely intervened with few uncoordinated and fragmentary rules for individual contract types (in particular the lease).

The only significant intervention of a general nature is that dictated by paragraph 6 *bis* of art. 3, of the d.l. 23 February 2020, n. 6, (introduced by art. 91 of Legislative Decree 20.3.2020, n. 18), which requires the Judge to “*always*” assess whether the compliance with the COVID-19's containment rules should result in a supervening impossibility of the performance for a cause not imputable to the debtor and also to assess its relevance for the computation of compensation for damage. The Author analyzes the real extent of this provision highlighting numerous interpretative doubts.

Finally, the Author also briefly deals with the renegotiation tool that has been very carefully and with great confidence studied by the Italian doctrine also following the favorable position taken by the Supreme Court in a well-known thematic report.

1. Nel titolo della relazione che mi è stata assegnata si prospettano due eventi alternativi: la demolizione del contratto o il suo adattamento. Il primo si presenta come il *rischio*, il secondo come il rimedio, per il quale occorre individuare “*meccanismi e clausole*”. Nel titolo, il “*rischio di demolizione*” deriva da “*eventi esterni*” ed il riferimento inespresso, ma evidente, è alla pandemia, evento straordinario ed imprevedibile che si riflette pesantemente sull'esecuzione dei contratti in corso, rendendola impossibile, definitivamente o temporaneamente, o più difficoltosa ed onerosa.

Da oltre un anno il tema è al centro dell'attenzione della civilistica italiana (1) che, con straordinario fervore (che a me non pare ancora attenuato) e con vivace slancio innovativo, è tornata a riflettere su un argomento classico del diritto delle obbligazioni e dei contratti; perché se era nuovo ed inatteso l'evento drammatico che ha sconvolto la società e l'economia italiana e mondiale, ben noti ed assai meditati sono i problemi giuridici legati alle sopravvenienze contrattuali.

Tutti i contratti implicano rischi economici e giuridici; ed i contratti di durata o ad esecuzione differita comportano intrinsecamente rischi più elevati per una ragione strutturale e logica: perché nell'esecuzione del contratto interviene il fattore tempo, che dilata il rischio dell'inadempimento e suscita il problema delle sopravvenienze, della impossibilità o della eccessiva onerosità sopravvenuta

---

(\*) L'articolo riproduce, con poche variazioni e con l'aggiunta delle note, il testo della Relazione svolta dall'Autore il 21 maggio 2021 nel Convegno intitolato "Pandemia e rapporti fra imprese. La rinegoziazione del contratto. Valore della relazione ed efficienza economica della soluzione delle crisi negoziali. Teoria e pratica a confronto", organizzato dall'Osservatorio "Giordano Dell'Amore", Fondazione Cariplo, in collaborazione con l'Ordine degli Avvocati di Milano

<sup>1</sup> Tra i contributi più significativi, v. ALPA, *Note in margine agli effetti della pandemia sui contratti di durata*, in *Nuova giur. civ. comm.*, suppl. n. 3, 2020, p. 57 ss.; BENEDETTI A.M., *Il rapporto obbligatorio al tempo dell'isolamento: brevi note sul Decreto "cura Italia"*, in *Contratti*, 2020, pag. 214; BENEDETTI A.M., *Il rapporto obbligatorio al tempo dell'isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione?*, in *giustiziacivile.com*, 2020, numero speciale n. 2, pag. 143 e segg.; BENEDETTI A.M., *Stato di emergenza, immunità del debitore e sospensione del contratto*, in *giustiziacivile.com*, 2020, numero speciale n. 3, pag. 403 e segg.; D'AMICO, *L'epidemia covid-19 e la "legislazione di guerra"*, in *Contratti*, 2020, p. 253 ss.; DE CRISTOFARO, *Rispetto delle misure di contenimento adottate per contrastare la diffusione del virus covid-19 ed esonero del debitore da responsabilità per inadempimento*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, p. 581 ss.; FRANZONI, *Il covid-19 e l'esecuzione del contratto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2021, 1, pag. 1; GENTILI, *Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del Coronavirus*, in *giustiziacivile.com*, 2020, numero speciale 3, pag. 383 segg.; MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "coronavirus"*, in *giustiziacivile.com*, 17 marzo 2020; MAFFEIS, *Problemi dei contratti nell'emergenza epidemiologica da Covid-19*, in *giustiziacivile.com*, 2020, numero speciale n. 2, pag. 3 e segg.; MORELLO, *Gli effetti sui contratti dell'emergenza sanitaria determinata dalla diffusione del coronavirus e l'applicazione dei rimedi previsti dal Codice Civile*, ivi, 27 aprile 2020, p. 1 ss.; NAVARRETTA, *Covid-19 e disfunzioni sopravvenute dei contratti. Brevi riflessioni su una crisi di sistema*, in *Nuova giur. civ. comm.*, suppl. n. 3, 2020, p. 92; PIRAINO, *La normativa emergenziale in materia di obbligazioni e di contratti*, in *Contratti*, 2020, p. 485 ss.; SCOGNAMIGLIO C., *L'emergenza Covid-19: quale ruolo per il civilista?*, in *giustiziacivile.com*, 2020, numero speciale n. 2, pag. 159 e segg.; SIRENA, *L'impossibilità ed eccessiva onerosità della prestazione debitoria a causa dell'epidemia di covid-19*, in *Nuova giur. civ. comm.*, suppl. n. 3, 2020, pag. 73 e segg.; ZACCHEO, *Brevi riflessioni sulle sopravvenienze contrattuali alla luce della normativa sull'emergenza epidemiologica da covid-19*, in *giustiziacivile.com*, numero speciale n. 2, pag. 159 e segg., pag. 245 e segg.

della prestazione, della variazione del valore oggettivo e del peso soggettivo delle reciproche prestazioni.

Sono problemi antichi e frequenti, perfettamente noti al nostro codice che li disciplina secondo regole tradizionali e consolidate, della estinzione della obbligazione (art. 1256 cod. civ.) e della liberazione del debitore quando la prestazione sia divenuta impossibile per causa a lui non imputabile (art. 1218 cod. civ.), ponendo a carico del debitore l'onere della prova della impossibilità per causa a lui non imputabile e regolando gli effetti della mora sul rischio (art. 1221 cod. civ.).

Inutile ricordare la giurisprudenza e le risalenti elaborazioni concettuali – a partire da Savigny – sulla forza maggiore e sul *factum principis* come causa di esclusione della responsabilità per inadempimento del debitore.

Regole sperimentate e di portata generale, direi ordinamentale. Mi piace osservare – per offrire uno spunto lontano da quelli che sono sin qui emersi – che le regole sulla impossibilità della prestazione derivante dal *factum principis* sono state recentemente chiamate in gioco anche dalla giustizia sportiva, che seguendo quelle regole ha risolto una controversia tra notissime squadre di calcio per decidere se quella che non si era recata in trasferta a disputare una gara di campionato per causa COVID - dico meglio, a seguito di un provvedimento di contenimento per causa COVID - fosse passibile di una sanzione sportiva (la perdita della gara a tavolino con applicazione di una ulteriore penalizzazione in classifica). Ed il Collegio di Garanzia del CONI ha escluso la sanzionabilità di quella mancata trasferta giustificata da una "*causa di forza maggiore*" <sup>(2)</sup>.

In coerenza con la disciplina dettata in materia di responsabilità del debitore e di impossibilità sopravvenuta della prestazione e secondo la stessa logica sono regolati i problemi delle alterazioni sopravvenute del sinallagma contrattuale, attraverso le disposizioni in materia di risoluzione del contratto per

---

<sup>2</sup> Ci si riferisce alla decisione n. 1 del 7 gennaio 2021 del Collegio di Garanzia dello Sport – Sezioni Unite (est. M. Zaccheo), che giustifica la mancata trasferta ravvisando una ipotesi di impossibilità sopravvenuta della prestazione riconducibile ad un *factum principis*, individuato nei provvedimenti amministrativi della Azienda sanitaria che avevano disposto l'isolamento domiciliare.

impossibilità (art. 1463 cod. civ.) e per eccessiva onerosità (art. 1467 cod. civ.) sopravvenuta. In quest'ultima ipotesi, come è noto, si apre la possibilità di una modifica dell'assetto contrattuale che consente di riportare in equilibrio il sinallagma alterato dall'evento straordinario e imprevedibile; ma questa possibilità si offre soltanto alla parte contro la quale sia stata domandata la risoluzione. Questa, con scelta unilaterale ed insindacabile, può evitare la risoluzione "*offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto*" (1467, 3° cod. civ.).

Dunque, mentre la parte colpita dalla eccessiva onerosità può assumere soltanto una iniziativa demolitoria, soltanto l'altra può scegliere di conservare il contratto, modificandone "*equamente*" le condizioni ed affrontando perciò un sacrificio economico. La modifica del contratto – l'adattamento, come dice il titolo della relazione – non è il rimedio all'eccessiva onerosità sopravvenuta, ma la reazione al rimedio (demolitorio). Una reazione eventuale e discrezionale.

Nella logica del codice, il rimedio generale all'impossibilità e all'eccessiva onerosità sopravvenuta nei contratti a prestazioni corrispettive rimane soltanto la risoluzione. Estinzione della obbligazione e risoluzione del contratto: ecco le soluzioni generali concepite dal nostro codice ed ispirate appunto da una logica demolitoria del vincolo.

Una logica che risponde a due principi: da un lato, che il vincolo, salvo un nuovo accordo delle parti e salvo eccezioni, non può essere alterato nel merito; dall'altro, che non si può pretendere che il debitore esegua una prestazione giuridicamente impossibile, né si può esigere uno sforzo diligente che superi una certa soglia di onerosità.

**2.** Le regole sulle quali mi sono finora soffermato presentano una fattispecie tanto ampia e generale da ricomprendere senza difficoltà anche i casi in cui l'impossibilità o l'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione derivi da una misura pubblica di contenimento dell'emergenza COVID. Ma la soluzione che se ne trae ha suscitato una diffusa ed acuta insoddisfazione poiché i rimedi demolitori sono sembrati inadeguati a fronteggiare questa emergenza epocale e

perfino controproducenti sia sotto il profilo della solidarietà sociale, sia sotto quello della efficienza economica del mercato <sup>(3)</sup>. Ed è stata questa insoddisfazione a stimolare vivacemente la fantasia ricostruttiva della civilistica italiana, già da tempo impegnata ad elaborare, per le ipotesi di alterazioni sopravvenute del sinallagma, soluzioni rimediali volte a privilegiare la conservazione – anziché l'estinzione – del contratto attraverso un suo successivo adeguamento.

Non si tratta, come è evidente, di pretendere di mantenere fermo il contratto alle sue condizioni originarie, che risulterebbero giuridicamente impossibili o eccessivamente onerose; ma di conservare il contratto 'riadattandone' il contenuto, sul presupposto che esso, riequilibrato il sinallagma, possa ancora recare utilità ad entrambe le parti e soddisfare l'interesse che le aveva spinte a concluderlo.

La soluzione conservativa, dunque, passa attraverso un riassetto del sinallagma e perciò attraverso la modifica – in altre parole, l'adattamento o il 'riadattamento' – del contratto. Ma il percorso è arduo: mentre la soluzione demolitoria si attua agevolmente, risolve il vincolo e non guarda al futuro, tutt'al più lascia sul tappeto problemi di responsabilità e di ripetizione dell'indebito, la soluzione conservativa si rivela assai più complessa poiché richiede un riassetto del contratto che deve trovare un nuovo equilibrio. Si pone allora il problema di stabilire come e ad opera di chi le condizioni contrattuali possano essere adeguate.

In astratto, la modifica delle condizioni contrattuali nei contratti in corso può derivare sia da una fonte negoziale, sia da una fonte legale che può operare tanto in modo automatico quanto attraverso un intervento del giudice.

Nessun problema ove l'adeguamento delle condizioni contrattuali venga concordato tra le parti attraverso un nuovo atto convenzionale modificativo del

---

<sup>3</sup> Per queste considerazioni, v., tra gli altri, PALMIERI (*Emergenza epidemica e locazioni commerciali*, in *Oltre la pandemia* (a cura di G. Palmieri), Napoli, 2020, pag. 1211 e segg.) il quale, con riferimento al tema delle locazioni commerciali, rileva come il rimedio demolitorio sia, a ben vedere, pregiudizievole ed insoddisfacente per entrambe le parti del contratto, "suscitando una tipica lose-lose situation. Una situazione, cioè, in cui tutte le parti della relazione considerata perdono qualcosa. Tutti perdono, nessuno vince" (pag. 1227).

precedente; oppure ove lo stesso contratto fornisca *ex ante* criteri precisi in base ai quali le condizioni contrattuali debbano essere modificate nel caso di inattese sopravvenienze (ma, a ben vedere, in quest'ultimo caso il contratto non risulterebbe modificato, poiché si evolverebbe secondo le sue stesse regole e in esecuzione della volontà delle stesse parti).

Più problematico il caso di una modifica legale del contratto in corso, che deve misurarsi con un principio ideologico ottocentesco eppure ancora forte nella nostra cultura giuridica: quello della insindacabilità delle scelte di merito e della intangibilità dell'equilibrio economico stabilito nel contratto perché frutto dell'autonomia privata, delle libere determinazioni delle parti che si sono fatte carico del rischio dell'esecuzione del contratto a quelle condizioni ed anche del rischio delle alterazioni di valore delle reciproche prestazioni nel corso dell'esecuzione di un contratto di durata, salvo il caso in cui intervengano fatti straordinari ed imprevedibili che rendano - non già soltanto più onerosa bensì - eccessivamente onerosa una delle prestazioni. Ma per quest'ultima ipotesi, come si è già detto, il rimedio generale è quello della risoluzione, non del riadattamento del contratto.

Quel dogma liberale è stato superato dal codice del '42 e definitivamente ridimensionato, se non travolto, dalle riflessioni della nostra dottrina civilistica dalla fine degli anni 60 in poi. Basti pensare agli studi sulle fonti di integrazione del contratto e sulla inserzione automatica di clausole.

Nel corso dei decenni successivi al codice abbiamo assistito ad interventi normativi sempre più penetranti sul contenuto del contratto e sul suo equilibrio economico. Senza proporre l'esempio, fin troppo semplice ed immediato, della disciplina dei contratti del consumatore, risalendo più indietro nel tempo, si consideri la legislazione sui contratti agrari a partire dagli anni '60, nella quale il legislatore non soltanto è intervenuto incisivamente sull'assetto economico dei contratti in corso di esecuzione (ad esempio, modificando le quote di riparto nella mezzadria; o l'ammontare dei canoni o la durata dei contratti in corso), ma addirittura ne ha disposto la trasformazione, giungendo a convertire contratti associativi in contratti commutativi, la colonia e la compartecipazione in affitto. E

la Corte costituzionale in questi interventi normativi non ha ravvisato una violazione dei principi costituzionali in materia di proprietà privata o di libertà della iniziativa economica, ma li ha reputati legittimi, limitandosi talora a qualche lieve correzione.

Non vi sarebbe allora nulla di singolare, di sorprendente o di eversivo se, in una situazione di acuta emergenza nazionale e mondiale come quella vissuta in questi ultimi 15 mesi, il legislatore avesse dettato regole volte a riadattare il contenuto dei contratti in corso, ristabilendo, secondo un criterio legale ed oggettivo, l'equilibrio economico alterato dai provvedimenti di contenimento e relegando in secondo piano il rimedio demolitorio.

Ma il legislatore di questi mesi, pur affannandosi piuttosto disordinatamente ad elaborare misure – di carattere prevalentemente assistenzialistico – di sostegno alle famiglie e alle imprese in crisi, non ha introdotto un nuovo strumento rimediale di carattere generale volto alla conservazione del contratto attraverso il suo adattamento.

L'unica disciplina di carattere generale in materia di obbligazioni e contratti è quella dettata dal comma 6 *bis* dell'art. 3, del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, (introdotto dall'art. 91 del d.l. 20.3.2020, n. 18), che incide sul piano della responsabilità del debitore e del risarcimento del danno, ma certo non introduce un meccanismo di conservazione e adeguamento del contratto e non tocca la disciplina della eccessiva onerosità sopravvenuta. Su questa disposizione tornerò in seguito.

Il legislatore, con il classico stile alluvionale della legislazione di emergenza (qualcuno ha parlato di 'legislazione di guerra') <sup>(4)</sup>, ha disposto una serie quasi sterminata di misure di sostegno in favore famiglie, lavoratori e imprese, con disposizioni specifiche e settoriali; ha previsto provvidenze economiche e finanziarie nei settori economici più diversi, pubblici e privati, dai trasporti all'agricoltura, alla pesca, allo sport, allo spettacolo; ha utilizzato

---

<sup>4</sup> Cfr. D'AMICO, *L'epidemia covid-19 e la "legislazione di guerra"*, in *Contratti*, 2020, pag. 253 e segg.

largamente le misure fiscali e gli ammortizzatori sociali; ha previsto la sospensione dei termini di pagamento di taluni canoni concessori <sup>(5)</sup>.

Una rassegna delle norme emergenziali per le imprese in crisi è contenuta nella Relazione tematica elaborata dall'Ufficio del Massimario della Cassazione, dell'8 luglio 2020. La Relazione ha ad oggetto le *“Novità normative sostanziali del diritto emergenziale anti COVID-19 in ambito contrattuale e concorsuale”* <sup>6</sup>; ma in realtà quella relazione va ben oltre i limiti di una mera rassegna, giungendo a formulare proposte assai innovative sul sistema generale dei rimedi contrattuali.

Il legislatore è intervenuto anche nei rapporti contrattuali tra privati, ma pur sempre con disposizioni specifiche e circoscritte a singoli contratti. In qualche caso ha sancito espressamente l'impossibilità sopravvenuta di alcune prestazioni. Così il d.l. 2.3.2020, n. 9 (*Misure urgenti di sostegno per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*), all'art. 28, ha disposto il *“Rimborso titoli di viaggio e pacchetti turistici”*, stabilendo che *«Ai sensi e per gli effetti dell'articolo 1463 del codice civile, ricorre la sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta in relazione ai contratti di trasporto aereo, ferroviario, marittimo, nelle acque interne o terrestre stipulati»* da soggetti in qualche modo toccati, direttamente o indirettamente, da provvedimenti di contenimento connessi all'emergenza epidemiologica <sup>(7)</sup>.

---

<sup>5</sup> Art. 95 (Sospensione versamenti canoni per il settore sportivo)

1. Per le federazioni sportive nazionali, gli enti di promozione sportiva, le società e associazioni sportive, professionistiche e dilettantistiche, che hanno il domicilio fiscale, la sede legale o la sede operativa nel territorio dello Stato, sono sospesi, dalla data di entrata in vigore del presente decreto e fino al 31 maggio 2020, i termini per il pagamento dei canoni di locazione e concessori relativi all'affidamento di impianti sportivi pubblici dello Stato e degli enti territoriali.

<sup>6</sup> Corte di Cassazione – Ufficio del Massimario, *Relazione tematica* n. 56 dell'8 luglio 2020, avente ad oggetto: *Novità normative sostanziali del diritto “emergenziale” anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale*.

<sup>7</sup> Più precisamente, la disposizione riguarda i contratti stipulati:

*<< a) dai soggetti nei confronti dei quali è stata disposta la quarantena ....*  
*b) dai soggetti residenti, domiciliati o destinatari di un provvedimento di divieto di allontanamento nelle aree interessate dal contagio .....*  
*c) dai soggetti risultati positivi al virus COVID-19 per i quali è disposta la quarantena ....*  
*d) dai soggetti che hanno programmato soggiorni o viaggi con partenza o arrivo nelle aree interessate dal contagio .....*  
*e) dai soggetti che hanno programmato la partecipazione a concorsi pubblici o procedure di selezione pubblica, a manifestazioni o iniziative di qualsiasi natura, a eventi e a ogni forma di riunione in luogo pubblico o privato, anche di carattere culturale, ludico, sportivo e religioso, anche*

Allo stesso modo, l'art. 88 del d.l. 17.3.2020, n. 18, ha disposto il *Rimborso dei contratti di soggiorno e risoluzione dei contratti di acquisto di biglietti per spettacoli, musei e altri luoghi della cultura*. Questa disposizione <sup>(8)</sup> precisa che, a seguito dell'adozione delle misure di contenimento dell'epidemia, "ai sensi e per gli effetti dell'articolo 1463 del codice civile, ricorre la sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta in relazione ai contratti di acquisto di titoli di accesso per spettacoli di qualsiasi natura, ivi inclusi quelli cinematografici e teatrali, e di biglietti di ingresso ai musei e agli altri luoghi della cultura".

Uno dei rapporti contrattuali privatistici che più ha sofferto degli effetti dei provvedimenti di contenimento della pandemia è il contratto di locazione <sup>(9)</sup>. Trascuriamo i devastati effetti economici della sospensione delle attività produttive e commerciali e delle successive drastiche misure di contenimento a carico dei conduttori di immobili destinati ad attività produttive e commerciali, privi di ricavi, ma ugualmente tenuti a provvedere al pagamento dei canoni locativi. Per la locazione il problema giuridico sta in ciò: che nessuna delle prestazioni derivanti da quel contratto è diventata formalmente impossibile. Né la prestazione del locatore che, dal canto suo, continua a 'far godere' l'immobile al conduttore; né la prestazione del conduttore, consistente nel pagamento di una somma di danaro. Ove si ravvisasse una eccessiva onerosità sopravvenuta a carico del

---

se svolti in luoghi chiusi aperti al pubblico, annullati, sospesi o rinviati dalle autorità competenti .. >>.

<sup>8</sup> 1. Le disposizioni di cui all'articolo 28 del decreto-legge 2 marzo 2020, n. 9 si applicano anche ai contratti di soggiorno per i quali si sia verificata l'impossibilità sopravvenuta della prestazione a seguito dei provvedimenti adottati ai sensi dell'articolo 3 del decreto legge 23 febbraio 2020 n.6.

2. A seguito dell'adozione delle misure di cui all'articolo 2, comma 1, lettere b) e d) del decreto del Presidente del Consiglio 8 marzo 2020 e a decorrere dalla data di adozione del medesimo decreto, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 1463 del codice civile, ricorre la sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta in relazione ai contratti di acquisto di titoli di accesso per spettacoli di qualsiasi natura, ivi inclusi quelli cinematografici e teatrali, e di biglietti di ingresso ai musei e agli altri luoghi della cultura.

<sup>9</sup> V. spec. CUFFARO, *Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia*, in *Giust. civ.*, 2020, n. 1, spec. p. 233 ss.; PALMIERI, *Emergenza epidemica e locazioni commerciali*, cit.; FERRO LUZZI F., *Effetti secondari del Covid-19: la sopravvenuta, momentanea, modifica del dna dell'oggetto del contratto di locazione di esercizio commerciale*, in *giustiziacivile.com*, cit., pag. 315; SALANITRO, *La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del coronavirus*, in *giustiziacivile.com*, numero speciale n. 2, pag. 235 e segg.

conduttore, questi potrebbe chiedere la risoluzione del contratto, che però verosimilmente non soddisfa il suo interesse prospettico ad una futura ripresa dell'attività negli stessi locali commerciali.

Ma neppure in materia di locazioni il legislatore ha pensato ad un meccanismo generale di adeguamento e riequilibrio delle condizioni contrattuali. Si è limitato a disporre una temporanea sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti di rilascio degli immobili, anche ad uso non abitativo; ed eccezionalmente ha preso in considerazione il “.. *sopravvenuto squilibrio dell'assetto di interessi pattuito con il contratto di locazione di palestre, piscine e impianti sportivi di proprietà di soggetti privati*” stabilendo, che proprio a causa di tale squilibrio “*il conduttore ha diritto, limitatamente alle cinque mensilità da marzo 2020 a luglio 2020, ad una corrispondente riduzione del canone locatizio che, salva la prova di un diverso ammontare a cura della parte interessata, si presume pari al cinquanta per cento del canone contrattualmente stabilito*” (art. 216, 3° c. del d.l. 19.5.2020, n. 34). Come si vede, una ipotesi assai circoscritta di intervento sulle condizioni contrattuali.

**3.** Come si è osservato, la legislazione dell'emergenza non ha avuto il coraggio o l'ardire di spingersi sino ad introdurre un meccanismo generale, che, per l'ipotesi di alterazione sopravvenuta del sinallagma, consenta un adattamento del contratto, anziché la sua risoluzione.

L'unico intervento normativo di questo periodo emergenziale che incide in termini generali sul sistema delle obbligazioni è quello dettato dall'art. 3, comma 6 *bis* del d.l. 23.2.2020, n. 6 (mod. dall'art. 91 del d.l. 17 marzo 2020, n. 181), secondo il quale “*Il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è sempre valutato ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 del codice civile, della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti*”.

La norma ha suscitato un grande interesse ed è stata salutata con un certo favore dalla dottrina, che però non ha potuto fare a meno di rilevarne le criticità ed i limiti.

La disposizione è sicuramente meno limpida ed incisiva di quella che era stata dettata all'alba della prima guerra mondiale quando il legislatore, con un lessico asciutto ed efficace, aveva stabilito che "... *la guerra è considerata come caso di forza maggiore non solo quando renda impossibile la prestazione, ma anche quando la renda eccessivamente onerosa, purché l'obbligazione sia stata assunta prima della data del decreto di mobilitazione generale*" <sup>(10)</sup>.

Lascio da parte alcuni dubbi interpretativi sui presupposti applicativi della norma (ad esempio, se il rispetto della misura di contenimento debba costituire la causa unica dell'inadempimento). E lascio da parte anche il problema della discutibile applicabilità di questa disposizione alle obbligazioni pecuniarie; ipotesi che si scontra con il principio pacifico secondo il quale le obbligazioni pecuniarie, avendo ad oggetto una cosa di genere, astrattamente illimitato, sono oggettivamente insuscettibili di diventare impossibili <sup>(11)</sup>.

Guardo soltanto a quella che è stata reputata la funzione principale della disposizione: vale a dire, l'affermazione che il rispetto delle misure pubbliche di contenimento dell'epidemia può integrare una impossibilità della prestazione per causa non imputabile al debitore.

Se il comma 6 *bis* cit. volesse semplicemente dire che ove l'inadempimento o il ritardo del debitore sia stato determinato dal rispetto delle misure pubbliche e vincolanti di contenimento si deve ravvisare una impossibilità della prestazione non imputabile al debitore e dunque se ne deve escludere la responsabilità, allora si potrebbe dubitare dell'utilità di detta disposizione poiché a questa conclusione il giudice, con molta probabilità, sarebbe ugualmente arrivato facendo una piana applicazione dei principi in materia di forza maggiore e di *factum principis*.

---

<sup>10</sup> V. art. 1, d.l. 27.5.1915, n. 379. V. PALMIERI, *op. cit.*, pag. 1214

<sup>11</sup> DI MAIO, *Le obbligazioni pecuniarie*, Torino, 1996, pag. 271 e segg.

La funzione propria e l'aspetto innovativo della disposizione in esame risiedono altrove.

Invero, essa non esclude in modo immediato ed automatico la responsabilità del debitore inadempiente, ma richiede al giudice di compiere “*sempre*” una valutazione della rilevanza (direi, della efficienza causale) del rispetto delle norme di contenimento sull'inadempimento del debitore. Così, regolando il processo valutativo del giudice, la norma incide anche sugli oneri di allegazione e sugli oneri probatori, poiché il giudice, anche autonomamente ed in ogni caso (*sempre*), è tenuto a valutare l'incidenza sull'inadempimento (o sul ritardo) del rispetto delle misure di contenimento <sup>(12)</sup>. La disposizione solleva il debitore dall'onere di allegare e di fornire la dimostrazione che il suo inadempimento o il suo ritardo è dovuto, in tutto o in parte, dall'esigenza di rispetto di una misura di contenimento, poiché tale profilo dovrà essere “*sempre valutato*” dal giudice.

Considerando questo processo valutativo, si potrebbe osservare che la disposizione in questione incide sulla soglia della diligenza nell'adempimento richiesta al debitore, il quale è necessariamente tenuto a rispettare le “*misure di contenimento*”. Superata quella soglia di esigibilità, nessuna responsabilità sarebbe ravvisabile risultando la prestazione giuridicamente (ancorché temporaneamente) impossibile.

È più difficile intendere sotto quale profilo il rispetto delle misure di contenimento possa rilevare ai sensi dell'articolo 1223 cod. civ., secondo il quale il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno “*in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta*”.

---

<sup>12</sup> Sebbene rimanga sempre onere probatorio del debitore di “*dimostrare che è stato proprio l'ossequio alle misure di contenimento ad avergli impedito di eseguire la prestazione. Il nesso causale fra rispetto delle misure e inadempimento va provato e contestualizzato. Ma è sufficiente dimostrare che sono state le misure ad aver bloccato o trattenuto la prestazione, esemplificativamente in quanto hanno vietato o ritardato l'esercizio di un'attività, per smarcare il debitore dall'area della responsabilità, consentendogli di porre il rapporto contrattuale in una situazione di peculiare quiescenza.* (Corte di Cassazione – *Relazione tematica* n. 56, cit., pag. 9).

Si è detto che la disposizione “*funziona come una causa di riduzione del danno*” (e si è richiamato con cautela il meccanismo dell’art. 1227 cod. civ.)<sup>(13)</sup>; si è osservato che essa, se non può portare ad una automatica esclusione della responsabilità risarcitoria del debitore, “*potrebbe condurre al più modesto esito di influire non sull’an ma sul quantum debeatur*”<sup>(14)</sup>. Sono d’accordo che il rinvio all’art. 1223 cod. civ. sia stato pensato in funzione di una riduzione del risarcimento del danno; ma il meccanismo tecnico non mi è chiaro.

Infatti, delle due, l’una: o il giudice – che, ai sensi della disposizione in questione, è sempre tenuto a compiere tale valutazione – ritiene che il rispetto delle misure di contenimento giustifichi l’inadempimento del debitore; ed allora deve escluderne radicalmente la responsabilità e negare qualunque risarcimento. O ritiene che non lo giustifichi; ed allora deve liquidare il danno secondo il criterio stabilito dall’art. 1223 cod. civ.

La disposizione dettata dal comma 6 *bis* cit. non introduce un nuovo criterio di quantificazione dei danni risarcibili (parametrato secondo la gravità della colpa), ma si limita a richiamare l’art. 1223 cod. civ., non alterando il principio secondo il quale sono risarcibili soltanto le perdite subite dal creditore (o i mancati guadagni) che siano conseguenza immediata e diretta dell’inadempimento o del ritardo del debitore. E mi pare indubbio che anche nel caso in cui l’inadempimento o il ritardo siano dovuti, sia pure in misura non esclusiva, al rispetto delle misure di contenimento, la causa immediata e diretta delle perdite (e del mancato guadagno) del creditore sia l’inadempimento e non le misure di contenimento (che semmai ne costituirebbero la causa indiretta). E nell’art. 1223 cod. civ. le cause indirette non rilevano, come non rileva il fatto del terzo.

Si potrebbe ragionevolmente supporre che l’intento del legislatore fosse quello di richiedere al giudice di valutare – sempre e indipendentemente da una allegazione o istanza di parte - se il rispetto delle misure di contenimento, pur

---

<sup>13</sup> Cfr. BENEDETTI A.M., *Il rapporto obbligatorio al tempo dell’isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione ?*, cit., pag. 147.

<sup>14</sup> PALMIERI, *op. cit.*, pag. 1214.

non giustificando interamente l'inadempimento del debitore (ché, in questo caso, la responsabilità andrebbe radicalmente esclusa), né sia stata una causa indiretta e concorrente; e, in caso affermativo, di ridurre allora l'ammontare del risarcimento in proporzione dell'incidenza causale della necessaria osservanza di quelle misure restrittive da parte del debitore. Si profilerebbe così un meccanismo analogo a quello previsto dall'art. 1227 cod. civ., che però ha presupposti del tutto diversi, poichè il '*concorso*' che consente di diminuire l'entità del risarcimento è del fatto colposo del creditore e non del *factum principis*.

È una lettura forse conforme all'intenzione del legislatore, per la quale però si richiede una interpretazione molto "creativa", con il rischio di incrinare il sistema generale del risarcimento del danno e dei suoi criteri di liquidazione. Se era questo che il legislatore intendeva, avrebbe dovuto farlo con la necessaria chiarezza e con adeguata consapevolezza delle ricadute sistematiche.

4. Il legislatore dell'emergenza COVID, almeno sino ad oggi, non ha colto lo stimolo proveniente da una economia disastrosa per effetto di un evento straordinario ed imprevedibile per riformare il sistema generale dei rimedi contrattuali, ridimensionando quelli demolitori e valorizzando meccanismi volti alla conservazione ed al riequilibrio dei contratti di durata alterati dalle sopravvenienze.

E in mancanza di un intervento del legislatore, la dottrina italiana, sollecitata dall'emergenza, si è impegnata con grande fervore nella ricerca di soluzioni ricostruttive che possano assicurare quel risultato.

Ferma la disciplina generale in materia di sopravvenienze nei contratti di durata e rilevata l'assenza in quella sede di un rimedio generale volto a garantire l'equilibrio originario tra le prestazioni nel caso di successive ed imprevedute variazioni di valore, un autorevole civilista <sup>15</sup>ha rilevato che nella disciplina tipica dei singoli contratti sono numerose le norme dirette ad assicurare un riequilibrio del sinallagma eventualmente alterato nel corso di esecuzione del contratto. In

---

<sup>15</sup> Cfr. FRANZONI, *Il covid-19 e l'esecuzione del contratto*, cit.

questo senso sono state richiamate alcune disposizioni in materia di locazione (in particolare, l'art. 1584 cod. civ., che prevede il diritto del conduttore ad una riduzione del canone in caso di riparazioni la cui durata ecceda un certo termine)<sup>16</sup>); varie norme in materia di affitto (che contemplano diverse ipotesi nelle quali l'affittuario ha diritto ad una riduzione del canone di affitto, ad esempio, nel caso – previsto dall'art. 1622 cod. civ. – di perdite del reddito annuale, superiori ad una data soglia, dovute a riparazioni; oppure nel caso – previsto dall'art. 1635 cod. civ. – in cui almeno la metà dei frutti non ancora separati perisca per caso fortuito). In materia di affitto, molto significativa è la disposizione dettata dall'art. 1623 cod. civ. che, nel caso di *“modificazioni sopravvenute del rapporto contrattuale”* derivanti da *“una disposizione di legge o di un provvedimento dell'autorità riguardanti la gestione produttiva”*, tali da generare a carico delle parti *“rispettivamente una perdita e un vantaggio”*, prevede la possibilità di richiedere *“un aumento o una diminuzione del fitto ovvero, secondo le circostanze, lo scioglimento del contratto”*. Questa norma è stata opportunamente richiamata anche con riguardo ai provvedimenti di contenimento dell'epidemia, che certamente incidono sulla gestione produttiva di beni ed aziende concesse in affitto (seppure certamente non si può affermare che un provvedimento che disponga la temporanea chiusura di alcuni esercizi commerciali costituisca un 'vantaggio' per il locatore). Ed ancora sono state richiamate varie disposizioni in materia di contratto di assicurazione, che prevedono una modifica delle condizioni contrattuali in caso di sopravvenienze intervenute nel corso del contratto che comportino una diminuzione (art. 1897 cod. civ.) o un aggravamento del rischio (art. 1898 cod. civ.).

E soprattutto è stata posta in risalto la disposizione dell'art. 1664 (*Onerosità o difficoltà dell'esecuzione*) del cod. civ. in tema di appalto. Come è noto, questa norma che disciplina le sopravvenienze nel contratto di appalto, ribalta la logica che ispira l'art. 1467 cod. civ., rimedio generale per l'eccessiva onerosità sopravvenuta nei contratti a prestazione corrispettive: mentre

---

<sup>16</sup> La riduzione è proporzionata all'intera durata delle riparazioni e all'entità del mancato godimento.

quest'ultima prevede, in via generale, un rimedio demolitorio – la risoluzione – e rimette alla scelta discrezionale dell'altra parte la facoltà di conservare il contratto offrendo la *reductio ad aequitatem*, l'art. 1664 cod. civ. propone uno strumento conservativo, la revisione del prezzo.

Ci si potrebbe chiedere se questo rimedio previsto per il contratto tipico di appalto da una norma particolare del tipo – dunque, una norma speciale – possa trovare applicazione anche ad altri contratti tipici (dunque, muniti di una propria disciplina particolare); e probabilmente l'art. 1323 cod. civ. non lo consente laddove, secondo il principio di specialità, distingue chiaramente tra norme generali contenute nel Titolo II del Libro IV (dove si rinviene la disciplina generale dei rimedi) – quelle sì applicabili a tutti i contratti – e discipline particolari relative a singoli modelli tipici <sup>(17)</sup>.

La dottrina ha giustamente osservato che mentre nel codice del 1942 l'archetipo di contratto tipico a prestazioni corrispettive era certamente la vendita, l'evoluzione del mercato e dell'economia contemporanea ha fatto dell'appalto (e, in particolare, dell'appalto di servizi) il suo modello di riferimento <sup>(18)</sup>.

Questa opportuna considerazione certamente induce a valorizzare il rimedio conservativo previsto dall'art. 1664 cod. civ. in materia di appalto; la cui applicazione generalizzata, tuttavia, incontrerebbe gravi ostacoli, non solo nella già ricordata disposizione dell'art. 1323 cod. civ., ma anche nelle specifiche caratteristiche tecniche di quel rimedio. Infatti, la revisione del prezzo prevista dall'art. 1664 cod. civ. si applica secondo un preciso meccanismo economico e matematico, che stabilisce esattamente la misura della revisione, ne prevede le soglie ed i limiti: la revisione (a favore dell'appaltatore o del committente) scatta solo se “*si siano verificati aumenti o diminuzioni nel costo dei materiali o della mano d'opera, tali da determinare un aumento o una diminuzione superiori al decimo del prezzo complessivo convenuto*”; ed opera “*solo per quella differenza che eccede il decimo*”. Il meccanismo – per come è stato concepito - è

---

<sup>17</sup> Il tema è diffusamente trattato da FRANZONI, *op. cit.*, par. 3.

<sup>18</sup> V. ancora FRANZONI, *op. cit.*, par. 4.

insuscettibile di essere utilizzato negli stessi precisi termini per qualunque altro contratto di durata.

Il principio che potremmo recuperare in termini generali da questa disposizione è soltanto il criterio di proporzionalità tra l'aumento (o la diminuzione) del costo dei materiali e la revisione del prezzo, in modo da preservare inalterato l'equilibrio originario tra le prestazioni. E questo criterio di "proporzionalità" viene ampiamente valorizzato nella soluzione ricostruttiva sulla quale si è concentrata l'attenzione della dottrina alla ricerca di un rimedio conservativo in questa stagione di crisi: la rinegoziazione

5. Lo strumento della rinegoziazione (sul quale mi limito ad un brevissimo cenno, visto che ad esso sono specificamente dedicate due relazioni), che già da trenta anni riscuote un crescente interesse della dottrina<sup>(19)</sup>, oggi sembra rappresentare la soluzione più auspicabile e più condivisa<sup>(20)</sup>. Una soluzione che riceve un larghissimo consenso, giustificato ed accresciuto dalle esperienze di riforma del Codice civile francese e di quello tedesco, dai principi Unidroit, dalla crescente diffusione nella contrattazione internazionale delle clausole *hardship*, dal *Disegno di legge* delega per la revisione del codice civile nel quale si prevede il diritto delle parti di contratti divenuti eccessivamente onerosi per cause eccezionali ed imprevedibili di pretendere la loro rinegoziazione secondo buona

---

<sup>19</sup> Per limitarsi ad alcune tra le opere più significative, si vedano: TOMMASINI, voce *Revisione del rapporto (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, pag. 104; GALLO P., *Revisione del contratto*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XVII, Torino, 1998, pag. 431; MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione dei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996; e, più di recente, CESARO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000; MACARIO, *I rimedi manutentivi, L'adeguamento del contratto e la rinegoziazione*, in *Tratt. Roppo*, V, t. 2, Milano, 2006; MACARIO, voce *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Enc. dir.*, Annali, II, Milano, 2008, pag. 1026 e segg.; BARCELLONA M., *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Europa dir. priv.*, 2009, pag. 467 e segg.; SICCHIERO, *La rinegoziazione*, in *Contr. e impresa*, 2002, pag. 792; GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contr. e impresa*, 2003, pag. 667 ss.; spec. p. 701 ss.; GAMBINO F., *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004; PIGNALOSA, *Clausole di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 414.

<sup>20</sup> Come si può agevolmente rilevare, il tema della rinegoziazione è affrontato, con maggiore o minore spazio, in pressochè tutti gli scritti dedicati al problema dei possibili rimedi avverso gli effetti del Covid 19 sull'esecuzione dei contratti in corso. Cfr., ad esempio, gli Autori elencati nella nota n. 1

fede e, in caso di mancato accordo, di chiedere al giudice l'adeguamento delle condizioni contrattuali, ripristinando l'equilibrio tra le prestazioni secondo un criterio di proporzionalità rispetto all'assetto del contratto originariamente pattuito tra le stesse parti.

Da ultimo questa soluzione è stata apertamente propugnata dalla Relazione tematica dell'Ufficio del Massimario della Cassazione dell'8 luglio 2020, la quale predica l'esistenza di un obbligo di rinegoziazione secondo buona fede; ed arditamente prospetta l'ipotesi *“che il mancato adempimento di esso non comporti solo il ristoro del danno, ma si esponga all'esecuzione specifica ex art. 2932 c.c.”*.

Su questa strada, anche la Cassazione quanto ai criteri di adeguamento del contratto in sede di (mancata) rinegoziazione e di successiva pronuncia costitutiva del Giudice richiama i *“parametri risultanti dal testo originario del contratto, riconsiderati alla luce dei nuovi eventi imprevedibili e sopravvenuti”*. L'obiettivo, insomma, non è la creazione di un assetto nuovo e diverso, ma il ripristino dell'equilibrio originario <sup>(21)</sup>.

Tuttavia, lo strumento della rinegoziazione, verso il quale si orientano convintamente gli auspici dei giuristi per superare il problema delle sopravvenienze da COVID 19 consentendo un 'riadattamento' del contratto, rimane ancora formalmente indefinito e, in mancanza di un parametro normativo, il suo governo non può che affidarsi al precetto generale di buona fede, mentre resta aperto e discusso il problema delle conseguenze del suo inadempimento.

Un indice – sia pure molto labile – dell'interesse del legislatore dell'emergenza verso la soluzione della rinegoziazione è offerto dallo stesso art. 3 del d.l. 23.2.2020, n. 6, nel quale dopo il comma 6 *bis* (con l'art. 91 del d.l. 17

---

<sup>21</sup> *“La rinegoziazione implica l'obbligo di contrarre secondo le condizioni che risultano “giuste” avuto riguardo ai parametri risultanti dal testo originario del contratto, riconsiderati alla luce dei nuovi eventi imprevedibili e sopravvenuti. Qualora le due parti siano disponibili, s'incontrano e concludono; qualora una delle due si neghi, è il giudice a decidere.*

.....

*Con ogni evidenza, la decisione del giudice non può avvenire sulla scorta di un metro casuale, soggettivo o arbitrario, dovendo calibrarsi su elementi rigorosamente espressi dal medesimo regolamento negoziale.”* (Corte di Cassazione – Relazione tematica n. 56, cit., pag. 27).

marzo 2020, n. 181), è stato introdotto il comma 6-ter<sup>(22)</sup>, secondo il quale nelle controversie in materia di obbligazioni contrattuali, nelle quali il Giudice ai sensi del comma 6 bis è tenuto a valutare il rispetto delle misure di contenimento ai sensi degli art. 1218 e 1223 “*il preventivo esperimento del procedimento di mediazione ..... costituisce condizione di procedibilità della domanda*”. Certo, la mediazione è strumento diverso dalla rinegoziazione, ma ragionevolmente, almeno nelle ambizioni del legislatore, la prima è rivolta a provocare la seconda<sup>(23)</sup>.

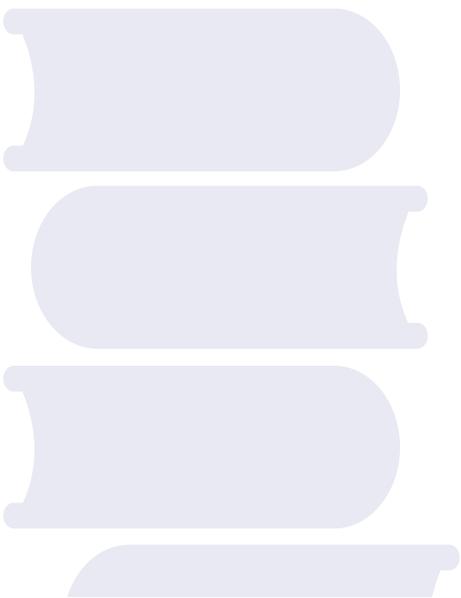
---

<sup>22</sup> <<comma 6 ter - Nelle controversie in materia di obbligazioni contrattuali, nelle quali il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto, o comunque disposte durante l'emergenza epidemiologica da COVID-19 sulla base di disposizioni successive, può essere valutato ai sensi del comma 6-bis, il preventivo esperimento del procedimento di mediazione ai sensi del comma 1-bis dell'articolo 5 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, costituisce condizione di procedibilità della domanda>>.

<sup>23</sup> V. DOLMETTA (*Il problema della rinegoziazione (ai tempi del coronavirus)*, in *giustiziacivile.com*, 2020, numero speciale n. 3, pag. 319 e segg.) il quale prospetta “*l'eventualità di una rinegoziazione assistita per via extragiudiziale*” auspicando “*un'assistenza non già di taglio mediatore, bensì di sostanza decisoria e che sia garantita l'elevata professionalità delle strutture decisorie*”. Sul punto v. pure RABITTI M., *Pandemia e risoluzione delle future controversie. Un'idea «grezza»*, in *www.diritto.bancario.it*, 23 aprile 2020.



Parte seconda



# Dossier Governance enti Terzo settore



Come già in altri numeri (2/2017 e 1/2018) LLR contiene anche un dossier monografico, questa volta sull'Organizzazione degli enti del terzo settore. Si tratta di relazioni e interventi presentati nel Convegno *La governance degli enti del terzo settore dopo la riforma* che si è svolto a Roma, presso la Luiss Guido Carli, il 23 settembre 2021.

I lavori esaminano i vari aspetti della disciplina organizzativa sia degli enti del d. lgs. n. 117/2017, sia delle imprese sociali del d. lgs. n. 112/2017, ricostruendo le fonti della materia tra codice civile e leggi di settore. È conservato volutamente lo stile discorsivo e in genere privo di riferimenti dottrinali proprio della presentazione dei contributi al Convegno.

È stato così possibile rendere disponibili rapidamente i lavori alla comunità scientifica e a tutti gli interessati all'indomani dell'operatività del RUNTS a partire dal 24 novembre 2021, che segna una svolta fondamentale per la riforma del settore e per la vita e lo sviluppo degli ETS, e in vista della scadenza il 31 maggio prossimo del termine di adeguamento agevolato degli statuti di ONLUS, associazioni di promozione sociale (APS) e organizzazioni di volontariato (ODV).



*L'organizzazione degli enti del Terzo settore tra codice civile,  
leggi speciali e autonomia privata*

di **GIAN DOMENICO MOSCO**

**SOMMARIO:** **1.** IL CAMPO DI INDAGINE. – **2.** LA QUESTIONE DELLA RESIDUALITÀ DEL CODICE CIVILE. – **3.** I PRINCIPALI INTERROGATIVI SUL SIGNIFICATO DELLA PREMINENZA DEL D.LGS N. 117 PER ASSOCIAZIONI E FONDAZIONI DEL TERZO SETTORE. – **4.** LO SLITTAMENTO DAL LIBRO I AL LIBRO V E LA CONFERMA DELL'IMPORTANZA DEL CODICE CIVILE. – **5.** IL RILIEVO DELLE NORME SOCIETARIE E LA LORO INTERPRETAZIONE CON RIGUARDO AD ASSOCIAZIONI E FONDAZIONI DEL TERZO SETTORE: TRE CRITERI DI CARATTERE GENERALE E TRE ESEMPI DI INTERPRETAZIONE DELLA DISCIPLINA RELATIVA AGLI AMMINISTRATORI. – **6.** SULL'ATTUALE RUOLO DEL LIBRO I DEL CODICE CIVILE. – **7.** LE SCELTE DELLA RIFORMA CON RIGUARDO ALLA *GOVERNANCE* DI ASSOCIAZIONI E FONDAZIONI E I POSSIBILI INTERVENTI DI REVISIONE.

**1. Il campo di indagine.** Mi limiterò a qualche osservazione meramente introduttiva su una sola delle molte interazioni di disciplina che caratterizzano il sistema delle fonti del terzo settore: quella tra le regole sull'organizzazione di associazioni e fondazioni del codice del terzo settore e le disposizioni del codice civile, cercando di chiarire quale sistema delle fonti sia derivato dalla riforma per gli enti del terzo settore e in generale per quelli del libro I del codice civile.

Purtroppo per ragioni di tempo dovrò tralasciare sia il rapporto tra le disposizioni "generalì" su associazioni e fondazioni e quelle a volte diverse degli enti specificamente disciplinati dal codice del terzo settore o dal d. lgs n. 112 sull'impresa sociale; sia il rapporto tra la disciplina dettata in via specifica per quest'ultima e le regole applicabili alle società contenute nel titolo V del codice civile e, a volte, tra quella del d.lgs n. 112 e lo stesso codice del terzo settore.

Del resto, il sistema delle fonti del terzo settore è ancora più complesso per via della normativa secondaria e delle fonti regionali e degli enti locali, per non dire dell'influenza che ha il diritto dell'Unione europea sul sistema in punto di efficacia delle regole sui titoli di solidarietà e su quelle fiscali agevolative (Gori, 2018).

Nondimeno, mi limiterò all'interazione indicata, che mi pare comunque la principale sotto il profilo della *governance* e che può consentire anche qualche riflessione di carattere generale.

**2. La questione della residualità del codice civile.** Si sa che la legge delega n. 106/2016 aveva previsto la revisione della “disciplina del titolo II del libro primo del codice civile in materia di associazioni, fondazioni e altre istituzioni di carattere privato senza scopo di lucro (...)”. Ma che i decreti legislativi attuativi della delega hanno rinunciato a una revisione di carattere generale di questa parte del codice civile, introducendovi alla fine solo l’art. 42-*bis* su trasformazioni, fusioni e scissioni.

La rinuncia ha però riguardato solo l’intervento sul codice civile, non sulla disciplina normativa di tutte le associazioni e fondazioni, essendo il legislatore intervenuto (solo) su quelle del terzo settore nell’ambito del relativo codice con regole che sono anche e fortemente di carattere organizzativo.

È una regolamentazione particolarmente dettagliata, pervasiva ho avuto occasione di definirla, in termini del tutto opposti alla laconicità delle regole che a questi enti dedica il libro I del codice civile, soprattutto nel caso delle associazioni non riconosciute, il cui ordinamento è lasciato dall’art. 36 c.c. agli accordi degli associati. Il codice del terzo settore, invece, ne fornisce una iper-regolazione, equiparandole alle associazioni riconosciute e incrementando di molto anche le regole applicabili a queste ultime in applicazione del codice civile.

Posto che in ragione dell’art. 3 del d. lgs n. 117 le norme del codice civile si applicano *soltanto* per quanto non previsto dal codice del terzo settore e *soltanto* in quanto compatibili, si pone la questione della residualità del codice civile con riguardo ad associazioni e fondazioni del terzo settore, in particolare relativamente al loro ordinamento interno. Inoltre, è stato sollevato il tema della stessa residualità del libro I con riguardo a tutte le associazioni e fondazioni, libro I che secondo qualche autore è condannato a divenire sempre più marginale (v. per es. Gorgoni, 2021). Si ipotizza infatti la progressiva applicazione delle regole dettate per gli enti del terzo settore anche alle altre associazioni e fondazioni, predicendone un futuro di diritto vivente generalizzato per tutti gli enti in questione.

**3. I principali interrogativi sul significato della preminenza del d.lgs n. 117 per associazioni e fondazioni del terzo settore.** Mi pare incontestabile che per gli enti del terzo settore la disciplina degli artt. 14 e seg. del codice civile abbia una portata ormai minima, soverchiata dalle ben più numerose norme del d.lgs n. 117 e messa in un angolo dal criterio della compatibilità.

Tuttavia, occorre chiedersi:

- (i) se questo vuol dire, come sembrerebbe, che altrettanto marginale va considerato il codice civile;
- (ii) come va inteso dal punto di vista sistematico quello che è stato definito (Gori, 2018) il “nuovo diritto civile degli ETS”;
- (iii) quali sono le conseguenze di quello che si dirà sul rilievo del CTS sul piano dell’interpretazione sia per gli enti del terzo settore, sia per le associazioni e le fondazioni estranee al settore, dunque sullo stesso ruolo attuale del titolo secondo del libro I del codice civile.

**4. Lo slittamento dal libro I al libro V e la conferma dell’importanza del codice civile.** Per cercare di rispondere alla prima domanda occorre riflettere su quale tipo di norme è presente, almeno dal punto di vista dell’organizzazione degli enti, nel codice del terzo settore.

È facile notare, ed è stato da molti notato, che il legislatore della riforma più che voltare le spalle al codice civile ha spostato gli occhi dal libro I al libro V, ora riproducendone le disposizioni (in una quindicina di casi, ha notato Ibbà, 2019), ora intervenendo anche per modificarle o integrarle od ometterne alcune, cercando dunque di adattarle all’ambito del terzo settore; forse più spesso richiamandole mediante rinvio, a volte seccamente, più di frequente con la formula cautelativa della compatibilità.

Nel riferirsi direttamente o indirettamente al campo societario ha poi “saltato” le società di persone, anche per la struttura corporativa prescelta per gli enti del terzo settore, per guardare a quelle di capitali, e tra queste quasi esclusivamente alla s.p.a. e alla società cooperativa (ma con riguardo a quest’ultima in via diretta v. solo l’art. 24, co. 5, sulle assemblee separate,

che rinvia all'art. 2540) con rari riferimenti alla s.r.l. (in via diretta v. l'art. 27 sul conflitto di interessi che richiama l'art. 2475-ter).

Affrontando anche la seconda domanda, non mi pare allora che si sia in presenza di un micro-sistema nel quale scorgere principi con una loro autonomia concettuale, "diversi o contrari ai principi del codice" (Irti, 1979), se non – e certo non è poco – rispetto alla scelta di politica legislativa di fondo, soprattutto riguardo alle associazioni non riconosciute: dettare regole, molte imperative, di matrice societaria e non lasciar fare agli associati nell'ambito di una chiara differenziazione di disciplina tra società e associazioni.

Insomma, mi pare che il libro I del codice abbia indubbiamente perso centralità per gli enti del terzo settore, ma non, a ben vedere, il codice civile. Certo, per questi enti il suo rilievo non è più diretto ma mediato, passando attraverso la disciplina del codice del terzo settore. Certo, c'è uno spostamento di focus dal libro I al libro V. Ma, quanto meno, la perdita di centralità del codice civile anche per gli enti del terzo settore va rettamente intesa.

**5. Il rilievo delle norme societarie e la loro interpretazione con riguardo ad associazioni e fondazioni del terzo settore: tre criteri di carattere generale e tre esempi di interpretazione della disciplina relativa agli amministratori.** Quali le conseguenze sul piano dell'interpretazione?

Ci si è chiesti (Ibba, 2019) se la trasposizione delle norme societarie nel contesto degli enti del codice del terzo settore, che società non sono, ne influenzi l'interpretazione, distaccandola almeno in parte da quella che si è andata formando con riguardo alle società.

Non c'è dubbio che occorre evitare un ricorso automatico e generalizzato agli orientamenti interpretativi societari, procedendo piuttosto a un'analisi caso per caso, norma per norma, che valorizzi anche il diverso peso del diritto societario conseguente alle tre modalità di trasposizione nel campo degli enti del terzo settore alle quali si è fatto poc'anzi cenno.

Allo stesso modo, nel caso di lacune non sembra possibile ricorrere a un'applicazione analogica indirizzata nella generalità dei casi verso la

disciplina societaria o al contrario verso quella del libro I del codice civile, fermo restando che non ogni silenzio della legge può considerarsi una lacuna, potendo piuttosto essere espressione della volontà del legislatore di semplificare lasciando spazio all'autonomia privata.

Si pensi per esempio alla disciplina degli amministratori, caratterizzata da disposizioni di tutti e tre i tipi sopra richiamati: nuove, per quanto ispirate al diritto societario, di rinvio secco a quest'ultimo, di rinvio con la clausola di compatibilità. E dove sono numerosi i vuoti normativi che richiedono di interrogarsi se il silenzio equivale a una lacuna e in caso positivo se occorre guardare alla disciplina in materia del libro I o del libro V.

Non è qui possibile procedere a un'analisi anche solo un po' approfondita, che investirebbe numerosi e fondamentali aspetti della disciplina, dalla possibilità dell'amministratore unico, alla necessaria collegialità dell'organo pluripersonale, alla durata della carica e a molti altri, fino a quello particolarmente importante della responsabilità degli amministratori.

È però possibile provare a proporre dei criteri di carattere generale e attraverso questi guardare almeno ad alcuni specifici problemi di disciplina.

Il primo criterio mi pare che debba essere quello di perseguire l'elasticità delle norme e la valorizzazione della "autonoma iniziativa dei cittadini" (art. 118, co. 4, Cost; art. 1 e art. 2 legge delega n. 106/2016) anche sotto il profilo dell'autonomia contrattuale, non aggravando la scelta di un intervento "forte" di regolamentazione operata dal legislatore, insieme alla valorizzazione di un ordinamento interno basato sui "principi di efficacia, di efficienza, di trasparenza, di correttezza e di economicità della gestione degli enti" (art. 4, co. 1, lett. d, legge delega), in sintesi di un'organizzazione moderna in grado di sostenerne l'attività.

Così, per esempio, non c'è ragione per escludere l'amministratore unico (v. la nota del Ministero del lavoro e delle politiche sociali del 16 settembre 2020, n. 9313; in senso contrario Amato, 2021), forse non la prima scelta del legislatore, ma al quale non si oppone alcun principio correlato all'organizzazione corporativa di questi enti e che nessuna norma del codice del terzo settore – che dell'organo di amministrazione si occupa non poco

(specie nell'art. 26) – esclude, né esplicitamente, né a ben vedere implicitamente.

Il secondo criterio mi sembra quello del rispetto delle scelte operate dal d. lgs n. 117 che si sono tradotte in un rinvio puro e semplice al codice civile, che mi pare esprimano, anche per “differenza specifica” rispetto alle altre, la volontà di un’applicazione piena della norma societaria richiamata.

Nel caso, per esempio, del conflitto di interessi, la disposizione dell’art. 27 CTS secondo la quale “al conflitto di interessi degli amministratori si applica l’art. 2475-ter del codice civile” – tra l’altro richiamando per una volta la disciplina in materia della s.r.l. e non della s.p.a., in ragione evidentemente di una specifica riflessione sul punto – mi pare escluda la possibilità di riproporre un duplice (triplice per le associazioni non riconosciute) processo analogico sostenendo l’applicazione dell’art. 23 c.c. sull’impugnazione delle delibere assembleari delle associazioni riconosciute, così estendendo il novero delle deliberazioni impugnabili, riaprendo la questione dei soggetti legittimati, contrapponendo lo specifico termine di decadenza dell’art. 2457-ter, co. 2 (novanta giorni) per le delibere in conflitto di interessi a quello prescrizione ordinario di cinque anni per molti applicabile sulla base dell’art. 23 c.c.

A mio avviso, non si tratta di una lacuna, frutto di una dimenticanza del legislatore ripetuta a tredici anni dalla riforma societaria, e l’unica norma applicabile è quella del combinato disposto dell’art. 27 CTS e dell’art. 2475-ter c.c. Di conseguenza, anche gli orientamenti interpretativi da prendere a riferimento sono quelli che su quest’ultima norma si sono formati in ambito societario (che pure, forse, finiranno per essere influenzati dalle regole della spa in materia o da quelle sull’invalidità delle decisioni dei soci nella stessa s.r.l.).

È questa la strada, del resto, per assicurare una certa stabilità alle decisioni gestorie e prevedibilità con riguardo alla loro sorte. Mi domando, d’altro canto, se oggi ha senso in termini di efficienza lasciare la gran parte delle deliberazioni consiliari – e secondo alcuni tutte, anche quelle assunte in conflitto di interessi (Ibba, 2019) – invalidabili per cinque anni.

Il terzo criterio riguarda invece i rinvii con la formula “in quanto compatibile”.

In questa ipotesi l'indagine "norma per norma" diviene essenziale e l'interprete ha sicuramente, per volontà dello stesso legislatore, un ben più ampio margine d'azione.

Penso emblematicamente alla disciplina della responsabilità degli amministratori.

Per l'articolo 28 del codice del terzo settore gli amministratori (e non solo loro, ma anche i direttori, i componenti dell'organo di controllo, il soggetto incaricato della revisione legale) "rispondono nei confronti dell'ente, dei creditori sociali, del fondatore, degli associati e dei terzi ai sensi degli articoli 2392, 2393, 2393-bis, 2394, 2394-bis, 2395, 2396 e 2407 del codice civile" nonché dell'articolo 15 del d. lgs 27 gennaio 2010, n. 39 sulla revisione legale. In questo caso, tuttavia, in quanto compatibili.

È una delle scelte più nette del codice del terzo settore, da molti criticata sotto vari profili. Mi limito qui, nella personale convinzione che pregiudizi patrimoniali dei soggetti legittimati a far valere la responsabilità possono scaturire anche da enti non lucrativi (v. invece le perplessità del Consiglio di Stato nel parere n. 1405/2017), a richiamare i dubbi di un eccesso di rigore rispetto agli amministratori del terzo settore, che sono enti *non profit*, spesso neanche economici o molto piccoli e nei quali altrettanto spesso la carica è ricoperta gratuitamente (per statuizione dell'art. 34 CTS nel caso delle organizzazioni di volontariato) da soggetti con competenze gestionali limitate.

In molti ha destato preoccupazione, in particolare, la natura della diligenza richiesta, che in ragione dell'art. 2392 c.c. è quella professionale e non del buon padre di famiglia, con un'elevazione del grado di diligenza richiesto sulla base dell'art. 18 c.c.

Il giudizio di compatibilità non può a mio avviso portare a disapplicare l'art. 2392 tornando a riferirsi al criterio del buon padre di famiglia, contraddicendo alla radice il rinvio operato dalla legge, del resto in una prospettiva di modernizzazione della disciplina normativa (v. invece Barillà, 2019; *contra* Ibba, 2019).

Può però consentire di considerare il nuovo grado di professionalità non un monolite inscalfibile, ma un parametro che anche nel diritto societario ha già in sé, di sicuro mi pare nel riferimento alle specifiche competenze di

ciascun amministratore, la possibilità di una gradazione del livello di professionalità richiesto. Parametro che il vaglio di compatibilità consente di adattare alle caratteristiche del terzo settore, modulandolo ulteriormente avendo a mente non solo le persone e l'incarico degli amministratori, ma gli enti che questi gestiscono.

Credo che in questa direzione ci si possa muovere, allora, attraverso il ricorso a due strumenti interpretativi, uno riferito per l'appunto all'ente, l'altro al singolo rapporto d'amministrazione.

Il primo potrebbe dare spazio a quel principio di proporzionalità che ormai, insieme a quello speculare dell'adeguatezza, è un principio cardine dell'organizzazione societaria e, direi, di quella di tutti gli enti associativi, misurando la professionalità richiesta sulla base "della natura", imprenditoriale o meno, e "delle dimensioni" dell'ente, parafrasando il nuovo co. 2 dell'art 2086 c.c. e il vecchio art. 2214 c.c.

Il secondo potrebbe invece valorizzare, come è stato suggerito (da Ibba, 2019), l'eventuale gratuità dell'incarico e le effettive competenze degli amministratori, in particolar modo se sono associati, tenuto conto che è la legge a chiedere che tra loro siano scelti tutti (v. ancora l'art 34 cit.) o la maggioranza degli amministratori, con un inevitabile, a me pare, caveat di compatibilità con riguardo all'art 2392 c.c.

**6. Sull'attuale ruolo del libro I del codice civile.** Affrontando l'ultima domanda che mi è parso necessario porre, dubito dunque della forza propulsiva del "diritto civile" degli enti del terzo settore (caso mai, del diritto commerciale "travestito"), che si vuole in grado di sostituire le regole del libro I per tutte le associazioni e fondazioni, anche estranee al terzo settore. Una soluzione certamente non voluta dal riformatore del 2017, come emerge anche dalla chiara delimitazione, nella rubrica del titolo IV (come nota Tamponi, 2018) e nel suo articolo d'apertura (art. 20), dell'ambito di applicazione delle disposizioni alle associazioni e fondazioni "del terzo settore".

Chi propende per la tesi posta in dubbio:

- (i) valorizza (Ibba, 2019) il rilievo del già ricordato principio inattuato della legge delega n. 106/2016 sulla revisione della

disciplina del codice civile assieme ai principi e criteri direttivi dettati a riguardo dal suo art. 3. Ciò alla luce della giurisprudenza costituzionale che è più volte intervenuta sul significato delle leggi di delegazione, affermando tra l'altro (Corte cost., 4 maggio 1990, n. 224) che si possono utilizzare, a fini interpretativi, le loro disposizioni in quanto vere e proprie "norme (legislative) costitutive dell'ordinamento giuridico", dunque in qualche misura *self executing* come quelle incondizionate e sufficientemente dettagliate delle direttive comunitarie rimaste inattuato;

- (ii) oppure semplicemente richiama la tradizionale applicazione analogica, profetizzando l'inevitabile ricorso al catalogo ampio e aggiornato di regolamentazione rappresentato dalle norme del CTS su associazioni e fondazioni, che avrebbero una finalizzazione in genere non connessa alla natura di ente del terzo settore (Gori, 2018).

Non credo tuttavia che i principi e criteri direttivi della legge delega sulla revisione del libro I vadano nella direzione indicata. L'art 3 della legge delega non contiene norme organizzative autoportanti, ma meri campi necessari d'intervento del legislatore delegato (sul contenuto dell'atto costitutivo, sugli obblighi di trasparenza e informazione, sulla responsabilità degli amministratori, sul rispetto dei diritti degli associati, sulle prerogative dell'assemblea), senza però dettare direttamente delle regole suscettibili di diretta applicazione. E prendere a riferimento le scelte compiute dal codice del terzo settore per i suoi soli enti sulla base dei diversi criteri indicati nell'art. 4 della legge n. 106/2016, in particolare nel suo co. 1, lett. d), è cosa diversa dal riconoscere la possibilità di un'applicazione diretta, ricorrendo dati presupposti, delle disposizioni della legge delega.

L'unico criterio dell'art. 3 che si potrebbe considerare suscettibile di diretta applicazione è quello della lett. d) secondo il quale si doveva prevedere che "alle associazioni e alle fondazioni che esercitano stabilmente e prevalentemente attività d'impresa si applichino le norme previste dai titoli V e VI del libro quinto del codice civile, in quanto compatibili". Ma applicarlo così com'è sarebbe una sciagura, trattandosi di un riferimento a un insieme

di statuti normativi tra loro profondamente diversi, come sono quelli disposti per le varie società lucrative di persone e di capitali e per quelle cooperative (Mosco, 2017). Un errore di redazione, tanto che il d.lgs 117 ha proceduto diversamente, selezionando le norme societarie applicabili e ispirandosi soprattutto alla s.p.a.

Quanto all'analogia, le norme sull'organizzazione delle associazioni e fondazioni del terzo settore a me sembrano complessivamente legate sia alle finalità e alle attività proprie degli enti del terzo settore, sia ai regimi agevolati dei quali questi enti beneficiano, anzi tutto dal punto di vista fiscale, le une e gli altri in grado di giustificare discipline cautelative anche endo-societarie. Il che rende non immediata la loro applicazione al di fuori del terzo settore, dove queste esigenze normalmente non vi sono.

Occorre anche considerare che gli enti del libro I estranei al terzo settore non sono, non solo qualitativamente (basta pensare ai partiti politici, ai sindacati, alle associazioni imprenditoriali), residuali. Tutt'altro.

Secondo gli ultimi dati (al 31 dicembre 2018) diffusi dall'Istat nel 2020, il settore *non profit* conta su 359.574 enti, dei quali l'85% sono associazioni (305.868) e il 2,2% fondazioni (7.913), che assieme raggiungono dunque 313.781 unità, l'87,2% di tutti gli enti. Non è dato sapere quanti di questi enti rientrino nel terzo settore e possano e vogliano iscriversi nel RUNTS: il 1° Rapporto Terzjus sulla legislazione del terzo settore (2021) ipotizza nel contributo di Bassi e Lori circa 93 mila iscritti frutto della c.d. trasmigrazione dai precedenti elenchi. Ricordo che nel convegno dell'anno scorso su Terzo settore, imprese e benefici sociali, Roberto Monducci, direttore del dipartimento per la produzione statistica dell'Istat, ha detto che solo il 22,9% del *non profit* appartiene al terzo settore in senso stretto<sup>1</sup>.

Dunque, la maggioranza delle associazioni e fondazioni – probabilmente, una forte maggioranza – rimarrebbe estranea al terzo settore e al suo codice. E anche sotto questo profilo procedere a un'analogia “inversa” dal codice del terzo settore a quello civile non sembra una strada logica e percorribile, almeno in via generale.

---

<sup>1</sup> Del resto, solo 60.425 hanno beneficiato del 5 per mille e almeno i 23.549 enti operanti secondo l'Istat nel settore “relazioni sindacali e rappresentanza di interessi” ne sono necessariamente estranei, come una parte dei 5.081 del settore “tutela dei diritti e attività politica”.

**7. Le scelte della riforma con riguardo alla governance di associazioni e fondazioni e i possibili interventi di revisione.** Vorrei concludere il mio intervento provando a riflettere sulle scelte compiute dal codice del terzo settore in punto di organizzazione delle associazioni e delle fondazioni nella prospettiva di eventuali interventi di affinamento della riforma del 2017 o di revisione del libro I del codice civile.

La prima opzione sulla quale vorrei soffermarmi è quella, contraria alla stessa legge delega, di dettare una disciplina che non distingue tra enti imprenditoriali ed erogativi, salvo l'applicazione ai primi di qualche norma aggiuntiva, forse non indispensabile (art. 11, co. 2; art. 13, co. 4).

È noto che per gli enti del libro V il codificatore del '42 presuppone l'esercizio di un'impresa e la loro disciplina normativa ne tiene conto in maniera determinante. Per quelli del libro I, invece, il codificatore non pensava che potessero esercitare un'impresa e pertanto la loro disciplina ignora questa eventualità. Questo spiega perché la disciplina codicistica degli enti del libro V, in particolare delle società, è molto più complessa di quella di associazioni e fondazioni e perché quella degli artt. 2195 e seg. si occupa dell'iscrizione nel registro delle imprese degli enti pubblici "che hanno per oggetto esclusivo o principale un'attività commerciale", ma non di quelli privati del libro I che svolgono attività d'impresa commerciale, lasciando agli interpreti l'indicazione di se e quando si applica il relativo statuto, con molti dubbi quando l'attività economica non è esercitata in via esclusiva o principale.

Oggi che molti enti del libro I esercitano attività d'impresa (ricordo che secondo Il Sole 24Ore gli enti imprenditoriali non societari sono circa 82.000<sup>2</sup>) una differenza così radicale di disciplina organizzativa non si spiega più e così a mio avviso il silenzio normativo sull'applicazione dello statuto dell'imprenditore commerciale.

Era dunque una buona occasione per colmare questo solco nel codice civile o almeno nel codice del terzo settore, stabilendo quando si applica lo statuto dell'imprenditore commerciale e prevedendo regole organizzative

---

<sup>2</sup> Un numero molto maggiore delle 15.571 cooperative sociali costituite secondo l'ISTAT e delle 802 altre imprese sociali esistenti per l'IRIS.

specifiche per le associazioni e fondazioni che svolgono attività d'impresa, con un'attenzione particolare alla tutela dei terzi.

Così non è stato, ma così sarebbe opportuno disporre in futuro, se vi sarà l'occasione, per gli enti del terzo settore e forse ancor più per quelli del libro I che non ne facciano parte, alla luce di quanto detto sulla scarna disciplina normativa che resta a loro applicabile. Rivedendo auspicabilmente anche la parte del codice civile dedicata all'imprenditore, a sua volta da rendere finalmente più moderna sia sul versante delle nozioni, sia su quello della disciplina (v. i contributi raccolti in AGE 1/2014).

Connessa a questa scelta e alla sua critica è quella del tipo di regolamentazione presente nel codice del terzo settore.

Non mi pare giustificata la scelta di imporre nella sostanza le regole organizzative del diritto societario, nemmeno a quegli enti che esercitano attività imprenditoriale, ma che comunque società non sono.

Nonostante emerga dal testo la volontà di lasciare spazio all'autonomia privata (per esempio, molte disposizioni si aprono con la locuzione "se l'atto costitutivo o lo statuto non dispongono diversamente"), come dicevo la regolamentazione mi pare troppo complessa e troppa ricca di norme imperative, dettate direttamente o per rinvio.

Nel codice civile non mancano invece esempi di una disciplina normativa di organizzazioni corporative più semplice e che dia maggiore spazio all'autonomia contrattuale, a cominciare proprio da quella delle associazioni riconosciute e, nel caso di enti economici, dalla disciplina dei consorzi tra imprenditori (artt. 2602 e 2612 e seg. c.c.), più ancora a mio avviso di quella delle s.r.l. riformata nel 2003.

In definitiva, se ci fosse occasione semplificherei un po' le regole organizzative del CTS graduandole al tempo stesso in funzione dell'attività, economica o erogativa, esercitata. Quanto al codice civile, mi preoccuperei soprattutto di dettare qualche regola d'organizzazione specifica per gli enti che esercitano attività imprenditoriale. Per gli altri occorre interrogarsi sull'opportunità di lasciare nelle associazioni non riconosciute ancora agli associati la scelta di ogni regola organizzativa: forse si potrebbe superare anche nel codice civile la distinzione in punto di disciplina tra associazioni riconosciute e non riconosciute estendendo a tutti le regole del capo II, pur

da aggiornare sulla base dei nuovi principi di democrazia e di efficienza<sup>3</sup>, in linea con la scelta di uniformità normativa compiuta, credo in modo opportuno, dal legislatore del terzo settore.

Una scelta che sarebbe più coerente qualora, seguendo ancora una volta quanto fatto dal “codificatore” del terzo settore, si optasse per un riconoscimento della personalità giuridica non in ragione di un provvedimento dell’autorità, ma “automaticamente” a seguito dell’iscrizione in un registro delle persone giuridiche reso nazionale<sup>4</sup>, superando l’anacronistica disciplina del d.P.R. n. 361/2000. Si metterebbe così finalmente termine alle “graziose concessioni del principe” che segnano la storia della personalità giuridica e che echeggiano ancora nel riconoscimento prefettizio o regionale, estendendo a tutti gli enti del libro I, questa volta di sicuro opportunamente, il più liberale – e oggi anche costituzionalmente orientato – modello societario.

## Riferimenti

- AMATO C. (2021), *Ordinamento e amministrazione*, in *Il Codice del terzo settore*, 2<sup>a</sup> ed., a cura di M. Gorgoni, Pisa, 2021, p. 255 ss.
- BARILLÀ G.B. (2019), *La responsabilità degli amministratori di fondazioni tra diritto societario e Codice del Terzo Settore*, in *Riv. Soc.*, 2019, p. 1046 ss.
- GORGONI M. (2021), *Il codice del Terzo settore tra luci e ombre*, in *Il Codice del terzo settore*, cit., p. 9 ss.
- GORI L. (2018), *Il sistema delle fonti del diritto del terzo settore*, in *Osservatorio delle fonti.it*, 1/2018.
- IBBA C. (2019), *Codice del terzo settore e diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2019, p. 62 ss.
- IRTI N. (1978), *L’età della decodificazione*, Bari, 1978.
- MOSCO G.D. (2017), *L’impresa non speculativa*, in *Giur. comm.*, 2017, p. 216 ss.
- OLIVIERI G., PRESTI G. (a cura di) (2014), *Cinquanta sfumature di impresa*, AGE 1/2014.
- TAMPONI M. (2018), *Persone giuridiche*, in *Il codice civile commentato Schlesinger-Busnelli*, artt. 11-35, Milano, 2018.

---

<sup>3</sup> Lasciando piena libertà organizzativa solo ai comitati, così finalmente ben distinguendoli dalle associazioni.

<sup>4</sup> Fermo il controllo di legalità dell’atto costitutivo da parte del notaio rogante.



## *La governance degli enti del Terzo settore dopo la riforma: i soci e l'assemblea*

di MICHELE TAMPONI

**SOMMARIO:** 1. PREMESSA (TERMINOLOGICA E NON SOLO). – 2. INGRESSO DI NUOVI SOCI O ASSOCIATI. – 3. PREROGATIVE ATTRIBUITE DALLA LEGGE A SOCI E ASSOCIATI. – 4. QUALE SPAZIO GESTORIO PER SOCI E ASSOCIATI? – 5. ASSEMBLEA E DIRITTO DI VOTO. – 6. DEMOCRATICITÀ INTERNA E PRINCIPIO DI MAGGIORANZA.

**Premessa (terminologica e non solo).** S'impone in apertura una precisazione di ordine terminologico, ma anche concettuale: parlare di *soci*, anziché di *associati*, non è fuori luogo nel presente contesto.

E ciò per plurime ragioni. Innanzitutto, perché l'art. 4 del Codice del Terzo settore (d. lgs. 3 luglio 2017 n. 117) concerne espressamente le imprese sociali, le cooperative sociali, le società di mutuo soccorso, ovvero vaste categorie di enti caratterizzati dalla partecipazione di soggetti che a pieno titolo chiamiamo soci e non già genericamente associati. E poi perché la riforma del 2017 indubbiamente ha dato vita a un processo di commercializzazione, o forse meglio di societizzazione, del diritto degli enti, sì che il richiamo ai “soci”, piuttosto che agli “associati”, finisce per risultare espressivo, anche sul versante lessicale, della lunga marcia di avvicinamento degli enti non profit ai soggetti collettivi di cui al Libro V del codice civile: lunga marcia che l'entrata in vigore della legge 6 giugno 2016 n. 106 e del d. lgs. n. 117/2017 ha indubbiamente accelerato con forza<sup>1</sup>.

Si è spesso parlato, in proposito, di ibridazione tra gli enti del Libro I e quelli del Libro V, di commercializzazione della disciplina prevista in ambito non lucrativo, oltre che di progressiva svalutazione dell'importanza accreditata in passato alla distinzione tra enti dotati di personalità giuridica ed enti privi di questo requisito: classificazioni e schematizzazioni che sono

---

<sup>1</sup> Per tutti C. IBBA, *Codice del terzo settore e diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2019, p. 62 ss. Spunti già in A. FUSARO, *Operazioni straordinarie degli enti del Terzo settore*, in AA.VV., *La riforma del c.d. Terzo settore e l'imposizione fiscale delle liberalità indirette*, Quaderni della Fondazione italiana del notariato, Milano, 2017, p. 63 ss.; ID., *Trasformazione, fusione, scissione degli enti del libro primo e degli ETS*, in *Riv. not.*, 2018, p. 7 ss.

andate attenuandosi nei tanti singoli provvedimenti dei decenni trascorsi, allorché si è passati da quella che è stata chiamata “la congiura del silenzio”, ovvero sia la povertà delle forme codicistiche, al groviglio delle leggi speciali<sup>2</sup>.

Precisi dati normativi sono poi offerti dal d. lgs. n. 117. All’art. 17, nel quadro della disciplina dell’attività di volontariato, si chiarisce espressamente (c. 5) che la qualità di volontario è incompatibile con qualsiasi forma di rapporto di lavoro subordinato o autonomo e con ogni altro rapporto di lavoro retribuito con l’ente «*di cui il volontario è socio o associato o tramite il quale svolge la propria attività volontaria*». Può andarsi anche oltre, in realtà, e ricordare che per l’art. 15 gli enti devono tenere il libro degli associati o *aderenti*, sì che la base personalistica si dilata ancor più: non solo soci in senso tecnico o associati, ma anche volontari (che siano soci, che siano associati, che non siano né soci né associati) ovvero semplici e non meglio identificati “aderenti”.

Soprattutto, l’accostamento degli enti del Terzo settore all’area del Libro V del codice civile traspare dalla rubrica di varie disposizioni del relativo codice: «*denominazione sociale*» (art. 12), «*bilancio sociale*» (art. 14), «*libri sociali obbligatori*» (art. 15), e più ancora dalle molte previsioni che hanno evocato specifiche regole societarie: l’art. 24 in tema di assemblea richiama gli artt. 2373 e 2540; l’art. 26 in tema di amministratori contempla l’applicazione dell’art. 2382; l’art. 27 rimanda all’art. 2475-*ter* in materia di conflitto di interessi; l’art. 28 sulla responsabilità degli amministratori rinvia agli artt. 2392 e segg. e all’art. 2407; l’art. 29 prevede la denuncia all’organo di controllo e al tribunale a norma degli artt. 2408 e 2409.

Condivisibile si rivela, in proposito, la notazione secondo cui la “societarizzazione” ha finito per prendere la mano al legislatore, che nel decreto legislativo in parola non soltanto discorre di denominazione sociale, libri sociali, organi sociali, ma altresì di cariche sociali, oggetto sociale,

---

<sup>2</sup> M.V. DE GIORGI, *Il nuovo diritto degli enti senza scopo di lucro: dalla povertà delle forme codicistiche al groviglio delle leggi speciali*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, p. 287 ss. (ora anche in *Enti del primo libro e del terzo settore. Ventun scritti fra due secoli*, Pisa, 2021, p. 29 ss.); R. RASCIO, *Gli enti del libro primo. Dalla moltitudine dei modelli speciali ai tipi del codice*, in *Dir. e giur.*, 2003, p. 1 ss.

creditori sociali, spingendosi anche a introdurre, e quasi trapiantare, numerosi concetti e precetti societari, a volte con rinvio ad essi “in quanto compatibili”, altre volte rinunciando a menzionarli espressamente e ripetendone pedissequamente i contenuti<sup>3</sup>.

Ciò non toglie, tuttavia, che la disciplina di tale codice si presenti sovente episodica e frammentaria, come accade allorché si regola la nomina degli amministratori ma non anche la loro cessazione e sostituzione, sì da rendersi necessario il ricorso – sancito dall’art. 3 c. 2 – alle disposizioni del codice civile in quanto compatibili.

Va al contempo ricordato che la c.d. “societarizzazione” non ha investito gli enti del Libro I che restano al di fuori del Terzo settore (quali, ad esempio, i partiti politici e i sindacati), benché fosse stata contemplata dalla legge delega nel quadro della prevista revisione del Libro I, Tit. II cod. civ.: l’art. 3 lett. b l. 206/2016 demandava al Governo il compito di «*disciplinare, nel rispetto del principio di certezza nei rapporti con i terzi e di tutela dei creditori, il regime di responsabilità limitata degli enti riconosciuti come persone giuridiche e la responsabilità degli amministratori, tenendo anche conto del rapporto tra il patrimonio netto e il complessivo indebitamento degli enti medesimi*».

Inoltre la lettera d) dello stesso articolo prevedeva che alle associazioni e alle fondazioni esercenti stabilmente e prevalentemente attività d’impresa dovessero estendersi le disposizioni di cui ai titoli V e VI del Libro V del codice civile, in quanto compatibili.

L’applicazione delle regole del Libro V era quindi delineata per tutti gli enti del Libro I che esercitassero attività d’impresa, mentre si è arrestata ai soli enti di Terzo settore, peraltro indipendentemente dalla circostanza che svolgano o meno attività d’impresa<sup>4</sup>. Le regole commerciali, in sostanza, sono ora riferibili anche a tali enti, pur tradizionalmente riguardati come i più distanti dall’attività lucrativa, mentre per quelli del Libro primo l’unica

---

<sup>3</sup> C. IBBA, *Codice del terzo settore e diritto societario*, cit., pp. 65-67.

<sup>4</sup> In tema, *ex multis*, C. IBBA, *Codice del terzo settore e diritto societario*, cit., p. 64; G.M. COLOMBO, *Enti del Terzo settore (ETS), enti commerciali, enti non commerciali*, in *Corr. trib.*, 2018, p. 3102 ss.; A. MAZZULLO, *Verso una funzione “imprenditoriale” del Terzo settore*, in *Coop. e enti non profit*, 2014, p. 15 ss.

dilatazione riguarda le operazioni di trasformazione, fusione e scissione, cioè le operazioni straordinarie contemplate dall'art. 98 d.lgs. n. 117/2017, che ha introdotto nel codice civile l'art. 42 *bis*.

In verità, il tema potrebbe portare lontano, fino alla tentazione di sostenere, con qualche equilibrismo dialettico difficilmente condivisibile, una sorta di ricaduta del codice del Terzo settore sul codice civile, e quindi un'ultrattività atta a giustificare la riferibilità della commercializzazione in parola anche gli enti non ricompresi tra quelli qualificati "di Terzo settore". Semmai, più confacente sarebbe chiedersi se i principi che una legge-delega contiene perdano realmente tutta la loro valenza ove il potere delegato non venga esercitato, o se essi siano comunque espressivi di una volontà, manifestata dal Parlamento con lo strumento più elevato – la legge stessa –, capace di aprire a un'efficacia generalizzata, destinata ad incidere, dal momento della sua entrata in vigore, sull'assetto normativo preesistente<sup>5</sup>.

**2. Ingresso di nuovi soci o associati.** Il d.lgs. n. 117/2017 non contiene apposite disposizioni sulle modalità di costituzione degli enti del Terzo settore. Valgono dunque anche per essi le regole del codice civile, cui l'art. 3 c. 2 rimanda per quanto non espressamente previsto e ovviamente nei soli limiti di compatibilità.

Il provvedimento in parola contiene invece puntuali disposizioni sull'ingresso di nuovi componenti, discostandosi significativamente dai precetti del codice civile: stabilisce l'art. 21 c. 1 che l'atto costitutivo deve indicare i requisiti per l'ammissione di nuovi associati, ove presenti, e la relativa procedura, secondo criteri non discriminatori coerenti con le finalità perseguite e con l'attività di interesse generale svolta.

Qui l'elemento di novità è notevole, giacché il codice civile si limita a sancire, in proposito, che atto costitutivo e statuto dell'associazione devono contenere le condizioni di ammissione degli associati (art. 16, c. 1): difetta

---

<sup>5</sup> In argomento, ci sia consentito rinviare ai rilievi contenuti in M. TAMPONI, *Persone giuridiche*, Artt. 11-35, in *Il Codice Civile. Commentario* fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2018, *sub* art. 13, p. 118 s.; ID., *Principi, principi generali, principi di diritto*, in AA.VV., *Principi, clausole generali, argomentazione e fonti del diritto*, a cura di F. Ricci, Milano, 2018, pp. 108-115.

qualsiasi riferimento alla procedura e ai criteri ai quali l'ammissione deve essere ispirata.

Per contro, un'apposita previsione del CTS disciplina puntualmente la procedura di ammissione di nuovi membri nelle associazioni di Terzo settore, affermandone espressamente il carattere aperto.

In particolare, è previsto con norma derogabile che l'ammissione abbia luogo con deliberazione dell'organo di amministrazione, il quale – in caso di rigetto – dovrà motivare entro 60 giorni la propria deliberazione e comunicarla agli interessati. Per la verità non è chiaro se tale organo debba deliberare e motivare nel detto lasso temporale, o se quest'ultimo sia contemplato esclusivamente per la motivazione, sì che il rigetto possa essere adottato senza motivazione per essere seguito da essa nei successivi 60 giorni.

Nonostante il tenore letterale dell'art. 23 c. 2, parrebbe assai più logica la prima soluzione, tantopiù che avrebbe poco senso una motivazione postuma, magari escogitata a posteriori dopo un preconcetto e frettoloso rigetto della domanda dell'interessato. Permane però una vasta area di ambiguità: disponendosi che entro il termine di cui sopra l'organo competente deve motivare la deliberazione di rigetto della domanda di ammissione «*se l'atto costitutivo o lo statuto non dispongono diversamente*», resta oscuro se l'area di disponibilità investa soltanto la data ultima entro la quale la motivazione deve essere formulata e comunicata, o se atto costitutivo o statuto possano anche esimere in radice dalla motivazione della delibera di rigetto. Queste incertezze, tuttavia, non impediscono di affermare senza esitazione che la tutela dell'interesse del terzo a vedere accolta la propria domanda di ammissione appare nel CTS notevolmente rafforzata rispetto alla genericissima previsione del codice civile.

All'interno della disciplina qui considerata ci si imbatte nel possibile coinvolgimento dell'organo assembleare, posto che secondo lo stesso art. 23 chi ha proposto la domanda può, entro 60 gg. dalla comunicazione della deliberazione di rigetto, contestare l'abusività del diniego e chiedere che sull'istanza si pronunci alla prima occasione utile l'assemblea o altro organo da essa eletto. E ciò, ancora una volta, «*se l'atto costitutivo o lo statuto non*

*dispongono diversamente*». Si ripresenta quindi l'equivocità di cui sopra: atto costitutivo o statuto possono validamente prevedere che la deliberazione di rigetto sia sottratta alla valutazione di ogni altro organo?

È pacifico, in ogni caso, che “porta aperta” non significhi indiscriminato diritto di ingresso in un'associazione. Poiché si ravvisa tradizionalmente nella sua costituzione il connotato della contrattualità<sup>6</sup>, per l'ingresso del nuovo componente occorre l'assenso di chi vi ha in precedenza aderito: il semplice possesso dei requisiti contemplati nell'atto costitutivo per l'ammissione non è di per sé solo attributivo del diritto di accesso, con l'ovvio corollario che non sussiste alcuna legittimazione ad agire in giudizio per conseguirlo. Entrambi gli elementi – proposta e accettazione – restano atti di autonomia privata, incoercibili e insindacabili. Non è ravvisabile in capo all'ente associativo alcun obbligo a contrarre. Il terzo acquista il diritto soggettivo soltanto allorché abbia conseguito l'ammissione<sup>7</sup>: il suo è dunque un diritto a permanervi, ma non già ad accedervi.

Naturalmente, questo significa altresì che la qualità di associato è intrasmissibile, ad evitare l'ingresso di altri senza il consenso di chi già lo è. Si tratta di una regola generale del diritto contrattuale, sancita all'art. 1406 cod. civ. Anche le società di persone, del resto, sono contrassegnate da un preciso rilievo dell'*intuitus personae*, e soltanto per le società di capitali vige un principio diverso, quello della libera trasmissibilità dello *status* di socio.

**3. Prerogative attribuite dalla legge a soci e associati.** È persino superfluo ricordare che soci e associati sono titolari, in primo luogo, di diritti aventi precisa rilevanza costituzionale. Ci si trova, da un lato, dinanzi

---

<sup>6</sup> Per tutti F. GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*<sup>2</sup>, art. 26-42, in *Commentario del codice civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1976, sub art. 36, p. 136; ID., *Delle persone giuridiche*, 2° ed., artt. 11-35, in *Commentario cit.*, 2006, sub art. 16, p. 218; M.V. DE GIORGI, *Le persone giuridiche in generale. Le associazioni riconosciute e le fondazioni*, in *Trattato di diritto privato*<sup>2</sup> diretto da P. Rescigno, 2. *Persone e famiglia*, Tomo primo, Torino, 1999, p. 362 ss.; G. VOLPE PUTZOLU, *La tutela dell'associato in un sistema pluralistico*, Milano, 1977, pp. 17, 49 ss., 194 ss.; A. AURICCHIO, voce *Associazioni riconosciute*, in *Enc. Dir.*, III, Milano, 1958, p. 894 ss., ivi a p. 898.

<sup>7</sup> In tema, per tutti, F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, cit., sub art. 16, p. 277; E. CESARO, *Contratto aperto e adesione del terzo*, Napoli, 1979, p. 45; M. TAMPONI, *Persone giuridiche*, cit., p. 199.

all'autonomia organizzativa dell'ente, e dall'altro dinanzi all'esigenza di rispetto dei diritti inviolabili dell'individuo anche all'interno dell'ente stesso quale formazione sociale.

Il discorso meriterebbe largo approfondimento, ove si consideri che stando alla previsione dell'art. 36 cod. civ. nelle associazioni non riconosciute la tutela degli associati parrebbe affidata esclusivamente agli accordi interni, mentre il codice del Terzo settore segna certamente una più intensa tutela dei singoli, anche se ciò finisce per confinare e contenere l'autonomia dell'ente.

Valgano in proposito alcuni richiami: a tenore dell'art. 15, c. 3 «*gli associati o gli aderenti*» hanno il diritto di esaminare i libri sociali; l'art. 22 c. 3 riconosce a ciascun associato la facoltà di domandare all'ufficio competente di disporre l'iscrizione dell'ente cui partecipano nel registro unico nazionale, se non vi provvedono gli amministratori dopo che il notaio ricevente l'atto costitutivo ha concluso per l'assenza delle relative condizioni; ai sensi dell'art. 24 gli iscritti da almeno tre mesi nell'apposito libro hanno il diritto di voto in assemblea; per l'art. 26, la maggioranza degli amministratori deve essere scelta tra le persone fisiche associate ovvero indicate dagli enti associati; anzi, per le organizzazioni di volontariato tutti gli amministratori, e non solo la maggioranza di essi, sono scelti tra le persone fisiche associate o indicate tra i propri membri degli enti associati (lo stabilisce l'art. 34); a tenore dell'art. 28, anche gli associati hanno azione contro amministratori, direttori generali, componenti dell'organo di controllo in caso di loro responsabilità; l'art. 29 conferisce ad ogni associato la facoltà di denunciare all'organo di controllo i fatti che reputa censurabili, e almeno un decimo di essi può agire ai sensi dell'art. 2409 cod. civ., in quanto compatibile.

Per la verità la legge delega era molto più esplicita, giacché non si limitava a stabilire la necessità dell'indicazione, nell'atto costitutivo, di diritti e obblighi degli associati, e prevedeva che in sede di riforma della disciplina codicistica dovesse essere assicurato il rispetto delle loro prerogative «*con particolare riguardo ai diritti di informazione, partecipazione e impugnazione degli atti deliberativi*». Importanti sviluppi erano dunque affidati all'emanando

decreto legislativo attuativo della delega. Nessuna modifica è stata però apportata in proposito al codice civile, cui è stata solo aggiunta la già richiamata previsione (art. 42-*bis*) sulla trasformazione, fusione e scissione di associazioni e fondazioni.

In altre parole, il legislatore delegato si è limitato a regolamentare gli enti del Terzo settore attraverso le disposizioni dianzi richiamate, da intendersi integrate, a tenore dell'art. 3, dalle tradizionali previsioni del codice civile. Prime fra tutte, tra queste, quelle di cui agli artt. 23 e 24, cioè la disposizione sull'annullamento e sulla sospensione delle deliberazioni dell'assemblea e quella sul recesso e sull'esclusione degli associati. Si tratta, in entrambi i casi, di statuizioni che, pur anteriori all'entrata in vigore della Costituzione, possono e debbono oggi essere viste come espressione del principio di garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, applicabile anche alle associazioni non riconosciute sia per quanto concerne l'impugnabilità delle deliberazioni assembleari, sia per quanto concerne il recesso e l'esclusione del singolo.

Temi, questi ultimi, che consentono di ricordare:

- a) che il diritto di recesso dall'ente associativo, scandito all'art. 24 cod. civ., costituisce applicazione dell'art. 1373 cod. civ., derogatorio del principio della forza di legge tra le parti ordinariamente ascrivibile al contratto (art. 1372);
- b) che in sede pratica si riconosce la nullità delle clausole volte ad escludere o a rendere abnormemente oneroso questo diritto;
- c) che l'esclusione dell'associato, condizionatamente assentita dall'art. 24 cod. civ., costituisce applicazione del principio generale di cui all'art. 1455 cod. civ., ovverossia della previsione che accorda il diritto alla risoluzione del contratto, se vi è un inadempimento di non scarsa importanza, situazione declinata nel richiamato art. 24 come presenza di "gravi motivi".

**4. Quale spazio gestorio per soci e associati?** Può a questo punto compiersi un passo avanti con l'obiettivo di riflettere sul ruolo degli associati in ambito gestionale. Superfluo ricordare, preliminarmente, che nel campo

strettamente societario è registrabile una nettissima distinzione: nella società per azioni la gestione è riservata agli amministratori, mentre nelle società a responsabilità limitata anche ai soci è assicurato un ruolo gestorio, giacché essi decidono «*sulle materie riservate alla loro competenza dall'atto costitutivo, nonché sugli argomenti che uno o più amministratori o tanti soci che rappresentano almeno un terzo del capitale sociale sottopongono alla loro approvazione*» (art. 2479, c. 1, cod. civ.).

In sostanza, in queste ultime solo un limitato novero di compiti è inderogabilmente attribuito alla competenza degli amministratori: per l'art. 2475 c. 5 «*La relazione del progetto di bilancio e dei progetti di fusione o scissione, nonché le decisioni di aumento del capitale ... sono in ogni caso di competenza dell'organo amministrativo*». Ciò significa, dunque, che nelle società a responsabilità limitata, a differenza di quel che è previsto per le società per azioni, è riconoscibile ai soci una funzione gestoria.

Ma *quid iuris* per i membri degli enti di Terzo settore a base associativa? Può concepirsi per essi una diretta competenza gestoria come nella società a responsabilità limitata, e ci si può dunque imbattere in soci (o associati che dir si voglia) che decidono? Oppure essi sono sempre destinatari (e in qualche modo vittime) delle determinazioni degli amministratori? Vi è spazio per una partecipazione attiva, per un'avocazione delle decisioni, e quindi per un ruolo dei soci che costituisca fattore di miglioramento della *governance*?

È fin troppo agevole osservare, in proposito, che titolarità e partecipazione non sono automaticamente coincidenti, né partecipazione e consenso sono sovrapponibili. E non vi è dubbio, in proposito, che il ruolo degli associati trovi la sua massima espressione nella sede assembleare. È il momento, dunque, di guardare ad essa, sia pure soltanto per rapidissimi cenni<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> Dal folto articolato del CTS scompare il comitato, mai menzionato né nell'art. 4 (che individua le varie tipologie di enti del Terzo settore), né nel titolo IV (artt. 20-31), che si occupa delle associazioni e delle fondazioni. Neppure nell'art. 42 *bis* introdotto nel codice civile dal CTS stesso il comitato trova specifica menzione. Ciò non significa, tuttavia, che esso rimanga fuori dall'ambito disciplinare del CTS. Resta infatti l'allusione finale dell'art. 4 c. 1 agli «... *altri enti di carattere privato*», assai simile, nella sua formulazione, all'abrogato 12 cod. civ. e al tuttora vigente art. 1 d.p.r. 361/2000, che fa riferimento alle «*altre istituzioni*»

**5. Assemblea e diritto di voto.** Punto di partenza è, anche per questo profilo, la legge 6 giugno 2016 n. 106: essa ha sancito la necessità che il legislatore delegato assicurasse *«il rispetto dei diritti degli associati, con particolare riguardo ai diritti di informazione, partecipazione e impugnazione degli atti deliberativi, e il rispetto delle prerogative dell'assemblea, prevedendo limiti alla raccolta delle deleghe»*.

La delega è stata recepita ed attuata soltanto parzialmente, attraverso le previsioni di cui agli artt. 24 e 25 CTS, che hanno regolato il funzionamento e le competenze dell'assemblea.

Si tratta di disposizioni di largo interesse per plurimi motivi:

- *in primo luogo*, perché investono esplicitamente anche le associazioni non riconosciute. Il codice civile, per contro, ha dettato gli artt. 20-23, relativi all'organo assembleare, con diretto riguardo alle sole associazioni dotate di riconoscimento, quantunque la prassi giurisprudenziale ne abbia esteso la portata e l'applicabilità, o in via diretta o in via analogica, anche a quelle non riconosciute<sup>9</sup>. La volontà del d.lgs. n. 117/2017 di accostare sul piano disciplinare le associazioni riconosciute e quelle prive di personalità giuridica ha trovato preciso fondamento nell'art. 2 c. 1 lett. a) della legge delega, che imponeva di *«riconoscere, favorire e garantire il più ampio esercizio del diritto di associazione e il valore delle formazioni sociali liberamente costituite, ove si svolge la personalità dei singoli, quale strumento di promozione e di attuazione dei principi di partecipazione democratica, solidarietà, sussidiarietà e pluralismo, ai sensi degli artt. 2, 3, 18 e 118 Cost.»*<sup>10</sup>.

---

*di carattere privato»*. Anche il comitato, dunque, è iscrivibile nel Registro unico nazionale. Il silenzio si spiega, in realtà, con la sua indubbia natura associativa, tanto che il codice civile non lo disciplina affatto se dotato di personalità giuridica (dovendo in tal caso trovare integrale applicazione il regime dell'associazione riconosciuta), e lo regola, se non riconosciuto, limitatamente alla responsabilità verso i terzi, così come avviene anche con riguardo alle associazioni prive di riconoscimento.

<sup>9</sup> Tra le molte pronunce: Cass., 10 aprile 2014 n. 8456, in *Rep. Foro it.*, 2014, voce *Persona giuridica*, n. 10; Cass., 8 novembre 2013 n. 25210, in *Corriere giur.*, 2014, 320, con nota di G. PONZANELLI, *Associazione non riconosciuta e devoluzione dei beni: contrasto tra soci e assemblea*.

<sup>10</sup> Resta peraltro da osservare che l'assimilazione, sul piano disciplinare, disposta dal provvedimento in parola tra le associazioni riconosciute e quelle prive di riconoscimento non ha portato con sé anche la configurabilità di fondazioni prive di personalità giuridica: gli artt.

- *in secondo luogo*, perché per esplicita previsione le relative norme sono estensibili anche alle fondazioni del Terzo settore il cui statuto preveda la costituzione di un organo assembleare o di indirizzo, comunque denominato. Tema, questo, che investe le fondazioni caratterizzate dal concorso di più fondatori, vuoi originari vuoi sopravvenuti, nonché quelle di origine bancaria, specie facenti capo a strutture creditizie derivanti da enti associativi (si pensi alle Casse di Risparmio). Si ricorda, al riguardo, che il d.lgs. 17 maggio 1999 n. 153, all'art. 4, ha riconosciuto alle fondazioni bancarie di genesi associativa la possibilità di prevedere, nell'esercizio della loro autonomia, il mantenimento dell'assemblea dei soci, cui sia statutariamente attribuito il potere di nomina di una parte, non superiore al 50%, dei membri dell'organo di indirizzo<sup>11</sup>. Le fondazioni cosiddette di partecipazione finiscono così per ricadere, sotto i profili accennati, sotto una disciplina tradizionalmente riservata ai soli enti a base associativa.

Si è osservato in proposito che viene a cadere un tabù, giacché si ridimensiona drasticamente (ma in realtà il mutamento muove da lontano, e il CTS lo ha solo consolidato e confermato) la tradizionale rigorosa dicotomia tra enti a base personale ed enti a struttura strettamente patrimoniale. La configurabilità, affacciatasi alla fine degli anni '90 e ora consacrata e rinvigorita dal d.lgs. n. 117/2017, di fondazioni caratterizzate dalla presenza di un organo assembleare o di indirizzo, allarga dunque significativamente il ruolo associativo consentendone l'espansione al di là dell'area tradizionalmente riconosciutagli: si assiste a una valorizzazione dell'elemento personale, con la presenza, accanto all'organo amministrativo, di organi collegiali variamente configurati quanto a composizione e

---

4 e 20 del CTS discorrono di enti costituiti "in forma di associazione, riconosciuta o non riconosciuta, o di fondazione". Rimane fermo, cioè, il principio dell'inconfigurabilità di fondazioni non riconosciute. In tema, per tutti, E. QUADRI, *Il terzo settore tra diritto speciale e diritto penale*, cit., p. 714.

<sup>11</sup> In tema, ci permettiamo di rinviare a M. TAMPONI, *Persone giuridiche*, cit., sub art. 20, pp. 308-310 e ivi ampi richiami di dottrina.

competenze, rappresentativi di soggetti che contribuiscono durante la vita dell'ente alla relativa provvista economica: i fondatori di partecipazione<sup>12</sup>.

Il cenno alle fondazioni di partecipazione e alla conseguente possibilità della presenza nei loro statuti di un organo assembleare suggerisce di interrogarsi circa la configurabilità di organi di tal natura rappresentativi non soltanto della categoria dei contributori, ma anche di quella dei beneficiari. L'innesto è possibile? Può cioè concepirsi, senza stravolgere lo schema fondazionale, un'assemblea di beneficiari con compiti di indirizzo, di controllo, di suggerimento, di orientamento? La risposta affermativa appare plausibile, ma intuitiva si rivela l'esigenza di massima cautela: ci si deve infatti chiedere se una costruzione così concepita resti ancora ascrivibile al *genus* fondazione. Il preciso perimetro è segnato dagli artt. 23 c. 4, 24 c. 6 e 25 c. 3 CTS, coerenti nell'ammettere la configurabilità dell'organo assembleare e l'attribuzione ad esso di specifiche competenze nei soli limiti in cui ciò risulti compatibile con la natura dell'ente quale fondazione. Spingere sulla linea della partecipazione parassociativa significa infatti rischiare di debordare dalla categoria e transitare *tout court* nell'area associativa.

In forza dell'art. 24 CTS il diritto di voto, costituente com'è ovvio la massima espressione del diritto degli associati in sede assembleare, è riservato a chiunque sia iscritto nel relativo libro da almeno tre mesi.

Per la verità, la previsione si rivela scarsamente coerente con il principio di rigorosa partecipazione democratica, giacché segna un limite all'espressione del voto da parte di soggetti che pure già hanno acquisito lo *status* sociale. In pratica, la norma finisce per tracciare la distinzione tra membri con diritto di voto (iscritti da più di tre mesi) e partecipanti privi di esso in ragione del breve tempo trascorso dal loro accesso all'ente associativo. Sotto questo profilo, è timidamente prospettabile un accostamento al regime delle azioni senza diritto di voto, pur non potendosi ravvisare in questa distinzione un ulteriore indizio della societarizzazione degli enti in parola.

---

<sup>12</sup> In tema, per tutti, E. QUADRI, *Il terzo settore tra diritto speciale e diritto generale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, II, p. 708 ss., ivi a p. 714.

Un differenziato accesso al voto è riscontrabile anche nel c. 5 dello stesso art. 24, che per le associazioni con più di 500 associati ammette la configurabilità di assemblee separate, individuate per materia, per territorio ovvero per particolari categorie di associati.

Tali assemblee separate vedono o possono vedere la partecipazione di delegati dei singoli enti associati. Forme di democrazia rappresentativa si affiancano dunque a quelle caratterizzate da democrazia diretta.

Ogni associato ha diritto a un solo voto (salvo che si tratti di ente, ipotesi in cui è ammesso il voto multiplo, pur con precisi limiti: art. 24, c. 2 CTS), e rigorosi confini incontra il voto per delega (art. 24, c. 3, CTS).

**6. Democraticità interna e principio di maggioranza.** Il Governo, per la verità, non ha esercitato la delega di cui all'art. 1 c. 2 lett. a) della legge n. 106/2016 (revisione della disciplina del Titolo II del libro primo del codice civile in materia di associazioni, fondazioni e altre istituzioni di carattere privato senza scopo di lucro, riconosciute come persone giuridiche o non riconosciute), ma ha comunque variamente tutelato e promosso il principio di democraticità, sia attraverso il carattere aperto degli enti del Terzo settore, sia disponendo che i relativi statuti debbano indicare i requisiti per l'ammissione dei nuovi associati e la relativa procedura, sia richiamandolo espressamente all'art. 25 c. 2 CTS con riguardo al funzionamento delle assemblee caratterizzate da un numero di associati non inferiore a 500.

È persino superfluo ricordare che il principio di democraticità è richiamato anzitutto in sede costituzionale con riguardo alla registrazione dei sindacati e all'attribuzione ad essi della personalità giuridica, e che plurimi interventi del legislatore ordinario fanno ad esso diretto e specifico riferimento: appare qui sufficiente richiamare, accanto all'art. 4 della legge 106/2016, l'art. 5 l. 6 luglio 2012 n. 96 concernente partiti e movimenti politici interessati ai finanziamenti pubblici, l'art. 16 del d. lgs. 23 luglio 1999 n. 242 riguardante le federazioni del CONI, e già l'art. 3 c. 3 dell'ora abrogata legge 266/1991 sulle organizzazioni di volontariato.

Cionondimeno, l'ambito prescrittivo resta assai ristretto, atteso che il grado di cogenza di queste disposizioni si rivela decisamente limitato, ancorché il canone di democraticità rinvenga la sua base profonda nel principio costituzionale di tutela della personalità all'interno delle formazioni sociali.

Difettano, benvero, specifici richiami generali ad essa nel codice civile, ed anzi la laconicità dell'art. 36, limitatosi a sancire che l'ordinamento interno e l'amministrazione delle associazioni non riconosciute sono regolati dagli accordi degli associati, sembra ammettere qualsivoglia forma di struttura, anche strettamente personalistica, oligarchica e scarsamente sensibile alle istanze provenienti dalla base degli associati. È anche rilevabile, tuttavia, che una lettura costituzionalmente orientata di regole sorte in epoca precostituzionale impone di necessità uno zoccolo minimo di dialettica democratica, e quindi – ai fini del funzionamento dell'assemblea – il ricorso al metodo collegiale, l'applicazione del principio maggioritario, la parità di trattamento tra gli associati, pur con la possibilità di concepirne categorie motivatamente differenziate (soci benemeriti, sostenitori, vitalizi, onorari, ordinari, ecc.). L'art. 36 cod. civ., in altri termini, costituisce certamente un argine al rigoroso principio di democraticità, rendendone possibile il temperamento. Ma ciò non significa che possa anche giustificare la drastica rimozione.

Stretto è certamente il rapporto tra l'istanza di democraticità e le tecniche di formazione delle decisioni all'interno delle istituzioni del Terzo settore, quantunque non sia pensabile un sistema di democrazia assembleare continuamente chiamato a deliberare sull'attività. Si è registrato in questi anni qualche tentativo (peraltro da parte di un movimento politico, e non di un ente di Terzo settore), ma il fallimento del velleitario esperimento, forse assai più sbandierato che effettivamente perseguito, è fin troppo noto: urne *on line* preannunciate, differite, revocate, chiuse anzitempo, posticipate in corso di votazione, nomina di organi collegiali mai entrati in funzione, deroghe statutarie *una tantum* sottoposte all'approvazione della c.d. base quando non decise da incontrollabili garanti, elezione del cosiddetto capo

politico senza candidature e in forza della preventiva unilaterale designazione di un unico partecipante alla competizione; aggiustamenti sulle regole, sovvertite alla bisogna con l'avallo piatto ed acritico di un fantomatico elettorato della cui composizione era depositaria una società privata.

Un grande merito, forse l'unico, dev'essere però riconosciuto a questa esperienza ormai al tramonto, quello di avere dato adito a un denso contenzioso che ha stimolato importanti riflessioni anche in sede dottrinale. Valga, per tutti, il richiamo alla contesa, arrivata alla sede giudiziaria, sulla validità dell'impegno, fatto assumere ai candidati a una carica pubblica, di seguire – se eletti – le direttive di una persona fisica e del suo *staff* ed al pagamento, in difetto, di una pesante sanzione pecuniaria, quasi che l'inconfigurabilità di un vincolo di mandato, sancita in sede costituzionale con espresso riferimento ai membri del Parlamento, non debba essere riguardata come espressiva di un fondamentale principio generale<sup>13</sup>.

Per finire, può considerarsi che il richiamo alle tecniche di formazione delle decisioni conduce quasi inevitabilmente al principio di maggioranza, strumento essenziale nelle associazioni, nelle società, nei consorzi, nonché nelle situazioni di contitolarità di diritti sia reali che personali.

Si tratta, in altre parole, di ricercare la più ampia sfera di consensi intorno alla decisione da adottare all'interno di un gruppo, conseguendo una pluralità di importanti obiettivi: arginare le pretese del singolo di condizionare

---

<sup>13</sup> Tra i tanti scritti che traggono spunto dal denso contenzioso scatenato da previsioni statutarie talvolta bizzarre ovvero dalla forzatura di principi consolidati, possono qui richiamarsi: M.V. DE GIORGI, *Lealtà à prix d'argent* (nota a Trib. Roma, 17 gennaio 2017), in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, I, p. 378 ss.; ID., *È la politica, bellezza!* (nota a Trib. Napoli, 14 luglio 2016), *ivi*, 2016, I, p. 1337 ss.; ID., *Regolamento 5 Stelle: la legge è uguale per tutti, la giurisprudenza no* (nota a Trib. Genova, 10 aprile 2017), *ivi*, p. 871 ss.; G. DONATO, *Regionali siciliane e primarie del M5S: nota breve sui decreti del Tribunale di Palermo*, in *Regioni*, 2017, p. 1119 ss.; B. BORRILLO, *Ai partiti politici va riconosciuta autonomia normativa nella predisposizione dell'ordinamento interno?* (nota a Trib. Napoli, 18 aprile 2018), in *Foro nap.*, 2018, p. 889; G. IORIO, *L'immunità dei partiti dalle regole di democrazia interna: quo usque tandem?* (nota a Trib. Roma, 19 febbraio 2018), in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, I, p. 864 ss.; E. GIANFRANCESCO, *Chi esce paga: la «penale» prevista dallo statuto del Movimento 5 Stelle dalla camera*, in *Quaderni costituzionali*, 2018, p. 484 ss.; G. MIGNONE, *Movimento 5 Stelle: a che servono gli intellettuali* (nota a Trib. Genova, 10 aprile 2017), in *Giur. it.*, 2017, p. 1890 ss.; M. BASILE, *Il «Movimento 5 Stelle» al vaglio dei giudici civili*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, I, p. 249 ss.; E. CATERINA, *Le espulsioni dal Movimento 5 Stelle davanti al giudice civile*, in *Quaderni costituzionali*, 2016, p. 793 ss.; G. GRASSO, *La «cifra democratica» del Movimento 5 Stelle alla prova dell'art. 49 della Costituzione*, *ivi*, 2017, p. 616 ss.

le scelte, sfuggire al paralizzante *jus prohibendi* che discenderebbe dalla problematica ricerca dell'unanimità, rendere possibile la c.d. prova di resistenza, cioè il salvataggio della deliberazione collegiale anche nel caso di invalidità di talune manifestazioni individuali di volontà, laddove la *maior pars* sussista ugualmente<sup>14</sup>. Nella presente sede, tuttavia, il tema può solo essere menzionato.

---

<sup>14</sup> Sul principio di cui nel testo quale strumento tecnico di organizzazione del gruppo per la formazione delle volontà collegiali attraverso la confluenza di più dichiarazioni volitive nell'interesse comune, ampia è la letteratura. Tra i molti scritti: M. BARELA, *Principio di maggioranza e tutela del dissenziente*, in *Riv. dir. priv.*, 2017, p. 121 ss.; G. SANTONI, *Principio di maggioranza e collegialità imperfetta nel diritto delle società riformate*, in *Riv. dir. comm.*, 2017, II, p. 361 ss.; ID., *Contrattazione collettanea e principio di maggioranza*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, p. 75 ss.; M. TAMPONI, *Principio di maggioranza, legittimazione del potere e autonomia privata*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, pp. 1313 ss.; F. GALGANO, *La forza del numero e la legge della ragione. Storia del principio di maggioranza*, in *Ritorno al dir.*, 2008, fasc. 8, p. 167 ss.; B. CAVALLO, *Madame tout le monde e Monsieur de Voltaire ovvero del principio di maggioranza*, in *Contr. e impr.*, 2008, p. 1189 ss.



## *Il sistema dei controlli negli Enti del Terzo settore*

di **SALVATORE LOPREIATO**

**SOMMARIO:** **1.** LE SCELTE DI FONDO DEL D.LGS. N. 117/2017 IN MATERIA DI CONTROLLI INTERNI E LA COSTRUZIONE DI UNA DISCIPLINA “PER DERIVAZIONE” DA QUELLA DELLA SOCIETÀ PER AZIONI. – **2.** L’OBBLIGATORIETÀ DELL’ISTITUZIONE DELLA FUNZIONE DI CONTROLLO. – **3.** (*SEGUE*) E I SUOI RAPPORTI CON LA REVISIONE CONTABILE. – **4.** I CONTENUTI DELLA VIGILANZA DELL’ORGANO DI CONTROLLO NEGLI ETS – **5.** (*SEGUE*) L’INDIPENDENZA STRUTTURALE DELL’ORGANO DI CONTROLLO. – **6.** I POTERI ISTRUTTORI. – **7.** I POTERI DI REAZIONE DELL’ORGANO DI CONTROLLO

**1. Le scelte di fondo del d.lgs. n. 117/2017 in materia di controlli interni e la costruzione di una disciplina “per derivazione” da quella della società per azioni.** Nelle relazioni che mi hanno preceduto è stato più volte osservato come la riforma operata dal d. lgs. n. 117/2017 (in seguito, Codice del terzo settore o Codice) abbia costruito la *governance* degli enti del terzo settore (ETS) attingendo a mani basse dal modello societario, e soprattutto da quello della società per azioni.

Sa perciò quasi di ovvietà affermare che il sistema dei controlli interni degli ETS del quale sono stato invitato a occuparmi – tralasciando quindi il versante dei controlli esterni, se non limitatamente a un doveroso cenno al controllo giudiziario sulla gestione che, come si dirà, è in realtà complementare agli strumenti di vigilanza interni all’ente – delineato negli artt. 29, 30 e 31 del Codice è in massima parte mutuato da quello della s.p.a., pur con alcuni meccanismi regolatori “di semplificazione” che sembrano invece ispirati dalla disciplina della s.r.l.

La scelta di fondo che si desume dalla lettura di queste norme, e in particolare dell’art. 30, è quella di affidare il controllo sulla gestione degli ETS a un organo, monocratico o collegiale, al quale si applicano le norme sul collegio sindacale della s.p.a.: alcune perché richiamate in maniera espressa dal legislatore, altre per analogia al fine di colmare le lacune, inevitabili, del testo normativo.

Una scelta che, per la verità, non era imposta dalla legge delega n. 106/2016, diversamente dalle imprese sociali, per le quali è stato inserito un apposito criterio direttivo (art. 6, lett. l) incentrato sulla “previsione della nomina, in base a principi di terzietà, fin dall’atto costitutivo, di uno o più

sindaci allo scopo di monitorare e vigilare sull'osservanza della legge e dello statuto da parte dell'impresa sociale, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione, anche con riferimento alle disposizioni del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, e sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile". I principi e criteri direttivi rilevanti in materia di controlli interni dettati per il "riordino e [la] revisione della disciplina del Terzo settore" dall'art. 4 della l. 106/2016 si esauriscono in quelli contenuti nella lett. d) – che impone di "definire forme e modalità di organizzazione, amministrazione e controllo degli enti ispirate ai principi di democrazia, eguaglianza, pari opportunità, partecipazione degli associati e dei lavoratori nonché ai principi di efficacia, di efficienza, di trasparenza, di correttezza e di economicità della gestione degli enti, prevedendo strumenti idonei a garantire il rispetto dei diritti degli associati e dei lavoratori, con facoltà di adottare una disciplina differenziata che tenga conto delle peculiarità della compagine e della struttura associativa nonché della disciplina relativa agli enti delle confessioni religiose che hanno stipulato patti o intese con lo Stato" – e nella successiva lett. g) – che chiede di disciplinare "gli obblighi di controllo interno, di rendicontazione, di trasparenza e d'informazione nei confronti degli associati, dei lavoratori e dei terzi, differenziati anche in ragione della dimensione economica dell'attività svolta e dell'impiego di risorse pubbliche, tenendo conto di quanto previsto dal decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, nonché prevedere il relativo regime sanzionatorio".

Nonostante l'evocazione tutto sommato blanda del modello azionario da parte dei principi testé richiamati, prenderlo come riferimento nella disciplina dei controlli degli ETS è stata comunque una "scelta obbligata" (Nervi, 2021, p. 517) per il legislatore delegato.

E ciò per due ordini di ragioni.

In primo luogo perché, com'è noto, nel libro I del codice civile manca del tutto una disciplina dei controlli interni per gli enti non lucrativi. Tant'è che già la legislazione speciale, con riferimento a specifiche tipologie di fondazioni e associazioni dotate di particolare rilevanza sociale aveva cercato di sopperire alla lacuna prescrivendo la presenza di organi interni che

controllino la regolarità amministrativa e contabile sulla falsariga del collegio sindacale<sup>1</sup>.

In secondo luogo, in conseguenza delle scelte di regolamentazione compiute con riferimento agli amministratori, configurati dagli artt. 26-28 come un organo dotato di una sfera di competenze autonoma rispetto all'assemblea<sup>2</sup>, investito della funzione di gestione dell'ente (ancorché non in via esclusiva, considerata la possibilità di spostare statutariamente competenze gestorie sull'assemblea nelle associazioni: v. art. 25, comma i, lett. i) e perciò incaricato di compiere tutti gli atti necessari o utili al perseguimento, senza scopo di lucro, delle finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale che devono improntare l'attività "di interesse generale" esercitata dall'ente (art. 5, comma 1).

Con la funzione gestoria (che si estende all'attività d'impresa eventualmente esercitata dall'ente) incentrata sugli amministratori – chiamati come al solito a perseguire un interesse altrui, ma che questa volta a differenza degli enti lucrativi neppure è riferibile esclusivamente agli aderenti – il modo migliore per renderla *accountable*, ossia costantemente verificabile dai suoi vari *stakeholders*<sup>3</sup> ed evitare deviazioni da quell'interesse alieno che la gestione è istituzionalmente deputata a perseguire, è riunire in un unico organo i tre momenti qualificanti – istruttorio, valutativo, reattivo – del controllo inteso nel suo significato di «*revisione, riscontro, [...] indagine sulla rispondenza di un atto, di un comportamento o di una situazione a determinate regole prestabilite*» (Ferri, 1972, 13), come effettivamente accade con la figura del collegio sindacale nella società per azioni.

---

<sup>1</sup> Per quanto concerne le fondazioni, l'esigenza di incaricare un organo *ad hoc* della verifica della regolarità amministrativa e contabile, di regola denominato "collegio dei revisori dei conti" e composto da revisori contabili, è stata avvertita con riferimento sia alle fondazioni universitarie (v. l'art. 11 d.p.r. 254/2001), sia a quelle di origine bancaria (v. l'art. 4, 4° co., d.lgs. 153/1999), sia alle fondazioni lirico sinfoniche (v. art. 14 d.lgs. 367/1996). Nell'ambito delle associazioni il riferimento principe è ai fondi pensione, che costituiscono una forma pensionistica complementare avente di regola struttura associativa, la cui disciplina vede intersecarsi disposizioni legislative di rango primario (art. 4, 3° co., e art. 4-*bis* del d.lgs. 252/2005) e secondario (i decreti del Ministero del Lavoro), nonché quelle ricavabili dallo schema di statuto-tipo elaborato dalla Commissione di vigilanza.

<sup>2</sup> Ovviamente nelle associazioni e nelle fondazioni "il cui statuto preveda la costituzione di un organo assembleare o di indirizzo, comunque denominato" (c.d. fondazioni di partecipazione), atteso che nelle fondazioni classiche, prive di organo assembleare, l'organo amministrativo ha per definizione una competenza generale.

<sup>3</sup> *Stakeholders* che negli ETS sono per definizione diffusi, e vanno dai soggetti che effettuano le erogazioni liberali fino ai beneficiari delle prestazioni dell'ente.

Il vero nodo del sistema dei controlli negli ETS non allora è la trasposizione della figura del collegio sindacale in sé, e dunque la costruzione di una disciplina “per derivazione” (Cariello, 2005, 36) da quella della s.p.a., quanto piuttosto verificare se i poteri valutativi, istruttori e reattivi del collegio sindacale, come riadattati e ridefiniti dal Codice del Terzo Settore, sono adeguati a dare protezione all’interesse generale e altruistico che deve essere perseguito dagli amministratori nella gestione dell’ente.

È questa la verifica che mi propongo di effettuare in questo breve intervento, per capire in definitiva se così configurato il sistema di controllo è realmente efficiente.

**2. L’obbligatorietà dell’istituzione della funzione di controllo.** Prima di entrare nel merito di questa verifica, concedetemi due notazioni di carattere un po’ più generale: la prima sull’obbligatorietà dell’istituzione della funzione di controllo, e quindi sulla sua indefettibilità negli ETS; la seconda sui rapporti tra controllo sulla gestione e controllo contabile.

Ho fin qui dato quasi per scontata l’obbligatorietà della nomina di un organo di controllo negli ETS e quindi l’indefettibilità della relativa funzione affidata a un apposito ufficio.

In realtà non è proprio così, perché l’art. 30 del Codice considera l’istituzione dell’organo di controllo sempre necessaria nelle sole fondazioni (comma 1). Per le associazioni, riconosciute e non, il relativo obbligo di nomina scatta con l’avvenuto superamento, per due esercizi consecutivi, di due dei tre parametri dimensionali indicati dal comma 2 (attivo dello stato patrimoniale superiore a 110.000 euro; ricavi, rendite, proventi o entrate comunque denominate superiori a 220.000 euro; più di 5 dipendenti impiegati in media nell’esercizio); correlativamente cessa se l’associazione torna al di sotto di almeno una delle soglie superate per due esercizi consecutivi. La nomina è in ogni caso obbligatoria qualora l’associazione abbia costituito patrimoni destinati ai sensi dell’art. 10 (comma 4).

I parametri rilevanti sono sostanzialmente gli stessi di quelli sanciti dalla lett. c) dell’art. 2477, comma 2, per le s.r.l. al fine di rendere obbligatoria la nomina dell’organo di controllo (o del revisore) in questo tipo di società, ma i valori sono sensibilmente diversi: lì si fa riferimento (oltre che a più di 20

dipendenti) a un attivo e a ricavi superiori a 4 milioni di euro, sicché rispetto a tali valori quelli indicati all'art. 30, comma 2, per le Associazioni ETS risultano ridotti, rispettivamente, del 97,5% e del 94,5%.

Si tratta di parametri dimensionali scarsamente significativi, inadonei a creare una vera area di esonero dall'obbligo di istituire la funzione di controllo, quanto meno nell'ambito delle Associazioni ETS che esercitano attività di impresa. Le critiche mosse al sistema bipartito tra associazioni e fondazioni in punto di nomina dell'organo di controllo, e alla sua facoltatività nelle associazioni (ODCEC Roma, 2017, 43), mi sembrano perciò tutto sommato superabili, considerato che l'esenzione riguarda associazioni che potremmo definire di dimensioni "minime".

In questa prospettiva penso debba essere rimeditata anche la *ratio* della bipartizione legislativa, che si tende a ricondurre alla (normale) mancanza nelle fondazioni dell'organo assembleare che caratterizza gli enti di tipo associativo, e la cui dialettica interna può supplire alle esigenze proprie dell'istituzione di una funzione di controllo sulla gestione, quanto meno nelle associazioni di dimensioni più contenute (Nervi, 2021, p. 519-520).

L'esonero delle sole associazioni "minime" è indicativo del fatto che esse rappresentano un'eccezione nel panorama generale degli ETS, per i quali viene confermata la centralità e l'essenzialità di una funzione "strutturata" di controllo. Eccezione che è espressione di un *favor* legislativo (v. anche l'art. 13, comma 2, del Codice che consente agli ETS con ricavi inferiori a 220.000,00 euro di redigere il bilancio nella forma del rendiconto per cassa), e che non equivale peraltro a mancanza di qualsiasi forma di controllo sulla gestione neppure in queste associazioni di dimensioni minime.

Infatti, in tutte le associazioni ETS (dunque, anche in quelle non minime) l'art. 15, comma 2, del Codice attribuisce agli associati (o aderenti) il "diritto di esaminare (...), secondo le modalità previste dall'atto costitutivo o dallo statuto" i libri sociali obbligatori indicati dal 1° comma della disposizione, ossia il libro degli associati o degli aderenti (lett. a), il libro delle adunanze e delle deliberazioni dell'assemblea (lett. b), il libro delle adunanze e delle deliberazioni dell'organo amministrativo, dell'organo di controllo e di eventuali altri organi sociali.

La norma rimette all'autonomia statutaria la sola determinazione delle modalità di esercizio del diritto; ma non sembra derogabile né con riferimento al suo carattere individuale (per esempio, subordinandolo al raggiungimento di soglie di partecipazione), né con riferimento all'oggetto del potere istruttorio dell'associato, al quale deve essere assicurato accesso a tutti i libri sociali, compreso quello delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio di amministrazione, nel quale sono racchiuse le fondamentali informazioni sulla gestione dell'attività dell'ente<sup>4</sup>.

Si tratta dunque di una forma di controllo individuale dell'associato sulla gestione analoga a quella attribuita dall'art. 2476, comma 2°, c.c. ai soci di s.r.l. che non partecipano all'amministrazione, anche se certamente meno intensa. In primo luogo perché questa norma estende il diritto di consultazione oltre che ai libri sociali (tutti), ai "documenti relativi all'amministrazione" e lo affianca al diritto di "avere dagli amministratori notizie sullo svolgimento degli affari sociali". Sotto questo profilo, considerata la riottosità della giurisprudenza ad applicare analogicamente l'art. 2476, comma 2, c.c. anche al di fuori del tipo societario s.r.l., difficilmente può prospettarsi in via interpretativa un contenuto così esteso del diritto di ispezione dell'associato di un ETS, salvo che lo statuto non proceda a un ampliamento in tal senso.

In secondo luogo perché l'associato di un ETS non ha in ogni caso gli strumenti di reazione a eventuali irregolarità degli amministratori che spettano invece al socio di s.r.l., e penso essenzialmente al potere di promuovere individualmente l'azione sociale di responsabilità nei confronti degli amministratori (art. 2476, comma 3, c.c.).

L'assemblea è dunque la sede naturale nel quale l'aderente di un'associazione minima può segnalare eventuali irregolarità dell'organo amministrativo riscontrate nell'esercizio dei suoi poteri di controllo ex art. 15 del Codice, al fine di spingere la maggioranza alla revoca degli amministratori, o quanto meno una minoranza qualificata all'esercizio dei

---

<sup>4</sup> Diversamente, i diritti di ispezione dell'azionista sono rigorosamente circoscritti dall'art. 2422 c.c. all'esame del libro dei soci e del libro delle adunanze e delle deliberazioni dell'assemblea, e alla facoltà (evidentemente, strumentale) di ottenerne estratti a proprie spese.

poteri reattivi di denuncia al tribunale *ex art. 29* o di promuovere l'azione di responsabilità *ex art. 2393-bis* (richiamato dall'*art. 28* del Codice).

Come nella s.r.l. i poteri istruttori individuali riconosciuti all'associato dall'*art. 15* del Codice rimangono inalterati anche qualora nell'associazione sia stato nominato un organo di controllo, sicché in questo caso l'associato ha (in più) il potere di far transitare le proprie rimostranze attraverso la denuncia di fatti censurabili all'organo di controllo *ex art. 29* del Codice (v. *infra*). Il che dimostra che, pur nella coesistenza di controllo individuale e organico, quello dell'organo di controllo costituisce certamente il controllo 'principale', quello su cui il legislatore ha puntato per garantire l'*accountability* della gestione dell'attività dell'ETS.

**3. (Segue) e i suoi rapporti con la revisione contabile.** Un'altra doverosa notazione di carattere preliminare riguarda i rapporti tra la funzione di controllo sulla gestione e quella di revisione legale dei conti, che l'*art. 31*, comma 1, del Codice rende obbligatoria per tutti gli ETS – costituiti in forma di associazione, come di fondazione – solo al superamento per due esercizi consecutivi di determinati parametri dimensionali collegati agli stessi fattori che fanno scattare la nomina dell'organo di controllo nelle associazioni, ma questa volta con valori decuplicati (il limite per l'attivo patrimoniale è di 1.100.000,00 euro, quello per i ricavi di 2.200.000,00), salvo quello relativo al numero di dipendenti (sale da 5 a 12)<sup>5</sup>.

La regola di *default* prevista dal legislatore è che la revisione contabile sia affidata a soggetti esterni e separata dal controllo contabile, atteso che il superamento delle soglie previste dall'*art. 31*, comma 1, impone all'ETS di "nominare un revisore legale dei conti o una società di revisione iscritta nell'apposito registro". Senonché, in un'ottica di semplificazione e riduzione dei costi, l'*art. 30*, nei suoi ultimi due periodi, fa salva una diversa scelta statutaria, consentendo che la revisione contabile sia esercitata dall'organo di controllo, che "in tal caso è costituito da revisori legali iscritti nell'apposito registro".

---

<sup>5</sup> La nomina del revisore esterno è sempre obbligatoria in caso di costituzione di patrimoni destinati.

Anziché rendere alternativa la funzione di controllo sulla gestione a quella di revisione contabile – come invece attualmente fa (invero, dopo alcune oscillazioni legislative) l’art. 2477 c.c. nelle s.r.l., poiché al superamento dei limiti dimensionali ivi indicati obbliga la società alla “nomina dell’organo di controllo o del revisore” come se le relative funzioni fossero sostanzialmente equipollenti – il CTS condivisibilmente opta per il diverso regime che caratterizza le s.p.a. chiuse nel codice civile.

Un regime che separa – memore delle passate inefficienze di un collegio sindacale che nell’impostazione del codice civile del ’42 nasceva come organo di controllo contabile ed era, quasi accessoriamente, investito di funzioni di vigilanza sulla gestione – il controllo sulla gestione dal controllo contabile, mantenendo solo il primo all’interno della società ed esternalizzando il secondo. E consente, subordinandolo però a un apposito *opt-in* statutario, che la revisione contabile ritorni in capo al collegio sindacale, anche per esigenze di contenimento dei costi, nelle società chiuse e non tenute alla redazione del bilancio consolidato (art. 2409-*bis* c.c.).

Considerato che, in buona sostanza, tutti gli ETS obbligati a istituire la funzione di revisione legale dei conti possono affidarla all’organo di controllo/collegio sindacale – ed è in realtà assai probabile che lo facciano – forse la formulazione della norma avrebbe potuto essere effettuata in termini di piena alternatività tra le due opzioni (revisore esterno/revisore interno organo di controllo).

Probabilmente non lo si è fatto per una questione di comodità, ma sta di fatto che la scelta legislativa è un’ulteriore conferma del fatto che la funzione di controllo sulla gestione non solo è indefettibile negli ETS, ma costituisce il cuore della vigilanza dell’organo di controllo, la sua attribuzione principale anche quando affiancata dalla revisione contabile (Nervi, 2021, p. 522).

**4. I contenuti della vigilanza dell’organo di controllo negli ETS.** La verifica sull’efficienza, almeno sul piano della sua astratta configurazione, della funzione di controllo interno negli ETS non può che prendere le mosse dai commi 6 e 7 dell’art. 30 del Codice, che definiscono i contenuti, anzi riempiono di contenuto la funzione di vigilanza dell’organo di controllo. Atteso

che la vigilanza, come qualsiasi altra esplicazione del controllo, è “un’attività di secondo grado, sussidiaria rispetto all’attività che ne costituisce l’oggetto” (Furci, 2007, 428), diventa fondamentale stabilire i parametri rispetto ai quali il collegio sindacale deve sindacare l’azione degli amministratori dell’ente ed esprimere la sua valutazione, di conformità o difformità rispetto a tali parametri.

Orbene, per il comma 6 dell’art. 30, che riproduce in maniera pressoché pedissequa la formulazione dell’art. 2403 c.c., si tratta degli stessi parametri alla stregua dei quali va condotta la vigilanza del collegio sindacale nelle società per azioni, atteso che l’organo di controllo “vigila sull’osservanza della legge e dello statuto e dei principi di corretta amministrazione, anche con riferimento alle disposizioni del d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231, qualora applicabili, nonché sull’adeguatezza dell’assetto organizzativo, amministrativo e contabile e sul suo concreto funzionamento”.

A queste competenze il successivo comma 7 sembra aggiungere (“inoltre”) una forma ulteriore di controllo, innovativa rispetto alle tradizionali funzioni di vigilanza del collegio sindacale, che consiste nel “monitoraggio dell’osservanza delle finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale”, avuto particolare riguardo alle disposizioni di cui agli articoli 5 (attività di interesse generale), 6 (attività diverse), 7 (raccolta fondi) e 8 (destinazione del patrimonio ed assenza di scopo di lucro) del Codice. Degli “esiti” di questa seconda forma di controllo viene dato atto nel bilancio sociale (che ai sensi dell’art. 14 gli ETS con ricavi superiori a 1 milione di euro sono tenuti a depositare presso il RUNTS), del quale l’organo di controllo attesta la redazione in conformità alle linee guida adottate dal Ministero del Lavoro.

È dunque lo stesso legislatore, fors’anche per la singolare tecnica redazionale, a ingenerare l’idea che l’organo di controllo degli ETS cumuli in sé due distinte e separate forme di controllo. La prima propriamente “imprenditoriale”, mutuata dalle società azionarie, attraverso il quale l’organo esegue un controllo di legittimità sostanziale, come tradizionalmente lo si definisce, sulle scelte gestorie di natura imprenditoriale, poiché non le controlla solo sotto il profilo della stretta legalità (legge e statuto), ma anche sotto il profilo della loro correttezza. Si avvale a tal fine di una clausola generale – la correttezza dell’amministrazione – che assolve a quella

funzione integrativa della disciplina negoziale che hanno i principi di correttezza e buona fede nell'ambito del rapporto obbligatorio, funzione che nella fase di esecuzione di un contratto associativo diventa anche conformativa, valendo a individuare una serie di comportamenti strumentali e accessori (Mosco e Lopreato, 2019, 132). In quest'ottica, il dovere di corretta amministrazione consente un sindacato sulle scelte gestorie che fa assumere tradizionale dovere di diligenza un contenuto più incisivo, riferibile a un particolare modo di comportarsi nello svolgimento dell'attività di amministrazione, fondato su principi e regole, anche procedurali, prestabiliti.

Alla vigilanza sulle scelte propriamente imprenditoriali sembra quasi giustapporsi un controllo di tipo istituzionale (quello del comma 7) attraverso il quale l'organo di controllo dovrebbe verificare: 1) che l'attività istituzionale concretamente esercitata rientri tra quelle dell'art. 5; 2) che la raccolta dei fondi sia effettuata in conformità alle norme vigenti; 3) soprattutto, che la dotazione patrimoniale così formata sia utilizzata per il perseguimento delle finalità altruistiche (civiche, solidaristiche e di utilità sociale) dell'Ente, con esclusione di forme di distribuzione degli utili (Nervi, 2021, p. 529-530).

Tuttavia, anche nel caso degli ETS che svolgono attività d'impresa, mi sembra difficile già solo immaginare l'organo di controllo degli ETS come una sorta di Giano bifronte che scompone le scelte degli amministratori in imprenditoriali e istituzionali, a seconda del tipo di controllo che la legge gli impone di effettuare. La verità è che quella degli amministratori è un'attività, dunque una serie di atti coordinati al fine del raggiungimento di uno scopo, che è rappresentato dal fine civico-solidaristico-di utilità sociale dell'ente. E che questo scopo unifica l'azione degli amministratori, i quali sono liberi – nell'ambito della propria discrezionalità – di compiere tutti gli atti, necessari o utili, al raggiungimento di questo scopo.

Mi pare allora che il comma 7 dell'art. 30 abbia più il senso di riaffermare che l'attività di controllo del collegio sindacale negli ETS sulla gestione degli amministratori deve tener conto, nel sindacare le scelte gestorie di questi ultimi, allora soprattutto sotto il profilo della correttezza, del necessario bilanciamento degli interessi dei vari *stakeholders* coinvolti, dagli aderenti (o dal fondatore) passando per i soggetti che contribuiscono su basi liberali al

finanziamento dell'ente, fino ad arrivare ai beneficiari dell'attività svolta dall'ente medesimo.

#### **5. (Segue) L'indipendenza strutturale dell'organo di controllo.**

Affinché la vigilanza dell'organo di controllo sull'azione degli amministratori sia esercitata in maniera efficiente sono tradizionalmente considerati indispensabili dei presidi di indipendenza e stabilità dei componenti dell'organo. Forse ancor più necessari quando si tratta di una vigilanza orientata all'interesse civico-solidaristico-di utilità sociale dell'ente, anziché esclusivamente o principalmente a quello degli aderenti, come si è detto accade negli ETS.

È questa la ragione per la quale il comma 5 dell'art. 30 del Codice, opportunamente prevede che ai componenti dell'organo di controllo "si applica l'art. 2399 del codice civile" sui requisiti di indipendenza dei sindaci, che preclude la nomina alla carica, oltre che dei soggetti ineleggibili alla carica di amministratore ex art. 2382 c.c. (interdetto, inabilitato, fallito, e condannato a pena con interdizione dai pubblici uffici), anche del coniuge, dei parenti e degli affini degli amministratori, nonché di colui che è legato alla società (in questo caso all'ETS) o al suo controllante da qualsiasi rapporto di natura patrimoniale che ne comprometta l'indipendenza. Il medesimo comma 5 prosegue affermando che "i componenti dell'organo di controllo devono essere scelti tra le categorie di soggetti di cui all'art. 2397, comma secondo del codice civile, sui requisiti di professionalità dei sindaci di s.p.a., che com'è noto impone che almeno un componente effettivo e un supplente siano scelti tra i revisori legali iscritti nell'apposito registro; mentre i restanti componenti, se non revisori, devono essere scelti fra gli iscritti agli albi professionali individuati con apposito d.m. Giustizia o tra i professori di ruolo in materie economiche o giuridiche".

Meno perspicua è però la formulazione dell'ultimo periodo della disposizione, che tenta di adeguare i predetti requisiti, pensati per un organo necessariamente pluripersonale come il collegio sindacale di spa, a una fattispecie nella quale la struttura monocratica o collegiale dell'organo è rimessa a una scelta dell'ente, ed è in linea di principio indifferente per il legislatore. Coticché, per evitare che l'organo collegiale risulti

eccessivamente costoso rispetto a quello monocratico, l'ultimo periodo del comma 5 statuisce che "nel caso di organo collegiale i predetti requisiti devono essere posseduti da almeno uno dei componenti".

Lo scopo della norma è dunque quello di considerare sufficiente, nel caso di organo di controllo collegiale, che solo uno dei suoi componenti sia revisore legale o, alternativamente, un appartenente agli albi individuati con decreto ministeriale o, ancora alternativamente, un professore universitario in materie economiche o giuridiche. Così legittimando la costituzione di un collegio sindacale nel quale, a differenza della società per azioni, non c'è neppure un revisore (Nervi, 2021, p. 521). Almeno fino a quando l'ente non superi i parametri che gli impongono di dotarsi della revisione contabile e decida di affidarla al collegio sindacale, poiché in tal caso deve provvedere alla nomina di tutti i componenti tra i revisori.

In realtà, la formulazione della norma è ambigua perché l'espressione utilizzata ("i predetti requisiti") potrebbe riferirsi non solo ai requisiti di professionalità ex art. 2397 c.c. ma anche a quelli di indipendenza di cui all'art. 2399, col risultato paradossale di legittimare la costituzione di un collegio sindacale con un solo sindaco indipendente, che potrebbe facilmente essere messo in minoranza dai sindaci "non indipendenti" vanificando l'efficacia della funzione di controllo nel suo complesso.

A escludere la sostenibilità di quest'interpretazione è però lo stesso art. 2399 c.c., che configura i requisiti di indipendenza come "cause di ineleggibilità e di decadenza dall'ufficio", così precludendo a monte la possibilità di ingresso nell'organo di sindaci non indipendenti.

Nel Codice non sono però previsti particolari meccanismi di nomina, revoca, sostituzione e compensi dei componenti dell'organo di controllo, predisposti dal legislatore sulla falsariga del modello ispiratore delle s.p.a. per proteggerne l'indipendenza. Quanto alla nomina, la competenza inderogabile dell'assemblea per la nomina dei sindaci prevista dall'art. 2400, comma 1, c.c. è ribadita dall'art. 25, comma 1, lett. a) del Codice per le sole associazioni, mentre il legislatore tace totalmente sulla competenza alla nomina nelle fondazioni, così lasciando ampio spazio a riguardo all'autonomia statutaria, fermo che quest'ultima dovrà predisporre

meccanismi che escludano qualunque coinvolgimento o ingerenza dell'organo amministrativo nella nomina dei suoi controllori.

Quanto alla revoca, oltre al silenzio in materia di fondazioni speculari alla nomina, nelle associazioni sembra desumersi – sempre dall'art. 25, comma 1 – che può avvenire per scelta dell'assemblea, senza che sia necessaria una giusta causa e senza il controllo della sua sussistenza da parte dell'autorità giudiziaria, diversamente da quanto stabilito per i sindaci dall'art. 2400, comma 2, c.c. Elemento che forse è sufficiente a escludere qualsiasi applicazione analogica dell'art. 2400, comma 2, c.c. ma al quale si può ovviare in via statutaria, prevedendo per esempio quanto meno che la delibera di revoca sia motivata (sull'assunto che non si può privare l'assemblea del potere di revocare *ad nutum* i suoi organi).

Quanto alla sostituzione dei componenti del comitato venuti a mancare per morte, rinuncia, revoca o decadenza, l'art. 2401 prevede il subingresso di sindaci supplenti nominati dall'assemblea e se questi non sono sufficienti è disposta l'integrazione assembleare del collegio sindacale (art. 2401 c.c.). Integrazione che si può ritenere analogicamente applicabile all'organo di controllo degli ETS, nonostante la mancata previsione di sindaci supplenti.

Quanto, infine, ai compensi, l'art. 25 del Codice non specifica la determinazione del compenso degli amministratori e dell'organo di controllo tra le competenze inderogabili dell'assemblea (come invece l'art. 2364, comma 1, n. 3, c.c. nella s.p.a.), limitandosi a disciplinare la nomina e la revoca degli stessi organi; ciò nonostante, in mancanza di una specifica previsione dell'atto costitutivo o dello statuto, appare ragionevole che l'entità del compenso (o i criteri per la sua determinazione) siano necessariamente fissati in una delibera dell'assemblea.

Sembra però applicabile ai componenti dell'organo di controllo degli ETS la regola dell'invariabilità del compenso per la durata della carica dettata per i sindaci dall'art. 2402 c.c., non confliggendo con il principio di proporzionalità dei compensi sancito dall'art. 8, comma 3, del Codice<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Che inserisce espressamente tra le operazioni che configurano "in ogni caso" una distribuzione indiretta di utili, "la corresponsione ad amministratori, sindaci e a chiunque rivesta cariche sociali di compensi individuali non proporzionati all'attività svolta, alle responsabilità assunte ed alle specifiche competenze o comunque superiori a quelli previsti in enti che operano nei medesimi o analoghi settori e condizioni".

**6. I poteri istruttori.** Con una significativa deviazione dal modello di controllo sindacale nelle s.p.a. di base che ha ispirato il Codice del Terzo Settore, nell'ultimo comma dell'art. 30 i poteri istruttori dell'organo di controllo vengono apertamente configurati come poteri individuali dei suoi componenti, i quali "possono in qualsiasi momento procedere, anche individualmente, ad atti di ispezione e di controllo, e a tal fine possono chiedere agli amministratori notizie sull'andamento delle operazioni sociali o di determinati affari". È dunque individuale non soltanto il potere ispettivo, ma anche quello di richiedere informazioni, che l'art. 2403-*bis* invece continua a mantenere saldamente ancorato all'organo collegiale nel suo complesso, subordinandone perciò l'esercizio a una deliberazione dell'organo adottata a maggioranza.

Per tale via il Codice recepisce sotto questo versante il modello più evoluto delle società quotate, per le quali l'art. 151-*bis* TUF riallinea sotto il profilo dell'esercizio i due fondamentali poteri istruttori del controllo, rendendoli entrambi individuali. Del resto, la legittimazione collegiale alla richiesta di informazioni nelle società non quotate, che è certamente meno invasiva dell'esercizio del potere ispettivo, rimane difficilmente comprensibile.

Nulla è previsto in merito alla partecipazione dei componenti dell'organo di controllo alle riunioni dell'organo amministrativo e alle assemblee ma – anche a considerare inapplicabile analogicamente l'art. 2405 c.c., che pone a riguardo uno specifico obbligo di intervento, e sanziona con la decadenza dall'ufficio il ripetuto assenteismo ingiustificato – si può ritenere che tale partecipazione sia comunque oggetto di un diritto/dovere del sindaco, essendo uno strumento fondamentale di acquisizione di informazioni sull'attività vigilata.

Neppure è regolamentato, infine, il flusso informativo in direzione del collegio sindacale da parte degli altri organi sociali, *in primis* da parte degli amministratori, con apposite relazioni periodiche. Flusso informativo che tuttavia, considerato il potere di richiedere informazioni riconosciuto dall'art. 28, può essere lo stesso organo di controllo a disciplinare, anche di fatto, vale a dire imponendo all'organo amministrativo di relazionare sul generale

andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione a scadenze predeterminate. Il che può essere particolarmente utile per evitare ogni possibile oggettivizzazione della responsabilità dei componenti dell'organo di controllo, regolata dall'art. 2407 c.c. in virtù del richiamo contenuto nell'art. 28 del Codice.

**7. I poteri di reazione dell'organo di controllo.** Passando al versante dei poteri reattivi dell'organo di controllo, vengono in considerazione le disposizioni contenute nell'art. 29 del Codice, nel quale viene regolamentata unitariamente l'applicabilità agli ETS di due istituti tipici del diritto societario, la denuncia di fatti censurabili al collegio sindacale ex art. 2408 e la denuncia al tribunale di cui all'art. 2409, con una singolare inversione dell'ordine espositivo giacché il primo comma tratta della denuncia al tribunale e il secondo della denuncia al collegio sindacale.

Si tratta di due istituti del diritto societario tradizionalmente configurati come diritti della minoranza e tra loro collegati, perché storicamente nascono – in un sistema codicistico che invero lasciava pochi strumenti di reazione al collegio sindacale – come la principale arma per i soci di minoranza per far fronte a comportamenti abusivi del socio di maggioranza. In realtà negli anni c'è stata un'evoluzione di questi istituti, soprattutto della denuncia al tribunale, che attraverso l'estensione della legittimazione all'organo di controllo, prima nelle sole quotate e poi in tutte le s.p.a., è diventato il principale strumento di reazione del collegio sindacale alle irregolarità degli amministratori.

La trasposizione di questi istituti nell'ambito degli ETS, pure se un po' confusa, mi sembra allora condivisibile soprattutto per quanto concerne l'estensione del controllo giudiziario ex art. 2409 c.c., che rappresenta l'innovazione più rilevante nell'ottica di dotare l'organo di controllo dei più incisivi poteri reattivi alle irregolarità gestorie.

Se questa scelta non fosse stata compiuta, l'unico strumento reattivo del collegio sindacale degli ETS sarebbe rimasto l'esercizio dell'azione di responsabilità, atteso che l'art. 2393 c.c., richiamato in quanto compatibile dall'art. 28 del Codice, al 3° comma stabilisce che "l'azione di responsabilità può anche essere promossa a seguito di deliberazione del collegio sindacale,

assunta con la maggioranza dei due terzi dei suoi componenti”. Ovviamente, nessun ostacolo si pone all'applicazione della disposizione in presenza di un organo monocratico.

Tuttavia, i due rimedi hanno una funzione profondamente diversa, posto che l'azione di responsabilità è rimedio per reagire *ex post* a una irregolarità sul piano risarcitorio, mentre la denuncia ex art. 2409 c.c. è collegata a un danno soltanto potenziale, e ha una finalità di ripristino della regolarità gestoria che può assumere una connotazione *lato sensu* cautelare.

### Riferimenti

V. Cariello (2005), *La disciplina "per derivazione" del sistema di amministrazione e controllo dualistico (disposizioni di richiamo e di rinvio nel nuovo diritto delle società per azioni non quotate)*, in *Riv. soc.*, p. 36 ss.

G. Ferri (1973), *I controlli interni nelle società per azioni*, in Aa. Vv., *Controlli interni ed esterni delle società per azioni – Atti del Convegno di Como 1-3 ottobre 1971*, Milano, 1972, p. 13 ss.

L. Furguele (2007), *La responsabilità da controllo*, in *Il collegio sindacale. Le nuove regole*, a cura di Alessi, Abriani, Morera, Milano, p. 428 ss.

G.D. Mosco e S. Lopreiato (2019), *Doveri e responsabilità di amministratori e sindaci nelle società di capitali*, in *Riv. soc.*, p. 117 ss.

ODCEC Roma, *Gli enti del terzo settore di tipo associativo: analisi delle novità in materia di ordinamento, amministrazione, controllo*, 2017, disponibile all'indirizzo [www.odcec.roma.it](http://www.odcec.roma.it)

A. Nervi (2021), *Controlli interni e responsabilità*, in *Il Codice del terzo settore*, 2<sup>a</sup> ed., a cura di M. Gorgoni, Pisa, 2021, 517



*Associazioni a base sociale diffusa, associazioni di secondo livello e reti associative: fattispecie, disciplina e questioni di governance*

di ANTONIO FICI

**SOMMARIO:** 1. INTRODUZIONE: IL TEMA IN PROSPETTIVA SISTEMATICA. – 2. LE ASSOCIAZIONI A BASE SOCIALE DIFFUSA. – 3. LE ASSOCIAZIONI DI SECONDO LIVELLO. – 4. LE RETI ASSOCIATIVE.

**1. Introduzione: il tema in prospettiva sistematica.** Sin dal suo primo manifestarsi, l'associazionismo del terzo settore si è sempre presentato in una pluralità di forme, in ciò non poco favorito dalla sostanziale assenza di vincoli normativi tanto nel codice civile (soprattutto se si pensa alle associazioni non riconosciute) quanto nella legislazione speciale.

Il legislatore della riforma del 2017 – interessato sì all'unità del terzo settore, ma non già alla sua uniformazione interna – ha inteso non solo salvaguardare la preesistente varietà dei modelli organizzativi, ma altresì promuovere e stimolare il pluralismo interno a questo mondo. Lo ha fatto in più modi. Innanzitutto prevedendo più fattispecie “tipiche” di associazioni del terzo settore, quali le organizzazioni di volontariato, le associazioni di promozione sociale e, per quanto qui più interessa, le reti associative (nazionali e non). Queste fattispecie soggettive costituiscono tecnicamente qualifiche (o status) particolari del terzo settore che si ottengono mediante l'iscrizione in una specifica sezione del RUNTS (sono qualifiche “particolari” in relazione a quella “generale” di ETS a cui è dedicata l'ultima sezione del RUNTS). In secondo luogo, individuando e sottoponendo a disposizioni particolari alcune tipologie associative, quali quelle che qui chiamo associazioni “a base sociale diffusa” ed associazioni “di secondo (o ulteriore) livello”.

Sottolineo subito, pertanto, che le tre fattispecie soggettive esaminate in questa relazione, essendo individuate sulla base di criteri di natura diversa (il numero degli associati, la natura giuridica degli associati, l'attività di interesse generale svolta, ecc.), non sono tra loro alternative, ben potendo accadere che una medesima associazione rientri in ognuna di esse. Ad esempio,

un'associazione con la qualifica di rete associativa potrebbe anche essere un'associazione a base sociale diffusa e un'associazione di secondo livello. D'altra parte, un'associazione del terzo settore a base sociale diffusa e di secondo livello non necessariamente dovrà anche essere rete associativa, poiché quest'ultima, come già si è sottolineato, costituisce una qualifica opzionale che consegue all'iscrizione dell'associazione (in possesso dei necessari requisiti di qualificazione) nell'apposita sezione "e" del RUNTS.

Prima di entrare nel dettaglio degli elementi essenziali di ciascuna delle tre fattispecie esaminate e della loro disciplina, e di soffermarsi su alcune questioni da loro poste in termini di *governance*, vorrei svolgere tre osservazioni generali di natura sistematica, che il tema e i contenuti della relazione da un lato richiedono dall'altro stimolano.

Primo. Nella "scarna" disciplina del primo libro del codice civile ovviamente non si presta alcuna attenzione a specifiche tipologie associative (così come anche fondazionali) emergenti dalla prassi. L'associazione è un tipo monolitico e la sua disciplina prescinde da elementi di fatto quali, non solo l'attività svolta e le finalità concretamente perseguite, ma anche il numero e la natura degli associati. Così, tanto le piccole quanto le grandi associazioni sono sottoposte alle medesime regole, così come lo sono le associazioni composte da persone fisiche e quelle composte da enti e persone giuridiche. Com'è evidente, la situazione si presenta in modo molto diverso nel libro V del codice civile, dove in materia di società, una pluralità di tipi, sottotipi e tipologie contribuisce ad articolare e differenziare la disciplina tenendo conto di numerosi modelli socio-economici di riferimento.

Gli enti giuridici del primo libro del codice civile condividono dunque, anche se per ragioni diverse, la medesima astrattezza che nello stesso contesto normativo caratterizza le persone fisiche. Da qui l'assenza di una disciplina tarata sulle concrete caratteristiche dell'associazione, ovvero la presenza di una disciplina basata su un unico modello socio-economico di associazione. L'unica distinzione presente, quella tra associazioni riconosciute e non riconosciute, si fonda sul criterio formale del possesso della personalità giuridica. Il suo obiettivo originario, peraltro, non era quello di riservare un trattamento differenziato a modelli associativi tra loro diversi, bensì soltanto di giustificare i penetranti limiti all'autonomia privata e i controlli

pubblici previsti per le associazioni riconosciute a fronte del riconoscimento di una capacità giuridica più ampia. Una giustificazione che, a seguito della sopravvenuta equiparazione normativa tra associazioni riconosciute e non riconosciute sotto il profilo della capacità giuridica, non trova più alcun fondamento.

Con il Codice del terzo settore (“CTS”), sull’onda peraltro della precedente legislazione “speciale” rispetto al codice civile, si realizza un deciso e (forse) definitivo mutamento di prospettiva.

Smarrisce innanzitutto importanza la personalità giuridica, perché la disciplina applicabile alle associazioni del terzo settore (*rectius*, la disciplina applicabile alle associazioni affinché possano assumere la qualifica di associazioni del terzo settore), anche per ciò che concerne il profilo dei controlli (sul rispetto della normativa attributiva dello status di ente del terzo settore), è la medesima indipendentemente dal possesso della personalità (che peraltro può acquisirsi *ex art. 22 CTS* in maniera semplificata rispetto a quanto ordinariamente stabilito dal d.P.R. 361/2000). Nella prospettiva del Codice del terzo settore, la personalità giuridica è foriera esclusivamente dell’autonomia patrimoniale perfetta (art. 22, ult. co., CTS). Il che si pone in linea, del resto, con quanto per lo più avviene negli altri ordinamenti giuridici europei, dove la personalità giuridica non costituisce concetto autonomo rispetto alla capacità giuridica, ma finisce per coincidere con quest’ultima. Mentre nei paesi, come la Francia, dove il concetto di personalità esiste ed è distinto da quello di capacità, esso trova ancora ragion d’essere proprio perché destinato ad influenzare la capacità giuridica delle associazioni (solo le associazioni munite di personalità hanno infatti la “grande” capacità giuridica).

In secondo luogo, nella nuova disciplina del terzo settore, anche le tipologie interne al tipo acquisiscono dignità giuridica, essendo destinatarie di norme *ad hoc*, come avviene nel caso delle associazioni a base sociale diffusa e di quelle di secondo (o ulteriore) livello, delle quali si occupa questa relazione.

Secondo. Si è osservato da più parti in dottrina (in particolare da Carlo Ibbà) come i numerosi rinvii al libro V del codice civile contenuti nel Codice del terzo settore introducano un processo di “societarizzazione” di enti che

non necessariamente hanno natura imprenditoriale. Al di là del fatto che, almeno per quanto riguarda la *governance* delle associazioni del terzo settore, dovrebbe forse parlarsi più di “cooperativizzazione” che genericamente di “societarizzazione”, questo fenomeno trova ragione nella circostanza che molte soluzioni legislative a questioni concrete già individuate nel libro V del codice civile possono benissimo applicarsi al di fuori del campo di imprese e società, e dunque anche ad enti non societari, esercenti o meno un’attività d’impresa. Non sono dunque d’accordo con chi ha sostenuto, anche di recente (come Antonio Cetra), che la disciplina delle società, essendo pensata per enti con finalità lucrative, sia inadeguata a disciplinare enti senza scopo di lucro o non imprenditoriali. Il legislatore della riforma del terzo settore non ha dunque avvertito l’esigenza di inventare alcunché di nuovo, e per risolvere una determinata questione di disciplina ha potuto limitarsi a fare rinvio a disposizioni già esistenti, ancorché dettate in materia di società.

Emerge così, verrebbe da dire, un diritto delle organizzazioni che oltrepassa i confini tra primo e quinto libro del codice civile, così come tra attività d’impresa ed attività diverse, e conseguentemente tra diritto civile e diritto commerciale. Nel disciplinare in un unico contesto tutti i tipi di organizzazioni, dalle società alle associazioni, dalle cooperative alle fondazioni, il Codice belga del 2019 dimostra come l’edificazione di un diritto organico e complessivo delle organizzazioni sia possibile. Del resto, molte leggi speciali italiane, non solo quella sul terzo settore, col loro carattere transtipico o sovratipico, si muovono già in questa direzione. È chiaro che nel nostro ordinamento la presenza del codice civile impedirà l’emanazione di un codice come quello belga, ma ciò non toglie che, al di là delle questioni topografiche, il diritto delle organizzazioni possa sempre più essere studiato ed interpretato come un insieme unitario, attenuando così sorprese e timori riguardo a presunti processi di “societarizzazione” di enti non societari e non imprenditoriali.

Se il diritto delle organizzazioni si evolvesse come sistema normativo unitario, perderebbe ancora più peso la nozione classica di impresa (quella di cui all’art. 2082 c.c.), peraltro già in crisi per diverse ragioni. È la produzione di beni o servizi, a prescindere non solo dal lucro oggettivo ma anche

dall'economicità (per lo meno, se intesa in senso classico), l'attività che richiede attenzione legislativa per gli interessi che coinvolge ed espone a rischio, non solo dei creditori ma anche dei donatori, non solo dei lavoratori ma anche dei volontari, non solo degli utenti ma anche dei beneficiari.

Se non fosse più l'impresa ex art. 2082 c.c. al centro di specifici provvedimenti legislativi, bensì l'attività produttiva, imprenditoriale o erogativa che essa sia, allora molti istituti e discipline originariamente destinate all'impresa (in senso stretto) potrebbero proficuamente estendersi all'attività economica (anche erogativa), trovando così applicazione anche nell'ambito del terzo settore. Si pensi ad esempio, all'art. 9, l. 192/1998 sul divieto di abuso di dipendenza economica, i cui presupposti e la cui *ratio* ben possono ricorrere e comprendersi anche nei rapporti tra enti non imprenditoriali.

Da questo punto di vista, non è vero che, per associazioni e fondazioni, il codice civile abbia perso peso in favore del Codice del terzo settore, ma è vero forse il contrario, solo che l'asse si è spostato sul quinto libro (come ha sottolineato Gian Domenico Mosco).

Terzo. La recente riforma dello sport ha dimostrato la capacità dei principi di disciplina del terzo settore di propagarsi oltre il terzo settore stesso, andando sempre più a circoscrivere e ridurre l'area delle associazioni "ordinarie", costituite esclusivamente ai sensi del codice civile. L'esempio più evidente è rappresentato dal procedimento di acquisizione della personalità giuridica, previsto per gli enti sportivi dilettantistici secondo modalità identiche a quelle di cui all'art. 22 CTS, salvo che per l'assenza del requisito patrimoniale minimo (di 15.000 €), un elemento, quest'ultimo, che contribuisce ancor di più alla vaporizzazione del concetto stesso.

Svolte queste permesse sistematiche, presentiamo e discutiamo le tre fattispecie associative oggetto della relazione. È opportuno sottolineare che i profili di *governance* svolgono un ruolo decisivo nel dar corpo a queste figure.

**2. Le associazioni a base sociale diffusa.** Quelle che ho chiamato associazioni "a base sociale diffusa" sono le associazioni del terzo settore che hanno "un numero di associati non inferiore a cinquecento".

Nel Codice del terzo settore, a queste associazioni del terzo settore sono dedicate le seguenti disposizioni particolari:

a) a meno che lo statuto non preveda diversamente, ciascun loro associato può rappresentare in assemblea sino a cinque altri associati, e non già sino ad un massimo di tre, come invece avviene nelle associazioni di minori dimensioni (art. 24, comma 3);

b) in luogo dell'assemblea generale di tutti gli associati, lo statuto può prevedere la costituzione e lo svolgimento di assemblee separate, che saranno disciplinate ai sensi dell'art. 2540, commi 3-6, c.c. (art. 24, comma 5);

c) lo statuto può individuare le competenze dell'assemblea in deroga a quanto previsto, per tutte le altre associazioni, dall'art. 25, comma 1, purché “nel rispetto dei principi di democraticità, pari opportunità ed eguaglianza di tutti gli associati e di elettività delle cariche sociali” (art. 25, comma 2);

d) a differenza che nelle altre associazioni, in cui è ciascun associato ad avere tale potere, per un'efficace denuncia all'organo di controllo, ove presente, occorre l'iniziativa di almeno un decimo degli associati (art. 29, comma 2).

Da questo gruppo di norme loro dedicate emerge come la tipologia delle associazioni a base sociale diffusa sia individuata esclusivamente sulla base di un dato numerico, ovverosia il numero minimo di cinquecento associati.

Ai fini del computo del numero minimo non rilevano le caratteristiche degli associati, sicché essi potrebbero indifferentemente essere persone fisiche oppure enti e persone giuridiche (non necessariamente con la qualifica di enti del terzo settore). Di conseguenza, potrebbe essere associazione a base sociale diffusa tanto un'associazione di primo livello quanto un'associazione di secondo livello e tra queste ultime una rete associativa.

In linea di principio, un'associazione a base sociale diffusa potrebbe trovarsi iscritta in una qualsiasi sezione del RUNTS (ad eccezione, forse, di quella riservata alle SoMS che sono “società”), potendo dunque avere o lo status particolare di ODV, APS, Ente filantropico, Rete associativa o Impresa sociale, oppure lo status generale di ETS iscritto nell'ultima sezione del RUNTS. Pertanto, compatibilmente con la loro disciplina particolare, anche le associazioni “tipiche” del terzo settore (ad es. le ODV) potrebbero essere

destinatario degli articoli 24, comma 3, 24, comma 5, 25, comma 2, e 29, comma 2, CTS. Ciò per effetto di quanto stabilito in via generale dall'art. 3, comma 1, e dall'art. 20 CTS, nonché, per quanto riguarda le associazioni con la qualifica di imprese sociali, dall'art. 1, comma 5, d.lgs. 112/2017.

La qualifica di associazione a base sociale diffusa non ha carattere "statico" poiché dipende da un elemento "dinamico" da accertarsi diacronicamente, cioè il numero degli associati. Assume a tal fine rilievo, anche per scopi di controllo pubblico, il libro degli associati che tutti gli ETS devono tenere ai sensi dell'art. 15, comma 1, CTS. È chiaro che nel computo del minimo potranno farsi rientrare solo coloro che sono tecnicamente "associati", e non anche figure soggettive (come quelle dei "tesserati" o degli "aderenti") che nella prassi gravitano attorno a certe associazioni ma potrebbero non avere questo status (il cui elemento indefettibile è il diritto di voto in assemblea).

È chiaro che le disposizioni sopra menzionate saranno applicabili alle associazioni a base sociale diffusa soltanto in presenza del numero minimo di cinquecento associati, sicché il venir meno di questo numero minimo comporta immediatamente, sin dal momento del suo verificarsi, l'impossibilità di applicare ulteriormente queste norme. L'estensione analogica della disciplina di cui agli articoli 32, comma 1-bis, e 35, comma 1-bis, CTS, sarebbe in questo caso improponibile stante la sostanziale diversità delle fattispecie regolate.

Delle quattro norme loro dedicate, due sono automaticamente applicabili alle associazioni a base sociale diffusa, anche in mancanza di apposite disposizioni statutarie (gli statuti, semmai, non devono disporre nulla di diverso o contrario), ovverosia gli articoli 24, comma 3, e 29, comma 2, CTS. Le altre due devono invece trovare fondamento nello statuto. Ne consegue che le associazioni con più di cinquecento associati non possono direttamente avvalersi delle opzioni di cui agli articoli 24, comma 5, e 25, comma 2, CTS, in assenza di disposizioni statutarie che regolino la costituzione e il funzionamento delle assemblee separate e le competenze dell'assemblea in deroga al regime ordinario. Da qui due possibili ipotesi: o gli statuti già dispongono in merito a queste circostanze (anche in via eventuale) oppure devono essere modificati per tenerne conto.

**3. Le associazioni di secondo livello.** La tipologia delle associazioni di secondo livello può enuclearsi sulla base di una serie di specifiche disposizioni del CTS in cui si fa riferimento ad associati con la natura di enti giuridici. Occorre tuttavia sottolineare che il Codice del terzo settore in generale non impedisce ad un ente con la qualifica di ETS di avere la propria base sociale formata sia da persone fisiche sia da enti e persone giuridiche, sicché l'associazione di secondo livello "pura" in linea di principio non è prevista dalla legge, anche se essa potrebbe ovviamente configurarsi per scelta statutaria (là dove lo statuto limiti la partecipazione agli enti giuridici o escluda la partecipazione di persone fisiche).

Le norme in questione sono le seguenti:

a) l'art. 24, comma 2, là dove prevede che per statuto sia possibile attribuire più voti in assemblea, sino ad un massimo di cinque (ed in proporzione al numero dei loro associati o aderenti), agli associati che siano enti del terzo settore;

b) l'art. 26, comma 2, là dove fa riferimento all'indicazione da parte degli enti giuridici associati degli amministratori da scegliersi in misura quanto meno maggioritaria (rispetto ad amministratori eventualmente individuati in modo diverso);

c) l'art. 26, comma 5, che, fatta salva la nomina maggioritaria da parte dell'assemblea, consente allo statuto di attribuire ad ETS, enti senza scopo di lucro, enti religiosi civilmente riconosciuti (nonché a lavoratori o utenti dell'ente), la nomina (extra-assembleare) di uno o più amministratori, anche se in verità questa disposizione può applicarsi tanto ad enti associati quanto ad enti non associati all'ente del terzo settore il cui statuto tale facoltà di nomina preveda.

Anche nella disciplina particolare di ODV e APS si fa implicito riferimento ad ODV ed APS di secondo livello.

Così è quando si richiede per la costituzione di una ODV la presenza di un numero non inferiore a tre ODV (art. 32, comma 1), e allorché si consente che l'ODV possa assolvere l'onere di avvalersi in modo prevalente del volontariato o impiegando propri associati oppure persone aderenti agli enti associati (art. 32, comma 1). Disposizioni, queste ultime, presenti anche nella disciplina delle APS (art. 35, comma 1).

Associazioni del terzo settore necessariamente di secondo livello (sicuramente non di primo, né, a ben vedere, di terzo o ulteriore livello) devono essere quelle che aspirano all'accreditamento come CSV, e che, una volta ottenuto tale accreditamento, intendano mantenerlo. I profili di *governance* che interessano questo gruppo (molto ristretto) di associazioni del terzo settore sono molto particolari e specifici, poiché l'accreditamento di un'associazione come CSV presuppone ed esige il rispetto di una serie di vincoli che influenzano la *governance* dell'ente in maniera sostanziale. Evito pertanto di trattare in questa relazione di questa fattispecie associativa e delle numerose questioni che essa solleva (rinvio l'approfondimento ad altra occasione).

**4. Le reti associative.** Come si è già cercato di spiegare, le reti associative si pongono su un livello diverso rispetto alle figure soggettive sin qui esaminate, poiché non costituiscono una mera tipologia associativa riconosciuta dal legislatore del terzo settore, ma uno status particolare del nuovo terzo settore in ragione della specifica attività di interesse generale svolta (che è l'assistenza, rappresentanza e tutela degli ETS associati o aderenti). Di conseguenza, alle reti associative è dedicata una sezione del RUNTS, in cui esse si iscrivono secondo regole particolari individuate dal d.m. 106/2020.

Più precisamente, la qualifica di rete associativa può conseguirsi da un ente che:

- abbia la forma giuridica di associazione, con o senza personalità giuridica;

- svolga, anche in via non esclusiva (sebbene, a nostro avviso, quanto meno in via prevalente), "attività di coordinamento, tutela, rappresentanza, promozione o supporto degli enti del Terzo settore loro associati e delle loro attività di interesse generale, anche allo scopo di promuoverne ed accrescerne la rappresentatività presso i soggetti istituzionali" (art. 41, comma 1, lett. b);

- associ, "anche indirettamente attraverso gli enti ad esse aderenti, un numero non inferiore a cento enti del Terzo settore, o, in alternativa, almeno venti fondazioni del Terzo settore, le cui sedi legali o operative siano presenti

in almeno cinque regioni o province autonome” (art. 41, comma 1, lett. a); oppure “un numero non inferiore a cinquecento enti del Terzo settore o, in alternativa, almeno cento fondazioni del Terzo settore, le cui sedi legali o operative siano presenti in almeno dieci regioni o province autonome”, nel qual ultimo caso la rete associativa è ulteriormente qualificata come “nazionale” (art. 41, comma 2);

- s’isciva nell’apposita sezione del RUNTS dedicata alla reti associative (la sezione “e”, sulla quale esercita la propria competenza esclusiva l’Ufficio statale del RUNTS, istituito presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali), anche se è consentita alle reti associative (in presenza dei necessari requisiti) l’iscrizione in un’ulteriore sezione del RUNTS.

Sotto il profilo qualificatorio, si pone la questione di come debba apprezzarsi la consistenza minima della rete, ed in particolare se nel numero minimo necessario affinché possa aversi rete associativa debbano computarsi soltanto gli enti del terzo settore associati alla rete.

Nonostante l’art. 41 parli di una rete che “associa”, il suo riferirsi ad un possibile associare “in via indiretta, attraverso gli enti aderenti” porta a ritenere che nel numero minimo possano rientrare tanto enti associati in senso stretto alla rete, e dunque iscritti nel suo libro degli associati, quanto enti che ad essa non siano associati. Per questi ultimi enti, v’è però da comprendere se essi debbano quanto meno essere associati ad un ente associato alla rete. La legge parla di associare in via indiretta, attraverso gli enti “aderenti” e non già “associati”, sicché tale condizione parrebbe non necessaria, anche se ovviamente, così argomentando, l’ipotesi della “associazione in via indiretta” finirebbe per smarrire il proprio significato (infatti, se un ente del terzo settore aderisce ad una rete associativa in forza di un autonomo rapporto di adesione o affiliazione con la rete, che rilevanza assume l’eventuale circostanza che questo ente aderisca ad un ente a suo volta aderente alla medesima rete?).

Di conseguenza, l’art. 41 CTS, nel qualificare una rete associativa, richiede un numero minimo di “adesioni”, che non necessariamente postulano un rapporto associativo in senso stretto e che da esso, qualora sussistente, non conseguono in maniera automatica. Da un lato, dunque,

aderire ad una rete non vuol dire associarsi ad essa. Dall'altro lato, associarsi ad una rete non implica automaticamente aderire alla medesima.

Quanto sopra risulta confermato dalla disciplina delle reti associative contenuta nel d.m. 106/2020 sul funzionamento del RUNTS.

Tale decreto prevede che ciascun ente che s'iscrive al RUNTS possa, "in caso di affiliazione ad una rete associativa", allegare alla domanda di iscrizione "una attestazione di adesione alla medesima" (art. 8, comma 5, lett. d), d.m. 106/2020).

Dall'altra parte, nell'istanza di iscrizione al RUNTS presentata da una rete associativa (*rectius*, da un ente che aspira alla qualifica di rete associativa) devono tra l'altro essere indicati "i riferimenti degli ETS aderenti, anche in via indiretta, in modo tale da soddisfare il requisito numerico e territoriale di cui di cui all'articolo 41 comma 1 lettera a) o di cui all'articolo 41 comma 2 del Codice" (art. 10, comma 2, lett. a), d.m. 106/2020).

Peraltro, come si precisa nello stesso decreto, "il numero degli enti aderenti, anche in via indiretta, sarà verificato dal sistema informatico del Registro attraverso il conteggio univoco dei codici fiscali degli enti che hanno dichiarato l'affiliazione alla rete associativa o ad un ente ad essa aderente, ciascuno considerato una sola volta nell'ambito della singola rete" (art. 10, comma 2, lett. a), d.m. 106/2020).

Insomma, quel che conta è che vi sia un (non meglio definito dalla normativa) rapporto di adesione alla rete o di affiliazione alla rete, laddove non assume rilievo il rapporto associativo, né diretto né indiretto, potendo peraltro darsi (come il d.m. 106/2020 più volte sottolinea) un'adesione o affiliazione plurima di un ente del terzo settore a più reti associative, sulla cui opportunità vi sarebbe molto da discutere.

La svalutazione del rapporto associativo ai fini della configurazione giuridica della rete associativa, operata dal d.m. 106/2020 sulla base di una certa interpretazione dell'art. 41, comma 1, lett. a), CTS, e la possibilità di adesioni/affiliazioni multiple, potrebbe dar vita ad un "mercato" delle affiliazioni e delle relative attestazioni di adesione al RUNTS.

Sempre per effetto del suddetto orientamento interpretativo, si amplia l'autonomia organizzativa delle reti associative, nel senso che affinché un ente ottenga questa qualifica è sufficiente che abbia la forma giuridica di

associazione (riconosciuta o non riconosciuta), non rilevando la composizione della sua base associativa, che potrebbe essere la più varia. Accanto ad enti del terzo settore (la cui presenza necessaria deriva dal disposto dell'art. 41, comma 1, lett. b), CTS, là dove fa riferimento ad enti del terzo settore "associati") potrebbero così figurare enti che non sono del terzo settore e financo persone fisiche (occorre al riguardo precisare che non sono reti associative, ma sono soltanto a certi fini equiparate alle reti associative, quelle associazioni di cui parla l'art. 41, comma 2, CTS, ovvero le associazioni del terzo settore formate da un numero non inferiore a centomila persone fisiche associate e con sedi in almeno dieci regioni o province autonome).

Alla luce di quanto rilevato, ci sembra di poter dire che l'aspetto da ultimo esaminato richieda un intervento normativo di chiarificazione al fine di evitare che la qualifica di rete associativa finisca per essere troppo evanescente e perciò esposta ad usi impropri ed abusivi, ciò che non potrebbe che riflettersi negativamente sull'immagine complessiva del terzo settore e dei suoi enti.

Non essendovi necessaria corrispondenza tra rapporto di adesione o affiliazione alla rete e rapporto associativo con la rete, non necessariamente le reti associative (incluse quelle nazionali) rientreranno nelle tipologie associative precedentemente esaminate.

Una rete associativa sarà associazione a base sociale diffusa solo qualora abbia almeno cinquecento enti del terzo settore associati (aderenti o non aderenti che siano) e non anche qualora abbia cinquecento enti del terzo settore ad essa aderenti ma non tutti associati. Da qui la (solo) potenziale applicabilità alle reti associative degli articoli 24, comma 3, 24, comma 5, 25, comma 2, e 29, comma 2, CTS.

Dovendo in ogni caso associare enti del terzo settore, una rete associativa sarà comunque un'associazione di secondo livello anche se non necessariamente in via esclusiva (abbiamo infatti detto che in linea di principio essa potrebbe anche associare persone fisiche). Da qui l'applicabilità alle reti associative degli articoli 24, comma 2, 26, comma 2, e 26, comma 5, CTS.

Ciò precisato, vi sono tuttavia alcune disposizioni normative direttamente applicabili alle associazioni con la qualifica di reti associative (ovvero iscritte

nella sezione “e” del RUNTS) che non solo consentono di poter comunque applicare loro le soluzioni organizzative già previste per le associazioni a base sociale diffusa e per le associazioni di secondo livello, ma che finiscono per rendere la loro *governance* financo più elastica e flessibile.

Alle reti associative sono infatti rivolte le disposizioni di cui ai commi 7-10 dell’art. 41 CTS. Esse conferiscono alle reti il potere di derogare ad alcune regole di *governance* applicabili alle altre associazioni del terzo settore ed in termini generali piena autonomia nel definire la propria struttura di *governance* interna purché nel rispetto di alcuni principi generali.

Venendo prima alle disposizioni particolari (quelle di cui ai commi 8-10):

a) gli atti costitutivi o gli statuti delle reti associative possono disciplinare il diritto di voto degli associati in assemblea anche in deroga a quanto stabilito dall’articolo 24, comma 2, CTS, e pertanto non solo differenziare il potere di voto tra gli associati, ma anche attribuire ad alcuni di loro più di cinque voti. Nell’ambito del potere di deroga statutaria dovrebbe rientrare anche la scelta del criterio di attribuzione del voto plurimo, che in linea di principio potrebbe dunque essere diverso da quello rappresentato dal numero di associati o aderenti;

b) gli atti costitutivi o gli statuti delle reti associative possono disciplinare le modalità e i limiti delle deleghe di voto in assemblea anche in deroga a quanto stabilito dall’articolo 24, comma 3, CTS, e pertanto consentire non solo la delega a non associati, ma altresì che un delegato possa rappresentare più di cinque associati;

c) gli atti costitutivi o gli statuti delle reti associative possono disciplinare le competenze dell’assemblea degli associati anche in deroga a quanto stabilito dall’articolo 25, comma 1, CTS, e pertanto attribuire ad altri organi associativi i poteri decisionali relativi ad uno o più degli oggetti ordinariamente rientranti nella competenza inderogabile dell’assemblea degli associati.

Queste disposizioni specifiche sono precedute da una disposizione di carattere generale (al comma 7) secondo cui: “gli atti costitutivi o gli statuti disciplinano l’ordinamento interno, la struttura di governo e la composizione e il funzionamento degli organi sociali delle reti associative nel rispetto dei principi di democraticità, pari opportunità ed eguaglianza di tutti gli associati e di elettività delle cariche sociali”.

Dal quadro surriferito emergono alcune questioni fondamentali:

- la prima è se il comma 7 regoli esclusivamente l'esercizio delle facoltà di deroga statutaria di cui ai commi 8-10 (voto plurimo, deleghe di voto e competenze dell'assemblea) oppure sia una disposizione generale applicabile anche ad aspetti ulteriori. Se la seconda risposta è corretta, le facoltà di deroga di cui ai commi 8-10 non sarebbero le uniche riconoscibili alle reti associative. In linea di principio, l'autonomia statutaria delle reti associative non sarebbe limitata agli aspetti di cui ai commi 8-10, ma riguarderebbe la *governance* complessiva dell'ente;

- la seconda è come dare contenuto e concretezza ai principi-limite dell'ampia autonomia statutaria delle reti, tenendo conto da un lato dell'esigenza di individuare comunque un nucleo minimo inderogabile di norme, dall'altro di evitare interpretazioni eccessivamente restrittive dell'autonomia statutaria.

Provo qui ad individuare alcuni criteri interpretativi che reputo utili ai superiori fini.

Innanzitutto, le reti associative che vogliano anche ottenere un'altra qualifica del terzo settore (in particolare quella di ODV o di APS), devono sottostare alle norme specifiche di tale qualifica: qui non v'è possibilità di deroga. Per fare solo un esempio, una rete associativa ODV (associazione iscritta sia nella sezione "e" sia nella sezione "a" del RUNTS) dovrà (ex art. 34, comma 1, CTS) avere tutti gli amministratori associati o indicati dagli enti associati tra i propri associati. Non saranno dunque ammissibili amministratori "esterni". Qui la disposizione del comma 7 non può generare un risultato diverso.

In secondo luogo, l'interpretazione ed applicazione di questi principi non dovrebbe condurre a ritenere applicabili regole più restrittive di quelle contemplate in specifiche disposizioni del CTS (dunque già valutate come compatibili con la "democraticità, parità di trattamento, ecc." dal legislatore), ma semmai a legittimare soluzioni statutarie più liberali. Ad esempio, se in una rete associativa, in ragione di quanto disposto dall'art. 25, comma 2, la previsione statutaria di nomina extra-assembleare di una minoranza di amministratori è sicuramente legittima, a che conclusioni giungere, invece, se la nomina extra-assembleare riguardasse una maggioranza di

amministratori? Sarebbe violato il principio di democraticità? L'art. 25, comma 2, sembra ammettere una deroga soltanto per le associazioni a base sociale diffusa, e non già anche per le reti, che come abbiamo spiegato potrebbero non essere tali. Ma il criterio interpretativo che propongo, se ha un senso, dovrebbe consentirlo, a condizione che la nomina degli amministratori sia effettuata da un organo riconducibile all'assemblea, come nel sistema dualistico che comprensibilmente vige già in molte reti associative di rilevanti dimensioni numeriche e territoriali.

In terzo luogo, bisogna sforzarsi di declinare questi principi per individuare limiti ragionevoli alla facoltà di deroga. Ad esempio, con riguardo alla democraticità in rapporto all'art. 25, comma 1, se da un lato dovrebbe ritenersi consentito lo spostamento di alcune competenze ad un organo superiore in un sistema di tipo dualistico, non credo però che questa facoltà possa estendersi a tutte le materie, svuotando così l'assemblea di ogni potere, ad eccezione della nomina e revoca dei componenti dell'organo di livello superiore (tanto meno qualora la rete associativa non abbia, come pure è possibile, una base sociale diffusa).

Sempre con riferimento all'art. 25, comma 1, CTS, occorre poi chiedersi se siano attribuibili ad organi diversi dall'assemblea materie come l'approvazione del bilancio e le modifiche statutarie (quanto meno alcune), mentre le operazioni straordinarie come la trasformazione difficilmente potrebbero attribuirsi ad altro organo, tanto meno lo scioglimento, la migrazione (cioè il cambio di sezione del RUNTS) e la cancellazione dell'ente dal RUNTS.

Un altro profilo problematico è quello che riguarda non proprio le reti-soggetto, cioè gli enti che hanno la qualifica di reti associative essendo iscritti nella sezione "e" del RUNTS, bensì le cc.dd. articolazioni territoriali delle reti (ad es. i cosiddetti "comitati regionali"), ovvero sia quegli enti che, secondo il modello vuoi delle associazioni parallele vuoi di quelle complesse, attuano a livello locale gli scopi della rete-soggetto, della cui struttura organizzativa fanno parte, nella misura in cui la loro esistenza e funzione sono contemplati nello statuto della rete-soggetto (che potrebbe financo disciplinarne nel dettaglio ordinamento ed amministrazione, al punto da rendere superfluo uno

statuto autonomo dell'articolazione territoriale, come ammette il Ministero del lavoro nella circolare n. 2 del 5 marzo 2021).

Questa fattispecie ha in passato dato vita ad una *querelle* che oggi, quanto meno per ciò che riguarda gli enti del terzo settore, può forse dirsi superata in virtù del vigente regime pubblicitario basato sul RUNTS.

Il tema era se le articolazioni territoriali rispondessero verso i terzi delle proprie obbligazioni a titolo esclusivo o se i terzi creditori potessero agire anche contro l'associazione di vertice. Oggi, grazie al RUNTS, si sa quali articolazioni hanno soggettività giuridica autonoma, perché le articolazioni, se intendono qualificarsi come enti del terzo settore (non v'è infatti alcun obbligo in tal senso), devono autonomamente iscriversi nel RUNTS (in una delle sue sezioni).

Rimane tuttavia in discussione il profilo dell'autonomia sostanziale che può essere fortemente compressa dallo statuto dell'associazione di vertice, cioè della rete associativa. V'è allora da domandarsi se possa qui esservi spazio per l'applicazione (analogica o diretta ex art. 3, comma 2, CTS) dell'art. 2497 c.c. nei rapporti con i terzi e per l'applicazione (analogica) dell'art. 9 della l. 192/1998 nei rapporti interni tra rete ed articolazione territoriale.

Dall'altra parte, gli enti che fungono da articolazioni territoriali di una rete hanno, proprio in ragione dell'appartenenza ad una rete, un'autonomia statutaria più ampia degli altri ETS, soprattutto per quanto riguarda la *governance*.

Il Ministero del lavoro, infatti, nella circolare n. 2 del 5 marzo 2021, ha affermato che gli articoli 41, co. 7-10, si applicano anche a loro (nonostante tecnicamente non siano reti associative ovvero enti iscritti nella sezione "e" del RUNTS), anche se non in termini generali, ma soltanto "nella misura in cui detta facoltà sia funzionale alla formazione della rappresentanza all'interno del livello più elevato della rete medesima e a concorrere alla costruzione dell'articolazione organizzativa della rete; a condizione, inoltre, che tale facoltà sia espressamente contemplata nello statuto del soggetto qualificato come rete associativa". Comprendere i limiti entro i quali tale facoltà possa essere legittimamente esercitata dagli enti che fungano da

articolazioni territoriali di una rete associativa è un'altra delle sfide interpretative che il nuovo diritto del terzo settore pone a studiosi ed operatori.



## *Le associazioni di promozione sociale nel codice del Terzo settore*

di **MARIO RENNA**

1. La nuova disciplina delle associazioni di promozione sociale (APS), contenuta nel codice del Terzo settore (CTS) agli artt. 35 e 36, permette di superare la prima fonte disciplinare (l. 383/2000) e scandisce i profili strutturali e operativi che connotano questi enti.

Le APS vengono definite già tramite la forma giuridica rivestita<sup>1</sup>, nonché per via dello svolgimento, in via esclusiva o principale, di una o più attività di interesse generale volte al perseguimento di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale (art. 4, comma 1, CTS)<sup>2</sup>: l'operare del soggetto metaindividuale avviene - e si risolve - in favore degli associati, di loro familiari, ovvero di terzi, mediante l'apporto prevalente dell'attività di volontariato erogata proprio dagli associati o dalle persone aderenti agli enti associati.

La capacità di operare sia in termini di reciprocità sociale che in chiave solidaristica, ovvero rivolgendosi esclusivamente a soggetti terzi, come emerge dall'art. 35, comma 1, CTS, merita di essere ricordata alla particolare conformazione della base associativa<sup>3</sup>. Giova notare come, al fine della costituzione e, quindi, dell'iscrizione nel RUNTS, sia prescritta la presenza minima di sette persone fisiche o di tre associazioni di promozione sociale<sup>4</sup>. La compromissione di tale soglia dimensionale comporta la

---

<sup>1</sup> M. MONTALDI, *Sub art. 35 CTS*, in AA. VV., *Dalla parte del Terzo settore. La riforma letta dai suoi protagonisti*, Roma-Bari, 2020, p. 245.

<sup>2</sup> Cfr. A. FICI, *Fonti della disciplina, nozione e governance degli enti del Terzo settore*, in ID. (a cura di), *La riforma del Terzo settore e dell'impresa sociale. Una introduzione*, Napoli, 2018, p. 101 ss., p. 107; E. ROSSI, *Profili evolutivi della legislazione del Terzo settore*, in AA. VV., *Dalla parte del Terzo settore. La riforma letta dai suoi protagonisti*, cit., p. 77; M.N. IANNACCONE, *Le Associazioni di promozione sociale dopo la Riforma*, in *Terzo settore, non profit, cooperative*, 2, 2020, p. 1 ss.

<sup>3</sup> Puntualizza M.N. IANNACCONE, *Le Associazioni di promozione sociale dopo la Riforma*, cit., p. 8, che, sebbene il legislatore abbia adoperato la congiunzione disgiuntiva "o", è raro che una APS non rivolga, prevalentemente, la propria attività a favore degli associati e dei loro familiari.

<sup>4</sup> F. GRECO, *Categorie di enti del Terzo settore*, in M. GORGONI (a cura di), *Il codice del Terzo settore. Commento al Decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117*, Pisa, 2018, p. 283.

cancellazione dell'ente dal RUNTS, ovvero la migrazione presso una differente sezione<sup>5</sup>.

2. L'elemento personalista connesso al dato associativo e il *favor* per la partecipazione e il pluralismo sociale e culturale ostano ad una possibile qualificazione in termini di APS da parte di soggetti che dispongano «limitazioni con riferimento alle condizioni economiche e discriminazioni di qualsiasi natura in relazione all'ammissione degli associati» oppure riconoscano il diritto al trasferimento della quota associativa o ricolleghino la partecipazione sociale alla titolarità di azioni o quote di natura patrimoniale (art. 35, comma 2, CTS)<sup>6</sup>.

Nelle APS si avverte una partecipazione, alla stregua di condivisione dell'interesse ideale, che costituisce il *titolo* del rapporto associativo: l'interesse da soddisfare attraverso l'associazione, tuttavia, come indicato in una ormai risalente decisione del Consiglio di Stato, risulterebbe impersonale, in quanto preesistente all'associazione e insuscettibile di rappresentare una sorta di "monopolio" dei soli associati<sup>7</sup>.

La cennata previsione è coerente con l'insieme di principi che governano il funzionamento e la dinamica assembleare, sede associativa in cui si afferma e si affina lo sviluppo delle personalità: il CTS prescrive, in termini generali e inderogabili, il rispetto dei principi di democraticità, pari opportunità, eguaglianza di tutti gli associati ed elettività delle cariche sociali (come può evincersi dall'art. 25, comma 2, CTS)<sup>8</sup>.

Secondo quanto emerge dall'ordito del CTS (v. spec. l'art. 20), le APS dovranno misurarsi con le regole riguardanti la procedura di ammissione e il carattere aperto delle associazioni, previste all'art. 23 CTS, ove sono delineati i soggetti competenti a pronunciarsi sull'ingresso di nuovi associati e ove risultano chiarite tempistiche e modalità procedurali. Deve, inoltre,

---

<sup>5</sup> Art. 35, comma 1-*bis*, CTS. V., sul punto, la Nota del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, 30 novembre 2018, n. 13982.

<sup>6</sup> V., ora, la Nota del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, 30 novembre 2021, n. 18244.

<sup>7</sup> Cons. Stato, Sez. II, 20 dicembre 1995, n. 2915, in *dejure.it*.

<sup>8</sup> Cfr. V. MONTANI, Sub art. 16 c.c., in G. PONZANELLI (a cura di), *Le associazioni non riconosciute. Artt. 36-42*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2016, p. 87 ss.; C. AMATO, *Ordinamento e amministrazione*, in M. GORGONI (a cura di), *Il codice del Terzo settore. Commento al Decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117*, n. 117, cit., p. 216 ss.; nonché, E. TUCCARI, *La disciplina democratica delle associazioni non riconosciute fra codice del Terzo settore e codice civile*, in *Resp. civ. prev.*, 2019, p. 438 ss. In precedenza, v. G. VOLPE PUTZOLU, *La tutela dell'associato in un sistema pluralistico*, Milano, 1977, p. 95 ss.

osservarsi come l'art. 21, comma 1, CTS affidi all'atto costitutivo l'indicazione dei requisiti per l'ammissione di nuovi associati e la relativa procedura, «secondo criteri non discriminatori, coerenti con le finalità perseguite e l'attività di interesse generale svolta» (così evocando quanto previsto dall'art. 2527, comma 1, c.c. in materia di società cooperative)<sup>9</sup>.

Si è dinanzi al riconoscimento – non nuovo: basti pensare a quanto disposto dall'art. 16, comma 1, c.c. (in materia di condizioni di ammissione degli associati), al richiamato art. 2527, comma 1, c.c., e all'art. 2603, comma 2, n. 5, c.c. (in tema di ammissione dei nuovi consorziati) - di un *essentiale negotii*<sup>10</sup> che evoca il principio della “porta aperta” e, al contempo, puntella l'esigenza di una cauta conformazione della base associativa che eviti uno snaturamento dell'ente o ne mini l'efficienza<sup>11</sup>. La precisazione dei criteri di entrata rimane atto di autonomia privata, pur in presenza di vincoli stringenti<sup>12</sup>: difetta, per contro, un vero e proprio obbligo di ammissione da parte dei soggetti potenzialmente interessati a far parte della compagine associativa<sup>13</sup>, stante un potere decisorio, affidato, in mancanza di difformi previsioni, all'organo amministrativo<sup>14</sup>. Risulterebbero, pertanto, stridere con il dato normativo complessivo, le clausole che: i) rimettano al *mero arbitrio* dell'organo deputato la decisione sull'ammissione; ii) precludano ogni

---

<sup>9</sup> Per alcuni spunti, già, G. OPPO, *Eguaglianza e contratto nelle società per azioni*, in ID., *Diritto delle società. Scritti giuridici*, II, Padova, 1992, p. 347 ss. V., altresì, A. MAZZONI, *La porta aperta delle cooperative tra premesse ideologiche e nuovo diritto positivo*, in P. ABBADESSA, G.B. PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società*, IV, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, Torino, 2007, p. 765 ss., p. 771ss.

<sup>10</sup> F. GALGANO, Sub art. 16 c.c., in ID., *Persone giuridiche*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2006, p. 276. Tuttavia, secondo D. RUBINO, *Le associazioni non riconosciute*, Milano, 1954, p. 67, la possibilità dell'ingresso di nuovi membri nell'associazione rappresenta un *naturale negotii*.

<sup>11</sup> F. GALGANO, Sub art. 16 c.c., cit., p. 277 s. V., altresì, D. VINCENZI AMATO, *Associazioni e tutela dei singoli. Una ricerca comparata*, Napoli, 1984, p. 173, p. 180 ss.; nonché, M. SPINELLI, *I diritti dell'individuo nelle «formazioni sociali dove si svolge la sua personalità»*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, p. 285 s.

<sup>12</sup> In giurisprudenza, v. Cass., Sez. I, 7 maggio 1997, n. 3980, in *dejure.it*. V., altresì, E. CESÀRO, *Contratto aperto e adesione del terzo*, Napoli, 1979, p. 57 s.

<sup>13</sup> Sulla ammissibilità di una clausola di limitazione dell'accesso di nuovi membri, o di esclusione dell'ingresso di questi ultimi, v. A. AURICCHIO, voce *Associazioni riconosciute*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, p. 899.

<sup>14</sup> M. TAMPONI, Sub art. 16 c.c., in ID., *Persone giuridiche. Artt. 11-35*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2018, p. 199; M. BASILE, *Le persone giuridiche*, I, *Componenti e attività*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2020, p. 161 ss. V., altresì, M.V. DE GIORGI, *Le persone giuridiche in generale. le associazioni riconosciute e le fondazioni*, in AA. VV., *Persone e famiglia*, I, in *Tratt. Rescigno*, 2, Torino, 1999, p. 408.

(probabile<sup>15</sup>) innesto nella compagine associativa; *iii*) garantiscano una ammissibilità *indistinta*<sup>16</sup>.

La protezione dell'identità associativa e il concreto rafforzamento della capacità dell'ente nel perseguire le finalità statutarie lascerebbe, piuttosto, propendere per una ragionevole ed equilibrata modulazione dei criteri di ammissione<sup>17</sup>: dunque, potrebbero risultare ammissibili quelle clausole che subordinino l'ammissione al possesso di un determinato titolo di studio, ovvero a una determinata qualifica o a una certificazione, qualora risulti coerente con la ragione sociale della singola APS, consentendo così di accrescere il livello professionale, la competitività, e il valore sociale dell'ente che, come risulta dall'art. 5, comma 1, CTS, risulta tenuto ad esercitare l'attività di interesse generale «in conformità alle norme particolari che ne regolano l'esercizio»<sup>18</sup>.

Nell'applicare quanto previsto dall'art. 21, comma 1, CTS si potrebbe allora procedere mediante una *interpretazione tipologica* che consenta una efficace valorizzazione del piano degli interessi connessi alla singola APS<sup>19</sup>: l'area dell'autonomia privata nell'individuazione dei criteri di entrata potrebbe variare in base alla concreta operatività dell'ente, valutando l'auto-destinazione o l'etero-destinazione del risultato finale. Nel primo caso, sarebbe giustificabile una maggiore autonomia statutaria, in quanto l'APS realizza interessi collettivi sebbene essenzialmente privati; diversamente, qualora l'APS operi esclusivamente a favore di terzi, e generi un affidamento

---

<sup>15</sup> G.D. MOSCO, Sub art. 2603 c.c., in ID., *Consorzi per il coordinamento della produzione e degli scambi*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, 2017, p. 86 ss. Per alcuni spunti anche V. ANTONINI, *Diritto di recesso e tutela del socio nelle società cooperative*, Milano, 2021, p. 34 ss.

<sup>16</sup> Sul necessario carattere non discriminatorio delle clausole di gradimento nelle APS, v. R. DI GIULIO, Sub art. 35 CTS, in C. CONTESSA, D. SIMEOLI, I. VOLPE, *Codice del Terzo settore*, Piacenza, 2019, p. 221.

<sup>17</sup> Per una casistica, v. la Nota del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, 6 febbraio 2019, n. 1309.

<sup>18</sup> La qualità di membro può dipendere dalla realizzazione di una certa situazione di fatto: cfr. F. FERRARA, *Le persone giuridiche*, 2.2, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1958, p. 268.

<sup>19</sup> Sul principio della porta aperta e sull'efficienza dell'ente, v. A. ZOPPINI, *La struttura finanziaria della società cooperativa*, in AA. VV., *La riforma del diritto societario dieci anni dopo. Per i quarant'anni di Giurisprudenza Commerciale*, Milano, 2015, p. 354. Cfr. E. DEL PRATO, *I regolamenti privati*, Milano, 1988, p. 156;

collettivo circa lo svolgimento della propria attività, si potrebbe propendere per una lettura più stringente dell'art. 21, comma 1, CTS<sup>20</sup>.

**3.** Giunti a tal punto, occorre considerare i limiti posti alle APS nella configurazione della base associativa con particolare riferimento alla presenza di soggetti collettivi: dalla lettura dell'art. 35, comma 3, CTS emerge una disciplina rigorosa, tesa a restringere la partecipazione alla compagine sociale ai soli enti del Terzo settore o senza scopo di lucro, purché non siano superiori al cinquanta per cento del numero delle APS aderenti. L'argine ad una composizione eccessivamente eterogenea (o articolata) della compagine associativa costituisce un limite per l'autonomia privata: con ciò si intende preservare i tratti distintivi delle APS, oltre a proteggere l'esigenza di non sbilanciare gli equilibri dell'ente<sup>21</sup>.

Per quanto attiene alla *governance* delle APS, è opportuno muovere dalla disciplina generale prevista dall'art. 26 CTS che non restringe eccessivamente l'autonomia privata, mancando una norma speciale, quale l'art. 34 CTS riguardante le sole organizzazioni di volontariato.

Tra le competenze inderogabili dell'organo assembleare compare la nomina e la revoca dei componenti degli organi sociali e quindi degli amministratori (così assicurando la c.d. elettività delle cariche), salvo per i primi, poiché la relativa nomina è rimessa all'atto costitutivo<sup>22</sup>: tuttavia, la nomina di uno o più amministratori, comunque di minoranza, può essere attribuita ad ETS o ad enti pubblici e privati senza scopo di lucro, nonché a lavoratori o utenti dell'ente<sup>23</sup>.

Per quanto attiene alla scelta dei componenti dell'organo amministrativo, la maggioranza di essi è selezionata tra le persone fisiche associate ovvero indicate dagli enti associati (tanto è disposto dall'art. 26, comma 2, CTS)<sup>24</sup>:

---

<sup>20</sup> A. ZOPPINI, *La disciplina delle associazioni e delle fondazioni dopo la riforma del diritto societario*, in ID., M. MALTONI (a cura di), *La nuova disciplina delle associazioni e delle fondazioni. Riforma del diritto societario e enti non profit*, Padova, 2007, p. 15 s.

<sup>21</sup> V. la Nota del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, 5 febbraio 2020, n. 1082.

<sup>22</sup> Cfr. art. 25, comma 1, lett. a), e art. 26, comma 1, CTS.

<sup>23</sup> V. la Nota del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, 9 luglio 2020, n. 6214. Per un commento all'art. 6 CTS, v. M. BASILE, *Le persone giuridiche*, cit., p. 304; C. AMATO, *Ordinamento e amministrazione*, cit., 251 ss.

<sup>24</sup> Sulle persone giuridiche nelle vesti di amministratori, v. G.B. BARILLÀ, *Poteri di gestione e poteri di rappresentanza degli amministratori di enti non profit. Tra codice del terzo settore e diritto societario*, Torino, 2020, p. 83 s.

tale individuazione *interna* maggioritaria ambisce a rafforzare il raccordo tra la base associativa e l'organo gestorio. Al contempo, al fine di valorizzare le potenzialità dell'ente, non è preclusa l'individuazione di amministratori privi di legami con la base associativa: manifestazione dell'autonomia privata è la possibile scelta di amministratori tra gli appartenenti alle diverse categorie di associati, ovvero tra associati con *status*, diritti e doveri distinti (art. 26, comma 4, CTS)<sup>25</sup>.

L'insieme delle disposizioni deporrebbe a favore di una composizione *collegiale* dell'organo amministrativo, al fine di assicurare una adeguata rappresentanza degli associati e preservare, contestualmente, il pluralismo e la dinamica partecipativa<sup>26</sup>.

4. Le APS, tra le diverse soggettività del Terzo settore<sup>27</sup>, costituiscono un modello capace di dare concretezza ad alcuni tra i principi generali fissati dall'art. 2 CTS e, segnatamente, alla valorizzazione dell'associazionismo e dell'attività di volontariato. Per quanto attiene al profilo delle "Risorse", così come disciplinato dall'art. 36 CTS, per le APS è prevista la possibilità di assumere lavoratori dipendenti o di avvalersi delle prestazioni di lavoro autonomo o di altra natura, anche dei propri associati, solo qualora ciò sia necessario ai fini dello svolgimento della sola attività di interesse generale e al perseguimento delle finalità dell'ente. In ogni caso, il numero dei lavoratori impiegati nell'attività non può eccedere il 50% del numero dei volontari ovvero il 5% del numero degli associati. È fatto comunque salvo quanto disposto dall'art. 17, comma 5, CTS, alla stregua del quale la qualità di

---

<sup>25</sup> Cfr. M. TOLA, *La governance degli enti del terzo settore e i sistemi multistakeholders*, in *Riv. soc.*, 2019, p. 397 s.; e V. MONTANI, *Ordinamento e amministrazione degli enti del Terzo settore*, in AA. VV., *Enti del Terzo settore e Impresa Sociale: la nuova disciplina*, in *Percorsi giuridici tra tradizione e innovazione*, 2, 2019, *bibliotecafondazione-notariato.it*.

<sup>26</sup> Sulla struttura dell'organo amministrativo, preferibilmente collegiale nelle associazioni ETS e monocratica limitatamente alle fondazioni ETS, v. i chiarimenti contenuti nella Nota del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, 16 settembre 2020, n. 9313. Per la composizione pluripersonale dell'organo gestorio nelle associazioni, A. FICI, *Fonti della disciplina, nozione e governance degli enti del Terzo settore*, cit., p. 117; C. AMATO, *Ordinamento e amministrazione*, cit., p. 252. Per la composizione (anche) monocratica, C. IBBA, *Codice del terzo settore e diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2019, p. 71.

<sup>27</sup> Cfr. G. MARASÀ, *Appunti sui requisiti di qualificazione degli enti del Terzo settore: attività, finalità, forme organizzative e pubblicità*, in ID., *Imprese sociali, altri enti del Terzo settore, società benefit*, Torino, 2019, p. 27 ss.; A. FICI, *Enti del Terzo Settore: Nozione, Requisiti e Tipologie*, in A. BASSI (a cura di), *Gli enti del Terzo settore. Lineamenti generali*, Napoli, 2020, p. 119 ss.

volontario rimane è incompatibile con ogni forma di lavoro subordinato o autonomo, nonché con ogni altro rapporto di lavoro retribuito con l'ente di cui il volontario è socio o associato o tramite il quale svolge la propria attività volontaria.

Le APS quali soggetti potenzialmente affidatari di committenze pubbliche, così come disciplinato dall'art. 56 CTS, partecipano a quella rete di solidarietà - nel solco di quanto espresso dalla Corte costituzionale mediante la sentenza n. 131/2020<sup>28</sup> - capace in maniera capillare di offrire una risposta puntuale in termini di sussidiarietà: la definizione della base associativa e i requisiti di *governance* risultano funzionali alla perimetrazione di un modello soggettivo privato che si candida a rispondere alle inefficienze del comparto lucrativo e dell'azione privata nell'erogazione dei servizi sociali e delle attività di interesse generale senza con ciò realizzare una abrasione dei principi concorrenziali o una surrogazione nelle funzioni spettanti agli organismi pubblici<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> Alla decisione dei giudici costituzionali è dedicato un volume curato da A. FICI, L. GALLO, F. GIGLIONI, *I rapporti tra pubbliche amministrazioni ed enti del Terzo settore. Dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 131 del 2020*, Napoli, 2020.

<sup>29</sup> A. FUSARO, *Spunti per un'ermeneutica della Riforma del Terzo settore e dell'Impresa sociale*, in *federalismi.it*, 10, 2020, p. 229 ss.; D. CALDIROLA, *Il Terzo settore nello Stato sociale in trasformazione*, Napoli, 2021. Ora, S.S. SCOCA, *L'amministrazione condivisa nei servizi sociali: una complessa strada ancora da percorrere*, in *Dir. econ.*, 2021, p. 83 ss., p. 97 ss.



## *Nuove prospettive sul problema dell'ingerenza del fondatore*

di **MARCO RIZZUTI**

La riforma del terzo settore aveva, com'è noto, lasciato nella sostanza irrisolto il problema del coordinamento con il libro primo del Codice Civile, in quanto il legislatore delegato si era limitato all'introduzione del nuovo art. 42 *bis* senza però intervenire su altri aspetti. Il dibattito sulla necessità di un più ampio disegno rinnovatore è dunque rimasto aperto e sta attirando il crescente interesse della dottrina civilistica (cfr. A. FUSARO, *La revisione della disciplina degli enti del libro primo del Codice Civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, pp. 1358-1368).

Tra le ipotesi prese in considerazione vi è anche quella di un'operazione radicale di ristrutturazione che trasferisca interamente la materia degli enti al libro quinto, in linea con le note tendenze alla societizzazione della disciplina di quelli senza scopo di lucro, che proprio la riforma del terzo settore ha rafforzato. Si potrebbe dunque arrivare ad un rinnovato schema codicistico, in cui il libro quinto viene per l'appunto dedicato alla *governance* di tutti le tipologie di enti, mentre la materia del lavoro trova la sua collocazione al suo esterno in un codice del tutto autonomo, ed invece il libro primo resta dedicato ad una riscrittura in senso costituzionalmente orientato di quanto attiene alle persone fisiche ed alle relazioni familiari, in maniera tale da consentire l'espansione della disciplina, originariamente asfittica, dei diritti della personalità e la ricostruzione su principi compiutamente rinnovati della parte sulla famiglia, con ogni evidenza quella oggi di gran lunga più lontana rispetto ai criteri ispiratori del codificatore storico. Un intervento così ampio si potrebbe invero collocare soltanto in seno ad una complessiva riforma tale da rappresentare una sostanziale ricodificazione, comparabile a quelle che negli ultimi decenni hanno modernizzato il *BGB* ed il *Code Civil*, ma rimane ad oggi un traguardo piuttosto lontano.

Sembrava tuttavia aver assunto sembianze concrete un più contenuto progetto di revisione di alcuni punti nodali della vigente codificazione, ivi

compreso il coordinamento del primo libro con la riforma del terzo settore. Si è trattato, come ognuno sa, di un disegno di legge delega, presentato dal Governo Conte I al Senato della Repubblica nel 2019 come A.S. n. 1151, e che prevedeva per l'appunto alla lettera a) del comma 1 del suo articolo unico, anche l'obiettivo di un siffatto coordinamento, con particolare riferimento alle procedure per il riconoscimento, ai limiti allo svolgimento di attività lucrative ed alle procedure di liquidazione degli enti. Le rapidamente mutate vicende politiche hanno di lì a poco escluso tale ipotesi dall'orizzonte dell'attualità legislativa, di talché la rilevanza della stessa è rimasta essenzialmente limitata al piano scientifico, in quanto la prospettiva della riforma aveva frattanto contribuito a far germinare un dibattito accademico in ordine ai possibili contenuti dei futuri decreti attuativi.

In particolare, si possono segnalare i progetti elaborati e discussi in seno alla Associazione Civilisti Italiani, fra i quali ai nostri fini appare di specifico interesse l'articolato mirante all'ipotetica attuazione della predetta lettera a). In termini generali si può evidenziare come in tale progetto emerga una tendenza a rielaborare la disciplina codicistica sulla base del più moderno modello offerto proprio dalla riforma del terzo settore, con una vicenda che in prospettiva storica può richiamare alla mente quella che era stata a suo tempo la commercializzazione del diritto privato in seguito all'unificazione dei codici, e dunque con l'ipotesi in origine speciale e particolare che finisce per informare di sé quella generale, per cui potremmo anche magari parlare di una terziarizzazione del libro primo. In questa sede, però, la nostra attenzione si concentrerà su un singolo aspetto di tale articolato che pone a nostro avviso qualche interessante problematica.

Fra le varie disposizioni dell'ipotetica disciplina se ne rinviene, infatti, anche una che codificherebbe una ripartizione delle fondazioni, in base al criterio dello scopo, in due macro-tipologie: quelle che perseguono uno *“scopo di utilità collettiva a carattere pubblico o privato-sociale, pur avvalendosi prevalentemente di dotazioni di natura privata, anche sotto forma di finanziamenti”* (tipo A), e quelle che invece perseguono *“uno scopo prevalentemente privato, riferibile a una categoria predefinita e chiusa di persone”* (tipo B). In concreto ne deriverebbe per la prima tipologia una più ampia possibilità di intervento dell'autorità giudiziaria, specialmente per

quanto riguarda la nomina degli amministratori e le procedure di liquidazione, mentre nella seconda sarebbero maggiori le possibilità di ingerenza del fondatore.

Abbiamo già posto in rilievo come le probabilità di un'attuazione effettiva del menzionato disegno di legge siano oramai assai modeste, anzi potremmo francamente dire inesistenti, per cui le ragioni del nostro interesse per il frammento di articolato in questione non attengono certo ad una sua futuribile rilevanza positiva, bensì all'interrogativo circa la possibile rilevanza attuale di questa distinzione tipologica. Invero, è quasi ovvio che sul piano meramente descrittivo possiamo dire che anche oggi le fondazioni sarebbero suscettibili essere classificate secondo un siffatto schema, ma il punto interessante è valutare se a tale constatazione di fatto si possa anche riconnettere un valore interpretativo *de jure condito*, ovvero se l'appartenenza di una fondazione all'una o all'altra tipologia possa già oggi condurre a conseguenze applicative differenziali. Il problema si pone specie laddove la disciplina della materia fondazionale dipende da clausole generali che, come del resto quasi sempre accade con questi organi respiratori dell'ordinamento giuridico, devono appunto essere riempite di contenuti a livello interpretativo con una ragionevole attenzione alla realtà sostanziale cui si fa riferimento.

È questo per l'appunto il caso dei dubbi che vengono sovente sollevati con riguardo a quella problematica dell'ingerenza del fondatore nella vita della fondazione su cui nel già ricordato articolato ipotetico inciderebbe significativamente la qualificazione in un senso o nell'altro. Si tratta, come è noto, di una questione assai viva nella prassi attuale, in quanto si connette ad una significativa trasformazione delle modalità con cui si ricorre allo stesso istituto fondazionale. Beninteso, infatti, il problema dell'ingerenza del fondatore non si porrebbe di certo rispetto ad una tradizionale fondazione testamentaria, per evidenti ragioni naturalistiche, ma è invece all'ordine del giorno se guardiamo alla realtà delle odierne fondazioni di partecipazione, in cui i fondatori sono più di uno, possono recare i loro apporti in tempi differenti e partecipano ad organi para-assembleari che svolgono una funzione di composizione tra i diversi interessi di cui gli stessi sono portatori, spesso in quella logica di partenariato tra pubblico e privato di cui siffatte fondazioni sono uno strumento principe. Si potrebbe pure discutere se tali enti siano

ancora fondazioni ovvero rientrino nell'ambito di quelle ulteriori istituzioni di carattere privato che l'art. 12 c.c. collocava accanto ad associazioni e fondazioni, ma resta il fatto che la riforma del terzo settore ha ormai definitivamente legittimato una tendenza già vincente nella prassi, con l'esplicita previsione che anche le fondazioni possono avere un organo assembleare.

La questione dei limiti alle possibili ingerenze del fondatore, o dei fondatori, assume dunque oggi notevole rilievo pratico, e può apparire certamente ragionevole che l'ipotesi di riforma su cui ci siamo soffermati abbia prospettato una linea di soluzione in cui il grado di privatezza dello scopo dell'ente si traduce, se non in una disponibilità dello stesso, in una maggiore apertura nei confronti di siffatte possibilità di intervento. Prescindendo, però, per le già ricordate ragioni dalle prospettive *de jure condendo*, ci interessa appunto verificare se le distinzioni tipologiche in discorso possano rilevare già oggi a tal fine, in quanto occorra attribuire un significato concreto alla clausola generale cui dobbiamo fare riferimento per impostare la soluzione *de jure condito* del problema.

Alludiamo, infatti, alla normativa di cui all'art. 25, comma 3, c.t.s. che regola l'organo assembleare nelle fondazioni, stabilendo che lo statuto possa attribuire ad esso determinate competenze "*nei limiti in cui ciò sia compatibile con la natura dell'ente quale fondazione*". Com'è evidente, non risulta affatto semplice individuare che cosa rientri in questi limiti ed a che cosa faccia concretamente riferimento la clausola generale della "*natura dell'ente quale fondazione*" alla cui interpretazione il legislatore ha rimesso la soluzione del problema. Si potrebbe, invero, ragionevolmente dubitare già del fatto che esista una ontologica ed unitaria natura fondazionale cui fare riferimento, in un sistema che non ha mai conosciuto una definizione legale tassativizzante della fondazione e che, ad ogni modo, oggi assiste a quella sua pluralizzazione che abbiamo poc'anzi ricordato e che l'evoluzione degli ultimi decenni ha reso sempre più manifesta (cfr., per tutti, A. ZOPPINI, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, Napoli, 1995).

Non deve dunque stupire che le possibili letture della menzionata disposizione finiscano per risultare assai divaricate. Una dottrina notarile particolarmente sensibile al problema (M. MALTONI, *L'organizzazione delle*

*fondazioni del Terzo settore*, in *Enti del Terzo Settore e Impresa Sociale: la nuova disciplina. Atti del convegno tenutosi a Genova il 6 aprile 2019*, in *Biblioteca online della Fondazione Italiana del Notariato*, n. 2/2019) ha, infatti, posto in evidenza come, da una parte, si potrebbero leggere tali indicazioni ricercando la natura dell'ente con le lenti della consolidata prassi delle fondazioni di partecipazione, apertissima verso qualsivoglia ingerenza, di talché il giudizio di compatibilità si concluderebbe pressoché sempre con un esito positivo, ed i limiti normativi andrebbero incontro ad una sostanziale *interpretatio abrogans*. Dall'altra parte, però, la medesima dottrina notarile propende piuttosto per un'opposta lettura che tali limiti all'azione ordinante dei privati invece valorizzi, in maniera tale da ravvisarvi una misura oltre la quale l'ingerenza del fondatore cessa di essere tipologicamente sostenibile. Più in particolare, alla luce della configurazione dell'organo amministrativo delle fondazioni come necessario e responsabile, si potrebbe ritenere che tali caratteristiche depongano in favore di un inquadramento della natura giuridica della fondazione come incompatibile con l'attribuzione all'organo assembleare di poteri decisionali sugli atti amministrativi, per cui allo stesso potrebbe al più essere conferita la funzione di concedere autorizzazioni o assolvere compiti di cosiddetta alta amministrazione.

La distanza fra le due impostazioni è notevolissima, ed il problema non è di facile soluzione anche perché l'ampiezza della formula normativa circa la presunta "natura della fondazione" potrebbe in astratto ben risultare compatibile con entrambe. Il punto è che potrebbe forse esserlo anche in concreto, a patto però di dare rilevanza alle differenti tipologie fondazionali e di ricorrere di conseguenza, sulla base di tale criterio, in certi casi ad una lettura ed in altri a quella opposta. Si tratta in buona sostanza dell'approccio che propone *de jure condendo* il più volte menzionato progetto, ma al quale possiamo già oggi utilmente ricorrere se consideriamo appunto che la natura dell'ente come fondazione non è unica ma plurale, dato ormai sempre più difficilmente controvertibile.

Abbiamo cioè sia fondazioni in cui lo scopo manifesta quei caratteri di privatezza, che nel quadro dell'ipotetica riforma attrarrebbero l'ente nel tipo B, per cui appare ragionevole, e coerente con quella natura fondazionale, un maggior grado di interventismo del fondatore, in linea per l'appunto con la

lettura della ricordata prassi statutaria, sia però anche fondazioni con caratteri opposti, che la riforma ricondurrebbe al tipo A, e per le quali, in coerenza con la loro differente natura fondazionale, appare dunque tutt'al contrario più convincente la lettura proposta dalla menzionata dottrina notarile.

Beninteso, le fondazioni del terzo settore ci parrebbero da collocare in quest'ultima tipologia, il che non esclude però di certo la rilevanza pratica dell'altra nell'ambito del vasto mondo delle fondazioni del libro primo che al terzo settore non possano, o non intendano, aderire. Ne consegue che la nostra ermeneusi dell'art. 25, comma 3, c.t.s risulterà alla fine in linea con quella della dottrina notarile cui abbiamo fatto più volte riferimento, ma non già in ragione di una assolutizzazione del richiamo alla cosiddetta natura fondazionale, bensì di una sua pluralizzazione che la rende, invero, del tutto compatibile con un esito anche del tutto differente in altri ambiti.

Si potrebbe così conclusivamente riprendere la notissima, e così tante volte riecheggiata nei più vari settori del diritto privato e non solo, formula pugliattiana sulle proprietà, per parlare anche di un'odierna transizione “*dalla fondazione alle fondazioni*”.



## *Le note ministeriali sulla governance “democratica” delle associazioni del Terzo settore\**

di EMANUELE TUCCARI

**SOMMARIO:** 1. PREMESSA; 2. L'AMMISSIONE SENZA DISCRIMINAZIONI (PRINCIPIO C.D. “PORTA APERTA”); 3. L'ELETTIVITÀ (ASSEMBLEARE) DELLE CARICHE SOCIALI: IL PRESIDENTE E GLI AMMINISTRATORI; 4. L'(IN)AMMISSIBILITÀ DI CATEGORIE DI SOCI CON DIRITTI LIMITATI; 5. LA TUTELA GIURISDIZIONALE; 6. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

**1.Premessa.** Nell'articolata disciplina della *governance* degli enti del Terzo settore (ETS) dopo la riforma non possono trascurarsi le disposizioni chiamate a «specificare» l'ispirazione «democratica» delineata, come noto, già nell'ambito dell'art. 4 della legge delega n. 106/2016<sup>1</sup> (con riferimento alla definizione di «forme e modalità di organizzazione, amministrazione e controllo degli enti ispirate ai principi di *democrazia*, eguaglianza, pari opportunità, partecipazione degli associati e dei lavoratori»)<sup>2</sup>.

Tali previsioni – contenute, come noto, nel Capo II (“Della Costituzione”) e III (“Dell'ordinamento e dell'amministrazione”) del Titolo IV (“Delle associazioni e delle fondazioni del Terzo settore”) del d.lgs. 112/2017 (c.d.

---

\*Il presente contributo rappresenta la rielaborazione, con l'aggiunta di alcuni minimi riferimenti bibliografici, dell'intervento tenuto nell'ambito dell'incontro “La governance degli enti del terzo settore dopo la riforma” (23 settembre 2021 presso la LUISS “Guido Carli” – Roma).

<sup>1</sup> Per una prima ricostruzione già della legge delega e dei suoi principi, cfr., per tutti, V. MONTANI, *La legge delega sul Terzo settore e le prospettive di riforma del codice civile*, in *Jus-online*, 2017, 145 ss., spec. 177 ss.

<sup>2</sup> Il dibattito sul c.d. “principio di democraticità” nelle associazioni, riconosciute e (soprattutto) non riconosciute, rappresenta ormai un argomento “classico” del diritto civile. Sul punto, con impostazioni anche molto diverse fra loro, cfr., *ex multis*, P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, 145 ss.; F. GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, Art. 36-42, II ed., in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1976, 48 ss.; ID., *Le associazioni, le fondazioni, i comitati*, II ed., Padova, 1996, 67 ss., 171 ss., 184 ss.; C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977, 16 ss.; G. VOLPE PUTZOLU, *La tutela dell'associato in un regime pluralistico*, Milano, 1977, 92 ss.; D. VINCENZI AMATO, *Associazione e tutela dei singoli*, Napoli, 1984, 182 ss.; E. DEL PRATO, *I regolamenti privati*, Milano, 1988, 160 ss.; M. EROLI, *Le associazioni non riconosciute*, Napoli, 1990, spec. 169; R. DI RAIMO, *Le associazioni non riconosciute. Funzioni, disciplina, attività*, Napoli, 1995, 172 ss., spec. 184.

Sulla più recente declinazione del dibattito, cfr. V. MONTANI, *Sub art. 16 c.c.*, in G. PONZANELLI (a cura di), *Le associazioni non riconosciute. Artt. 36-42*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2016, 87 ss.; C. AMATO, *Ordinamento e amministrazione*, in M. GORGONI (a cura di), *Il codice del Terzo settore. Commento al Decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117*, Pisa, 2018, 216 ss.

“Codice del Terzo Settore”) – pongono le fondamenta, anche a seguito della combinazione sistematica con una serie di altre disposizioni fiscali e contabili, per una *summa divisio* fra associazioni non riconosciute disciplinate dal Codice del Terzo Settore ed associazioni non riconosciute disciplinate dal codice civile: “le prime ascrivono un’assoluta centralità ai vantaggi fiscali e predispongono pertanto statuti ed atti costitutivi fondati sulle regole democratiche (e contabili) richieste dalla riforma; le seconde considerano, invece, marginali i vantaggi derivanti dalla commistione fra disciplina fiscale, contabile e civilistica e preferiscono ancor oggi la libertà di autoregolazione derivante dall’esercizio dell’autonomia privata ex art. 36 c.c.”<sup>3</sup>.

Nell’ottica di comprendere *funditus* come tale distinzione possa concretamente articolarsi e svilupparsi nella prassi s’intende qui, dapprima, valorizzare la chiave di lettura fornita dalle note del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali – chiamato più volte nell’ultimo periodo a sciogliere, per quanto possibile, alcuni ricorrenti dubbi interpretativi<sup>4</sup> – sulla disciplina “democratica” delle associazioni del Terzo settore per passare, successivamente, a tratteggiare talune (brevi e) personali notazioni sull’argomento.

**2. L’ammissione senza discriminazioni (principio c.d. “porta aperta”).** Come noto, l’art. 21 del Codice del Terzo settore (CTS) richiede l’indicazione nell’atto costitutivo dei requisiti e della procedura per l’ammissione dei nuovi soggetti alle associazioni (riconosciute e non riconosciute) del Terzo settore. Tale procedura, sempre ai sensi dell’art. 21 CTS, dev’essere caratterizzata da criteri non discriminatori e coerenti con le finalità perseguite e con l’attività d’interesse generale svolta. Il vincolo fra i

---

<sup>3</sup> E. TUCCARI, *La disciplina «democratica» delle associazioni non riconosciute fra codice del Terzo settore e codice civile*, in *Resp. civ. prev.*, 2019, 458. Sull’esigenza (e sull’importanza) di coordinare sempre (anche prima dell’approvazione della riforma del Terzo settore) la componente privatistica e quella tributaria nella disciplina degli enti senza scopo di lucro, cfr. M. COSTANZA, *I soggetti: gli enti non commerciali*, in *Tratt. dir. civ. C.N.N.*, diretto da P. PERLINGIERI, Napoli, 2012, 107, 131 s. Sul rapporto fra la disciplina applicabile agli enti del Terzo settore e quella applicabile agli altri enti senza scopo di lucro dopo l’approvazione della riforma, cfr. E. QUADRI, *Il Terzo settore tra diritto speciale e diritto generale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 709 ss.

<sup>4</sup> Per un riferimento, già in sede di presentazione della riforma, al possibile ruolo degli interventi del Ministero del Lavoro, cfr. A. FUSARO, *Attuazione o correzione della riforma degli enti del Terzo settore*, in *Pol. dir.*, 2019, spec. 681-682 (ripubblicato poi in AA.VV., *Materiali per una revisione del codice civile*, I, a cura di V. CUFFARO e A. GENTILI, Milano, 2021, 419 ss., spec. 421).

singoli associati dev'essere *aperto* senza discriminazioni a tutti coloro che, presentando i requisiti previsti nell'atto costitutivo, siano portatori di interessi omogenei e, pertanto, suscettibili di essere soddisfatti tramite l'ingresso nell'associazione (principio c.d. "porta aperta")<sup>5</sup>. L'eventuale rigetto dell'istanza di adesione non potrebbe essere pertanto discriminatorio e dovrebbe essere motivato soltanto sulla base dei criteri predeterminati dall'atto costitutivo o dallo statuto dell'ETS.

Nella stessa direzione sembrano muoversi le norme che delineano una possibile procedura generale di ammissione nelle associazioni (art. 23 CTS) – ampiamente ricalcata sul modello già previsto dal codice civile per le società cooperative (v. art. 2528 c.c.)<sup>6</sup> – nonché le previsioni specificamente dedicate alle associazioni di promozione sociale (artt. 35-36 CTS) – laddove escludono dalla categoria "APS" circoli privati e associazioni comunque denominate "che dispongono limitazioni con riferimento alle condizioni economiche e discriminazioni di qualsiasi natura in relazione all'ammissione degli associati o prevedono il diritto di trasferimento, a qualsiasi titolo, della quota associativa o che, infine, collegano, in qualsiasi forma, la

---

<sup>5</sup> Sulle diverse possibili ricostruzioni del principio della c.d. «porta aperta», cfr., *ex multis*, D. RUBINO, *Le associazioni non riconosciute*, II ed., Milano, 1952, 66 ss.; F. MESSINEO, voce *Contratto plurilaterale e contratto associativo*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 139 ss., 143; F. GALGANO, *Delle persone giuridiche, Art. 11-35*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1969, 233; E. CESARO, *Contratto aperto e adesione del terzo*, Napoli, 1979, 35 ss., 57 ss.; G. GABRIELLI, *Sui contratti necessariamente aperti*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, 557 ss.; F. REALMONTE, *L'adesione di altre parti al contratto aperto*, in *Il contratto in generale*, II, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da M. BESSONE, XIII, Torino, 2000, 95 ss.; A. M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, Torino, 2002, 153; A. ORESTANO, *Schemi alternativi. La conclusione del contratto plurilaterale*, in V. ROPPO (a cura di), *Trattato del contratto*, I, *Formazione*, a cura di C. GRANELLI, Milano, 2006, 249 ss., 269 ss.; M. MAGGIOLLO, *Clausole di apertura e «porta aperta» nei procedimenti di adesione a contratti plurilaterali*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 783 ss.; D. FARACE, *La clausola di gradimento*, Milano, 2012, spec. 154 ss.; A. GNANI, *L'adesione del terzo al contratto. Art. 1332*, in *Il Codice civile. Commentario*, fondato da P. SCHLESINGER, diretto da F. D. BUSNELLI, Milano, 2014; A. ZOPPINI, *La struttura finanziaria della società cooperativa*, in AA. Vv., *La riforma del diritto societario dieci anni dopo. Per i quarant'anni di Giurisprudenza Commerciale*, Milano, 2015, 354. Per alcuni riferimenti giurisprudenziali, cfr. Cass. civ., 7 maggio 1997, n. 3980, in *Foro it.*, 1998, I, 1590; Cass. civ., 27 luglio 1988, n. 3638, in *Giur. it.*, 1988, I, 1724 ss., con nota di E. DEL PRATO; Cass. civ., 14 ottobre 1960, n. 2743, in *Giust. civ.*, 1960, I, 1900; Cass. civ., 14 ottobre 1958, n. 3251, in *Foro it.*, 1958, I, 1617.

<sup>6</sup> Per una recente riflessione sull'art. 23 CTS e sulla "porta aperta" nelle associazioni del Terzo settore, cfr. R. DABORMIDA, *"Porta aperta" e status di socio negli enti del Terzo settore*, in <https://terzjus.it/articoli/note-e-commenti/porta-aperta-e-status-di-socio-negli-enti-del-terzo-settore/>.

partecipazione sociale alla titolarità di azioni o quote di natura patrimoniale” (spec. art. 35, c. 2, CTS)<sup>7</sup>.

Il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali è stato chiamato ad esprimersi, proprio con riferimento alle associazioni di promozione sociale, circa l’interpretazione dell’art. 35, c. 2, CTS nell’ottica di comprendere se “un’associazione di promozione sociale debba, in relazione all’ammissione di nuovi associati, vedersi precluso ogni potere discrezionale nella fissazione dei criteri di ammissione stessi” e, in particolare, se “un’APS possa darsi delle 'semplici regole oggettive' a garanzia dell'onorabilità o della serietà dell'associazione”, come, per esempio, “la richiesta della maggior età o di un determinato titolo di studio o della cittadinanza italiana, oppure che non vi siano condanne penali, oppure ancora che l’aspirante associato non si sia posto in posizioni diffamatorie individualmente o in altri gruppi nei confronti dell’APS cui desidera accedere”.

La nota ministeriale del 6 febbraio 2019, n. 1309 – dopo aver, a sua volta, ricostruito per intero la disciplina di cui agli artt. 21 ss. del Codice del Terzo settore – ha (condivisibilmente) precisato che “le richiamate previsioni normative, lungi dall’attribuire al terzo un incondizionato diritto all’ammissione, mirano a tutelare l’interesse degli associati a che del rapporto associativo entrino a far parte quanti si dimostrino portatori di interessi omogenei rispetto a quelli che hanno determinato la costituzione del rapporto associativo”. Ne deriva “la contrarietà alle disposizioni codicistiche di clausole che vietino *tout court* l’ammissione di nuovi associati o di clausole che permettano a chiunque indiscriminatamente di essere ammessi oppure ancora di clausole che rimettano al mero arbitrio degli amministratori le decisioni in merito all’ammissione di nuovi associati”<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Con espresso e specifico riferimento alla declinazione del c.d. “principio democratico” nelle associazioni di promozione sociale (APS), si rinvia alle notazioni di R. DI GIULIO, Sub art. 35 CTS, in C. CONTESSA, D. SIMEOLI, I. VOLPE, *Codice del Terzo settore*, Piacenza, 2019, 221; e, da ultimo, alle sintetiche, ma puntuali, notazioni di M. RENNA, *Le associazioni di promozione sociale nel Codice del Terzo settore*, in *Luiss Law review*, 2022, 1, (v. *infra*).

<sup>8</sup> Il testo della nota del 6 febbraio 2019, n. 1309 è reperibile *online* sul sito ufficiale del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali: <https://www.lavoro.gov.it/documenti-e-norme/normative/Documents/2019/Nota-n-1309-del-06022019-discriminazioni-ammissione-associati.pdf>.

Il potere decisivo sull’ammissione degli aspiranti associati è solitamente affidato, in assenza di previsioni statutarie difformi, all’organo amministrativo: cfr. M. TAMPONI, Sub art. 16 c.c., in ID., *Persone giuridiche. Artt. 11-35*, in *Il Codice civile. Commentario*, fondato da P. SCHLESINGER, diretto da F. D. BUSNELLI, Milano, 2018, 199; M. BASILE, *Le persone giuridiche*, I, *Componenti e attività*, in *Tratt. dir. priv. Iudica-Zatti*, III ed., Milano, 2020, 161 ss.

Secondo la nota ministeriale, merita pertanto di essere valutato in concreto alla luce dei suddetti canoni, unitamente a quello generale di ragionevolezza, l'inserimento nello statuto dei requisiti, esemplificativamente citati nel quesito, della maggiore età, di un determinato titolo di studio, della cittadinanza italiana, dell'assenza di condanne penali oppure di posizioni diffamatorie assunte dall'aspirante associato, individualmente o in altri gruppi, nei confronti dell'APS cui desidera accedere.

In particolare, la previsione della maggior età ai fini dell'ammissione potrebbe non essere sempre coerente con specifiche finalità civiche o solidaristiche (come, per esempio, l'educazione dei giovani ai valori di etica e responsabilità) e con attività riguardanti anche associati minorenni seppure sotto la guida di associati adulti (si pensi ad attività di interesse generale, ai sensi dell'art. 5 CTS, come la promozione dei diritti umani, della cultura della legalità oppure l'attività sportiva dilettantistica): il requisito della maggior età potrebbe essere così ragionevolmente rivisto (e ridotto), consentendo, per esempio, l'ammissione di soggetti ultraquattordicenni. Lo stesso requisito, in ragione della potenziale pericolosità di determinate attività, potrebbe – alla luce dei medesimi suddetti criteri nonché, più in generale, del principio della c.d. "porta aperta" – risultare, invece, ammissibile in altri casi (si pensi, per esempio, all'adesione ad un'associazione operante nel settore della protezione civile).

Anche il requisito consistente nel possesso di un determinato titolo di studio – al pari del requisito della cittadinanza italiana – dev'essere valutato in concreto perché potrebbe talvolta non superare l'esame svolto alla luce dei parametri di non discriminazione, ragionevolezza e coerenza: si tratta di comprendere, in altri termini, se, di volta in volta, l'inserimento di un determinato requisito nello statuto non risulti ingiustificato e/o irragionevole, configurando una discriminazione incompatibile con la disciplina del Codice del Terzo Settore.

Sembra poi legittimo prevedere ed imporre per statuto – tenendo conto di valori costituzionalmente riconosciuti come la presunzione di non colpevolezza e la funzione rieducativa della pena – il requisito dell'assenza di condanne penali ogniquale volta venga in esame un reato per sua natura incompatibile con le finalità e/o con le attività dell'associazione così come il

requisito diretto ad escludere un aspirante candidato che abbia pubblicamente ed espressamente assunto nei confronti dell'associazione posizioni diffamatorie (individuali o all'interno di gruppi) oppure posto in essere comportamenti apertamente in contrasto con i valori e le finalità che caratterizzano l'associazione stessa (dato che un ente, nel rispetto dei propri iscritti, sembra poter pretendere dai soci o aspiranti tali una condotta, perlomeno pubblica, in linea con detti valori e finalità).

Emergono così – a prescindere dai singoli requisiti, di volta in volta, inseriti e dalla specifica procedura di ammissione concretamente scelta nell'atto costitutivo – le caratteristiche fondamentali dell'adozione della struttura «aperta» nella prassi degli ETS (e, in particolare, delle APS): la nota del 6 febbraio 2019, n. 1309 (richiamata più volte anche dalla più recente nota del 30 novembre 2021, n. 18244)<sup>9</sup> del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali rafforza l'impostazione normativa e sistematica del Codice del Terzo settore, confermando l'esclusione, oltre che d'irragionevoli discriminazioni nei confronti di aspiranti associati nelle procedure di ammissione, di associazioni a struttura «chiusa» (che vietano l'ingresso di nuovi membri o lo subordinano all'arbitrario giudizio degli altri associati) dall'ambito applicativo della riforma del Terzo settore.

Sembra pertanto opportuno (e conforme alla *ratio legis*) – specie con riferimento alle associazioni di promozione sociale – che le previsioni statutarie siano dirette non più soltanto ad individuare i singoli requisiti (in grado di porre limiti alle adesioni), ma soprattutto a tracciare preliminarmente una sorta d'identità associativa (cioè un sistema di finalità e valori fondanti, nonché di attività istituzionali, in cui l'aspirante associato possa riconoscersi sia prima che dopo l'eventuale adesione): s'intende così valorizzar al massimo la libera scelta alla base, dapprima, della richiesta di adesione e, successivamente, del rapporto associativo.

**3. L'elettività (assembleare) delle cariche sociali: il presidente e gli amministratori.** Il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali è stato poi

---

<sup>9</sup> Anche il testo della nota del 30 novembre 2021, n. 18244 è reperibile *online* sul sito ufficiale del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali: <https://www.lavoro.gov.it/documenti-e-norme/normative/Documents/2021/Nota-n-18244-del-30112021-Quesiti-sulla-disciplina-degli-ETS.pdf>.

chiamato ad esprimersi anche sulla disciplina, sempre d'ispirazione "democratica", riguardante la nomina dei componenti degli organi sociali. Si è trattato, in particolare, di fornire chiarimenti, prima, circa l'organo deputato a nominare il presidente degli ETS e, poi, circa l'applicabilità (o meno) del metodo della cooptazione per individuare alcuni componenti dell'organo di amministrazione nell'ambito delle associazioni del Terzo Settore.

In primo luogo, la nota ministeriale del 7 giugno 2021, n. 7551 deve fornire un'indicazione specifica circa l'organo legittimato a nominare il presidente negli ETS, prendendo atto della duplice tendenza emersa dall'analisi degli statuti delle associazioni: chi, per un verso, attribuisce la competenza della nomina all'assemblea e chi, per un altro, la riconosce in capo all'organo amministrativo<sup>10</sup>.

Il Ministero coglie l'occasione per riaffermare uno dei capisaldi dell'intera riforma del Terzo Settore: la centralità dei principi di democrazia, pari opportunità e uguaglianza degli associati nonché di elettività delle cariche sociali negli enti del Terzo Settore. L'analisi – testuale e sistematica – della legge delega 6 giugno 2016, n. 106, del Codice del Terzo Settore (CTS) e della Costituzione sembra fornire, infatti, un'inequivoca chiave di lettura "democratica" delle possibili problematiche riguardanti la disciplina dell'ordinamento interno degli ETS. Già l'art. 4, c. 1, lett. d) della legge di delega 106/2016, nel tracciare i criteri direttivi per l'elaborazione del Codice del Terzo Settore, richiede(va), come si è detto<sup>11</sup>, la definizione di "forme e modalità di organizzazione, amministrazione e controllo degli enti ispirate ai principi di democrazia, eguaglianza, pari opportunità, partecipazione degli associati e dei lavoratori". Tali principi sono stati poi recepiti dall'odierna disciplina del Codice del Terzo Settore, nell'ottica sempre di riconoscere e garantire, ai sensi (soprattutto) dell'art. 2 e dell'art. 18 della Costituzione,

---

<sup>10</sup> Con riferimento alla nota del 7 giugno 2021, n. 7551 (anch'essa reperibile *online* sul sito ufficiale del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali: <https://www.lavoro.gov.it/documenti-e-norme/normative/Documents/2021/Nota-7551-del-07062021-organo-legittimato-nominare-Presidente-negli-ETS.pdf>) si rinvia ad una primissima ricognizione di E. TUCCARI, *La nomina (democratica) del presidente negli ETS (a proposito della nota ministeriale n. 7551/2021)*, in <https://terzjus.it/articoli/note-e-commenti/la-nomina-democratica-del-presidente-negli-ets-a-proposito-della-nota-ministeriale-n-7551-2021/>.

<sup>11</sup> Cfr., *supra*, § 1.

pluralismo sociale e libertà di associazione<sup>12</sup>. Se, come noto, l'art. 21 CTS prevede che la disciplina dell'ordinamento, dell'amministrazione e della rappresentanza dell'ente sia contenuta negli statuti delle associazioni (e delle fondazioni) del Terzo settore, l'art. 25, c. 1, lett. a), CTS, a sua volta, prevede che i poteri di nomina (e revoca) dei componenti degli organi sociali spettino, in via generale, all'assemblea nelle associazioni del Terzo settore. Non mancano, però, delle deroghe alla disciplina generale: l'art. 25, c. 2, CTS – riferito ad enti con un numero di associati non inferiori a cinquecento – e l'art. 41, c. 10, CTS – dedicato alle reti associative – delineano, infatti, regole speciali di nomina (e revoca) dei componenti degli organi sociali, sia pur assicurando sempre il rispetto dei “principi di democrazia, pari opportunità ed eguaglianza di tutti gli associati e di elettività delle cariche sociali”<sup>13</sup>.

Ne deriva, secondo il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, la seguente declinazione dell'art. 21 e dell'art. 25, c. 1, lett. a) CTS con riferimento all'individuazione dell'organo specificamente legittimato a nominare – ed eventualmente a revocare – il presidente negli ETS: per un verso, la possibilità di prevedere nello statuto la nomina sia nelle forme dell'elezione diretta del presidente da parte dell'assemblea, sia nelle forme dell'elezione indiretta da parte di un organo diverso (per esempio, quello di amministrazione) precedentemente eletto da tutti gli associati e, per un altro, l'inevitabile violazione del necessario primato assembleare nel caso di clausole statutarie che – lungi dal configurare (secondo modalità dirette o indirette) un concorso di tutti gli associati alla nomina del presidente – riservano tale scelta ad una parte soltanto dei membri dell'ente, ad un soggetto esterno oppure ad un'estrazione a sorte. Emerge così la natura

---

<sup>12</sup> La letteratura (giuspubblicista e giusprivatistica) sul principio pluralista è ormai praticamente sterminata. Senza nessuna pretesa di completezza, cfr., *ex multis*, P. RIDOLA, *Democrazia pluralistica e libertà associative*, Milano, 1987, VIII ss.; P. RESCIGNO, *Ascesa e declino della società pluralista*, in ID., *Persona e comunità*, Padova, 1987 (rist.), 3 ss., 17 ss.; ID., *Le società intermedie*, in ID., *Persona e comunità*, Padova, 1987 (rist.), 29 ss., 39 ss.; più recentemente, con espresso riferimento alla riforma del Terzo settore, cfr. E. ROSSI, *Lo statuto costituzionale del Terzo settore*, in P. CONSORTI, L. GORI, E. ROSSI, *Diritto del Terzo settore*, II ed., Bologna, 2021, 43 ss.

<sup>13</sup> Secondo la lettera dell'art. 25, c. 2, CTS: “Gli atti costitutivi o gli statuti delle associazioni che hanno un numero di associati non inferiore a cinquecento possono disciplinare le competenze dell'assemblea anche in deroga a quanto stabilito al comma precedente, nel rispetto dei principi di democraticità, pari opportunità ed eguaglianza di tutti gli associati e di elettività delle cariche sociali”. Ai sensi, invece, dell'art. 41, c. 10, CTS: “Gli atti costitutivi o gli statuti delle reti associative possono disciplinare le competenze dell'assemblea degli associati anche in deroga a quanto stabilito dall'art. 25, comma 1”.

imperativa delle regole derivanti dai principi di democraticità, pari opportunità ed eguaglianza degli associati, nonché di elettività delle cariche sociali, e l'assoluta centralità dell'organo assembleare nelle associazioni del Terzo settore.

In secondo luogo, la nota ministeriale del 30 novembre 2021, n. 18244 mira, invece, a chiarire – assieme ad altre questioni<sup>14</sup> – l'effettivo margine di applicazione dell'art. 2386 c.c. (e, di conseguenza, del metodo della cooptazione) nelle associazioni del Terzo Settore, a seguito del venir meno (per decesso, decadenza, revoca, dimissioni o altra causa) di uno o più componenti dell'organo di amministrazione<sup>15</sup>. L'interrogativo si pone alla luce – oltre che del rinvio dell'art. 3, c. 2, del CTS alla disciplina del codice civile (“per quanto non previsto dal presente Codice, agli enti del Terzo settore si applicano, in quanto compatibili, le norme del Codice civile e le relative disposizioni di attuazione”) – della scarsità di disposizioni rinvenibili sull'argomento nel libro I, soprattutto in materia di associazioni, a fronte non soltanto dei contenuti più dettagliati tratteggiati con riguardo agli enti costituiti in forma societaria, ma anche dei molteplici rinvii espliciti già contenuti nel medesimo Codice del Terzo Settore a norme del codice civile sulle società di capitali (v., per esempio, artt. 26, 27, 28 e 29 CTS)<sup>16</sup>.

L'art. 2386 c.c. dispone che nelle società di capitali, qualora nel corso dell'esercizio vengano a mancare uno o più amministratori, i rimanenti provvedano alla loro sostituzione, con deliberazione approvata dal collegio sindacale, fino alla prima assemblea utile (che decide poi se confermare o revocare gli amministratori cooptati) (c. 1). La maggioranza degli amministratori deve però rimanere sempre di nomina assembleare: i consiglieri in carica, laddove gli amministratori nominati dall'assemblea

---

<sup>14</sup> Sulla medesima nota ministeriale, v., *infra*, § 4.

<sup>15</sup> Come si è già detto, la nota ministeriale è reperibile *online* sul sito ufficiale del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali: <https://www.lavoro.gov.it/documenti-e-norme/normative/Documents/2021/Nota-n-18244-del-30112021-Quesiti-sulla-disciplina-degli-ETS.pdf>.

<sup>16</sup> Discorso diverso varrebbe, sempre secondo la stessa nota ministeriale, nel caso delle fondazioni del Terzo settore. Qui, al contrario, il ricorso alla cooptazione appare praticabile seppure necessari di un'espressa disposizione statutaria. In assenza di una specifica previsione, sarà applicabile l'art. 25 c.c. (che demanda all'autorità governativa, cioè, nel caso di specie, al competente Ufficio del RUNTS, “la nomina e la sostituzione degli amministratori o dei rappresentanti, quando le disposizioni contenute nell'atto di fondazione non possono attuarsi”).

risultino in parità o in minoranza rispetto a quelli cooptati, devono convocare l'assemblea per la sostituzione dei componenti mancanti (c. 2). Gli amministratori cooptati, salvo diversa (sempre possibile) disposizione dello statuto o dell'assemblea, scadono assieme a quelli originari così da procedere poi al contestuale rinnovo dell'intero organo (c. 3). Lo statuto – a seguito della cessazione di alcuni componenti – può stabilire finanche la decadenza dell'intero consiglio: in tal caso, l'assemblea per la nomina del nuovo consiglio è convocata d'urgenza dagli amministratori rimasti o, se previsto espressamente dallo statuto, dal collegio sindacale (c. 4). Nel caso di cessazione di tutti i componenti dell'organo di amministrazione la convocazione d'urgenza dell'assemblea spetta all'organo di controllo (che, nel frattempo, assicura l'ordinaria amministrazione) (c. 5). Quest'articolato sistema codicistico assicura che l'organo di amministrazione, nonostante il venir meno di uno o più componenti, possa continuare ad operare senza dovere sempre procedere subito alla convocazione dell'assemblea.

Nell'ottica di valutare l'applicabilità dell'art. 2386 c.c. alle associazioni del Terzo settore, il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali – in assenza di un espresso rinvio legislativo (presente, invece, per altre disposizioni come, per esempio, l'art. 2382 c.c. sulle cause di ineleggibilità e decadenza degli amministratori oppure l'art. 2475-ter c.c. sul conflitto d'interessi) – è chiamato a valutarne la compatibilità (o meno) con il complessivo sistema normativo della riforma del Terzo settore. Viene così in rilievo, da un lato, l'esigenza di salvaguardare, ancor una volta, il principio di democraticità, di cui l'elettività degli amministratori da parte dell'organo assembleare, salvo eccezioni espresse, costituisce una specifica declinazione; dall'altro, quella di assicurare il regolare funzionamento dell'associazione per realizzare le attività di interesse generale di cui all'art. 5 CTS (considerate legislativamente meritevoli di particolare tutela).

L'art. 26, c. 1, CTS prevede che nelle associazioni del Terzo settore la nomina degli amministratori spetti all'assemblea, fatto salvo, per un verso, il caso che la competenza sia attribuita dallo statuto a diverso organo, fermi restando i principi di democraticità, pari opportunità ed eguaglianza di tutti gli associati nonché di elettività delle cariche sociali (art. 25, c. 2, CTS) e, per un altro, il caso che la nomina di una quota minoritaria dei componenti possa

esser attribuita per statuto a particolari soggetti o a loro rappresentanze (art. 26, c. 5, CTS)<sup>17</sup>. Inoltre, l'eventuale ricorso alla cooptazione da parte degli amministratori – com'era già stato fatto notare dai primi commentatori della riforma<sup>18</sup> – non sarebbe sempre condizionabile, come nel caso dell'art. 2386 cod. civ., ad una preventiva approvazione da parte dell'organo di controllo. Quest'ultimo, infatti, non è obbligatorio (e potrebbe pertanto non esserci) nelle associazioni di minori dimensioni.

Nell'ordinamento complessivo delle società di capitali, secondo la nota ministeriale, risulta preminente l'esigenza, a tutela dell'interesse economico dell'impresa, della continuità della gestione (così da mettere, seppure soltanto temporaneamente, in secondo piano i poteri assembleari); nelle associazioni del Terzo settore, invece, rimane sempre prioritaria – in quanto caratterizzante non soltanto la tipologia degli enti, ma anche (o, forse meglio, soprattutto) lo spirito della riforma – l'elettività delle cariche da parte dell'assemblea (visto come l'organismo democratico, rappresentativo dell'intera compagine associativa, da tenersi distinto dall'organo di amministrazione).

Secondo la nota ministeriale, pertanto, “non si ritiene che per le associazioni del Terzo settore si possa ricorrere de jure alla cooptazione di uno o più amministratori in sostituzione di quelli eletti” così come “appare [...] non conforme al Codice del Terzo settore una espressa clausola statutaria in tal senso”<sup>19</sup>. Non configura, invece, cooptazione – ed è pertanto ammessa

---

<sup>17</sup> Quest'ultima previsione sembra consentire, in verità, la nomina di una minoranza di amministratori – seppure non all'esito dell'applicazione analogica dell'art. 2386 c.c. – riservata “ad enti del Terzo settore o senza scopo di lucro, ad enti di cui all'articolo 4, comma 3, o a lavoratori o utenti dell'ente”. La norma riportata non è stata valorizzata (ma soltanto richiamata) dalla nota ministeriale.

<sup>18</sup> Nella stessa direzione, già prima della nota del 30 novembre 2021, n. 18244 del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, si muovono le considerazioni di C. AMATO, *Ordinamento e amministrazione*, cit., 254-255. Secondo l'Autrice, che considerava l'argomento una questione aperta (perché non espressamente trattata dal legislatore della riforma), “il ricorso alla regola societaria che consente la cooptazione del o degli amministratori mancanti, almeno fino alla riunione successiva dell'assemblea (art. 2386, comma 2° c.c.), sembra di difficile applicazione analogica, perché presupporrebbe l'esistenza di un collegio sindacale, o altro organo elettivo, al quale la disposizione assegna il compito di approvare la deliberazione di cooptazione. Meglio sarebbe, piuttosto, prevedere alla convocazione urgente, da parte degli amministratori in carica, dell'assemblea per la sostituzione dei membri mancanti, come nel caso in cui dovesse venir meno la maggioranza di nomina assembleare”.

<sup>19</sup> Il testo della nota, come si è detto, può essere consultato *online* sul sito ufficiale del Ministero: <https://www.lavoro.gov.it/documenti-e-norme/normative/Documents/2021/Nota-n-18244-del-30112021-Quesiti-sulla-disciplina-degli-ETS.pdf>.

(perché ritenuta capace di operare un corretto bilanciamento tra principio di democraticità ed esigenza di funzionamento dell'ETS) – l'eventuale diversa ipotesi, laddove statutariamente prevista, del subentro, secondo l'ordine di preferenza, agli amministratori cessati dei primi tra coloro che sono risultati "non eletti" in occasione delle procedure di composizione dell'organo.

Infine – a suggello metaforico delle due problematiche affrontate dal Ministero, dapprima, circa la nomina del presidente degli ETS e, successivamente, circa la (poi esclusa) nomina di alcuni componenti dell'organo di amministrazione all'esito dell'applicazione analogica dell'art. 2386 c.c. nelle associazioni del Terzo Settore – la nota s'intrattiene brevemente sugli effetti riconducibili all'eventuale cessazione del presidente, rimarcando come spetti agli statuti regolare liberamente la fattispecie senza prevedere necessariamente una decadenza simultanea dell'intero organo di amministrazione. Sembra possibile, infatti, scongiurare il rischio dell'interruzione del funzionamento dell'associazione, prevedendo, per esempio, il subentro automatico del vice-presidente (eletto anch'esso dall'assemblea), l'elezione indiretta da parte dei componenti dell'organo di amministrazione che indichino un nuovo presidente fra gli amministratori di nomina assembleare oppure il ricorso ad una nuova elezione. Si contemperano così i principi di pari opportunità ed eguaglianza tra gli associati nonché dell'elettività assembleare delle cariche sociali con l'esigenza di assicurare il regolare funzionamento dell'associazione.

**4. L'(in)ammissibilità di categorie di soci con diritti limitati.** Il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, dopo avere così riaffermato la centralità dell'elettività assembleare delle cariche sociali, si è trovato a dovere completare la propria ricostruzione marcatamente "democratica" della *governance* delle associazioni del Terzo settore, fornendo ulteriori chiarimenti riguardo alla possibilità, per le associazioni del Terzo settore, di prevedere negli statuti o nei regolamenti attuativi dei medesimi, categorie di soci con diritti limitati.

Non stupisce, in verità, l'emersione dell'argomento come possibile risposta dell'autonomia privata all'applicazione rigorosa delle altre regole d'ispirazione democratica (dal principio della c.d. "porta aperta" al primato

assembleare nell'elezione delle diverse cariche sociali): la prassi statutaria – valorizzando anche le disposizioni legislative sulle diverse possibili categorie di associati (funzionali, se così previsto nell'atto di autonomia, anche ad eleggere uno o più amministratori ai sensi dell'art. 25, c. 4, CTS) – prospetta distinzioni, per esempio, fra “soci effettivi” e “soci aggregati”, riservando ai soli “soci effettivi” la pienezza dei diritti e degli obblighi e ai “soci aggregati” magari soltanto il voto attivo (e, se del caso, limitando anche quantitativamente la presenza di questi ultimi così da assicurare sempre la prevalenza dei “soci effettivi”).

La stessa nota del 30 novembre 2021, n. 18244 – già più volte richiamata – sviluppa i propri chiarimenti circa l'ammissibilità o meno di prevedere categorie di soci con diritti limitati secondo due diverse prospettive: la prima riguarda l'analisi del diritto di voto come espressione della partecipazione alla determinazione degli indirizzi, alle decisioni e all'individuazione dei componenti degli organi sociali (c.d. “diritto di voto attivo”); la seconda prospettiva considera, invece, il diritto di poter concorrere a ricoprire una carica associativa (c.d. “diritto di voto passivo”).

In primo luogo – quanto al diritto di prendere parte attivamente alla vita dell'associazione (c.d. “diritto di voto attivo”) – democraticità, pari opportunità e uguaglianza di tutti gli associati (principi inderogabili di tutti gli ETS costituiti in forma associativa) sembrano imporre agli statuti di assicurare a ciascun associato, indipendentemente dall'articolazione (o meno) della base associativa in “categorie” differenziate tra loro, la possibilità di partecipare, in condizioni di parità con tutti gli altri, alla definizione degli indirizzi e delle decisioni dell'ente nonché alla composizione degli organi sociali. Tale partecipazione si declina diversamente, soltanto per evidenti ragioni funzionali di carattere pratico e organizzativo, al di sopra dei 500 soci, consentendo, per esempio, una ripartizione dei compiti tra l'assemblea e uno o più organi di secondo livello (composti non da tutti gli associati ma dai loro rappresentanti democraticamente eletti). Secondo la nota ministeriale – alla luce dei richiamati principi inderogabili di cui all'art. 25, c. 2, CTS (“principi di democraticità, pari opportunità ed eguaglianza di tutti gli associati e di elettività delle cariche sociali”), in combinato disposto con la regola del voto capitario sancita dall'art. 24, c. 2 CTS (“ciascun associato ha un voto”) – è

contrario ai principi del Codice (e della riforma) del Terzo settore, infatti, che solo alcuni associati abbiano la pienezza dell'elettorato attivo.

In secondo luogo – quanto al diritto di concorrere a ricoprire cariche associative (c.d. “diritto di voto passivo”) – occorre compiere una riflessione leggermente più articolata.

Si tratta, innanzitutto, di capire come contemperare ragionevolmente i suddetti principi di pari opportunità ed eguaglianza con il possesso, da parte del candidato, dei requisiti necessari a svolgere poi l'incarico. Non mancano, infatti, possibili limitazioni (di diversa natura) alla nomina di singoli associati: si pensi, per esempio, alle problematiche derivanti dall'eventuale incapacità di agire del candidato (perché magari minore d'età) oppure all'impossibilità, sancita dall'art. 26, c. 2, CTS, di assumere l'incarico di amministratore in presenza di una delle situazioni ostative di ineleggibilità e/o di decadenza ex art. 2382 c.c. oppure ancora alla possibile previsione statutaria di ulteriori “specifici requisiti di onorabilità, professionalità ed indipendenza” mutuabili anche da “codici di comportamento redatti da associazioni di rappresentanza o reti associative del Terzo settore” (art. 26, c. 3, CTS)<sup>20</sup>. Tali limitazioni – finalizzate al miglior assolvimento dei compiti e delle funzioni connesse all'incarico (nonché assistite dai canoni della ragionevolezza, della proporzionalità e dell'adeguatezza) – non sembrano violare i principi di pari opportunità ed eguaglianza di tutti gli associati purché non finiscano con il riservare di fatto l'accesso alle cariche sociali (e, quindi, alla gestione dell'associazione) soltanto a una “rosa” ridotta di soggetti predeterminati o predeterminabili così da precludere ogni realistica possibilità di ricambio interno.

L'osservanza dei suddetti principi di pari opportunità e uguaglianza, secondo la nota ministeriale, “non consente invece di escludere dal voto

---

<sup>20</sup> Si pensi, per esempio, alla previsione dell'incompatibilità con incarichi associativi assunti presso altri enti oppure dell'assenza necessaria di condanne per reati diversi da quelli previsti dall'art. 2382 c.c. Per un inquadramento sistematico dei requisiti di onorabilità, professionalità e indipendenza, richiamati dall'art. 26, c. 3, CTS, dei componenti dell'organo di amministrazione nelle associazioni del Terzo settore, cfr. G. GUZZARDI, *Regole di responsabilità e associazioni non riconosciute del Terzo settore. Vecchie questioni e nuovi problemi*, in *Rass. dir. civ.*, 2021, 930-931; A. FICI, *Fonti della disciplina, nozione e governance degli enti del terzo settore*, in *La riforma del Terzo settore e dell'impresa sociale. Una introduzione*, a cura di A. FICI, Napoli, 2018, 83 ss., spec. 116-117.

passivo specifiche categorie di soci”<sup>21</sup>. Non si dubita così della possibilità di realizzare una (spesso opportuna) differenziazione tra categorie di soci (con riferimento, per esempio, alla diversa tipologia di attività da svolgere oppure all’eventuale maggior impegno economico richiesto ad alcuni anziché ad altri), ma si vuol evitare – con una presa di posizione *tranchant* – che possa derivarne una riduzione o limitazione dei diritti associativi dei componenti di un’intera categoria (o addirittura di più categorie) di soci.

**5. La tutela giurisdizionale.** Quasi a completamento dell’*iter* espositivo sulla ricostruzione ministeriale della *governance* “democratica” delle associazioni del Terzo settore sembra necessario richiamare la nota del 19 marzo 2021, n. 3877 sull’ampiezza del controllo affidato agli uffici del Registro Unico Nazionale del Terzo Settore (RUNTS)<sup>22</sup>.

L’intervento del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali muove stavolta dall’esigenza di chiarire le caratteristiche dell’attività di controllo degli Uffici regionali del RUNTS con specifico riferimento alla costituzione e allo svolgimento delle assemblee previste per gli adeguamenti statutari effettuati ai sensi dell’art. 101, c. 2, CTS. Quest’ultima disposizione regola, come noto, un peculiare profilo di diritto transitorio, prevedendo che, fino alla piena operatività del RUNTS (avviata ufficialmente soltanto a partire dal 23 novembre 2021), continuino ad operare le normative previgenti ai fini e per gli effetti derivanti dall’iscrizione nei registri ONLUS, nei registri regionali e provinciali delle organizzazioni di volontariato e nel registro nazionale, nonché in quelli territoriali, delle associazioni di promozione sociale. Tali soggetti, già esistenti e debitamente iscritti nei rispettivi registri, sono tenuti a modificare gli statuti e ad adeguarsi – secondo le (semplificate) modalità e maggioranze previste per le deliberazioni dell’assemblea ordinaria – alle

---

<sup>21</sup> Il testo integrale della nota, come si è detto, può essere consultato *online* sul sito ufficiale del Ministero: <https://www.lavoro.gov.it/documenti-e-norme/normative/Documents/2021/Nota-n-18244-del-30112021-Quesiti-sulla-disciplina-degli-ETS.pdf>.

<sup>22</sup> Anche la nota del 19 marzo 2021, n. 3877 è reperibile *online*, come le altre, sul sito ufficiale del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali: <https://www.lavoro.gov.it/documenti-e-norme/normative/Documents/2021/Nota-3877-del-19032021-differenziazione-quorum-assembleari-verifiche-Uffici-RUNTS.pdf>.

disposizioni inderogabili del Codice del Terzo settore entro il termine (più volte prorogato negli ultimi anni) del 31 maggio 2022<sup>23</sup>.

Secondo la ricostruzione del Ministero, l'art. 101, c. 2, CTS contempera il principio di democraticità negli ETS (e la conseguente necessità di maggioranze qualificate per l'approvazione delle modifiche statutarie) con l'esigenza di agevolare la transizione verso il nuovo sistema di registrazione per le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale. Tale previsione s'incentra così su profili interni del rapporto associativo (ovvero sulla configurazione dei diritti, dei doveri e dei rapporti tra i soci) anziché sulla relazione tra l'associazione come ente collettivo e la pubblica amministrazione chiamata a verificare le condizioni per l'iscrizione dell'associazione (o più in generale dell'ente) al RUNTS.

Questa riflessione sull'art. 101, c. 2, CTS consente però al Ministero di trarre conclusioni di carattere (più) generale, sottolineando come gli Uffici del RUNTS competenti, nonché quelli già deputati al controllo in base a quanto disposto dalla legge 11 agosto 1991, n. 266 ("Legge-quadro sul volontariato") e dalla legge 7 dicembre 2000, n. 383 ("Disciplina delle associazioni di promozione sociale"), non possono verificare né asseverare la regolare costituzione assembleare né, tanto meno, possono esprimersi sull'idoneità dell'organo deliberante. Ad essi spetta, ai sensi dell'art. 47, c. 2, CTS, soltanto il controllo sulla sussistenza delle condizioni previste dal codice del Terzo settore per la costituzione dell'ente, nonché per la sua iscrizione nella sezione richiesta. Questa conclusione, oltre che dai suddetti argomenti di carattere sistematico, trova conferma anche nel dato letterale della riforma: né il codice del Terzo settore, né il d.m. 15 settembre 2020, n. 106 – con cui sono state definite le procedure di iscrizione nel RUNTS<sup>24</sup> – richiamano,

---

<sup>23</sup> Nella sua versione originaria, l'art. 101, c. 2, CTS recitava così: "Fino all'operatività del Registro unico nazionale del Terzo settore, continuano ad applicarsi le norme previgenti ai fini e per gli effetti derivanti dall'iscrizione degli enti nei Registri Onlus, Organizzazioni di Volontariato, Associazioni di promozione sociale e Imprese sociali che si adeguano alle disposizioni del presente decreto entro diciotto mesi dalla data della sua entrata in vigore. Entro il medesimo termine, esse possono modificare i propri statuti con le modalità e le maggioranze previste per le deliberazioni dell'assemblea ordinaria". Questo termine è stato poi più volte prorogato. Da ultimo, l'art. 66 del decreto legge 31 maggio 2021, n. 77 (c.d. "decreto Semplificazioni") ha disposto l'adeguamento degli statuti alle norme inderogabili del Codice del Terzo settore, secondo le semplificate modalità e maggioranze previste per le deliberazioni dell'assemblea ordinaria, entro il 31 maggio 2022.

<sup>24</sup> Per una prima riflessione sulla disciplina del decreto ministeriale cfr. AA.VV., *Il Registro Unico Nazionale del Terzo Settore. Commento al d.m. 15 settembre 2020, n. 106*, a cura di A. FICI e N. RICCARDELLI, Napoli, 2021.

infatti, le delibere di approvazione degli statuti o delle modifiche statutarie tra i documenti da acquisire.

Gli Uffici del RUNTS, com'è stato puntualmente sottolineato, non possono divenire pertanto organi di giustizia interna degli enti del Terzo settore<sup>25</sup>. D'altronde, un'eventuale (e diversa) lettura estensiva del sindacato amministrativo porterebbe con sé la possibilità per ciascun associato di segnalare agli Uffici del RUNTS ogni inosservanza statutaria o legislativa (circa, per esempio, le modalità di convocazione, riunione, deliberazione degli organi assembleari) nonché ogni anomalia procedurale (circa, per esempio, l'inidoneità delle maggioranze richieste per effettuare determinate modifiche allo statuto oppure l'assunzione da parte degli organi sociali di delibere in contrasto con le disposizioni statutarie).

La sede deputata alla *tutela dei diritti di ciascun associato* nei confronti degli altri membri e degli organi sociali rimane pertanto – alla luce tanto dell'argomento sistematico quanto di quello letterale – *esclusivamente quella giurisdizionale*<sup>26</sup>.

**6. Considerazioni conclusive.** All'esito dell'analisi delle recenti note del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali risulta non soltanto confermato, ma addirittura rafforzato, l'inderogabile impianto "democratico", già desumibile all'indomani dell'approvazione della riforma, della *governance* delle associazioni del Terzo settore, suggerendo così talune brevi riflessioni conclusive, per un verso, "di metodo" e, per un altro, "di merito".

Innanzitutto – sotto l'aspetto, per così dire, "di metodo" – sembra doversi rilevare come le note ministeriali, lungi dall'essere unanimemente

---

<sup>25</sup> Sul punto, cfr. M. RENNA, *Il controllo degli Uffici del RUNTS e gli adeguamenti statutari*, in <https://terzjus.it/articoli/note-e-commenti/il-controllo-degli-uffici-del-runts-e-gli-adequamenti-statutari/>.

<sup>26</sup> L'ordinamento interno delle associazioni non è peraltro tradizionalmente oggetto di numerosi interventi della giurisprudenza civile. Già, sul punto, M. BASILE, *L'intervento dei giudici nelle associazioni*, Milano, 1975, 3 ss.; ID., *Associazioni, fondazioni, comitati*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, II, 201 ss., spec. 212 ss. Questa tendenza sembra destinata a protrarsi, secondo parte della dottrina, anche dopo la riforma del Terzo settore (nonostante le recenti eccezioni riguardanti l'ambito, specifico e distinto, dei partiti e movimenti politici): "i problemi connessi all'applicazione del CTS non li apprenderemo dalle Corti, quanto meno da quelle ordinarie. Saranno i TAR ad intervenire e, più spesso, l'Agenzia dell'entrate" (M. V. DE GIORGI, *Integrare, ma dove? Enti senza fissa dimora*, in AA.VV., *Materiali per una revisione del codice civile*, I, a cura di V. CUFFARO e A. GENTILI, Milano, 2021, 409 ss., spec. 414; dapprima pubblicata in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, II, 1069 ss. e in M. V. DE GIORGI, *Enti del primo libro e del terzo settore. Ventun scritti fra due secoli*, Pisa, 2021, 361 ss.).

considerate vere e proprie fonti del diritto (e dall'assumere pertanto carattere normativo e vincolante) all'interno e all'esterno della Pubblica Amministrazione, assumano sostanzialmente valore interpretativo (con esiti, com'è ovvio, talvolta più condivisibili, talora meno) e d'indirizzo dei consociati<sup>27</sup>. Ne deriva un valore scarsamente giustiziabile dei provvedimenti che non aiuta di certo a comprenderne, oltre all'astratto inquadramento teorico-sistematico, l'effettivo (e concreto) riscontro pratico.

Inoltre – sotto l'aspetto, per così dire, “di merito” – emerge, come si è detto, *l'impronta marcatamente democratica* con cui le note ministeriali affrontano le questioni ed interpretano le regole di *governance* nelle associazioni del Terzo settore. Ne sono un'evidente dimostrazione le soluzioni (interpretative) fornite alle richieste di chiarimenti circa l'adesione secondo il principio della c.d. “porta aperta”, ma soprattutto circa l'elezione assembleare del presidente degli ETS e dei componenti dell'organo di amministrazione nonché circa l'inammissibilità di categorie di soci con diritti limitati di voto (attivo e passivo). Si finisce così per attribuire un'ulteriore e assoluta centralità – complessivamente condivisibile, ma talvolta perfino eccessiva (si pensi, per esempio, alla possibilità, soltanto fugacemente richiamata e non esaminata dal Ministero, di riconoscere per statuto la nomina di una quota minoritaria degli amministratori a particolari soggetti o a loro rappresentanze ai sensi dell'art. 26, c. 5, CTS) – all'ispirazione “democratica” dell'ordinamento interno delle associazioni del Terzo settore.

La ragione sembra da ricercarsi nel sistema del c.d. “diritto del Terzo settore”: se le misure premiali mantengono un ruolo centrale nell'odierno complesso normativo della riforma, non deve sorprendere, infatti, la scelta legislativa di subordinare i relativi vantaggi fiscali al rispetto di norme imperative (anche d'ispirazione “democratica”) sull'ordinamento interno degli ETS così come la moltiplicazione delle disposizioni sui controlli contabili<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> Tale funzione delle note è rimarcata dallo stesso Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, che, per esempio, in quella del 19 marzo 2021, n. 3877 richiama espressamente “la competenza interpretativa della scrivente” (<https://www.lavoro.gov.it/documenti-e-norme/normative/Documents/2021/Nota-3877-del-19032021-differenziazione-quorum-assembleari-verifiche-Uffici-RUNTS.pdf>).

<sup>28</sup> Nell'ottica della riforma del Terzo settore, “si rassegnino i nostalgici della comunità con margini di libertà smisurati, i cultori del nobile pluralismo sempre soffuso da un alone di benemeranza, di valenza sociale positiva, in contrasto con l'economia cattiva che persegue profitto ad ogni costo” (M. V. DE GIORGI, *Autorità e libertà nella riforma del Terzo settore*, in

Quest'approccio democratico "a trazione fiscale"<sup>29</sup> rappresenta una caratteristica della riforma del Terzo settore fin dall'origine, ma rischia di sollevare *nuove problematiche nell'attuale frangente storico*.

Come noto, ai sensi del combinato disposto dell'art. 101, c. 10 e dell'art. 104, c. 2 CTS, l'efficacia delle nuove disposizioni tributarie di cui all'art. 77, c. 10, all'art. 80 e all'art. 86 CTS è subordinata – in osservanza dell'art. 108, par. 3, del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) – all'autorizzazione della Commissione europea su richiesta proprio del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali. Soltanto a decorrere dal periodo d'imposta successivo all'autorizzazione della Commissione le suddette disposizioni fiscali saranno applicabili agli enti iscritti nel RUNTS.

La perdurante mancata richiesta di autorizzazione da parte dell'Italia alla Commissione europea rischia così non soltanto di lasciare parzialmente inattuata parte significativa della disciplina fiscale, ma soprattutto d'incrinare parzialmente l'assetto – fondato, come si è detto, sulla stretta combinazione ed interdipendenza fra disciplina civilistica, fiscale e contabile – originariamente previsto dalla riforma.

All'indomani della riforma era stato, infatti, condivisibilmente rilevato come "ad orientare la scelta verso l'ETS sarà la politica degli incentivi e fiscale; potrà perciò accadere che, qualora gli incentivi accordati non verranno ritenuti abbastanza allettanti, il non profit continuerà a operare come se la normativa non ci fosse, scegliendo di rimanere nelle scarse ma clementi braccia del primo libro cc. Chi è insofferente di un regime recepito come troppo restrittivo probabilmente se ne guarderà e comunque tutti pondereranno con cautela vantaggi, oneri e vincoli"<sup>30</sup>.

Oggi il rischio – in assenza dell'entrata in vigore per intero dell'originario complesso di vantaggi fiscali – è di ritrovarsi con un'insofferenza maggiore del previsto all'ordinamento "democratico" e al riformato diritto "istituzionale" del Terzo settore

---

M. V. DE GIORGI, *Enti del primo libro e del terzo settore. Ventun scritti fra due secoli*, cit., spec. 342; pubblicato originariamente in *Non profit paper*, n. 3, 2017, I, 63 ss.)

<sup>29</sup> La formula della "democraticità 'a trazione fiscale'" è stata proposta già in E. TUCCARI, *La disciplina «democratica» delle associazioni non riconosciute fra codice del Terzo settore e codice civile*, cit., 454 ss.

<sup>30</sup> M. V. DE GIORGI, *Autorità e libertà nella riforma del Terzo settore*, cit., 345.



## *Le imprese sociali società di capitali*

di **CARLO IBBA**

1. Quando Gian Domenico Mosco mi ha telefonato per invitarmi a partecipare a questo convegno ho accettato volentieri e non ho badato troppo – devo dire – al tema che mi veniva affidato. È stato solo a vacanze ultimate, quando ho iniziato a pensare alla relazione, che ho percepito l'insidiosità dell'argomento, ma ormai era troppo tardi. Perciò ora proverò a trattare delle imprese sociali in forma di società di capitali, avvertendo però che sarò presto costretto – per le ragioni che spiegherò – ad allontanarmi un po' dal profilo specifico della *governance*.

2. Volendo individuare la disciplina applicabile alle imprese sociali costituite secondo uno dei tipi societari capitalistici dobbiamo partire dalla gerarchia delle fonti delineata nell'art. 1, co. 5, d.lgs. 112/2017, ove si legge che "Alle imprese sociali si applicano, in quanto compatibili con le disposizioni del presente decreto, le norme del codice del Terzo settore [...] e, in mancanza e per gli aspetti non disciplinati, le norme del codice civile e le relative disposizioni di attuazione concernenti la forma giuridica in cui l'impresa sociale è costituita".

Nel nostro caso, dunque: prima le norme del d.lgs. 112, poi (con il limite della compatibilità) quelle del d.lgs. 117 e solo in ulteriore subordine, per gli aspetti non regolati dalle prime due fonti, le norme del codice civile in tema di s.p.a. e di s.r.l.

Occorre allora verificare quale sia, per così dire, lo "spazio normativo" coperto dal d.lgs. 112 e, in subordine, dal d.lgs. 117, anche al fine di capire che spazio rimanga per le norme del diritto societario comune.

Ora, se proviamo a fare questo scopriamo due cose. La prima è che il legislatore delle imprese sociali, pur focalizzando l'attenzione sull'oggetto e sullo scopo che le devono connotare, non si è disinteressato della loro organizzazione interna ed ha tratteggiato – o cercato di tratteggiare – una

disciplina verosimilmente ritenuta coerente con le peculiarità finalistiche delle imprese sociali. La seconda “scoperta” – che però in un certo senso neutralizza la prima – è che questa disciplina speciale si distacca in modo significativo dalla disciplina comune (che si sarebbe applicata in sua assenza) solo in riferimento alle imprese sociali che abbiano adottato forme associative *non societarie*, e se ne distacca assai meno, invece, là dove sia stata adottata la forma di società e in specie quella di società di capitali. Proverò ora a fare un rapido riscontro di questa affermazione.

Innanzitutto, la disciplina speciale delle imprese sociali spesso si limita a integrare quella propria della forma organizzativa adottata, come quando prescrive che dall’atto costitutivo, “oltre a quanto specificamente previsto per ciascun tipo di organizzazione secondo la normativa applicabile a ciascuna di esse”, risulti esplicitamente il carattere di impresa sociale (art. 5), o come quando aggiunge ai compiti propri dei sindaci quello di “monitoraggio dell’osservanza delle finalità sociali” (art. 10.3). In questi casi, dunque, la formulazione della norma speciale conferma espressamente l’applicazione delle norme societarie di diritto comune proprie del tipo adottato; ma lo stesso direi senz’altro che valga in relazione alla norma secondo cui “la denominazione o ragione sociale, in qualunque modo formate, devono contenere l’indicazione di ‘impresa sociale’” (art. 6), che mi pare implicitamente richiamare – e, appunto, integrare – le regole di formazione della denominazione e della ragione sociale proprie, per quanto qui interessa, dei singoli tipi societari.

Non mancano poi casi in cui la disciplina del d.lgs. 112 afferma espressamente l’applicazione della disciplina societaria di un determinato istituto (come fanno l’art. 4 in materia di attività di direzione e coordinamento e l’art. 10, co. 1, in ordine ai requisiti dei sindaci) ovvero è formulata, per così dire, “a immagine e somiglianza” della disciplina propria delle società di capitali (penso ancora alle norme in materia di nomina e compiti dell’organo di controllo interno, o a quelle su redazione e pubblicità del bilancio di esercizio: art. 10.1, 10.2, 10.4; art. 9.1 e 9.2). Per di più talvolta si fa salva l’applicazione di “disposizioni più restrittive relative alla forma giuridica in cui l’impresa sociale è costituita” (è questo l’*incipit* dell’art. 10, in materia di organo di controllo); in quest’ultimo caso si rovescia, in un certo senso, la

gerarchia delle fonti sopra ricordata dandosi la prevalenza alla disciplina delle singole forme organizzative adottate, ove eventualmente più rigorosa di quella del d.lgs. 112 (ciò vale per la disciplina embrionale dell'organo di controllo contenuta nell'art. 10, che è destinata a cedere il passo, nelle imprese sociali in forma di s.p.a., a quella contenuta negli artt. 2397 ss. c.c., mentre per quelle in forma di s.r.l. ha il significato di sancire l'obbligatorietà dell'organo di controllo anche là dove essa non sussisterebbe secondo la disciplina del codice civile).

E qualcosa di simile accade nei casi in cui, per taluni istituti, si subordina il dispiegarsi dell'autonomia statutaria delle imprese sociali al rispetto della disciplina imperativa propria delle forme giuridiche in concreto utilizzate; così, in particolare, secondo l'art. 8 l'ammissione e l'esclusione dei soci, nonché il rapporto sociale, sono regolati dall'atto costitutivo o dallo statuto "tenendo conto delle peculiarità della compagine sociale e della struttura associativa o societaria e compatibilmente con la forma giuridica in cui l'impresa sociale è costituita".

Insomma: con riferimento alle imprese sociali in forma di società di capitali, la disciplina del d.lgs. 112 non presenta un contenuto derogatorio significativo rispetto al diritto societario comune. E lo stesso vale per la disciplina contenuta nel codice del terzo settore, che come abbiamo visto entra in gioco negli aspetti non regolati dal d.lgs. 112, perché nel codice del terzo settore com'è noto si registra una vera e propria – sia pure imperfetta e talvolta improvvida – *societarizzazione* della disciplina. Sicché, a dispetto di quanto la gerarchia delle fonti che ho ricordato prima potrebbe inizialmente indurre a pensare, il diritto societario comune la fa da padrone, e costituisce in larghissima misura, per rinvio diretto o indiretto, la normativa applicabile alle società di capitali-imprese sociali. Il che in termini brutali significa che sul tema specifico di cui vi sto parlando non ho molto di significativo da dire: perché dovrei per lo più ripetere cose che già ben conosciamo, essendo proprie della disciplina codicistica delle società di capitali, *di una qualunque società di capitali*.

Fra le poche peculiarità possono segnalarsi la presunzione – parrebbe – assoluta di esercizio dell'attività di direzione e coordinamento in capo a chi abbia la facoltà di nominare la maggioranza dei componenti dell'organo

amministrativo (art. 4.1); la preclusione all'esercizio della direzione e del coordinamento per le pubbliche amministrazioni e per le società con unico socio persona fisica (art. 4.3), volta a impedire che sia elusa la preclusione all'assunzione della qualifica di impresa sociale da parte di quegli stessi soggetti (art. 1.2), i cui rappresentanti – per analoghe ragioni – non possono assumere la presidenza dell'impresa sociale (art. 7.3); l'obbligo di pubblicizzare il bilancio sociale (art. 9.2); il coinvolgimento di lavoratori, utenti e altri *stakeholder* e in particolare, nelle imprese sociali che abbiano superato due dei limiti previsti per la redazione del bilancio in forma abbreviata ridotti della metà, la previsione statutaria della nomina, da parte dei lavoratori, di almeno un componente dell'organo amministrativo e dell'organo di controllo (art. 11.4, lett. b); la possibilità che l'atto costitutivo o lo statuto riservino a terzi la nomina di componenti dell'organo amministrativo, fermo restando che la maggioranza sia nominata dall'organo assembleare (art. 7, co. 1); la soggezione alla liquidazione coatta amministrativa, invece che al fallimento, in caso di insolvenza (art. 14); infine, per le imprese sociali in forma di s.r.l., l'obbligatorietà dell'organo di controllo cui ho già fatto riferimento (art. 10.1; e v. anche art.10.4).

Al di là di questi profili – ripeto – la disciplina delle imprese sociali in forma di società di capitali (se si eccettuano le deroghe, che però non attengono al profilo organizzativo, connesse alla compressione dello scopo lucrativo: art. 3 d.lgs. 112) resta quella propria del diritto societario comune.

Del resto, se nel campo degli enti del terzo settore come ho detto si coglie la tendenza alla *estensione di regole societarie ad enti non societari*, è perfettamente coerente con questa tendenza, per gli enti di forma societaria, *il mantenimento della disciplina comune* che è loro propria.

**3.** Evidenti profili di specialità presenta invece il *regime pubblicitario* delle imprese sociali, al quale perciò rivolgo ora la mia attenzione.

Faccio una premessa di ordine generale, che è questa. Finché la pubblicità assolve solo finalità informative, l'eventuale pluralità di mezzi d'informazione non presenta particolari controindicazioni e può anzi agevolare i terzi, che possono reperire i dati di loro interesse non solo – che so – attraverso il registro delle imprese ma anche attraverso altri registri, la

*Gazzetta ufficiale*, siti internet, quotidiani, ecc. In questa prospettiva, dunque, l'eventuale pluralità di fonti d'informazione è in linea di principio da valutare positivamente, sempre che sia assicurata l'identità delle informazioni diffuse mediante i vari mezzi di comunicazione utilizzati.

Diverso discorso va fatto invece in relazione alle ipotesi in cui l'adempimento pubblicitario non serve solo a diffondere informazioni ma anche a produrre effetti ulteriori. In questi casi, infatti, deve essere rispettato il principio della *unicità dello strumento di pubblicità legale*, nel senso che alla pubblicità eventualmente attuata con altri mezzi non può essere riconosciuta una funzione che vada al di là di quella meramente informativa. Perché, se così non fosse, delle due l'una: o i terzi, al fine di non subire gli effetti di un atto non conosciuto, sarebbero costretti a consultare tutti gli strumenti pubblicitari utilizzati o utilizzabili, oppure la legge dovrebbe prevedere che i soggetti tenuti alla pubblicità la effettuino su tutti quegli strumenti prima che si produca l'effetto desiderato. Il che vuol dire, in definitiva, che o i destinatari o i fornitori dell'informazione sarebbero gravati di un onere tutto sommato inutile e sproporzionato. Fissato questo punto, torniamo alle nostre imprese sociali.

**3.1.** L'art. 5, co. 2, d.lgs. 112 (come già faceva l'art. 5, co. 2, d.lgs. 155/2006) stabilisce che "Gli atti costitutivi, le loro modificazioni e gli altri atti relativi all'impresa devono essere depositati entro trenta giorni [...] presso l'ufficio del registro delle imprese [...], per l'iscrizione in apposita sezione".

A che cosa serva questa iscrizione il legislatore si è dimenticato di dirlo. Mentre per gli altri enti del terzo settore il d.lgs. 117 è chiarissimo nel prevedere che l'acquisto di tale qualifica è subordinato, oltre che al possesso di determinati requisiti sostanziali, al requisito formale dell'iscrizione nel così detto registro unico (cfr. l'art. 4, dove si legge fra l'altro che "sono enti del terzo settore" gli enti "iscritti nel registro unico nazionale del terzo settore"), il d.lgs. non fa lo stesso per le imprese sociali (v. infatti l'art. 1). In astratto, dunque, la previsione che ho poc'anzi citato potrebbe configurare il deposito per l'iscrizione nel registro delle imprese quale oggetto di un obbligo derivante dal perfezionamento della fattispecie "impresa sociale", che prescinderebbe dall'adempimento formale dell'iscrizione nell'apposita

sezione del registro. E' tuttavia ragionevole credere che non sia stata questa la volontà del legislatore e ritenere che l'iscrizione nella sezione speciale sia costitutiva al fine dell'acquisto della qualifica – se vogliamo, dello *status* – di impresa sociale, con tutto quel che ne deriva, così come l'iscrizione nel registro unico lo è al fine dell'acquisto della qualifica di ente del terzo settore.

Chiarito questo, resta da capire se le imprese di cui ci occupiamo debbano iscriversi *solamente* nella sezione del registro delle imprese ad esse riservata o invece, come ogni altra società di capitali, anche nella sezione ordinaria del registro. La tesi prevalente è senz'altro quest'ultima, che parrebbe coordinarsi meglio con la possibilità di un acquisto della qualifica di impresa sociale successivo alla costituzione dell'ente, come pure con la possibilità di una perdita sopravvenuta di tale qualifica, le quali si risolverebbero la prima nell'iscrizione e la seconda nella cancellazione dalla sezione speciale, *ferma restando l'iscrizione nella sezione ordinaria* (esattamente come accade alle *start-up* innovative e agli incubatori certificati che, avendo perso i requisiti qualificanti, sono cancellati dalla sezione speciale del registro delle imprese [...], "*permanendo l'iscrizione alla sezione ordinaria*": art. 25, 16° co., d.l. 18 ottobre 2012, n. 179; e v. l'art. 15, 8° co., d.lgs. 112/2017).

La tesi della doppia iscrizione, inoltre, si coordina meglio con l'orientamento secondo cui l'iscrizione nelle sezioni speciali, in assenza di disposizioni di legge derogatorie che qui non ci sono, ha il valore di una semplice pubblicità-notizia; orientamento che non mi convince troppo (e, se non ricordo male, non convince per niente Giorgio Marasà) ma che è certamente maggioritario, e in base al quale senza l'iscrizione nella sezione ordinaria le imprese sociali non potrebbero fruire dell'efficacia dichiarativa.

Coerente con quella tesi, aggiungo, era anche la norma della disciplina previgente che attribuiva all'iscrizione nella sezione speciale, in presenza di determinati presupposti, un'efficacia costitutiva della limitazione di responsabilità, facendo "salvo quanto già disposto in tema di responsabilità limitata per le diverse forme giuridiche previste dal libro V del codice civile" e alludendo così – sembrerebbe – agli effetti costitutivi dell'iscrizione nella sezione ordinaria.

Accogliendo questa impostazione, dunque, l'iscrizione nella sezione speciale varrebbe ai soli fini dell'acquisizione della qualifica di impresa sociale, mentre ogni altro effetto discenderebbe dall'iscrizione nella sezione ordinaria. Escluderei invece – per le controindicazioni che si manifesterebbero, e sulle quali mi soffermerò più avanti – che sia corretto pensare a due iscrizioni, quella nella sezione speciale e quella nella sezione ordinaria, entrambe produttive di tutti gli effetti rilevanti sul piano civilistico (dichiarativi, costitutivi, sananti a seconda dei casi).

Non manca comunque (ed è seduto a questo tavolo) chi valorizza l'esigenza di evitare duplicazioni di oneri per le imprese, rimarcata nella legge istitutiva del registro delle imprese e tuttora rilevante sul piano interpretativo (Marasà, 66 s., testo e nt. 147, 357 s.), e da ciò argomenta che l'iscrizione nella sezione speciale deve considerarsi *sostitutiva* di quella nella sezione ordinaria. In tal caso, naturalmente, alla pubblicità attuata per il tramite della sezione speciale dovrebbero connettersi – per le imprese sociali in forma di società di capitali – anche l'effetto costitutivo della personalità giuridica [MARASÀ, 2015, 189] e l'efficacia dichiarativa, posto che in caso contrario verrebbe a configurarsi per esse un trattamento irragionevolmente penalizzante e tale da alterare inammissibilmente il regime apprestato dal diritto societario comune [cfr. IBBA, 2019-IV, 639; MARASÀ, 2021, 66 s., testo e nt. 147, 357 s.].

Sempre nella prospettiva dell'unicità dell'adempimento pubblicitario, qualora la società non nasca come impresa sociale ma lo diventi in un secondo tempo, all'iscrizione nella sezione speciale dovrebbe fare riscontro la cancellazione dalla sezione ordinaria; mentre alla perdita della qualifica di impresa sociale dovrebbe accompagnarsi l'iscrizione nella sezione ordinaria, e ciò – riterrei – anche qualora la società venga messa in liquidazione e non prosegua l'attività.

**3.2.** Per completare il discorso dobbiamo ora dare uno sguardo al regime pubblicitario previsto per le imprese sociali nel codice del terzo settore.

In proposito l'art. 11 d.lgs. 117/2017, dopo aver stabilito al primo comma che *“gli enti del terzo settore si iscrivono nel registro unico nazionale”*,

al terzo comma ha previsto che, “*per le imprese sociali, l’iscrizione nell’apposita sezione del registro delle imprese soddisfa il requisito dell’iscrizione nel registro unico*”.

La formula, dunque, equipara l’iscrizione richiesta dall’art. 5 d.lgs. 112 a quella dovuta ex art. 11 d.lgs. 117, rendendo la prima equivalente alla seconda ai fini dell’acquisto della qualifica di ente del terzo settore; il che significa che il primo adempimento pubblicitario produce anche gli effetti propri del secondo.

In questa prospettiva, a mio avviso avrebbe potuto (o dovuto) evitarsi di inserire nel registro unico una sezione riservata alle imprese sociali, come invece si è fatto (art. 46, lett. *d*, d.lgs. 117). In ogni caso, in coerenza con l’obiettivo della semplificazione additato dalla legge-delega, questa sezione secondo me dovrebbe avere semplicemente la funzione di far sapere ai terzi *quali siano* le imprese sociali esistenti, mediante annotazione dei loro estremi identificativi, ma non dovrebbe fungere da ulteriore contenitore – e dunque da ulteriore strumento di pubblicità – di tutti i dati già pubblicizzati nel registro delle imprese <sup>1</sup>.

La disciplina attuativa, viceversa, parrebbe aver optato per un integrale travaso nel registro unico di tutti i dati già iscritti nella sezione speciale del registro delle imprese, sia pure per il tramite di una comunicazione da parte dell’ufficio registro delle imprese (art. 7, all. A, al d.m. 15 settembre 2020). Se è così, si riscontra in sostanza un esonero *dal procedimento di iscrizione ma non dall’iscrizione*, nel senso che pur senza bisogno della presentazione di una domanda da parte dell’impresa interessata tutti i dati ad essa relativi sarebbero oggetto di iscrizione anche nel registro unico del terzo settore.

Ma, se è così, ne risulta una duplicazione dei sistemi pubblicitari dotati di efficacia dichiarativa, perché questa è l’efficacia prevista per le iscrizioni che avvengono nel registro unico del terzo settore, la stessa che è prevista

---

<sup>1</sup> Né sembra che questa conclusione sia smentita da altri enunciati presenti nel codice del terzo settore, e in particolare dal cenno alla “comunicazione dei dati tra il registro delle imprese e il registro unico [...] con riferimento alle imprese sociali e agli altri enti del terzo settore iscritti nel registro delle imprese”, contenuto nell’art. 53, 1° co., ult. parte, posto che i dati da comunicare potrebbero appunto consistere ed esaurirsi, per ciò che riguarda le singole imprese sociali, nei loro elementi identificativi.

in via generale dall'art. 2193 c.c. per la pubblicità attuata tramite il registro delle imprese. E poiché l'art. 52 d.lgs. 117, ricalcando la previsione dell'art. 2193 c.c., subordina l'opponibilità degli atti non iscritti nel registro unico alla prova dell'effettiva conoscenza da parte dei terzi, ciò comporta che, per evitare di dover dare questa prova, è necessario che l'atto risulti iscritto non solo nel registro delle imprese (sezione speciale o anche sezione ordinaria a seconda della tesi accolta) ma anche nel registro unico. Sotto questo profilo, dunque, la società di capitali-impresa sociale viene a trovarsi in una posizione più gravosa rispetto a quella delle altre società di capitali, perché la così detta conoscenza legale derivante *ex lege* dall'iscrizione nel registro delle imprese non è più incondizionata ma è subordinata all'avvenuta iscrizione anche nel registro unico del terzo settore [IBBA, 2019-IV, 629 s.; Marasà].

La situazione si complica ulteriormente per le società di capitali-impresе sociali che – com'è ben possibile (art. 6 d. lgs. 28 febbraio 2021, n. 36) – intendano acquisire la qualifica di ente sportivo dilettantistico. Per raggiungere questo risultato, infatti, esse dovranno ottenere l'iscrizione nel registro nazionale delle attività sportive dilettantistiche (artt. 4 e 5 d. lgs. 28 febbraio 2021, n. 39); e anche a questa iscrizione – seguendo quella che è ormai diventata una vera e propria moda legislativa degli ultimi anni – è stata ricollegata l'efficacia dichiarativa, prevedendosi, per gli atti sottoposti a pubblicità nel registro delle attività sportive, che in mancanza di questa essi siano opponibili solo previa dimostrazione della loro conoscenza da parte dei terzi (art. 10, 1° co., d. lgs. 39/2021). Dal combinato disposto di questa norma, dell'art. 52 d.lgs. 117 e dell'art. 2193 c.c. discende dunque, per le società sportive-impresе sociali, che il raggiungimento della così detta conoscenza legale postula anche l'avvenuta iscrizione nel registro nazionale delle attività sportive dilettantistiche.

Insomma: le società di capitali-impresе sociali sono gravate da una duplicazione o triplicazione degli adempimenti pubblicitari; adempimenti che devono tutti perfezionarsi affinché si producano gli effetti propri della pubblicità legale.

Ma non solo. La moltiplicazione degli strumenti pubblicitari incide negativamente anche sull'affidabilità dei dati iscritti, perché crea il rischio che i vari registri diffondano informazioni discordanti; possibilità che può

verificarsi a causa di errori o inadempienze di chi chiede l'iscrizione o di chi vi provvede, ma anche – più banalmente – a causa della diversa velocità nell'aggiornamento dei vari registri.

Nel sistema del registro delle imprese le iscrizioni – incluse ovviamente quelle relative alle imprese sociali-società di capitali – devono avvenire entro cinque giorni dalla presentazione della domanda (art. 11, 8° co., d.p.r. 581/1995) e in qualche caso addirittura dovrebbero avvenire “immediatamente” (art. 20, co. 7-*bis*, d.l. 91/2014); il travaso dei dati nel registro unico del terzo settore, essendo prevista come abbiamo visto una comunicazione diretta dei dati già iscritti nella sezione speciale, dovrebbe avvenire nei cinque giorni successivi (art. 7, all. A, al d.m. 15 settembre 2020), con un disallineamento temporale, dunque, abbastanza contenuto, se il sistema funzionerà regolarmente; il disallineamento con i dati inseriti nel registro degli enti sportivi, invece, rischia di essere assai maggiore, perché qui il termine per l'iscrizione è di quarantacinque giorni, ma la domanda non può essere presentata direttamente dall'ente sportivo interessato bensì tramite l'intermediazione dell'organismo affiliante (art. 6, 1° e 4° co., d.lgs. 39/2021), per cui i tempi certamente si allungheranno e non di poco.

Già questa diversa tempistica porta a una inevitabile discrepanza fra i dati pubblicizzati in un registro e quelli risultanti in un altro, con intuibili problemi di tutela dell'affidamento dei terzi; problemi per la cui soluzione non si è dettata alcuna regola e che potrebbero essere risolti, secondo me, estendendo al caso nostro la regola dettata nel sistema del registro delle imprese per il caso di contrasto fra il testo di un atto in lingua italiana e quello in lingua straniera (art. 2250, 5° e 6° co., c.c.). In sintesi, ciò consentirebbe alla società di capitali-impresa sociale di opporre il dato che compare in un determinato registro, fatta salva però la possibilità per i terzi di invocare il dato, eventualmente a loro più favorevole, presente in un altro registro. Anche qui, dunque, la moltiplicazione degli strumenti pubblicitari non è neutra e, per così dire, indolore, per la società di capitali-impresa sociale.

**3.3.** Quanto sin qui detto con riferimento alla pubblicità dichiarativa vale anche, con le dovute differenze, in relazione alle fattispecie in cui l'iscrizione produce effetti di tipo costitutivo o sanante, o comunque non

inquadabili nella categoria della pubblicità dichiarativa, alle quali dedico ora qualche cenno.

In particolare possiamo pensare alle trasformazioni, fusioni e scissioni, del cui regime anche pubblicitario si occupa l'art. 42-*bis* c.c. Anche qui le varie iscrizioni richieste dovranno aver luogo in tutti i registri nei quali la società di capitali-impresa sociale è iscritta, se non altro perché in caso contrario perché in caso contrario non solo sarebbero disattese esigenze di tutela dei creditori correlate all'esercizio del diritto di opposizione (come accadrebbe se il termine per l'opposizione ad una fusione potesse maturare pur quando la delibera di fusione sia iscritta nel registro delle imprese ma non anche nel registro unico), ma l'ente risulterebbe trasformato o fuso o scisso in un registro e non nell'altro. Né d'altra parte parrebbe possibile iscrivere l'atto finale del procedimento senza aver adempiuto a tutti gli obblighi pubblicitari precedenti; e non iscrivendosi l'atto finale, perfezionativo dell'operazione straordinaria, non sarebbe possibile procedere ad alcuna altra successiva iscrizione relativa all'ente trasformato, fuso o scisso ma che tale non risulta in quel registro [Ibba, 2019-IV, 636 s.].

Sul piano degli effetti, sembrerebbe applicabile anche nel nostro caso il principio ricavabile da svariate disposizioni societarie in tema di trasformazione, fusione e scissione (che il citato art. 42-*bis*, fra l'altro, richiama "in quanto compatibili"), in virtù del quale, là dove sia richiesta una pluralità di adempimenti pubblicitari, gli effetti costitutivi o sananti ad essi ricollegati si producono nel momento in cui viene eseguito l'ultimo degli adempimenti richiesti (cfr. gli artt. 2504-*bis*, 2° co.; 2506-*quater*, 1° co; l'art. 2504-*quater*, 1° co., richiamato per la scissione dall'art. 2506-*ter*, ult. co.; e, sia pure implicitamente, l'art. 2500-*bis*, 1° co.).

**3.4.** Per quanto riguarda le modifiche statutarie, invece, nel codice del terzo settore non si riscontra alcuna disposizione corrispondente all'art. 2436, 5° co., c.c., sicché la loro efficacia sembrerebbe subordinata alla sola iscrizione nel registro delle imprese, ferma restando la rilevanza dell'iscrizione nel registro unico ai fini della loro opponibilità [Ibba, 2019-IV, 641].

Le cose cambiano, però, se la società di capitali, oltre a essere impresa sociale, è anche ente sportivo dilettantistico, perché l'art. 14, 3° co., d.lgs. 39/2021 ha stabilito che le modifiche statutarie di questi enti "diventano efficaci con l'iscrizione" nel registro delle attività sportive dilettantistiche. In tal modo si è attribuita un'efficacia costitutiva concorrente a un'iscrizione i cui tempi fra l'altro, come abbiamo visto, sono tutt'altro che brevi. La norma citata dunque, combinandosi con la disposizione contenuta nell'art. 2436, 5° co., c.c., rende l'iscrizione nel registro delle imprese (sempre necessaria ma) non più sufficiente al fine della produzione degli effetti modificativi.

**3.5.** Ai problemi sin qui tratteggiati se ne aggiunge forse uno concernente le imprese sociali costituite in forma di s.r.l., riguardo alle quali il conflitto fra più acquirenti della stessa quota parrebbe a prima vista pressoché inestricabile nell'eventualità in cui il primo iscrivente in un registro risultasse secondo iscrivente nell'altro. Ho detto "forse" perché in realtà non è ben chiaro se le cessioni di quote di s.r.l. siano assoggettate a iscrizione nel registro unico e nel registro delle attività sportive (non essendo ciò espressamente disposto) e in ogni caso non vi sono norme che riconducano all'iscrizione in quei registri gli effetti di cui all'art. 2470, 3° co., c.c.; sicché probabilmente la soluzione del conflitto in questione resta affidata solamente alla priorità dell'iscrizione nel registro delle imprese (accompagnata dalla buona fede).

**3.6.** In conclusione, il regime pubblicitario riservato alle società di capitali-imprese sociali nell'ambito della riforma del terzo settore (come pure nell'ambito della riforma degli organismi sportivi), aggiungendosi alla pubblicità già prevista dal codice civile, dà luogo a un concorso di sistemi pubblicitari che sarebbe stato preferibile evitare o che, quanto meno, avrebbe richiesto un coordinamento.

E gli inconvenienti che ho provato a tratteggiare confermano, su un piano più generale, l'inopportunità del concorso fra più sistemi pubblicitari, aventi ad oggetto le stesse situazioni, che interferiscano in ordine alla produzione degli stessi effetti.



## *Le imprese sociali società cooperative*

di **GIUSTINO DI CECCO**

**SOMMARIO.** **1.** UN SISTEMA NORMATIVO “ARTICOLATO” CON UN COMPLESSO INTRECCIO DI RINVII, ESCLUSIONI ED INCLUSIONI. - **2.** LE IMPRESE SOCIALI IN FORMA COOPERATIVA. - **2.1.** LA DISCIPLINA DELLE IMPRESE SOCIALI IN FORMA COOPERATIVA: UNA FATTISPECIE NON UNITARIA ED UNA DISCIPLINA NON UNIVOCA. - **3.** IL COINVOLGIMENTO DEI LAVORATORI ED UTENTI. - **4.** LA DEVOLUZIONE PER PERDITA DELLA QUALIFICA DI IMPRESA SOCIALE. - **5.** LE OPERAZIONI STRAORDINARIE. - **6.** QUALCHE CONSIDERAZIONE CONCLUSIVA.

**1. Un sistema normativo “articolato” con un complesso intreccio di rinvii, esclusioni ed inclusioni.** Il convegno odierno è la migliore dimostrazione di quanto il sistema normativo del terzo settore sia complesso ed articolato.

Anche, infatti, limitando l’attenzione al solo (circoscritto) tema dell’impresa sociale in forma cooperativa occorre districarsi tra norme di non sempre univoco e compatibile contenuto, per di più sparse in un vero e proprio puzzle di fonti, quali (ovviamente):

1. il D. Lgs. n. 112/2017 in tema di “impresa sociale”;
2. il D. Lgs. n. 117/2017 recante il «Codice del Terzo settore»;
3. la legge n. 381/1991 in tema di cooperative sociali;
4. la disciplina codicistica in tema di cooperative;
5. la legge n. 142/2001 in tema di cooperative di lavoro, perlomeno ogni qual volta il rapporto mutualistico abbia ad oggetto la prestazione di opere da parte dei cooperatori (cosa, peraltro, non chiarissima);
6. il D. Lgs. n. 220/2002 in tema di vigilanza (soprattutto in rapporto all’art. 15 D. 112/17);

E che si tratti, in realtà, di un vero e proprio «ginepraio» normativo è agevolmente intuibile già soltanto tentando di comprendere il senso e la portata della ben diversa gerarchia normativa prevista:

a) per un verso, dall’art. 1, comma 4, del D. 112/17 che (come è sin troppo noto) stabilisce che “*Le cooperative sociali e i loro consorzi acquisiscono di diritto la qualifica di imprese sociali*” e che “*Alle cooperative sociali e ai loro consorzi, le*

*disposizioni del presente decreto si applicano nel rispetto della normativa specifica delle cooperative ed in quanto compatibili”;*

b) per altro verso, dall’art. 1, comma 5, del D. 112/17, che, al contrario, prevede che *“Alle imprese sociali [diverse dalle coop sociali] si applicano prima di tutto le norme del D 112/2017 e poi, in quanto compatibili con le queste, le norme del Codice del Terzo settore (D. 117/17), e, in mancanza e per gli aspetti non disciplinati, le norme del codice civile e le relative disposizioni di attuazione concernenti la forma giuridica in cui l’impresa sociale costituita”.*

Ma a complicare ulteriormente il quadro, si aggiunge la tutt’altro che chiara scelta normativa di “escludere” e/o di “non escludere” talune forme d’impresa da specifici segmenti della disciplina specifica dettata per l’impresa sociale dal D. 112/17 (come, ad esempio e rispettivamente, nei casi dell’art. 12, comma 1, per la disciplina delle operazioni straordinarie "non applicabile" alle cooperative e dell’art. 14 per la sottoposizione dell’impresa sociale *“tout court”* alla sola liquidazione coatta amministrativa).

**2. Le imprese sociali in forma cooperativa.** Nessuno dubita, ovviamente, del fatto che la qualifica di “impresa sociale” possa essere volontariamente assunta anche da società cooperative diverse da quelle sociali.

L’art 1 del D. Lgs. n. 112/2017 (sostituendo l’espressione «organizzazioni» utilizzata dall’art. 1 del D. Lgs. n. 155/2006 con la più corretta locuzione «enti») prevede che possono acquisire la qualifica di impresa sociale tutti gli enti privati, inclusi quelli costituiti nelle forme di cui al libro V del codice civile, che (a) esercitano in via stabile e principale una certa attività economica (...) di utilità sociale, diretta a realizzare finalità di interesse generale (secondo l’elencazione di cui all’art. 2); (b) non perseguono (né direttamente, né indirettamente) uno scopo di lucro (art. 3); e (c) non sono “eterodirette” da imprese private con scopo di lucro o da amministrazioni pubbliche (art. 4)

Se, dunque, la qualità di impresa sociale non è preclusa ad alcuna forma organizzativa, non v’è ragione per poter anche soltanto dubitare del fatto che a qualunque società cooperativa, anche non sociale, è lasciata la facoltà di acquisire tale qualifica assoggettandosi alla relativa disciplina.

Parimenti certo, peraltro, è che, tuttavia, l'impresa sociale in forma cooperativa è sottoposta ad una disciplina molto diversa a seconda che sia o meno (anche) una cooperativa sociale.

**2.1. La disciplina delle imprese sociali in forma cooperativa: una fattispecie non unitaria ed una disciplina non univoca.** Le cooperative sociali sono “di diritto” (1) “imprese sociali”; (2) “enti del terzo settore” ex D. Lgs. n. 117/2017; (3) “cooperative a mutualità prevalente” (ex art. 111-*septies* disp. att.); (4) “ONLUS” ex D. lgs. n. 460/1997 sino alla programmata abrogazione della norma ad opera dell’art. 102, comma 2, lett. a) del D. Lgs. n. 117/2017.

Dal punto di vista della gerarchia delle fonti, si tratta di società, come è noto, regolate:

(1) (prima di tutto) dalla legge n. 381/1991;

(2) (ameno in alcuni casi) dalle disposizioni delle cooperative di lavoro di cui alla l. n. 142/2001;

(3) (quindi) dalle norme codicistiche “*in quanto compatibili*” a norma dell’art. 2520 c.c.;

(4) (poi) dalle disposizioni del D. Lgs. n. 112/2017 applicabili (ex art. 1, comma 4) “*nel rispetto della normativa specifica delle cooperative ed in quanto compatibili*”;

(5) (infine) dalle norme del D. Lgs. n. 117/2017 ma soltanto in quanto “*non derogate*” ed in quanto “*compatibili*” con le disposizioni gerarchicamente sovraordinate.

Di contro, le cooperative “non sociali” che decidano di acquisire la qualifica di “impresa sociale” sono regolate (a norma dell’art. 1, comma 5, del D. 112/17):

(1) prima di tutto dalle disposizioni del D. Lgs. n. 112/2017;

(2) quindi dalle norme del D. Lgs. n. 117/2017 in quanto “compatibili”;

(3) infine, e soltanto “*per gli aspetti non disciplinati*”, dalle norme del codice civile (e, se del caso, da quelle speciali a questa “sovraordinate” ex art. 2520 c.c., come nel caso della l. n. 142/2001 per le cooperative di lavoro).

La diversità di fonti normative, come è facile intuire, rompe l’unitarietà del sistema.

La *governance* delle imprese sociali in forma di cooperativa finisce, infatti, per essere un fenomeno “a due facce” che si articola in modo significativamente diverso per le cooperative sociali e le cooperative non sociali.

Il tentativo di ricostruire nel dettaglio il quadro normativo di ciascuna sub-fattispecie è un compito gravoso da “orologiai dell’esegesi” e con potenziali esiti non del tutto sicuri, come è presto dimostrato dalle non risolte discussioni che già hanno affaticato la dottrina specialistica (ad esempio in tema di perdita volontaria della qualità di impresa sociale e di applicazione della disposizione dell’art. 14 del D. 112/17 che esclude la fallibilità delle imprese sociali) e che sono ben evidenti anche soltanto limitando l’attenzione a tre aspetti (per così dire) “ancillari” della disciplina speciale delle imprese sociali, quali quelli attinenti (1) la compartecipazione di lavoratori ed utenti di cui all’art. 11; (2) la devoluzione per perdita della qualifica di impresa sociale di cui agli artt. 12, comma 5 e 15; (3) le operazioni straordinarie di cui all’art. 12, commi 1-4, rinviando alla chiusura qualche considerazione di carattere più generale.

**3. Il coinvolgimento dei lavoratori ed utenti.** L’art. 11 del D. Lgs. 112/17 (rinforzando la precedente norma dell’art. 12 del d. lgs. 155/2006 che ammetteva anche soltanto «l’informazione» degli *stakeholders*) prevede l’obbligatoria previsione nei regolamenti o statuti delle imprese sociali di «*adeguate forme di coinvolgimento dei lavoratori e degli utenti e di altri interessati alle loro attività*», con la triplice (importante) precisazione che:

(a) «*Per coinvolgimento deve intendersi un meccanismo di consultazione o di partecipazione mediante il quale lavoratori, utenti e altri soggetti direttamente interessati alle attività siano posti in grado di esercitare un’influenza sulle decisioni dell’impresa sociale, con particolare riferimento alle questioni che incidano direttamente sulle condizioni di lavoro e sulla qualità dei beni o dei servizi*»;

(b) devono in ogni caso essere espressamente regolati «*i casi e le modalità della partecipazione dei lavoratori e degli utenti, anche tramite loro rappresentanti, all’assemblea degli associati o dei soci*»;

(c) «*nelle imprese sociali che superino due dei limiti indicati nel primo comma dell’articolo 2435-bis del codice civile ridotti della metà*» deve essere prevista «*la nomina, da parte dei lavoratori ed eventualmente degli utenti di almeno un componente sia dell’organo di amministrazione che dell’organo di controllo*».

La norma, per quanto consta, è una delle (se non la) più avanzata disciplina di “*cogestione*” dell’impresa prevista dal nostro ordinamento.

Il che, peraltro, non può stupire: se il tratto essenziale di tutte le imprese sociali è la loro capacità di produrre “esternalità positive”, è naturale che alle (poche o tante) agevolazioni previste (o auspiccate) a favore di tali organizzazioni d’impresa si accompagnino meccanismi di ingerenza esterna nella relativa *governance*.

Sicché la *ratio* della norma è agevolmente individuabile. Meno chiaro, invece, è la ragione e la portata dell’esenzione dettata dal comma 5 della medesima disposizione per tutte le «*cooperative a mutualità prevalente*».

Si può supporre al riguardo che il legislatore abbia ritenuto che ogni qual volta l’attività delle cooperative sia prevalentemente rivolta allo scambio mutualistico (con soci operatori lavoratori od utenti poco importa) il conseguente “*controllo democratico*” dei soci operatori sia già sufficiente a consentire la auspicata “*cogestione*” dell’impresa.

Se così è, tuttavia, non è chiaro se nella suddetta esenzione rientrino unicamente le cooperative che effettivamente rispettino i criteri di prevalenza di cui all’art. 2513 c.c. oppure tutte le cooperative a mutualità prevalente, ivi incluse, cioè, quelle che sono tali solo per presunzione legale e non anche e necessariamente per rispetto del requisito di prevalente attività a favore dei soci (quali, come noto, proprio le cooperative sociali).

Il dubbio è alimentato anche dall’osservazione che questo è l’unico caso in cui il D. lgs. n. 112/17 si riferisce, in luogo che al binomio “cooperative sociali” e “altre società”, alla diversa distinzione tra “cooperative a mutualità prevalente” e “cooperative diverse” (quasi a non voler dare rilevanza, in tal caso, alle peculiarità delle cooperative sociali).

V’è tuttavia da dire che anche accedendo ad una lettura restrittiva dell’esenzione e, dunque, ritenendo che le cooperative sociali non sono tenute a rispettare il precetto non già in ogni caso ma soltanto nel caso in cui rispettino in via di fatto i requisiti di prevalenza dell’art. 2513 c.c., i dubbi non diminuiscono.

Considerato, infatti, che per le cooperative sociali la disciplina speciale del tipo è sovraordinata a quella del D. lgs. n. 112/17 e, soprattutto, che per le cooperative sociali in cui il socio operatore svolge un’attività lavorativa, la disciplina deve essere integrata dalle disposizioni della legge n. 142/2001 che comunque prevedono, all’art. 1, comma 2, una (diversa) disciplina della

cogestione dei (soli) soci-lavoratori, occorre comunque chiedersi se la normativa speciale del tipo "cooperativa sociale" (così integrata) sia sufficiente ad escludere l'applicazione della (più rigorosa) disciplina del D. lgs. n. 112/17 (si badi, per le sole cooperative sociali di lavoro e non anche per le cooperative non sociali, stante la diversa e già ricordata diversa gerarchia delle fonti tra le due forme d'impresa mutualistica).

Senza indugiare troppo sul tema, v'è da rilevare che la compatibilità dipende prima di tutto dall'interpretazione che si dà dell'ambito di applicazione della legge n. 142/2001.

Se si accede all'opinione di autorevole dottrina secondo cui la legge n. 142/2001 non è applicabile alle cooperative sociali, il problema della compatibilità tra norme gerarchicamente diverse evidentemente non si pone con la conseguenza, quindi, che nulla impedirebbe l'applicazione della norma in tema di "cogestione" del D.lgs. n. 112/17 anche alle cooperative sociali non rispettose in via di fatto del requisito dell'art. 2513 c.c.

Di contro, se si ammette che la portata della l. n. 142/2001 si estende a tutte le cooperative (sociali e non) i cui rapporti mutualistici consistono in prestazioni lavorative del socio cooperatore, l'applicazione della norma in tema di imprese sociali alle cooperative sociali la cui attività a favore dei soci non sia prevalente finisce per trovare un ostacolo significativo nella circostanza che la disciplina gerarchicamente sovraordinata è a maglie molto più larghe<sup>1</sup>.

Naturalmente, sono consapevole del fatto che l'esonero, senza altra specificazione, delle «*cooperative a mutualità prevalente*» ben legittima un'interpretazione ampia dell'esclusione e, di conseguenza, l'opposta conclusione secondo cui le cooperative sociali, in quanto cooperative a mutualità prevalente di diritto, sono sempre e comunque al di fuori del campo di applicazione della disposizione speciale.

Segnalo, tuttavia, che una simile conclusione in un'ottica comparativa sarebbe particolarmente stridente laddove si consideri, ad esempio, che la

---

<sup>1</sup> Mentre, infatti, l'art. 1, comma 2, della l. n. 142/2001 si limita a prevedere (genericamente) che «*i soci lavoratori di cooperativa: a) concorrono alla gestione dell'impresa partecipando alla formazione degli organi sociali e alla definizione della struttura di direzione e conduzione dell'impresa; b) partecipano alla elaborazione di programmi di sviluppo e alle decisioni concernenti le scelte strategiche, nonché alla realizzazione dei processi produttivi dell'azienda*», la norma sull'impresa sociale prima prevede diritti di "interferenza" gestoria ben specifici e che comprendono anche con la nomina diretta di un amministratore e di un sindaco da parte di lavoratori ed utenti.

disciplina francese delle cooperative di interesse collettivo è caratterizzato proprio da una chiara e netta “cogestione” diffusa tra soci ed utenti della cooperativa grazie al riconoscimento della qualità di socio, in una chiara logica di impresa *multi-stakeholder*, a cinque diverse categorie di soggetti interessati alle sorti dell'impresa: lavoratori, utilizzatori, volontari, enti pubblici ed investitori.

**4. La devoluzione per perdita della qualifica di impresa sociale.** L'art. 12, comma 5, per il caso (oltre che di scioglimento volontario anche) di perdita volontaria della qualifica di impresa sociale e l'art. 15, comma 8, per l'ipotesi di “perdita coattiva” della qualifica di impresa sociale per atto dell'autorità amministrativa in caso di “*irregolarità non sanabili o non sanate*” dispongono la obbligatoria devoluzione del patrimonio “*residuo*”.

L'obbligo devolutivo è assolto nel primo caso a favore di altri enti del terzo settore costituiti ed operanti da almeno tre anni (con la singolare scelta del beneficiario lasciata al beneficiante) o dei fondi dell'associazione a cui si aderisce “secondo le disposizioni statutarie”; nel secondo caso, a beneficio del fondo dell'associazione a cui si aderisce o, in mancanza, della Fondazione Italia Sociale.

Per ambedue le ipotesi, tuttavia, è fatto espressamente “*salvo quanto specificamente previsto in tema di società cooperative*”.

La salvezza della disciplina generale delle cooperative è di portata incerta, potendo essere letta sia quale prescrizione volta a far semplicemente prevalere l'obbligo di devoluzione (nei limiti in cui sia sussistente) a favore dei fondi mutualistici previsti dalla legge n. 59/92, sia come più generale esonero delle cooperative (sociali e non) dall'obbligo di devoluzione per la perdita della qualifica di impresa sociale<sup>2</sup>.

Orbene, considerato che:

(a) un analogo obbligo devolutivo non è previsto dalla disciplina delle cooperative (sociali e non);

(b) alle cooperative sociali la disciplina del d. lgs. 112/2017 è applicabile (ex art. 1, comma 4) «*nel rispetto della normativa specifica delle cooperative ed in quanto compatibili*»;

---

<sup>2</sup> Come sostenuto, ad esempio e di recente, da E. CUSA, *Frammenti di disciplina delle cooperative con la qualifica di impresa sociale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2021, 2, p. 289.

(c) alle cooperative “non sociali” la disciplina del d. lgs. 112/2017 è applicabile integralmente (art. art. 1, comma 5) trovando applicazione le norme del codice civile soltanto “*per gli aspetti non disciplinati*”, mi pare che l’unica soluzione interpretativa possibile sia articolata e differenziata.

Mentre, infatti, non v’è ragione per ritenere che le cooperative “non sociali” che decidano di rinunciare alla qualifica di impresa sociale o che siano destinatarie di un provvedimento amministrativo di eguale contenuto possano essere esonerate dal prescritto obbligo di devoluzione (seppur) ai fondi mutualistici, per le cooperative sociali il discorso è più complesso.

In primo luogo, infatti, si può dubitare del fatto che dette società possano rinunciare od essere escluse per provvedimento amministrativo da una qualità che è attribuita loro dalla legge senza apparenti eccezioni<sup>3</sup>.

In secondo luogo, anche ove si ammettesse una tale eventualità, occorrerebbe considerare che, per tali cooperative, la prevalente disciplina speciale e codicistica prevede l’obbligo devolutivo soltanto per lo scioglimento e la trasformazione della società e, dunque, non sembra consentire “integrazioni” normative da parte di una disciplina applicabile soltanto “nel rispetto” della prima e nei limiti di una (non meglio specificata) “compatibilità”.

La conclusione appena raggiunta impone, tuttavia, una precisazione.

Rilevato, infatti, che nulla vieta che una cooperativa sociale possa decidere di “trasformarsi” (in senso a-tecnico s’intende) in una cooperativa “non sociale” (di lavoro o di altro genere), occorre prendere atto che la conseguente inevitabile “fuoriuscita” dal novero delle “imprese sociali di diritto” finisce per generare qualche incertezza.

Mentre, infatti, non v’è dubbio che l’abbandono volontario della qualità di “cooperativa sociale” in costanza, tuttavia, dei requisiti per rimanere comunque “impresa sociale” (seppur non più “di diritto”) non fa scattare alcun obbligo devolutivo per la ricordata inapplicabilità della norma speciale alle cooperative sociali, le conseguenze dell’eventuale abbandono della qualità di “cooperativa sociale” in assenza dei requisiti per conservare la qualità di “impresa sociale” sono più incerte.

---

<sup>3</sup> A. FICI, *Le cooperative sociali tra RUNTS e legislazione cooperativa*, in *Terzo settore, non profit e cooperative*, 2021/ 1, pp. 45 e 50.

Se l'assenza di una norma sovraordinata applicabile alle cooperative sociali che tanto preveda potrebbe giustificare l'esonero da ogni obbligo devolutivo anche in tal caso<sup>4</sup>, la constatazione che l'operazione, nel suo complesso, finisce comunque per implicare (seppur "implicitamente") l'abbandono del modello di impresa sociale da parte di una società cooperativa che ha (o non ha più) la qualifica di "cooperativa sociale" ben potrebbe giustificare l'opposta conclusione<sup>5</sup>.

**5. Le operazioni straordinarie.** L'art. 12 del d. lgs. 112/2017 dispone che «*Salvo quanto specificamente previsto dal codice civile per le società cooperative*» (a) le operazioni di trasformazione, fusione e scissione delle imprese sociali «*devono essere realizzate in modo da preservare l'assenza di scopo di lucro, i vincoli di destinazione del patrimonio, e il perseguimento delle attività e delle finalità da parte dei soggetti risultanti dagli atti posti in essere*»; (b) la «*cessione d'azienda o di un ramo d'azienda relativo allo svolgimento dell'attività d'impresa di interesse generale deve essere realizzata, previa relazione giurata di un esperto designato dal tribunale, attestante il valore effettivo del patrimonio dell'impresa, in modo da preservare il perseguimento delle attività e delle finalità da parte del cessionario*».

In realtà, l'espressa esclusione contenuta nell'*incipit* dell'art. 12, comma 1, è stata aggiunta con le disposizioni integrative e correttive di cui al d. lgs. 20 luglio 2018, n. 95.

Anteriormente a tale modifica normativa, il DM n. 50 del Ministero del lavoro e delle politiche sociali del 27 aprile 2018 giungeva alla medesima esclusione in via interpretativa; l'ultimo periodo dell'art. 1, comma 1, dello stesso DM, precisava, infatti, che «*Alle società cooperative si applicano le norme speciali previste dal codice civile*».

Ed invero, mentre l'esclusione delle cooperative sociali dalla norma speciale si poteva (e si può) desumere già dalla regola che dispone la particolare gerarchia

---

<sup>4</sup> Come parrebbe ritenere E. CUSA, *Frammenti di disciplina delle cooperative con la qualifica di impresa sociale*, cit., p. 288, seppur senza esplicitare le ragioni della propria affermazione.

<sup>5</sup> Il che, peraltro, avrebbe il merito di escludere certamente la possibilità che, con chiaro fine elusivo dell'obbligo devolutivo, una cooperativa non sociale che abbia deciso di acquisire volontariamente la qualifica di "impresa sociale" possa decidere di adottare il modello statutario di cooperativa sociale al solo preordinato fine di poter poi abbandonare tale modello e la qualifica di "impresa sociale "beneficiando" (illegittimamente) del relativo esonero dall'obbligo devolutivo. Conseguenza che, diversamente, potrebbe essere evitata soltanto con il ricorso agli istituti generali dell'abuso del diritto o del contratto in frode alla legge ex art. 1344 c.c.

delle fonti normative per tali imprese sociali "di diritto" (e che prevede che la disciplina generale sia sempre prevalente su quella speciale), l'identica esclusione per le cooperative "non sociali", stante la diversa gerarchia normativa che dà priorità proprio alle norme speciali dell'impresa sociale, prima dell'introduzione dell'*incipit* dell'art. 12, comma 1, del D. 112/17 (che, infatti, ha una chiara portata applicativa), era tutt'altro che di agevole giustificazione.

Di contro, dopo la modifica normativa, la conclusione è certa, come anche confermato dalla successiva nota congiunta dei due Ministeri del 31 gennaio 2019 che afferma espressamente che *«In conformità al decreto 50 del Ministro del lavoro del 27 aprile 2018, gli atti e le procedure di trasformazione, fusione, scissione, cessione d'azienda e devoluzione del patrimonio residuo, posti in essere da imprese sociali in forma cooperativa, restano disciplinati dalle norme vigenti»* senza alcuna espressa distinzione tra cooperative sociali e non.

Ciò non di meno, v'è da rilevare che tale ultimo provvedimento si premura (poco opportunamente invero) di aggiungere anche che *«In particolare, non sono assoggettati all'autorizzazione del Ministero gli atti e le procedure sopra indicate che coinvolgano unicamente ed esclusivamente imprese sociali costituite in forma di cooperativa sociale»*; precisazione che, per un verso è del tutto inutile, e, per altro verso, ha anche il demerito di rischiare di ingenerare qualche dubbio sul fatto che, *a contrario*, l'opposta conclusione dovrebbe valere per le operazioni che "coinvolgano" anche (o soltanto) "cooperative non sociali".

Né, purtroppo, si può dire che la questione sia stata chiarita con il nuovo intervento amministrativo di cui alla Nota del Ministero del lavoro del 20 marzo 2020 n. 2835 che, in risposta ad uno specifico quesito avente ad oggetto proprio l'assoggettamento alla procedura autorizzatoria prevista dall'art. 12 del D. n. 112/2017 di un'operazione straordinaria di cessione di ramo d'azienda da parte di una cooperativa sociale a favore di una società iscritta *«nella sola sezione ordinaria del Registro imprese»*, ha singolarmente affermato che (a proprio avviso) *«non essendo la cessionaria in possesso della qualifica di impresa sociale, la stessa non è assoggettata al regime di cui al d. lgs. n. 112/2017»* e che poiché la società cedente, in quanto cooperativa sociale, è assoggettata alle disposizioni specifiche della l. 381/1991 e a quelle in materia di cooperative, *«si ritiene che anch'essa possa ritenersi esclusa dagli obblighi previsti dall'art. 12 comma 4 del medesimo decreto»*. Il tutto seppur con l'ulteriore precisazione (dal

sapere un pò "pilastesco" in verità) che *“le operazioni riguardanti cooperative sociali e altre imprese non aventi qualifica di impresa sociale non ricadono nelle previsioni del decreto legislativo n. 112/2017 e, conseguentemente, nella competenza di questa amministrazione”*.

Rilevato che l'incertezza, in questo ambito, è particolarmente inopportuna considerato che, come è noto, la mancata autorizzazione rende l'operazione inefficace ex art. 12, comma 4, D. 112/17<sup>6</sup>, v'è da dire che le affermazioni dell'ultimo arresto ministeriale sul punto appaiono del tutto errate quanto meno per due ragioni.

In primo luogo, infatti, v'è da rilevare che il fatto che la cessionaria sia o meno in possesso della qualifica di impresa sociale è del tutto irrilevante, visto che tanto l'obbligo di concordare con quest'ultima taluni vincoli sulla futura gestione del ramo ceduto, quanto l'obbligo di ottenere l'autorizzazione governativa ricadono sull'impresa sociale cedente e non già sulla cessionaria.

In secondo luogo, poi, non può non osservarsi che mentre per le cooperative «sociali» la supremazia della normativa codicistica (che non prevede alcuna autorizzazione né alcuna limitazione alla cessione di aziende o rami) rende comunque incompatibile la disciplina del D. 112/17, per le cooperative «non sociali» aventi la qualifica di «impresa sociale» l'espressa esclusione prevista dall'*incipit* dell'art. 12, comma 1, del D. 117/17 non dovrebbe neppure porre il problema.

Ciò detto, si può passare ad una riflessione di carattere più generale.

**6. Qualche considerazione conclusiva.** Il fatto che le cooperative sociali siano considerate, dalla legge, come imprese sociali “di diritto” è circostanza meno chiara di quanto, di primo acchito, si possa essere indotti a pensare.

Se è vero, infatti, che, di norma, l'attribuzione di una certa qualità ad un certo ente per espressa volontà legislativa implica l'esonero dagli oneri imposti in via generale a coloro che intendano assumere la medesima qualifica per propria scelta, è vero anche che, nel caso delle imprese sociali, la conclusione non è così certa.

---

<sup>6</sup> Inefficacia, peraltro, da coordinare (a tutela dei terzi) con la generale regola codicistica secondo cui con l'iscrizione nel registro delle imprese l'invalidità della trasformazione, fusione e scissione non può essere dichiarata (art. 2500-bis c.c.).

Rilevato che l'art. 1, comma 4, del D. Lgs. n. 112/2017 rende comunque applicabili alle cooperative sociali le norme specificamente dettate per le imprese sociali seppur «*nel rispetto della normativa specifica delle cooperative ed in quanto compatibili*», occorre prendere atto della circostanza che l'attribuzione della qualità di impresa sociale parrebbe non del tutto improduttiva di effetti implicando, almeno in teoria, l'applicazione di una, per quanto non chiara, disciplina integrativa.

La dottrina, sul punto, è sostanzialmente divisa.

Da un lato, infatti, v'è chi ritiene che le cooperative sociali, a dispetto della formula legislativa utilizzata, non possono essere "obbligate" ad assumere la qualità di "imprese sociali", stante la natura promozionale di tale qualità ed il generale regime opzionale delle qualifiche previste tanto dalla normativa dell'impresa sociale quanto dal codice del terzo settore<sup>7</sup>.

Dall'altro, vi è chi, all'esatto opposto, deduce dalla locuzione normativa in parola l'attribuzione *ex lege* alle cooperative sociali, della qualità di "impresa sociale" senza oneri di sorta e "senza possibilità di spogliarsi volontariamente della qualifica o di esserne private per atto d'autorità"<sup>8</sup>. La seconda impostazione ha una non trascurabile conseguenza: dover ritenere applicabile alle cooperative sociali quella sola parte della disciplina integrativa che non rechi "oneri e vincoli" finalizzati a "qualificare la fattispecie"<sup>9</sup>; il che, tuttavia, è un insieme dai contorni tutt'altro che definiti<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> Così, in sintesi, G. MARASÀ, *Le cooperative sociali dopo la riforma del terzo settore*, in *Imprese sociali, altri enti del terzo settore, società benefit*, Torino, 2019, p. 86 ss. , per il quale, dunque, la norma in commento ha la sola utilità di "esonere le cooperative sociali (...) dalla verifica in ordine alla sussistenza dei requisiti di qualificazione propri delle imprese sociali, a cui sono invece, sottoposti tutti gli altri enti che aspirano alla qualifica di impresa sociale".

<sup>8</sup> E' la posizione, principalmente, di A. FICI, *La nuova impresa sociale*, in *La riforma del terzo settore e dell'impresa sociale. Una introduzione*, a cura di A. Fici, Napoli, 2018, p. 355 ss.; ID., *Le cooperative sociali tra RUNTS e legislazione cooperativa*, cit., p. 45 (da cui le citazioni nel testo) e di E. CUSA, *Le cooperative sociali come doverose imprese sociali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 4, 2019, p. 948 ss. Nello stesso senso v. anche la nota del Ministero del Lavoro e delle politiche sociali e del Ministero dello Sviluppo economico del 31 gennaio 2019 n. 29103, ove l'affermazione che l'art. 1 comma 4 del DLgs. 112/2017, "attribuisce di diritto alle cooperative sociali e ai loro consorzi la qualifica di imprese sociali, con un evidente scopo premiale e agevolativo", con la conseguenza che tali società non sono soggette né al generale "onere di dimostrare il possesso dei requisiti previsti per la generalità delle imprese sociali né, di conseguenza, [a] quello di porre in essere modifiche degli statuti finalizzate ad adeguarli alle previsioni di cui al decreto in esame".

<sup>9</sup> Così ancora A. FICI, *Le cooperative sociali tra RUNTS e legislazione cooperativa*, cit., p. 49.

<sup>10</sup> Come agevolmente dimostrato dalla diversità di opinioni espresse al riguardo da G. MARASÀ, *Le cooperative sociali dopo la riforma del terzo settore*, cit., p. 95; A. FICI, *Le cooperative sociali tra RUNTS e legislazione cooperativa*, cit., p. 49 ss. e da E. CUSA, *Le cooperative sociali come doverose imprese sociali*, cit., p. 987 ss.

Se autorevole dottrina, efficacemente, rileva al riguardo che “il legislatore se l'è cavata a buon mercato”<sup>11</sup> lasciando all'interprete un compito gravoso e dagli esiti assai incerti, non v'è altro da aggiungere se non che non è questa la sede per affrontare un tema così delicato.

Certo è, tuttavia, che le differenze tra le diverse impostazioni sono sostanziali e conducono a conseguenze applicative rilevanti soprattutto (anche se non soltanto<sup>12</sup>) per quegli aspetti della normativa “integrativa” che non sono espressamente regolati dalla disciplina “primaria” o, se si preferisce, per ogni interpretazione del silenzio della regolamentazione gerarchicamente sovraordinata.

Il che, all'evidenza, non è un buon inizio per una disciplina che ha la dichiarata aspirazione di rinnovare e stimolare un importante settore delle nostre imprese non lucrative.

---

<sup>11</sup> G. BONFANTE, *Cooperative sociali, imprese sociali e lca: un tertium genus di imprese?*, in *Soc.*, 2021, p. 802.

<sup>12</sup> E basti considerare quanto osservato da G. BONFANTE, *Cooperative sociali, imprese sociali e lca: un tertium genus di imprese?*, cit., p. 802 con riguardo, addirittura, alla possibile esclusione dal fallimento delle cooperative sociali: “se è pur vero che la L. n. 381/1991 nulla dice in tema di insolvenza dovendosi quindi rifare alla disciplina generale, è altrettanto vero che la lca espressamente prevista per la impresa sociale costituisce un elemento caratterizzante questa figura teso a rimarcare la sua operatività in campo sociale e non meramente commerciale. Ma, a questo punto, se la cooperativa sociale è considerata di diritto impresa sociale, atteso il silenzio della L. n. 381/1991 in tema di insolvenza, non pare a chi scrive che l'applicazione dell'art. 14, D.Lgs. n. 112/2017 in tema di lca costituisca un *vulnus* rispetto alla disciplina generale della cooperativa (atteso fra l'altro che prevede la lca sia pure in coabitazione con il fallimento) quanto piuttosto un'integrazione della stessa L. n. 381/1991 ovvero della disciplina della cooperativa sociale divenuta ora anche impresa sociale



## *Le fondazioni di partecipazione nel codice del Terzo settore*

di ANTONIO DAMIANO

1. Le c.d. fondazioni di partecipazione (partecipative o associative) sono nate nella prassi oltre mezzo secolo fa valorizzando gli spazi concessi all'autonomia privata in base alle previsioni degli artt. 11 e seg. c.c.

La figura ha trovato soprattutto con il d. lgs n. 117/2017 (in seguito, anche codice del terzo settore - CTS) l'approdo normativo di ente "nominato" all'interno di una regolamentazione non più confinata, come finora era avvenuto, negli ambiti certamente più angusti di leggi, per così dire, a "specialità più ristretta" e, per lo più, a connotazione (anche) pubblicistica.

Il che innesca il problema delle inevitabili antinomie originate dal sovrapporsi di fonti regolatorie di portata più generale, problema complicato dal fatto che questo modello di ente, a differenza di altri che possono operare come ETS, già scontava le difficoltà di una ricostruzione sistematica della regolamentazione che doveva fare i conti con la natura "ibrida" dell'istituto.

2. Sintetizzando – e forse semplificando gli elementi caratterizzanti la fondazione di partecipazione – è possibile identificarne le peculiarità rispetto alla fondazione regolata dal codice civile (in seguito, per comodità espositiva, anche fondazione tradizionale).

In buona sostanza, la fondazione associativa si differenzia rispetto a quella tradizionale per una diversa declinazione di alcuni elementi tipologici:

- la presenza di una pluralità di fondatori e, soprattutto, la possibilità di adesione di nuovi partecipanti all'ente nel corso della sua esistenza;
- la previsione di meccanismi finalizzati a un incremento progressivo del patrimonio, anche attraverso apporti successivi a quello iniziale in presenza di una dotazione originaria che può essere o divenire insufficiente rispetto al perseguimento dello scopo;
- ferma la centralità del momento gestionale dell'ente, il coinvolgimento attivo dei partecipanti nella sua amministrazione,

per lo più attraverso la partecipazione a un organo para-  
assembleare.

3. Mi vorrei soffermare in particolare su due aspetti riguardanti le  
fondazioni partecipative, vale a dire se:

- 1) tenuto conto delle nuove regole, esse si siano avvicinate al tipo  
associazione oppure permangano nell'area del tipo fondazione  
oppure ancora abbiano intrapreso un percorso di affrancazione  
come *tertium genus*;
- 2) la disciplina organizzativa ricavabile dal d. lgs n. 117/2017 per le  
fondazioni partecipative ETS, al netto della sua maggiore  
articolazione per la presenza necessaria dell'organo di controllo,  
abbia avuto un significativo rilievo novativo sul piano regolatorio  
rispetto alle fondazioni associative non ETS.

4. Se partiamo dal dato normativo, nel sostanziale silenzio del d. lgs  
n. 112/2017 sull'impresa sociale, è il CTS che nomina specificamente le  
fondazioni associative con la locuzione "fondazioni (...) il cui statuto prevede  
la costituzione di un organo assembleare o di indirizzo, comunque  
denominato".

Peraltro, le norme che si riferiscono specificamente alla fondazione di  
partecipazione sono scarse e si presentano redatte tecnicamente come mere  
"appendici" di chiusura di articoli riferiti alle associazioni ETS.

Emerge, mi pare con evidenza, non solo la frammentarietà  
dell'intervento regolatorio ma anche, mi sia consentito, la sua sostanziale  
disorganicità.

Il che sembra escludere alla radice che esso possa impiantarsi  
nell'ordinamento come *corpus* normativo dotato di rilievo sistematico e rende  
arduo ogni tentativo ricostruttivo che volesse comunque muoversi in quella  
direzione.

5. Con riguardo al tema della collocazione tipologica della fondazione  
di partecipazione, a me pare che nessuna delle disposizioni del CTS sia in  
grado di alterare i tratti fondamentali della connotazione dell'ente, come

elaborati dagli autorevoli interpreti che hanno indagato la materia sulla base della disciplina civilistica generale.

Sembra avvalorato, a mio avviso, pure dalla scelta terminologica del legislatore che indica gli enti in esame come le “fondazioni (...) il cui statuto prevede la costituzione di un organo assembleare o di indirizzo, comunque denominato”, che la fondazione partecipativa funzionalmente continua a essere una fondazione e che è l’elemento strutturale-organizzativo a conferire i tratti più marcati di differenziazione di questo modello rispetto alla fondazione tradizionale, potendo contribuire ad arricchire la fattispecie, fermi i suoi caratteri codicistici.

D’altro canto, il CTS sembra lasciare libera l’autonomia privata di prefigurare o meno “un organo assembleare o di indirizzo, comunque denominato” anche in una fondazione di partecipazione e pertanto va probabilmente escluso un rilievo di questo elemento organizzativo pure ai fini dell’identificazione di una fattispecie di fondazione associativa tipizzata soltanto sul piano strutturale. Nessuna norma del CTS sembra infatti impedire la possibilità di configurare una fondazione priva del suddetto organo ma comunque qualificabile come fondazione di partecipazione in quanto costituita, per esempio, da una pluralità di fondatori e di altri partecipanti e (o) connotata da una dotazione patrimoniale che può accrescersi con nuovi apporti, anche da parte di partecipanti diversi da quelli originari, nel corso della vita dell’ente.

Del resto, le norme del CTS, in particolare quelle sull’organizzazione, si rivolgono, di regola, a tutte le tipologie di fondazioni, partecipative e non (v. per esempio, l’art. 26, comma 8, che richiama i commi 3, 6 e 7, in materia di organo di amministrazione, l’art. 30 sull’organo di controllo, l’art. 31 sulla revisione legale dei conti), mentre con specifico riguardo alle fondazioni associative si incentrano per lo più sull’estensione a queste ultime, sempre che siano dotate dell’organo para-assembleare, dell’applicazione di alcune regole – in via dispositiva o per espressa scelta statutaria, dunque in ogni caso consentendo opzioni alternative rimesse all’autonomia privata – stabilite per le associazioni al fine di disciplinare l’adesione all’ente (art. 23) e di definire il procedimento deliberativo dell’assemblea (art. 24) nonché le sue competenze (art. 25).

Si ha dunque la conferma da una parte che la fondazione resta un fenomeno giuridico fondamentalemente organizzativo di un'attività a imputazione meta-individuale volta a regolare l'impiego di un patrimonio in vista della realizzazione di uno scopo e che il suo assetto strutturale può variare in maniera anche significativa senza per ciò solo alterarne gli elementi funzionali essenziali che la connotano, vale a dire: la prefigurazione nell'atto di fondazione, con caratteristiche di sostanziale indisponibilità e immutabilità durante la vita dell'ente, di uno scopo-fine e di uno scopo-mezzo/oggetto ai quali collegare una dotazione patrimoniale in vista della etero-destinazione dei risultati dell'attività svolta.

Dall'altra parte, che l'istituzione dell'organo para-assembleare, anche, ma non necessariamente, aperto alla partecipazione di soggetti diversi dai fondatori originari e il suo coinvolgimento attivo nella gestione dell'ente con l'attribuzione di specifiche competenze continuano a costituire gli elementi di rottura più significativi della fondazione di partecipazione, ETS e non ETS, rispetto alla fondazione tradizionale, senza però che la sua presenza possa per ciò solo trasfigurarla in un'associazione.

Si rinsalda dunque l'idea che la fondazione associativa resti un modello più strutturato della fondazione tradizionale nell'ambito di uno schema funzionale che si mantiene unitario.

Non è un caso, allora, che nessuna previsione del CTS regoli gli elementi funzionali essenziali del tipo fondazione, la presenza e l'identificazione dei quali viene anzi ricondotta a presupposto giuridico per compiere il più volte richiamato vaglio di compatibilità delle norme previste per gli altri enti associativi (v. per esempio, l'art. 25, comma 3).

In definitiva, il CTS non sembra aver spostato i confini tipologici degli enti del libro I del codice civile, non interferendo sugli elementi sui quali pare potersi appuntare il valore funzionale tipizzante dell'ente fondazione, e inevitabilmente anche della fondazione di partecipazione, rispetto all'associazione, fermo in ogni caso che *tertium non datur*.

**6.** Per quanto concerne la verifica del rilievo che il CTS ha avuto nell'innovare la regolazione organizzativa della fondazione associativa ETS rispetto alla fondazione di partecipazione non ETS (in seguito, per comodità

espositiva, anche fondazione associativa ordinaria), va anzitutto osservato in via generale che il legislatore del terzo settore, pur avendo “nominato” la fondazione di partecipazione, non sembra averle riservato un’attenzione particolare, nonostante che essa, per la sua crescente diffusione nella prassi operativa, avrebbe forse meritato una considerazione maggiore.

In sostanza, è difficile ricostruire dal testo normativo una vera e propria disciplina speciale delle fondazioni partecipative ETS alternativa a quella delle fondazioni non ETS.

D’altra parte, sembra che nel CTS abbia prevalso non la funzione “regolatoria”, qui intesa come produzione di norme davvero innovative, atteso che è difficile negare che la più parte delle regole previste dal CTS per le fondazioni partecipative ETS possano disciplinare anche le fondazioni partecipative non ETS in base al codice civile; quanto la funzione “consulenziale”, attraverso la selezione di alcune regole certamente accessibili all’autonomia privata già in base alle regole codicistiche generali, con alcune di queste rese di carattere dispositivo.

Considerata la natura di questo intervento, mi limito a pochi esempi.

7. Con specifico riferimento alle fondazioni partecipative ETS le previsioni del CTS che estendono a queste ultime, “in quanto compatibili ed ove non derogate dallo statuto”, le norme dispositive dell’art. 23 sulle procedure di ammissione di un nuovo partecipante all’ente non sembrano avere una portata novativa rilevante, atteso che non è a mio avviso dubitabile che già in base alla disciplina del codice civile le scelte regolatorie indicate nell’art. 23 possano essere compiute in una fondazione di partecipazione non ETS, sia pure da attivare attraverso una previsione statutaria in tal senso.

Non appaiono previsioni foriere di significative ricadute sistematiche neppure le disposizioni concernenti la nomina degli amministratori (art. 26, commi 4 e 5), considerato che per la più parte quanto da esse disposto con riferimento alla disciplina della fondazione associativa ETS sembra poter costituire una regola d’autonomia privata attuabile pure al di fuori del settore ETS.

Ancora, non solo le regole procedurali stabilite per l’assemblea delle associazioni dall’art. 24 CTS e applicabili all’organo para-assembleare

della fondazione di partecipazione non sembrano rappresentare una disciplina riservata in via esclusiva alle fondazioni partecipative che operano come ETS, ma anche quelle volte all'individuazione delle competenze indicate nell'art. 25, comma 1, attribuibili all'organo para-assembleare della fondazione partecipativa in base al comma 3 del medesimo art. 25, sempre che siano "compatibili con la natura dell'ente quale fondazione" e fermo "il rispetto della volontà del fondatore".

La stessa formulazione dell'art. 25, comma 3, attenua il suo carattere speciale quale norma riferita alle fondazioni di partecipazione che siano anche ETS.

La verifica della coerenza dell'attribuzione delle competenze all'organo para-assembleare alla natura di fondazione non è sempre agevole: per esempio, nel caso di quelle relative alla modificazione dell'atto costitutivo e dello statuto (lett. f) e allo scioglimento nonché alla trasformazione, fusione o scissione (lett. h) tenuto conto delle previsioni dell'art. 28 c.c., dell'art. 42-*bis* c.c. e dell'art. 2500-*octies* c.c.; oppure di quella concernente la deliberazione sull'azione di responsabilità dei componenti degli organi sociali, in particolare degli amministratori alla luce della regola generale dell'art. 25 c.c. che rimette all'autorità governativa la "autorizzazione" all'esercizio delle azioni di responsabilità contro di essi (gli artt. 25 e 28 c.c. sono espressamente richiamati, insieme all'art. 26 c.c., dall'art. 90 del CTS). In ogni caso, chiama in gioco la valutazione di tutti gli elementi caratterizzanti le fondazioni partecipative in relazione ai tratti tipologici della fondazione tradizionalmente intesa e pertanto finisce per coinvolgere inevitabilmente la figura della fondazione partecipativa in quanto tale, dunque anche non ETS.

**8.** Tralascio per ragioni di tempo le norme applicabili a tutte le fondazioni ETS, comprese dunque quelle di partecipazione, in materia sia di amministrazione, contenute nell'art. 26, commi 3, 6 e 7, richiamate dall'art. 26, comma 8, sia di controllo interno ed esterno ai sensi rispettivamente dell'art. 30 e dell'art. 31, anch'esse comunque di ridotta portata evolutiva, a me pare, rispetto alla disciplina delle fondazioni associative ordinarie, almeno per quanto concerne il profilo attinente al fatto che per queste ultime molte di

queste regole organizzative, pur non previste dalla legge, neppure nella forma dispositiva, sono comunque attivabili per scelta d'autonomia statutaria.

9. In conclusione, dalle norme contenute nel CTS non sembra possa ricavarsi uno "statuto" della fondazione partecipativa realmente autonomo rispetto a quella ordinaria, neppure nel settore ETS: alcune concorrono a configurare una disciplina legale di *default*, comunque derogabile dall'autonomia privata; altre esplicitano possibili opzioni rimesse a scelte statutarie; tutte disegnano una disciplina che per le fondazioni partecipative non ETS può comunque derivare da regole di auto-produzione negoziale ammesse in base alle norme civilistiche generali.

Il CTS ha però il pregio di aver contribuito a emancipare ulteriormente sul piano giuridico la figura della fondazione di partecipazione, abbozzando una sua tipicità, sia pure ancora settoriale.

E forse anche quello di offrire un catalogo di scelte d'autonomia agli enti operanti al di fuori del terzo settore, che sia pure già ampiamente diffuse nella prassi, hanno ricevuto una conferma di legittimità normativa.

È difficile oggi prevedere se e in quale misura in via interpretativa si possano realizzare travasi regolatori dalla legge speciale del CTS a quella generale del codice civile.

È però auspicabile che le norme del CTS possano favorire un percorso evolutivo della figura, meglio se all'interno di un disegno riformatore più ampio e organico che coinvolga tutti gli enti del libro I del codice civile. *Aspettando Godot.*



## *Impresa sociale e start up innovative a vocazione sociale*

di **PIER PAOLO PIRANI**

**SOMMARIO:** **1.** INTRODUZIONE AL TEMA. IL QUESITO: PUÒ UNA START UP A VOCAZIONE SOCIALE ASSUMERE ANCHE LA QUALIFICA DI IMPRESA SOCIALE? **2.** IL QUADRO NORMATIVO DI RIFERIMENTO. **3.** LE RAGIONI GIURIDICHE ALLA BASE DELLA DEDOTTA INCOMPATIBILITÀ TRA LA QUALIFICA DI IMPRESA SOCIALE E SIAVS. **4.** IL COMMENTO. **5.** CONCLUSIONI.

**1. Introduzione al tema. Il quesito: può una start up a vocazione sociale assumere anche la qualifica di impresa sociale?** Grazie Presidente.

Per ragioni di tempo passo subito al tema del mio intervento: come detto, le imprese sociali e le start up innovative a vocazione sociale.

Più in particolare, mi vorrei soffermare sul rapporto tra quest'ultime e se sia ipotizzabile "l'acquisto" da parte di un soggetto giuridico di entrambe le qualifiche.

Il quesito origina da una richiesta di chiarimenti presentata a gennaio 2021 al Ministero dello Sviluppo Economico con la quale è stato chiesto un parere "circa la possibilità, per una start up innovativa a vocazione sociale, di ottenere l'iscrizione nella sezione speciale del registro delle imprese dedicata alle imprese sociali" e quindi di assumere la qualifica sia di SIAVS, sia di impresa sociale.

Valutata la novità e importanza della questione, il Ministero dello Sviluppo Economico ha ritenuto opportuno acquisire il parere del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, Direzione generale del Terzo Settore.

A marzo 2021, il Ministero del lavoro e delle politiche sociali ha sancito "l'impossibilità per un soggetto giuridico, in base all'attuale quadro normativo, di essere titolare contemporaneamente di entrambe le qualifiche".

In altri termini, l'eventuale acquisizione (in presenza dei presupposti di legge) della qualifica di impresa sociale dovrà pertanto avvenire contestualmente (o successivamente) alla perdita della qualifica di SIAVS.

A seguito del parere del Ministero del lavoro e delle politiche sociali – condiviso dal Ministero dello Sviluppo Economico – molte Camere di

Commercio si sono mosse per comunicare a diverse realtà imprenditoriali “l'incompatibilità dell'iscrizione nella sezione speciale delle Start-up innovative con l'iscrizione nella sezione delle Imprese sociali”.

Si è dunque acceso un forte dibattito tra gli operatori del settore che ha spinto, tra l'altro, un gruppo di parlamentari a scrivere lo scorso maggio una lettera aperta al Ministro per chiedere “un suo interessamento e intervento diretto e tempestivo per evitare il paradosso che il MISE, invece di aiutare la nascita e sviluppo delle imprese, emani note che di fatto mettono a repentaglio l'attività di impresa e la sopravvivenza stessa di tante realtà imprenditoriali italiane”.

## **2. Il quadro normativo di riferimento. Ma cosa sono le IS e SIAVS?**

Sempre per ragioni di tempo mi limito a ricordare che l'impresa sociale è una figura trans-tipica: una qualifica che possono assumere gli enti giuridici che intendano svolgere attività d'impresa di interesse generale per finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale.

È una figura trans-tipica, perché la qualifica<sup>1</sup> comporta l'applicazione di una stessa disciplina normativa e può essere assunta, tra l'altro, da:

- associazioni
- fondazioni
- società (in origine) cooperative
- società (in origine) lucrative
- “forme” di consorzi e di reti
- enti religiosi civilmente riconosciuti

Quale che sia la “forma” utilizzata, lo scopo è sempre civico, solidaristico e di utilità sociale.

Le start up innovative a vocazione sociale (SIAVS) sono state introdotte dal d.l. n. 179/2012 che, come noto, ha introdotto il più ampio *genus* delle start up innovative rispetto alle quali le SIAVS possono essere considerate una *species*.

---

<sup>1</sup> Assumendo la qualifica di IS, le imprese sono soggette a una serie di obblighi e beneficiano di agevolazioni, specie fiscali. Non possono acquisire la qualifica di IS le società unipersonali con socio unico persona fisica, le amministrazioni pubbliche e tutti gli enti i cui atti costitutivi limitino, anche indirettamente, le erogazioni di beni e servizi in favore di soci o associati.

Ai sensi dell'art. 24, co. 4, d.l. n. 179/2012, per assumere la qualifica di SIAVS è necessario, da un lato, che l'ente sia in possesso dei requisiti propri della start up innovativa<sup>2</sup> e, dall'altro lato, che operi in via esclusiva nei settori di rilevanza sociale indicati originariamente dal d. lgs. n. 155/2006 e oggi richiamati dal d.lgs. n. 112/2017 in considerazione di quanto previsto dall'art. 19 del citato decreto.

**3. Le ragioni giuridiche alla base della dedotta incompatibilità tra la qualifica di impresa sociale e SIAVS.** Si è detto che il Ministero del lavoro e delle politiche sociali ha ritenuto che “i due istituti sono ben distinti e incompatibili” per diverse ragioni.

Anzi tutto, le SIAVS non sarebbero annoverabili tra i soggetti del Terzo settore in quanto la loro natura resta quella di enti lucrativi e cioè che distingue in maniera inequivocabile le due qualifiche, infatti, è la loro diversa connotazione rispetto al carattere della lucratività.

Per le SIAVS (ma più in generale, per le start up innovative) il divieto di distribuzione degli utili è posto dal d.l. 179/2012 quale limite meramente temporaneo e non quale caratteristica permanente dell'ente. Esso è essenzialmente finalizzato a una rapida crescita dimensionale dell'impresa, in modo che i proventi dell'attività, conseguiti anche grazie alle agevolazioni riconosciute alle start up innovative, siano destinati a consolidare gli investimenti effettuati nella fase iniziale di attività e non “dispersi” a vantaggio immediato e diretto dei soci.

Il divieto di ripartizione (anche indiretta) degli utili, di cui all'art. 3 del d. lgs. n. 112/2017, con le limitate attenuazioni definite dalla stessa norma, è al contrario una condizione “permanente” che l'impresa sociale è tenuta a rispettare, in modo da assicurare la destinazione del proprio patrimonio all'effettivo perseguimento di finalità solidaristiche e di utilità sociale. Tale destinazione comporta l'obbligo di devolvere il proprio patrimonio in caso di perdita della qualifica – ovvero di fuoriuscita anche volontaria dal perimetro del Terzo settore – ad altri enti accomunati dalle medesime caratteristiche.

---

<sup>2</sup> Società di capitali non quotata, costituita da non più di 60 mesi e non da fusione o scissione societaria, residente in Italia, con determinati requisiti dimensionali, non distribuisce né ha distribuito utili, ha un oggetto sociale innovativo e possiede almeno un requisito tra spese di ricerca e sviluppo o personale qualificato o privativa industriale.

Oltre alla differente “ratio” dei due istituti, l'impossibilità per un'impresa di assumere contemporaneamente la qualifica di SIAVS e di impresa sociale deriverebbe anche dalla netta differenza tra le due discipline e l'assenza di un criterio gerarchico in base al quale ordinare le diverse fonti normative.

**4. Il commento.** L'interpretazione del Ministero dello Sviluppo Economico resa sulla base del parere del Ministero del lavoro e delle politiche sociali è condivisibile? Vi è una incompatibilità assoluta tra qualifica di impresa sociale e qualifica di SIAVS?

Forse, non del tutto.

Si è detto che la ragione giuridica principale adottata dal Ministero per giustificare l'incompatibilità tra SIAVS e impresa sociale è “di *ratio legis*”: ciò che distinguerebbe le qualifiche è la loro diversa connotazione rispetto al carattere della lucratività. In particolare:

- per le SIAVS, il divieto di distribuzione degli utili è un limite meramente temporaneo e non è una caratteristica permanente dell'ente;
- per l'impresa sociale, il divieto di ripartizione (anche indiretta) degli utili, con limitate attenuazioni, è una condizione “permanente”.

L'affermazione non mi pare del tutto convincente.

La possibilità di assumere la qualifica sia di SIAVS, sia di IS non mi sembra sia impedita dal d.l. n. 179/2012 e non mi sembra possa rappresentare un ostacolo l'origine lucrativa della SIAVS posto che proprio la disciplina delle imprese sociali consente ai modelli lucrativi di caratterizzarsi in senso non lucrativo.

Certo l'assunzione contemporanea delle due qualifiche richiede uno sforzo dell'autonomia statutaria volto al rispetto di entrambe le discipline normative, secondo un criterio che mi pare debba necessariamente essere quello del recepimento statutario della regola più rigorosa.

Così, per esempio, la SIAVS dovrà prevedere statutariamente il divieto assoluto di distribuzione di utili ai soci ex d.l. n. 179/2012 nei suoi primi 6 anni di “vita” e indicare se successivamente resterà precluso ogni

lucro soggettivo o troveranno applicazione le disposizioni più o meno rigide dettate dal d. lgs 112/2017.

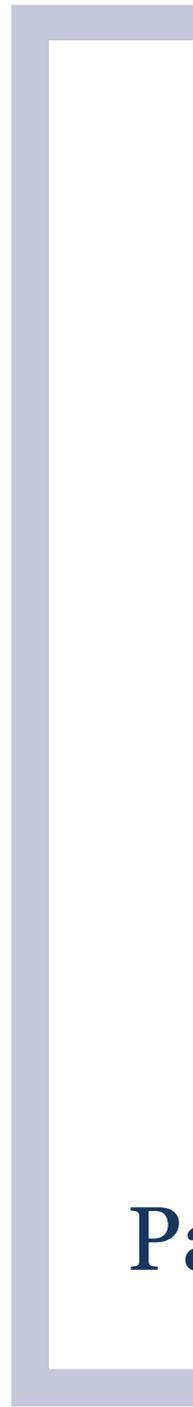
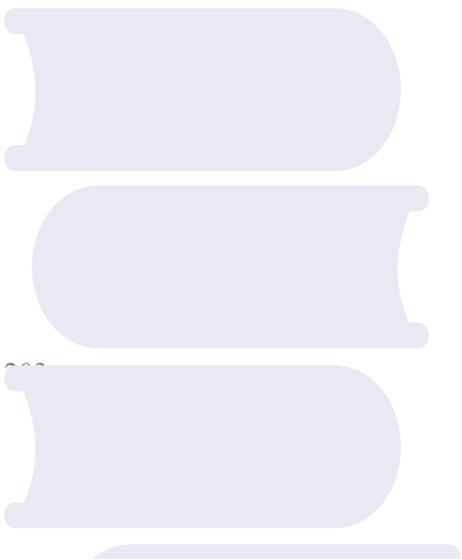
L'assunzione della "doppia qualifica" comporta dunque l'intervento dell'autonomia privata per "plasmare" l'impresa societaria alle regole organizzative sia delle SIAVS, sia delle IS, salvaguardando il diritto di recesso se l'acquisto della qualifica di IS avvenga durante la vita societaria considerati i suoi riflessi sulla lucratività dell'ente.

In questo modo, l'introduzione di molte delle norme caratterizzanti l'IS, anche in tema di organo di controllo interno e di informazione contabile, dovrebbe far superare in via statutaria quel rischio d'incompatibilità tra le norme organizzative e di *governance* dettate per le SIAVS e le imprese sociali che è stato paventato dal Ministero.

**5. Conclusioni.** Secondo la relazione 2020 sullo stato di attuazione della *policy* a sostegno delle start up e pmi innovative presentata dal Ministro per lo Sviluppo Economico al Parlamento, le startup innovative a vocazione sociale sono in tutto 230 (36 in più rispetto all'anno precedente) e rappresentano poco più del 2% del totale delle start up iscritte presenti nel nostro ordinamento.

Il 73% delle startup innovative a vocazione sociale opera nel macro-settore dei servizi e le restanti imprese a vocazione sociale operano, per il 16,1%, nel settore dell'assistenza sociale e sanitaria e il 10,9% è impegnato in attività di formazione ed istruzione.

Le startup innovative a vocazione sociale non sono ancora un fenomeno rilevante in termini numerici ma la maggior parte delle SIAVS operano in settori tradizionali del terzo settore: pertanto, "cavalcare" l'incompatibilità tra la qualifica di SIAVS e IS rischia di compromettere l'uso di questa forma d'innovazione sociale danneggiando, mi pare senza motivo, iniziative socialmente importanti.



Parte terza

# Note a sentenza degli studenti





***Una nuova pronuncia della Cassazione su ne bis in idem e reati tributari (nota a Cass. pen. Sez. III, n. 4439/2021)***  
di GIORGIO ARDIZZONE

## **1. Il caso**

La sentenza in commento costituisce l'ultimo approdo della Suprema Corte sul tema del cosiddetto "doppio binario" sanzionatorio in materia tributaria<sup>1</sup>. Nel caso sottoposto all'attenzione dei giudici di legittimità, l'imputato, relativamente all'annualità del 2010, aveva indicato elementi passivi inesistenti nelle dichiarazioni fiscali relative all'imposta sui redditi e all'IVA superando le soglie di punibilità previste dall'art. 4 del d. lgs. 74/2000. Con riferimento al medesimo fatto, nell'aprile del 2015 il suddetto imputato era stato destinatario di un avviso di accertamento da parte dell'Amministrazione finanziaria che conteneva altresì l'irrogazione della sanzione pecuniaria prevista dal primo comma dell'art. 13 del d. lgs. 471/1997, definitivamente versata all'Amministrazione nell'ambito della procedura di accertamento con adesione. Il procedimento penale per il delitto di dichiarazione infedele intentato nei confronti dell'imputato contestualmente all'avvio del procedimento amministrativo era poi stato definito dalla sentenza in commento.

---

<sup>1</sup> Come noto, gli artt. 19, 20 e 21 del d. lgs. 74/2000 regolano i rapporti tra il procedimento amministrativo e procedimento penale nei seguenti termini: i due procedimenti proseguono parallelamente ma la sanzione amministrativa irrogata all'esito del relativo procedimento è ineseguibile fino al passaggio in giudicato della sentenza penale. A seguito della definizione del procedimento penale, la sanzione amministrativa rimane ineseguibile a due condizioni: che il giudice accerti rilevanza penale del fatto e riconosca un rapporto di specialità tra illecito penale e illecito amministrativo. Altrimenti, il contribuente dovrà subire il "peso" di entrambe le sanzioni nel caso in cui sia condannato in sede penale. Pertanto, la legge prevede espressamente un duplice procedimento a carico del contribuente ma mira a risolvere il cumulo sanzionatorio sul piano sostanziale. La giurisprudenza appare comunque orientata verso una lettura particolarmente restrittiva del principio di specialità ed ammette pacificamente il concorso tra sanzioni penali e amministrative. Cfr. Cass. S.U. n. 37424/2013 e 37425/2013 per i delitti di omesso versamento IVA e omesso versamento di ritenute e Cass. pen. Sez. III, n. 42462/2010 e Cass. pen. Sez. III, n. 30267/2014 per il delitto di indebita compensazione.

## 2. Il dialogo tra le Corti e l'attuale interpretazione del *ne bis in idem*

La sentenza costituisce, come anticipato, l'ultima "tappa" del dialogo che si è sviluppato tra le Corti nazionali e sovranazionali attorno all'operatività del *ne bis in idem* in caso di concorso tra sanzioni formalmente amministrative ma sostanzialmente penali e sanzioni penali per il medesimo fatto. A partire dalla sentenza *A e B c. Norvegia*<sup>2</sup>, è ormai pacifico che, in questi casi, la garanzia prevista dall'art. 4 del Protocollo 7 non opera automaticamente a seguito della definizione del primo procedimento<sup>3</sup>. Al contrario, la sua applicazione è subordinata al rispetto di un "test di connessione" tra i due procedimenti il cui esito positivo farebbe ritenere che tra loro sussista un rapporto di complementarietà tale da qualificarli come parti integranti di un unico procedimento. Di conseguenza, non è più possibile ritenere che il cumulo procedimentale comporti *sempre* una violazione del *ne bis in idem*, ma tale valutazione dovrà essere effettuata caso per caso secondo la più o meno stretta connessione tra procedimenti. Il test consiste in un duplice accertamento: una verifica del legame cronologico tra i due procedimenti e un accertamento del legame "sostanziale" sulla base di quattro noti indici elaborati dalla Corte EDU: a) la prevedibilità del cumulo procedimentale; b) la complementarietà degli scopi dei due procedimenti così che sia possibile ritenere che ciascuno dei due miri a sanzionare diversi aspetti della condotta antisociale; c) il coordinamento tra i due procedimenti volto a evitare, per quanto possibile, una duplicazione nella raccolta e nella valutazione della prova; d) "soprattutto", la proporzionalità complessiva

---

<sup>2</sup> C. Eur. Dir. Uomo, 15 novembre 2016, ricorsi n. 24130/11 e 29758/11, *A e B c. Norvegia* con nota di VIGANÒ, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in *Dir. pen. cont.*, 2016.

<sup>3</sup> La "Guide on art. 4 of protocol n. 7 to the ECHR" di aprile 2021 reperibile sul sito della CEDU chiarisce i diversi passaggi logici da affrontare per verificare se vi sia o meno una violazione della garanzia prevista dalla Convenzione. In particolare, occorre dapprima verificare se entrambi i procedimenti riguardano illeciti aventi natura sostanzialmente penale secondo i noti "criteri di Engel". In seguito, occorre accertare che entrambi i procedimenti riguardino gli stessi fatti e si rivolgano nei confronti della stessa persona. Solo ove ricorrano tali requisiti, la Corte EDU svolge il test di connessione sostanziale e temporale al fine di verificare se vi sia o meno una duplicazione di procedimenti tale da fare ritenere violato il divieto di doppio giudizio.

della sanzione integrata che dovrebbe essere assicurata tramite un meccanismo che consenta al giudice del procedimento che si chiude per secondo di tener conto della sanzione irrogata all'esito del primo<sup>4</sup>.

Tale interpretazione della Corte di Strasburgo "contamina" la garanzia del *ne bis in idem* con elementi estranei alla logica meramente processuale del principio<sup>5</sup>. Difatti, avendo riguardo ai soli procedimenti penali, l'effetto preclusivo del giudicato opera automaticamente: l'art. 649 c.p.p. preclude l'inizio di un nuovo procedimento penale per gli stessi fatti nei confronti del medesimo soggetto imponendo al giudice di pronunciare in ogni stato e grado del processo sentenza di non luogo a procedere o di proscioglimento. Il rispetto del principio del *ne bis in idem* è ancorato in tale ipotesi soltanto alla verifica della identità del fatto<sup>6</sup> e del soggetto attinto dai due procedimenti, ed è totalmente svincolato da logiche di tipo sostanziale come la proporzionalità complessiva della somma delle sanzioni irrogate all'esito dei due procedimenti. Tale "schema forte"<sup>7</sup> della garanzia del *ne bis in idem* era stato inizialmente accolto dalla Corte EDU anche con riferimento ai casi di cumulo tra procedimento penale e procedimenti amministrativi (i cosiddetti "doppi binari" sanzionatori) nella celeberrima sentenza *Grande Stevens c. Italia*<sup>8</sup>, relativa al settore degli abusi di mercato, ove non si fa alcun riferimento alla connessione procedimentale<sup>9</sup>. Al contrario, il test di connessione

---

<sup>4</sup> Per la lettura degli indici in lingua autentica si rinvia alla citata C. Eur. Dir. Uomo, 15 novembre 2016, ricorsi n. 24130/11 e 29758/11, *A e B c. Norvegia*, par. 132.

<sup>5</sup> Sul punto si registra una convergenza di opinioni in dottrina: nello stesso senso anche TRIPODI, *Cumuli punitivi, ne bis in idem e proporzionalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1065 ss. e 1073; TORTORELLI, *L'illecito penale tributario e il suo doppio. Dal dialogo (mancato) tra le Corti ad un auspicabile intervento legislativo*, in *Archivio pen.*, 2018, 7; LABIANCA, *Il ne bis in idem rivisitato: appunti sulla svolta proporzionalista della corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in CADOPPI, CANESTRARI, MANNA, PAPA, (a cura di), *Diritto penale dell'economia. Tomo II*, Milano, 2019, 1913; SILVA, *La deriva del ne bis in idem verso il canone di proporzionalità*, in *Archivio pen.*, 2019, 27-38.

<sup>6</sup> Per quanto riguarda la nozione di medesimo fatto, è ormai pacifico che si debba avere riguardo al solo fatto storico-naturalistico senza tenere in considerazione le divergenze tra fattispecie astratte: cfr. C. Eur. Dir. Uomo, *Zoluthukin c. Russia*, ricorso n. 1493/03 e Corte cost. n. 200/2016 con nota di PULITANÒ, *La Corte costituzionale sul ne bis in idem*, in *Cass. pen.*, 2016, 1, 60-78.

<sup>7</sup> L'espressione è di TROYER, *Ne bis in idem e reati tributari: la Corte di Cassazione valuta concretamente legittimo il doppio binario sanzionatorio in tema di dichiarazione infedele*, in *Riv. dott. comm.*, 2021, 2, 275.

<sup>8</sup> C. Eur. Dir. Uomo, 4 marzo 2014, ricorso n. 18640/10, *Grande Stevens e altri c. Italia*.

<sup>9</sup> Per la precisione, già prima della sentenza *A e B c. Norvegia* la Corte EDU aveva fatto uso del test di connessione sostanziale e temporale ma, almeno con riferimento al cumulo

introduce un criterio di tipo sostanziale. Come noto, vi sono due diverse accezioni del *ne bis in idem*: una di carattere processuale, volta a garantire il su descritto effetto preclusivo del giudicato e una di tipo sostanziale, volta a scongiurare non il divieto di doppio giudizio ma il divieto di doppia punizione per il medesimo fatto<sup>10</sup>. Il *ne bis in idem* sostanziale si lega quindi ad una logica di proporzionalità della risposta sanzionatoria ed è autonomo e distinto dal *ne bis in idem* processuale. A titolo esemplificativo, una duplice sentenza di proscioglimento non integrerebbe una violazione del *ne bis in idem* sostanziale mentre sarebbe indubbiamente lesiva del *ne bis in idem* processuale. Al contrario, una duplice sanzione irrogata all'interno di un medesimo procedimento, pur rispettosa del carattere processuale del principio, violerebbe il *ne bis in idem* sostanziale. Ebbene, con l'interpretazione della Corte di Strasburgo si assiste a una confusione di piani: al fine di verificare la sussistenza di una violazione del *ne bis in idem* processuale nei sistemi a "doppio binario" sanzionatorio, si valuta, quale criterio espressamente indicato come più importante, il rispetto del *ne bis in idem* sostanziale. Altra critica mossa all'indirizzo della Corte EDU è che anche il criterio cronologico costituisce un elemento estraneo al *ne bis in idem*: ciò che dovrebbe rilevare è infatti l'apertura di un secondo procedimento in sé e non *quando* il secondo procedimento viene iniziato o concluso<sup>11</sup>. In aggiunta a tali rilievi, occorre poi sottolineare come gli indici del test di connessione siano particolarmente "elastici" e suscettibili di essere interpretati in modo diverso dai giudici<sup>12</sup>. Pertanto, oltre a determinare un "indebolimento" del principio la cui

---

procedimentale in materia tributaria, aveva sempre ravvisato una violazione del principio. Cfr. C. Eur. Dir. Uomo, ricorso n. 7356/10, *Lucky Dev c. Svezia*, ricorso n. 11828/11, *Nykänen c. Finlandia*, ricorso n. 37394/11, *Glantz c. Finlandia*, ricorso n. 17039/13, *Rinas c. Finlandia*, ricorso n. 53197/13, *Österlund c. Finlandia*.

<sup>10</sup> Per quanto riguarda le divergenze tra le due accezioni del principio si rinvia a RANALDI, GAITO, *Introduzione allo studio dei rapporti tra ne bis in idem sostanziale e processuale*, in *Archivio pen.*, 2017. Circa invece la difficoltà di definire i confini del principio v. RUGGIERO, *Il ne bis in idem: un principio alla ricerca di un centro di gravità permanente*, in *Cass. pen.*, 2017, 10, 3809-3841.

<sup>11</sup> In senso critico si è osservato che il *ne bis in idem* non è un «improprio rimedio contro l'eccessiva durata del procedimento che sopravvive al primo», cit. da VIGANÒ, *Una nuova sentenza di Strasburgo su ne bis in idem e reati tributari*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 5, 394.

<sup>12</sup> Sul punto e più diffusamente v. la *dissenting opinion* del giudice Pinto de Albuquerque, par. 46 in ordine al criterio della connessione temporale e parr. 60-64; 73-76 e 80 in ordine ai diversi indici della connessione sostanziale.

violazione è ora subordinata al mancato superamento del test, la Corte di Strasburgo ha anche consegnato nelle mani dei giudici uno strumento assai duttile che produce una generalizzata incertezza in ordine all'applicazione del *ne bis in idem*.

Nonostante le perplessità sopra accennate, sollevate da larga parte della dottrina, sia la Corte di Giustizia dell'Unione Europea<sup>13</sup> sia la Corte costituzionale<sup>14</sup> hanno avallato l'interpretazione proposta dalla Corte EDU.

In particolare, va segnalata al riguardo la recente sentenza del giudice delle leggi n. 222/2019, ripresa espressamente da quella in commento e relativa al doppio binario tributario. Con la sentenza citata, la Corte Costituzionale ha infatti dichiarato l'inammissibilità, per insufficiente motivazione del giudice *a quo*, della questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. nella parte in cui non prevedeva il divieto di secondo giudizio nel caso in cui l'imputato fosse già stato giudicato con decisione definitiva per il medesimo fatto nell'ambito di un procedimento amministrativo per l'applicazione di una sanzione cui debba riconoscersi natura penale secondo la Convenzione EDU. Pur non pronunciandosi nel merito e lasciando così aperta la strada per un'eventuale successiva pronuncia di illegittimità costituzionale, la Consulta ha svolto in astratto il test di connessione sostanziale e temporale utilizzando gli indici elaborati dalla Corte EDU proprio con riferimento al sistema sanzionatorio tributario. Così facendo, ha indicato ai giudici alcuni meccanismi di raccordo tra i procedimenti suscettibili di essere spesi a favore della legittimità del doppio

---

<sup>13</sup> Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, C-524/15, Menci; C-537/16, *Garlsson Real Estate*; C-596/16 e C-597/16, *Di Puma e Zecca* con nota di GALLUCCIO, *La Grande Sezione della Corte di Giustizia si pronuncia sulle attese questioni pregiudiziali in materia di bis in idem*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 3, 286-294. A commento v. anche FELISATTI, *Il ne bis in idem domestico. Tra coordinazione procedimentale e proporzionalità della sanzione*, in *Dir. pen. cont.*, 2018; FUSCO, BAGGIO, *Recenti pronunce in tema di market abuse*, in *Dir. pen. cont.*, 2019; LABIANCA, cit.

<sup>14</sup> Corte Cost. n. 43/2018 e Corte cost. n. 222/2019 con nota di SCOLETTA, *Legittimità in astratto e illegittimità in concreto del doppio binario punitivo in materia tributaria al cospetto del ne bis in idem europeo*, in *Giur. cost.*, 2019, 2649C ss. e di CALAVITA, *La Corte costituzionale di nuovo sul rapporto tra processo penale e amministrativo tributario*, in *Cass. pen.*, 2020, 5, 1916-1933. Per la precisione, la Corte è tornata nuovamente sulla questione con l'ordinanza n. 114/2020 ma ha ripreso in larga parte gli argomenti dell'ultima sentenza citata.

binario secondo l'attuale orientamento della Corte EDU: dette indicazioni sono state recepite dalla sentenza in commento, come più diffusamente si dirà.

Torniamo allora a volgere lo sguardo al caso in esame.

### **3. L'iter giudiziario**

Nell'ipotesi di specie, l'imputato, essendo già stato sanzionato in via amministrativa per il medesimo fatto storico con una sanzione sostanzialmente penale, ricorreva in Cassazione, assumendo di non poter essere condannato nuovamente in sede penale, atteso che tra i due procedimenti non sarebbe intercorsa una "connessione sostanziale e temporale" sufficientemente stretta tale da giustificare il cumulo secondo l'insegnamento della sentenza *A e B c. Norvegia*<sup>15</sup>. Il ricorrente contestava infatti la assoluta mancanza della connessione temporale tra i due procedimenti poiché, mentre il procedimento amministrativo si era concluso nel 2015, quello penale risultava ancora in corso a gennaio 2021. Quanto alla configurabilità di una connessione "sostanziale" sufficientemente stretta, eccepiva la totale diversità dei sistemi normativi regolanti i due procedimenti anche sotto il profilo probatorio e, soprattutto, la mancata proporzionalità complessiva della pena, risultando la sanzione amministrativa sufficientemente severa per punire adeguatamente l'intero disvalore del fatto.

La Corte di Cassazione ha ritenuto infondato il ricorso ravvisando invece una connessione sufficientemente stretta tra i due procedimenti. Riguardo alla connessione temporale, la Corte ha ribadito come questa vada valutata solo con riferimento all'avvio dei procedimenti, escludendo la rilevanza dei tempi di definizione degli stessi: conseguentemente, ha concluso per la sussistenza della connessione, dato che l'avviso di accertamento e l'avviso di conclusione delle

---

<sup>15</sup> C. Eur. Dir. Uomo, 15 novembre 2016, ricorsi n. 24130/11 e 29758/11, A e B c. Norvegia, par. 130-133.

indagini preliminari erano stati notificati al contribuente a distanza di pochi giorni<sup>16</sup>.

Con riferimento alla connessione sostanziale, occorre rilevare come sia la prima volta che la giurisprudenza di legittimità svolge in concreto il test di connessione in ambito tributario utilizzando i noti indicatori della Corte EDU. Infatti, fino alla sentenza in commento, il Supremo Collegio si era fermato solo all'esame del rispetto del parametro temporale, reputandolo sufficiente al fine di non ritenere violata la garanzia del *ne bis in idem*<sup>17</sup>. Nel caso in esame, invece, la Corte ha valutato anche il profilo della connessione sostanziale, ravvisandola in concreto poiché – esaminate le norme che consentono la trasmigrazione del materiale probatorio tra i due procedimenti<sup>18</sup> – non era configurabile una duplicazione nella raccolta e valutazione della prova, posto che «l'accertamento eseguito in sede tributaria è sostanzialmente confluito nel giudizio penale»<sup>19</sup>. Quanto poi al criterio della complementarietà teleologica tra i procedimenti, la Corte ha affermato che, mentre il procedimento penale sarebbe volto alla prevenzione e repressione dei reati tributari, quello amministrativo si caratterizzerebbe per una finalità meramente risarcitoria. Inoltre, il fatto che il sistema a “doppio binario” sia previsto dalla legge farebbe ritenere che vi sia una «prevedibilità *in re ipsa*»<sup>20</sup> del cumulo.

---

<sup>16</sup> In questo senso, la pronuncia si pone in continuità con la giurisprudenza precedente che aveva affermato lo stesso principio: cfr. Cass. pen. Sez. III, n. 6639/2017, Cass. pen. Sez. III, n. 5934/2018 e Cass. civ. Sez. trib. n. 33050/2019.

<sup>17</sup> Così Cass. pen. Sez. III, n. 6639/2017 con nota di TRIPODI, *Ne bis in idem e sanzioni tributarie: la Corte di Cassazione “sfronda” il test della sufficiently close connection in substance and time*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 3, 270-278 che correttamente osservava come il rispetto del solo criterio cronologico non fosse sufficiente a determinare il superamento del test visto anche il diverso approccio della Corte EDU. Negli stessi termini anche BARON, *Reati tributari e ne bis in idem: una prima declinazione interna del criterio della sufficiently close connection in substance and time*, in *Giur. comm.*, 2018, 6, 907 ss. che ribadiva come i due criteri – cronologico e sostanziale – fossero cumulativi e non alternativi. La sentenza n. 4439/2021 sembra allora avere recepito questo insegnamento motivando anche in ordine agli indicatori della connessione sostanziale.

<sup>18</sup> Si tratta degli artt. 63 del d.P.R. n. 633/1972 relativamente all'IVA e 33 del d.P.R. n. 600/1973 relativamente alle imposte sui redditi per l'utilizzo del materiale raccolto nel procedimento penale all'interno del processo tributario e dell'art. 220 disp. att. c.p.p. per l'ipotesi inversa. Per quanto riguarda invece l'utilizzo delle sentenze che definiscono il processo tributario, queste sono liberamente valutabili dal giudice penale ex artt. 234 e 238-*bis* c.p.p.

<sup>19</sup> Cass. pen. Sez. III, n. 4439/2021.

<sup>20</sup> Sempre la sentenza in commento: Cass. pen. Sez. III, n. 4439/2021.

Il punto di particolare interesse della sentenza in commento riguarda, infine, il giudizio valutativo dell'indicatore qualificato come maggiormente significativo dalla Corte EDU, ossia la proporzionalità complessiva della sanzione<sup>21</sup>. Come noto, al fine di garantire il rispetto di tale indicatore, è richiesto che il giudice “tenga conto” della sanzione precedentemente irrogata. Ebbene, nel caso di specie la Corte di Cassazione ha ritenuto che il giudice di merito avesse debitamente “tenuto conto” della sanzione amministrativa irrogata in virtù dell'attenuante a effetto speciale prevista dall'art. 13-*bis* del d. lgs. 74/2000 che prevede una diminuzione di pena fino alla metà nel caso in cui l'imputato abbia corrisposto al fisco la somma non versata e i relativi interessi e sanzioni prima dell'apertura del dibattimento di primo grado. Il Supremo Collegio ha considerato che, avendo l'imputato versato al fisco la somma dovuta nell'ambito della procedura di accertamento con adesione, la pena prevista per il delitto di dichiarazione infedele era stata ridotta alla metà ed erano stati concessi i benefici della sospensione condizionale della pena e della non menzione. Inoltre, l'imputato aveva optato per il rito abbreviato beneficiando del relativo sconto di pena e anche le sanzioni amministrative risultavano applicate nel minimo all'esito della menzionata procedura conciliativa. Tenuto conto di tutti i suesposti elementi, la Suprema Corte ha ritenuto che la combinazione delle due sanzioni fosse proporzionata alla gravità del fatto, rigettando il ricorso dell'imputato con conseguente conferma della sentenza di condanna della Corte d'Appello.

#### **4.1 La connessione sostanziale nella sentenza n. 4439/2021**

La sentenza n. 4439/2021, come si è già avuto modo di sottolineare, si pone in continuità con la giurisprudenza precedente ma presenta comunque alcuni spunti di novità interessanti. Infatti, se prima la Cassazione aveva dimostrato di ritenere sufficiente il rispetto di un solo criterio di connessione – in tutti i casi giunti

---

<sup>21</sup> La maggiore importanza del suddetto indicatore si ricava dall'espressione “*above all*” utilizzata dalla Corte di Strasburgo nell'elencare e descrivere gli indicatori della connessione sostanziale: cfr. C. Eur. Dir. Uomo, 15 novembre 2016, ricorsi n. 24130/11 e 29758/11, A e B c. Norvegia, par. 132.

all'attenzione della Corte, quello cronologico<sup>22</sup> – quest'ultima pronuncia sembra aver recepito l'approccio più rigoroso adottato dalla Corte di Strasburgo, motivando i Giudici di legittimità in relazione a ogni indice della connessione sostanziale. Ciononostante, permangono alcune criticità.

Si può notare come la motivazione in ordine alla ricorrenza di alcuni indici della connessione sostanziale sia espressamente ripresa dalla sentenza della Corte costituzionale. In particolare, sono utilizzate esattamente le stesse motivazioni in ordine al criterio della prevedibilità e della complementarietà teleologica dei due procedimenti. È agevole comprenderne la ragione: tra i diversi indicatori del test, questi due criteri sono quelli più a carattere sistematico sicché era ben possibile prescindere dal caso concreto sottoposto all'attenzione dei giudici di legittimità.

Se la prevedibilità del cumulo non fa sorgere particolari criticità, lo stesso non può dirsi per la complementarietà teleologica dei due procedimenti. Più precisamente desta perplessità l'affermazione per cui «il procedimento amministrativo è volto al recupero a tassazione delle imposte non versate» mentre al procedimento penale sarebbe attribuita una più marcata connotazione punitiva e general-preventiva. Difatti, non si può negare lo scopo repressivo e deterrente della sanzione amministrativa che è qualificata come sostanzialmente penale proprio in virtù di tale scopo<sup>23</sup>. Ebbene, una volta ritenuta come avente carattere penale in ottica sovranazionale, affermare che la sanzione amministrativa miri solamente al recupero della tassazione non versata equivale, dunque, a una grave contraddizione<sup>24</sup>. Del resto, anche la particolare afflittività delle sanzioni

---

<sup>22</sup> Oltre alla citata Cass. pen. Sez. III, n. 6639/2017, anche per Cass. pen. Sez. III, n. 5934/2018 è ritenuto sufficiente ad escludere una violazione del principio il fatto l'inizio del procedimento penale sia avvenuto in «epoca prossima» all'inizio del procedimento amministrativo. Nello stesso senso, anche Cass. civ. Sez. trib. n. 33050/2019.

<sup>23</sup> Con riferimento solo alla materia tributaria: C. Eur. Dir. Uomo, *Bendenoun c. Francia*, Ricorso n. 12547/1986, *Jussila c. Finlandia*, ricorso n. 73053/01, *Kiiveri c. Finlandia*, ricorso n. 53573/2012, *Nykänen c. Finlandia*, ricorso n. 11828/11, *Johannesson e a. c. Islanda*, ricorso n. 22007/2011. In *Nykänen c. Finlandia*, la Corte EDU arriva a qualificare come sostanzialmente penale una sanzione amministrativa pecuniaria di appena 1700 euro proprio in virtù dello scopo punitivo perseguito dalla sanzione. Riguardo alla centralità del criterio dello scopo della sanzione al fine di qualificare un illecito come sostanzialmente penale si rinvia a MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017, 26-52.

<sup>24</sup> Evidenzia la stessa contraddizione anche TRIPODI, cit., 1060.

pecuniarie fa propendere per un prevalente scopo punitivo piuttosto che risarcitorio<sup>25</sup>. Il fatto poi che la sanzione penale mira a colpire più severamente condotte più gravi e rafforzi la portata general-preventiva della disciplina non vale a negare alla sanzione amministrativa una sua autonoma dimensione punitiva<sup>26</sup>. Inoltre, preme rilevare che la Corte EDU si è dimostrata particolarmente rigorosa nel valutare la complementarietà degli scopi. In *Nodet c. Francia*<sup>27</sup>, La Corte di Strasburgo ha infatti ravvisato una violazione del *ne bis in idem* soprattutto per l'assenza di tale requisito. In particolare, si è affermato come non sia possibile ravvisare una complementarietà teleologica tra i due procedimenti quando questi, oltre a reprimere il medesimo fatto, mirino a proteggere il medesimo bene giuridico<sup>28</sup>. Le stesse argomentazioni sono spese dalla Corte EDU nella recente sentenza *Velkov c. Bulgaria*<sup>29</sup> ove si è nuovamente ravvisata una violazione dell'art. 4 del Protocollo 7 CEDU anche perché i due procedimenti miravano a sanzionare la stessa condotta senza che fosse possibile ritenere che mirassero a perseguire diversi aspetti della condotta antisociale come richiesto dalla giurisprudenza di Strasburgo<sup>30</sup>. Con riferimento al caso sottoposto all'attenzione dei giudici di legittimità, non sembra che le due sanzioni – amministrativa e

---

<sup>25</sup> L'art. 13 del d. lgs. 471/1997 prevede infatti una sanzione amministrativa pecuniaria pari al 30% dell'imposta evasa. Anche il giudice Pinto de Albuquerque, nella citata *dissenting opinion*, par. 53, evidenziava come l'afflittività delle sanzioni tributarie escludesse la possibilità di assegnar loro uno scopo meramente risarcitorio, ricordando come la Corte EDU avesse qualificato come sostanzialmente penali anche sanzioni che arrivavano ad "appena" il 10% dell'imposta evasa per il loro prevalente scopo punitivo. Anche TRIPODI, *Ne bis in idem e reati tributari*, in CADOPPI, CANESTRARI, MANNA, PAPA (a cura di), *Diritto penale dell'economia. Tomo I*, Milano, 2019, 67 evidenzia come più è severa la sanzione, più risulta difficile attribuirle una finalità meramente risarcitoria.

<sup>26</sup> Già SCOLETTA, cit., p. 2654C osservava come l'affermazione per cui entrambi i procedimenti avessero uno scopo comune «salvo il fatto che quello penale avrebbe l'obiettivo di rafforzare la repressione degli inadempimenti più gravi» fosse tautologica.

<sup>27</sup> C. Eur. Dir. Uomo, *Nodet c. Francia*, ricorso n. 47342/14 con nota di SCOLETTA, *Il ne bis in idem "preso sul serio": la Corte Edu sulla illegittimità del doppio binario francese in materia di abusi di mercato*, in *Dir. pen. cont.*, 2019.

<sup>28</sup> C. Eur. Dir. Uomo, *Nodet c. Francia*, ricorso n. 47342/14, par. 48 ove sono riprese alcune argomentazioni del *Conseil constitutionnel*.

<sup>29</sup> C. Eur. Dir. Uomo, *Velkov c. Bulgaria*, ricorso n. 34503/10 con nota di CANESCHI, *Ne bis in idem: una garanzia ancora in cerca di identità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 4, 2104-2111.

<sup>30</sup> C. Eur. Dir. Uomo, *Velkov c. Bulgaria*, ricorso n. 34503/10, par. 78 ove si legge che «*tant la procédure administrative que la procédure pénale poursuivaient essentiellement le même but, à savoir de sanctionner les troubles à l'ordre public causés par le requérant lors du match de football du 17 mai 2008*».

penale– fossero poste a protezione di diversi beni giuridici. Anzi, l'identità del bene tutelato, ossia l'interesse generale dello Stato alla percezione dei tributi, alla luce della giurisprudenza della Corte EDU avrebbe dovuto far propendere per una diversa interpretazione dell'indice della complementarità degli scopi<sup>31</sup>.

Quanto all'interazione tra i due procedimenti al fine di evitare una duplicazione nella raccolta e valutazione della prova, si può notare come in entrambe le sentenze – la sentenza in commento e la sentenza n. 222/2019 della Corte costituzionale – sono individuate le stesse norme su indicate che permetterebbero la circolazione del materiale probatorio tra i procedimenti. Tuttavia, in questo caso anche la Cassazione si limita a indicare tali norme in astratto senza argomentare dettagliatamente in che modo queste abbiano impedito una diversa valutazione delle prove raccolte nel procedimento sottoposto alla sua attenzione e limitandosi ad affermare come l'accertamento eseguito in sede tributaria sia «sostanzialmente confluito nel giudizio penale»<sup>32</sup>.

Anche se la Corte EDU sembra ammettere una certa elasticità riguardo a tale criterio<sup>33</sup>, non si può comunque negare come nell'ordinamento interno, seppur sia possibile una circolazione del materiale probatorio volto ad evitare una duplicazione nella raccolta delle prove<sup>34</sup>, la loro *valutazione* è sempre autonoma

---

<sup>31</sup> Conclude per l'identità di scopo delle sanzioni amministrative tributarie e penali anche VINCIGUERRA, *Attuali problemi sostanziali e processuali nei rapporti tra reati tributari e infrazioni amministrative tributarie* in GLENDI, CORASANITI, CORRANO OLIVA, (a cura di), *Per un nuovo ordinamento tributario. Tomo II*, Milano, 2019, 1592.

<sup>32</sup> Cass. pen. Sez. III, n. 4439/2021.

<sup>33</sup> C. Eur. Dir. Uomo, 15 novembre 2016, ricorsi n. 24130/11 e 29758/11, A e B c. Norvegia, par. 132 ove viene specificato come la duplicazione nella raccolta e valutazione della prova deve essere evitata «*as far as possible*».

<sup>34</sup> La circolazione del materiale probatorio tra il processo penale e il procedimento tributario è particolarmente discussa in dottrina per il rischio del pregiudizio che potrebbe derivare per l'imputato ove le prove siano raccolte nel procedimento "meno garantito". Da ciò discende la paradossale conseguenza che quanto più si ritengono i procedimenti "sufficientemente connessi" al fine di escludere una violazione del *ne bis in idem*, tanto maggiori sono i rischi del contribuente imputato di subire una compromissione del suo diritto di difesa. Per un'analisi più puntuale dei meccanismi di raccordo tra procedimenti si rinvia a DORIGO, *La rilevanza del diritto tributario nel processo penale concernente illeciti fiscali*, in *Giur. pen.*, 2017; DI RUBERTO, *La circolazione della prova tra processo penale e tributario*, in *Il Trib.*, 2018; RIVELLO, *I rapporti tra giudizio penale e tributario ed il rispetto del principio del ne bis in idem*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 1, 101-131; GIANONCELLI, *Procedimento tributario e procedimento penale: oltre il doppio binario, le convergenze parallele*, in *Riv. Dir. Fin. Sc. Fin.*, 2019, 2, 177-214.

in ciascun procedimento<sup>35</sup>. In altri termini, il fatto che il giudice penale e l'Amministrazione finanziaria si basino sugli stessi elementi di prova, non assicura che giungano alle medesime conclusioni, anche se, nel caso di specie, hanno entrambi riconosciuto la responsabilità del contribuente.

Per quanto riguarda invece la proporzionalità della sanzione, la Corte costituzionale, oltre agli artt. 19, 20 e 21 del d. lgs. 74/2000 (che non venivano in considerazione nel caso sottoposto all'attenzione della Cassazione), si era limitata a richiamare la causa di non punibilità di cui all'art. 13 e l'art. 12-bis quanto agli effetti dell'adempimento del debito tributario sulla confisca. La Cassazione individua invece nell'art. 13-bis un'ulteriore norma che consentirebbe il raccordo tra sanzioni penali e amministrative permettendo al giudice penale di modulare la risposta sanzionatoria sulla base della precedente irrogazione di una sanzione amministrativa<sup>36</sup>. Nel caso concreto, tale operazione ha effettivamente assicurato la proporzionalità della sanzione integrata anche in ragione del riconoscimento degli ulteriori benefici sopra richiamati. Non è però condivisibile il perentorio assunto per il quale «l'ordinamento italiano, nell'irrogare la sanzione penale, tiene in debita considerazione gli esiti della procedura amministrativa»<sup>37</sup>. Difatti, è solo nel caso di specie che si è potuto “tener conto” della sanzione amministrativa già irrogata ricorrendo i presupposti per l'applicazione dell'attenuante prevista dall'art. 13-bis. Laddove invece tale attenuante non sia applicabile o si concluda prima il procedimento penale, non vi è alcuna norma che consenta al giudice di tenere in considerazione le sanzioni irrogate all'esito del primo procedimento come invece l'art. 187-terdecies del TUF permette di fare in materia di abusi di

---

<sup>35</sup> Oltre alle diverse regole probatorie che caratterizzano i due procedimenti (si pensi al divieto di prova testimoniale e alle presunzioni che caratterizzano il processo tributario), anche la sentenza che definisce il giudizio tributario deve essere liberamente valutata dal giudice penale ex art. 238-bis c.p.p. né la sentenza penale irrevocabile fa stato nel processo tributario ove, ancorché acquisibile come documento, è valutata dal giudice ex art. 116 c.p.c. Sul punto, cfr. Cass. civ. Sez. trib. 26296/2010, Cass. civ. Sez. trib. 9109/2002, Cass. civ. Sez. trib. n. 19786/2011 e Cass. civ. Sez. trib. n. 5720/2007.

<sup>36</sup> Per un esame più puntuale della norma si rinvia a LANZI, ALDOVRANDI, *Diritto penale tributario*, 3<sup>a</sup> ed., Milano, 2020, 127-136. Avevano già evidenziato questo potenziale ruolo della circostanza attenuante, GALLO, *Il ne bis in idem: un esempio per riflettere sul “ruolo” delle Alti Corti e sugli effetti delle loro pronunzie*, in *Rass. Trib.*, 2017, 929 e TRIPODI, *Ne bis in idem e reati tributari*, cit., 60.

<sup>37</sup> Cass. pen. Sez. III, n. 4439/2021.

mercato<sup>38</sup>. Il fatto che nel caso concreto si sia potuto “tener conto” degli esiti del procedimento amministrativo rappresenta quindi più una fortunata coincidenza che una regola generale.

Nonostante tali rilievi critici di carattere sistematico, occorre comunque riconoscere come nel caso sottoposto all’attenzione dei giudici di legittimità, si sia prestata particolare attenzione alla determinazione della pena al fine di assicurare una connessione sostanziale tra procedimenti sufficientemente stretta. Lo stesso non sembra potersi dire rispetto al criterio della connessione temporale.

## **4.2 La connessione temporale nella sentenza n. 4439/2021**

La Cassazione ha riconosciuto, come detto, una connessione temporale sufficientemente stretta tra i due procedimenti in virtù del loro avvio contestuale<sup>39</sup>. Secondo il Supremo collegio, infatti, il requisito cronologico andrebbe valutato unicamente con riferimento all’avvio dei procedimenti. Si può quindi notare un marcato contrasto con la giurisprudenza di Strasburgo che valuta invece anche la contestualità dello svolgimento dei procedimenti e, soprattutto, la differenza temporale tra la data di definizione del primo e la data di definizione del secondo<sup>40</sup>.

In particolare, in *Johannesson e a. c. Islanda*<sup>41</sup> e *Nodet c. Francia*<sup>42</sup>, la Corte EDU ritiene mancante il legame temporale vista la differenza di circa cinque anni tra le date di definizione dei due procedimenti. Anche in *Bjarni Ármannsson c.*

---

<sup>38</sup> Nello stesso senso conclude TROYER, cit., 287.

<sup>39</sup> Si ricorda che l’avviso di accertamento e l’avviso di conclusione delle indagini preliminari sono stati notificati al contribuente, rispettivamente, il 9 aprile 2015 e il 16 aprile 2015.

<sup>40</sup> In tutte le sentenze successive ad *A e B c. Norvegia* in cui si è fatto applicazione del test di connessione, la Corte EDU ha infatti sempre valutato la connessione temporale alla luce di tali criteri: cfr. C. Eur. Dir. Uomo, ricorso n. 22007/11, *Johannesson e altri c. Islanda*, par. 54; ricorso n. 72098/14, *Bjarni Ármannsson c. Islanda*, parr. 56-57; ricorso n. 47342/14, *Nodet c. Francia*, par. 51-53; ricorso n. 34503/10, *Velkov c. Bulgaria*, par. 77.

<sup>41</sup> C. Eur. Dir. Uomo, 18 maggio 2017, ricorso n. 22007/11, *Johannesson e altri c. Islanda*, par. 54

<sup>42</sup> C. Eur. Dir. Uomo, *Nodet c. Francia*, ricorso n. 47342/14, parr. 52-53.

*Islanda*<sup>43</sup>, nonostante la distanza temporale di “soli” due anni, non è stata ravvisata la connessione temporale sufficientemente stretta tra i due procedimenti poiché questi si erano svolti in parallelo per appena quattro mesi. Nel caso deciso dai giudici di legittimità, almeno in ottica sovranazionale, non è quindi possibile ravvisare tale connessione temporale visto il distacco di quasi sei anni dalla definizione del procedimento amministrativo e il passaggio in giudicato della sentenza penale<sup>44</sup>.

Per la verità, la Corte di cassazione ha ritenuto che il procedimento amministrativo debba considerarsi concluso solo con l'integrale pagamento della sanzione<sup>45</sup>. Avendo il contribuente pagato l'ultima rata nel marzo 2018, secondo tale interpretazione trascorrerebbero poco meno di tre anni tra le definizioni dei due procedimenti. Posto che anche tale differenza temporale sembrerebbe far sorgere dubbi quanto alla configurabilità di un legame temporale sufficientemente stretto, occorre rilevare che nella giurisprudenza di Strasburgo non c'è traccia di tale requisito. Infatti, per la Corte EDU, condizione necessaria e sufficiente a che un provvedimento possa dirsi definitivo è che non sia più possibile impugnarlo con mezzi d'impugnazione ordinari o per esaurimento di tali mezzi di impugnazione o per decorso dei termini per esperirli<sup>46</sup>. Nel caso concreto, l'avviso di accertamento è stato definito dal contribuente in acquiescenza secondo la procedura di accertamento con adesione. Non risulta quindi corretto valutare come data di definizione del procedimento amministrativo la data di pagamento

---

<sup>43</sup> C. Eur. Dir. Uomo, 16 marzo 2019, ricorso n. 72098/14, *Bjarni Ármannsson c. Islanda* con nota di DE MARZO, *Ne bis in idem e contestualità dei procedimenti paralleli*, in *Cass. pen.*, 2019, 8, 3086-3091.

<sup>44</sup> Del resto, era stato fin da subito evidenziato in dottrina come la durata media dei procedimenti in Italia poteva far sorgere criticità in ordine al rispetto del parametro cronologico: v. SCOLETTA, *Legittimità in astratto e illegittimità in concreto del doppio binario punitivo in materia tributaria al cospetto del ne bis in idem europeo* cit., 2656C e VINCIGUERRA, *cit.*, 1592.

<sup>45</sup> Anche in questo caso, la Cassazione si pone in continuità con la giurisprudenza precedente: cfr. *Cass. pen. Sez. III*, n. 19334/2015 con nota di SANVITO, *Principio di specialità e divieto di secondo giudizio nei reati tributari: recenti evoluzioni della giurisprudenza italiana e della CEDU*, in *Riv. dir. trib.*, 2015, 1, 23 ss. che già criticava tale orientamento osservando come per l'irrevocabilità della sentenza penale di condanna non fosse certo necessaria l'avvenuta esecuzione della pena.

<sup>46</sup> C. Eur. Dir. Uomo, *Mihalache c. Romania*, ricorso n. 54012/10, par. 103, *Zoluthukin c. Russia*, ricorso n. 1493/03, par. 107, *Sismanidis e Sitaridis c. Grecia*, ricorsi n. 66602/09 e 71879/12, par. 42, *Nykänen c. Finlandia*, ricorso n. 11828/11, par. 44. Negli stessi termini anche la “*Guide on art. 4 protocol 7 to the ECHR*” di aprile 2021.

dell'ultima rata, tanto più che anche la procedura di accertamento con adesione si perfeziona con il pagamento della *prima* rata e non dell'ultima<sup>47</sup>.

La Cassazione sembra quindi essere ricorsa a un duplice espediente al fine di riconoscere la connessione temporale: la valutazione della vicinanza nel tempo del solo *inizio* dei due procedimenti e il riconoscimento della definitività del procedimento amministrativo all'esito del pagamento integrale della sanzione. Così facendo, si è dunque posta in contrasto con la Corte EDU che ha invece dimostrato di richiedere una valutazione molto più rigorosa del legame temporale. È pur vero che, come è stato rilevato in dottrina, ravvisare una violazione del *ne bis in idem* per l'assenza di una connessione cronologica tra procedimenti vorrebbe dire assegnare a tale principio una funzione che gli è estranea, ossia quella di rimedio contro l'irragionevole durata di un secondo procedimento<sup>48</sup>. Tuttavia, una volta consolidatasi tale interpretazione nella giurisprudenza di Strasburgo, non è possibile non farne applicazione nell'ordinamento interno.

## 5. Brevi riflessioni conclusive

In conclusione, nonostante nel caso di specie sia stata assicurata la proporzionalità della sanzione in virtù dell'attenuante a effetto speciale prevista dall'art. 13-*bis* del d. lgs. 74/2000, rimangono comunque talune criticità soprattutto riguardo la connessione temporale tra i due procedimenti. Infatti, se si fosse fatta un'applicazione più puntuale degli insegnamenti della Corte EDU, non si sarebbe potuto ritenere sufficientemente connessi i due procedimenti e si sarebbe dovuta ravvisare una violazione del *ne bis in idem*.

Nonostante l'imputato avesse chiesto la disapplicazione *in toto* della sanzione penale, in caso di violazione del *ne bis in idem* per insufficiente connessione tra procedimento amministrativo e penale per gli stessi fatti, in assenza di un intervento legislativo, sembra preferibile la strada della questione di legittimità

---

<sup>47</sup> Così art. 8, terzo comma del d. lgs. n. 218/1997. Sul punto CARINCI, TASSANI, *Manuale di diritto tributario*, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 2019, 417.

<sup>48</sup> Così TROYER, cit., 287 e VIGANÒ, *Una nuova sentenza*, cit., p. 394.

costituzionale dell'art. 649 c.p.p. Difatti, la disapplicazione della norma incriminatrice è possibile poiché si fa applicazione diretta del diritto dell'Unione Europea, in particolare dell'art. 50 CDFUE che prevede il divieto di doppio giudizio per il medesimo fatto all'interno dell'Unione. Tuttavia, la Carta di Nizza trova applicazione solo nelle materie regolate dal diritto dell'Unione<sup>49</sup>: se quindi è possibile per le norme relative all'IVA, la disapplicazione rimane preclusa nel caso di sanzioni che riguardino le imposte dirette che, come noto, non rientrano nella competenza dell'Unione. Al contrario, un'eventuale pronuncia di illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. nella parte in cui non prevede il divieto di doppio giudizio quando lo stesso soggetto è già stato giudicato in un procedimento amministrativo avente natura sostanzialmente penale ove manchi una connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta<sup>50</sup>, garantirebbe una parità di trattamento per le due diverse tipologie di imposte ed è quindi maggiormente auspicabile.

#### Riferimenti bibliografici

BARON, *Reati tributari e ne bis in idem: una prima declinazione interna del criterio della sufficiently close connection in substance and time*, in *Giur. comm.*, 2018.

CALAVITA, *La Corte costituzionale di nuovo sul rapporto tra processo penale e amministrativo tributario*, in *Cass. pen.*, 2020.

CANESCHI, *Ne bis in idem: una garanzia ancora in cerca di identità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020.

CARINCI, TASSANI, *Manuale di diritto tributario*, 2ª ed., Torino, 2019.

DE MARZO, *Ne bis in idem e contestualità dei procedimenti paralleli*, in *Cass. pen.*, 2019.

DI RUBERTO, *La circolazione della prova tra processo penale e tributario*, in *Il Trib.*, 2018.

DORIGO, *La rilevanza del diritto tributario nel processo penale concernente illeciti fiscali*, in *Giur. pen.*, 2017.

FELISATTI, *Il ne bis in idem domestico. Tra coordinazione procedimentale e proporzionalità della sanzione*, in *Dir. pen. cont.*, 2018.

FUSCO, BAGGIO, *Recenti pronunce in tema di market abuse*, in *Dir. pen. cont.*, 2019.

GALLO, *Il ne bis in idem: un esempio per riflettere sul "ruolo" delle Alti Corti e sugli effetti delle loro pronunzie*, in *Rass. Trib.*, 2017.

---

<sup>49</sup> L'art. 51 CDFUE delimita infatti l'ambito di applicazione della Carta alle istituzioni degli Stati membri "nell'attuazione del diritto dell'Unione".

<sup>50</sup> A riguardo, si ricorda che la Corte costituzionale ha lasciato aperta tale strada pronunciandosi recentemente nel senso di inammissibilità della questione per difetto di motivazione del giudice a quo. Inoltre, le questioni di legittimità costituzionale proposte prescindevano dal test di connessione e richiedevano un intervento additivo dell'art. 649 c.p.p. in modo da rendere automatico il divieto di doppio giudizio. Al contrario, una simile pronuncia di illegittimità costituzionale vieterebbe il secondo procedimento solo ove non sia rispettato il test di connessione procedimentale ed appare perciò più in linea con la giurisprudenza di Strasburgo.

GALLUCCIO, *La Grande Sezione della Corte di Giustizia si pronuncia sulle attese questioni pregiudiziali in materia di bis in idem*, in *Dir. pen. cont.*, 2018.

GIANONCELLI, *Procedimento tributario e procedimento penale: oltre il doppio binario, le convergenze parallele*, in *Riv. Dir. Fin. Sc. Fin.*, 2019.

LABIANCA, *Il ne bis in idem rivisitato: appunti sulla svolta proporzionalista della corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in CADOPPI, CANESTRARI, MANNA, PAPA, (a cura di), *Diritto penale dell'economia. Tomo II*, Milano, 2019.

LANZI, ALDOVRANDI, *Diritto penale tributario*, 3<sup>a</sup> ed., Milano, 2020.

MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017.

PULITANÒ, *La Corte costituzionale sul ne bis in idem*, in *Cass. pen.*, 2016.

RANALDI, GAITO, *Introduzione allo studio dei rapporti tra ne bis in idem sostanziale e processuale*, in *Archivio pen.*, 2017.

RIVELLO, *I rapporti tra giudizio penale e tributario ed il rispetto del principio del ne bis in idem*, in *Dir. pen. cont.*, 2018.

RUGGIERO, *Il ne bis in idem: un principio alla ricerca di un centro di gravità permanente*, in *Cass. pen.*, 2017.

SANVITO, *Principio di specialità e divieto di secondo giudizio nei reati tributari: recenti evoluzioni della giurisprudenza italiana e della CEDU*, in *Riv. dir. trib.*, 2015.

SCOLETTA, *Il ne bis in idem "preso sul serio": la Corte Edu sulla illegittimità del doppio binario francese in materia di abusi di mercato*, in *Dir. pen. cont.*, 2019.

SCOLETTA, *Legittimità in astratto e illegittimità in concreto del doppio binario punitivo in materia tributaria al cospetto del ne bis in idem europeo*, in *Giur. cost.*, 2019.

SILVA, *La deriva del ne bis in idem verso il canone di proporzionalità*, in *Archivio pen.*, 2019.

TORTORELLI, *L'illecito penale tributario e il suo doppio. Dal dialogo (mancato) tra le Corti ad un auspicabile intervento legislativo*, in *Archivio pen.*, 2018.

TRIPODI, *Cumuli punitivi, ne bis in idem e proporzionalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017.

TRIPODI, *Ne bis in idem e sanzioni tributarie: la Corte di Cassazione "sfronda" il test della sufficiently close connection in substance and time*, in *Dir. pen. cont.*, 2018.

TRIPODI, *Ne bis in idem e reati tributari*, in CADOPPI, CANESTRARI, MANNA, PAPA (a cura di), *Diritto penale dell'economia. Tomo I*, Milano, 2019.

TROYER, *Ne bis in idem e reati tributari: la Corte di Cassazione valuta concretamente legittimo il doppio binario sanzionatorio in tema di dichiarazione infedele*, in *Riv. dott. comm.*, 2021.

VIGANÒ, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in *Dir. pen. cont.*, 2016.

VIGANÒ, *Una nuova sentenza di Strasburgo su ne bis in idem e reati tributari*, in *Dir. pen. cont.*, 2017.

VINCIGUERRA, *Attuali problemi sostanziali e processuali nei rapporti tra reati tributari e infrazioni amministrative tributarie* in GLENDI, CORASANITI, CORRANO OLIVA, (a cura di), *Per un nuovo ordinamento tributario. Tomo II*, Milano, 2019.

# AUTORI

GIORGIO ARDIZZONE, Studente corso di laurea a ciclo unico in Giurisprudenza presso l'Università LUISS Guido Carli di Roma

ANTONIO DAMIANO, Dottore di Ricerca nell'Università degli Studi di Roma Tor Vergata

GIUSTINO DI CECCO, Professore di Diritto commerciale nell'Università degli Studi Roma Tre

ANTONIO FICI, Professore di Diritto privato nell'Università degli Studi del Molise

CARLO IBBA, Professore di Diritto commerciale nell'Università di Sassari

SALVATORE LOPREIATO, Docente a contratto di Diritto commerciale nell'Università LUISS Guido Carli di Roma

GIAN DOMENICO MOSCO, Professore di Diritto commerciale nell'Università LUISS Guido Carli di Roma

PIER PAOLO PIRANI, Assegnista di ricerca nell'Università LUISS Guido Carli di Roma

MARIO RENNA, Docente a contratto di Diritto privato nell'Università di Siena

MARCO RIZZUTI, Ricercatore di Diritto privato nell'Università di Firenze

MICHELE TAMPONI, Professore di Diritto civile nell'Università LUISS Guido Carli di Roma

EMANUELE TUCCARI, Assegnista di ricerca in Diritto privato nell'Università di Pavia

ANDREA VINCENTI, Docente di Diritto commerciale nell'Università Jean Monnet

ATTILIO ZIMATORE, Professore di Diritto privato nell'Università LUISS Guido Carli di Roma

LLR - LUISS Law Review

Rivista online del centro di ricerca LUISS DREAM

Dipartimento di Giurisprudenza LUISS Guido Carli

Registrata presso il Tribunale di Roma con il n. 65/2016

ISSN 2531-6915

Direttore responsabile: Gian Domenico Mosco

Responsabile di redazione: Raffaella Scarabino

LUISS Guido Carli - Viale Pola, 12, 00198 Roma, Italia P.I. 01067231009