

NUOVE LEGGI
NUOVO DIRITTO

Collana diretta da Guido Alpa e Giorgio Spangher

IL CODICE DEL TERZO SETTORE

Commento al Decreto legislativo
3 luglio 2017, n. 117

a cura di
Marilena Gorgoni


Pacini
Giuridica

NUOVE LEGGI NUOVO DIRITTO

Collana diretta da Guido Alpa e Giorgio Spangher

1. *La Riforma Orlando – Modifiche al Codice penale, Codice di procedura penale e Ordinamento penitenziario*, a cura di Giorgio Spangher
2. Ranieri Razzante - Eliana Pezzuto, *Il nuovo codice antimafia – Commentario aggiornato alla legge 17 ottobre 2017, n. 161*
3. *Il Codice del Terzo settore – Commento al Decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117*, a cura di Marilena Gorgoni

CRISTINA AMATO, ELISABETTA BANI, MASSIMO BIANCA, FRANCESCO BOSETTI, FLAVIA DE FELICE, ANTONIO DE MAURO, GIOVANNI DI PIERDOMENICO, RAFFAELE DI RAIMO, ANTONIO FICI, GIOVANNI GIRELLI, MARILENA GORGONI, FERNANDO GRECO, SIMONA MARCHETTI, AGOSTINO MEALE, MARIA PAOLA MONACO, ANDREA NERVI, STEFANO PARDINI, DIANORA POLETTI, GIULIO PONZANELLI, PAOLO SANNA

IL CODICE DEL TERZO SETTORE

Commento
al Decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117

a cura di Marilena Gorgoni


**Pacini
Giuridica**



© Copyright 2018 by Pacini Editore Srl

ISBN 978-88-6995-377-4

Realizzazione editoriale



Via A. Gherardesca
56121 Ospedaletto (Pisa)

Responsabile di redazione
Gloria Giacomelli

Fotolito e Stampa

IGP Industrie Grafiche Pacini



Finito di stampare anno 2018
presso le Industrie Grafiche della Pacini Editore S.r.l.
Via A. Gherardesca • 56121 Ospedaletto • Pisa
Tel. 050 313011 • Fax 050 3130300
www.pacineditore.it

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume /fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633.
Le riproduzioni effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da AIDRO, Corso di Porta Romana n. 108, Milano 20122, e-mail segreteria@aidro.org e sito web www.aidro.org

INDICE SOMMARIO

Premessa - La nuova categoria degli enti del Terzo settore: alcune considerazioni introduttive	p.	1
<i>Giulio Ponzanelli</i>		
1. Gli enti intermedi tra Stato e individuo: alcuni cenni	»	1
2. Il Codice civile e le norme sulle associazioni non riconosciute.	»	1
3. La crisi del Codice e la necessità di una riforma generale: interventi però solo demolitori-abrogativi e mutamento del regime della concessione della personalità giuridica (da un sistema nazionale ad uno provinciale).	»	2
4. La comparsa del “groviglio di leggi speciali” e il successo degli enti <i>non profit</i>	»	3
5. La necessità di una categoria generale di riferimento: i soggetti inclusi e quelli esclusi, le finalità e le attività di interesse generale.	»	3

D.LGS. 3 LUGLIO 2017, N. 117

CODICE DEL TERZO SETTORE

DEGLI ENTI DEL TERZO SETTORE IN GENERALE (ARTT. 1-16)

Il Codice del Terzo settore tra luci ed ombre	»	9
<i>Marilena Gorgoni</i>		
1. L'impronta costituente del Terzo settore, la deriva statalista e l'avanzamento del mercato.....	»	9
1.1. Il Terzo settore <i>as a whole</i>	»	9
1.2. <i>Nomina sunt consequentia rerum</i>	»	16
1.3. L'ombra del mercato	»	20
1.4. L'effetto di svuotamento del Codice civile	»	21
2. Il perché e il come del Codice del Terzo settore	»	24
3. Le esclusioni, totali, parziali, <i>sui generis</i>	»	28
4. Di alcune discutibili scelte sistematiche	»	34
4.1. Enti del Terzo settore che hanno una disciplina particolare nei limiti della compatibilità.....	»	38
5. Attività di interesse generale e la triade finalistica	»	39
6. Rapporti del Codice del Terzo settore con la libertà di associazione.....	»	47
6.1. Enti di diritto comune e Terzo settore	»	58
L'attività degli enti del Terzo settore.....	»	61
<i>Antonio Fici</i>		
1. L'attività nella legislazione <i>ante</i> riforma	»	61
2. L'attività come requisito della nuova fattispecie generale “ente del Terzo settore” ..	»	65
3. La disciplina generale dell'attività.....	»	69
4. Natura e caratteristiche dell'attività nei singoli enti del Terzo settore.....	»	72
5. La rilevanza dell'attività a fini fiscali: cenni.....	»	80

Destinazione e disciplina del patrimonio	81
<i>Raffaele Di Raimo</i>	
1. Premessa. Patrimonio e scopo negli enti del Libro I del codice civile	81
2. Impostazione adottata dal legislatore delegato: il divieto di ripartire gli utili da carattere dello scopo a regola attuativa della destinazione allo scopo	85
3. Destinazione del patrimonio allo scopo e divieto di distribuzione di utili	88
4. Segue. La distribuzione indiretta	90
5. L'obbligo di devoluzione del patrimonio	92
6. La costituzione di patrimoni destinati a uno specifico affare.	94
La rendicontazione contabile, economico-finanziaria, e sociale negli enti del Terzo settore	97
<i>Simona Marchetti</i>	
1. Premessa	97
2. Il Bilancio di esercizio e le scritture contabili	100
2.1. Il Bilancio di esercizio per gli enti "non piccoli"	102
2.1.1. Lo Stato Patrimoniale	102
2.1.2. Il Rendiconto finanziario, <i>rectius</i> Rendiconto gestionale	104
2.1.3. La Relazione di missione	107
2.2. Il Bilancio di esercizio per gli enti "piccoli"	110
2.3. Gli obblighi contabili per gli enti del Terzo settore che esercitano la propria attività esclusivamente o principalmente in forma di impresa commerciale	113
3. Clausola generale, principi di redazione e criteri di valutazione: cenni	115
4. Il Bilancio sociale e gli obblighi di pubblicità in tema di rendicontazione sociale ...	116
5. I libri sociali obbligatori	119
6. Osservazioni conclusive	120
Il Codice del Terzo settore e il suo approccio alla regolazione del lavoro	121
<i>Maria Paola Monaco</i>	
1. L'elaborazione del Codice del Terzo settore e il suo approccio alla regolazione del lavoro	121
2. La disciplina del trattamento economico e normativo dei lavoratori del Terzo settore	124
3. La determinazione dei trattamenti economici normativi ed il richiamo dell'art. 51 del d.lgs. 81/2015.	129
4. La limitazione agli apporti lavorativi: le ipotesi di contingentamento	132
5. La diversa ottica di intervento del Codice del Terzo settore sul lavoro: l'inserimento dei lavoratori svantaggiati.	133
Trasformazione, fusione e scissione degli enti del Terzo settore	137
<i>Massimo Bianca</i>	
1. I principi e gli obiettivi della legge delega	137
2. Operatività soggettiva: le tipologie di enti ammessi alle operazioni straordinarie	140
3. Segue: l'applicabilità agli enti estranei al Terzo Settore	142
4. Operatività oggettiva	142
5. Esclusione statutaria delle operazioni straordinarie	144
6. Il procedimento di trasformazione	145
7. Fusioni e scissioni	148

DEL VOLONTARIO E DELL'ATTIVITÀ DI VOLONTARIATO
(ARTT. 17-19)

Profili giuridici del “volontario” e dell’“attività di volontariato”.....»	153
<i>Paolo Sanna</i>	
1. Il “volontario”: polisemia linguistica e complessità sociologica.....»	153
2. I “volontari” (ed i volontariati) nel groviglio normativo del Terzo settore (cenni) ...»	158
3. Il “volontario” (e “l’attività di volontariato”) nella legge di delega di Riforma del Terzo Settore e nel Codice (tra <i>lex generalis</i> e <i>lex specialis</i>)»	161
4. La definizione codicistica di “volontario” (e “di attività di volontariato”): inquadramento generale e campo di applicazione»	164
4.1. (segue:) la gratuità e la (nuova) disciplina dei rimborsi spese.....»	177
4.2. (segue:) libertà e solidarietà»	184
5. La qualificazione giuridica dell’attività svolta dal volontario verso il beneficiario ed i terzi: profili di responsabilità civile ed assicurativi»	186
6. Notazioni conclusive.....»	197

DELLE ASSOCIAZIONI E DELLE FONDAZIONI DEL TERZO SETTORE
(ARTT. 20-31)

Costituzione e forme organizzative»	203
<i>Dianora Poletti</i>	
1. I requisiti costitutivi degli enti del Terzo settore.....»	203
2. L’elenco degli enti del Terzo settore e le ‘forme-tipo’: le particolari categorie di enti del Terzo settore e gli enti “atipici” o “ <i>sui generis</i> ”»	205
3. <i>Segue.</i> Gli enti “doppiamente atipici”.....»	206
4. Il modello delle associazioni e fondazioni del Terzo settore e la crescente neutralità della forma organizzativa.....»	207
5. L’iscrizione nel Registro unico nazionale tra enti personificati e non. Il nuovo modo di acquisto della personalità giuridica delle associazioni e delle fondazioni del Terzo settore »	210
6. La forma dell’atto di costituzione.»	212
Ordinamento e amministrazione.....»	215
<i>Cristina Amato</i>	
1. Il disegno del legislatore per l’organizzazione e l’amministrazione degli enti del Terzo Settore»	215
1.1. Principi generali»	215
1.2. Tutela del singolo all’interno della formazione sociale. L’art. 23 Codice del Terzo settore»	218
1.3. Esercizio di attività di impresa. Tutela dei terzi e dei creditori»	222
2. Forme e ordinamento»	227
2.1. Ordinamento degli enti del Terzo settore e modalità di svolgimento delle attività di interesse generale. Il disegno degli anelli concentrici»	227
3. Dell’assemblea.....»	235
3.1. Gli artt. 24 e 25 Codice del Terzo settore e il completamento della disciplina»	235
3.2. Diritto di voto. Discussione e modalità di espressione del voto. Rappresentanza e assemblee separate»	241

3.3. Le competenze dell'assemblea	245
3.4. Regime delle impugnazioni delle delibere.....	248
4. Dell'amministrazione	251
4.1. Poteri, nomina e qualità degli amministratori.....	251
4.2. Questioni aperte	254
Scioglimento	257
<i>Dianora Poletti</i>	
1. I poteri dell'ufficio del Registro unico nazionale di fronte alle ipotesi di estinzione e scioglimento	257
2. La nuova causa di scioglimento per diminuzione del patrimonio minimo.....	259
3. L'esclusione di automatiche cause di scioglimento prevista dalla disciplina transitoria..	261
4. La sopravvivenza dell'ente cancellato dal Registro unico nazionale nelle forme del codice civile. La devoluzione e la direzione impressa al patrimonio degli enti del Terzo settore.....	262

DI PARTICOLARI CATEGORIE DI ENTI DEL TERZO SETTORE
(ARTT. 32-44)

Categorie di enti del Terzo settore	269
<i>Fernando Greco</i>	
1. Considerazioni introduttive.....	269
2. Gli enti associativi e le fondazioni.....	272
2.1. L'esclusione delle fondazioni bancarie	276
3. Le organizzazioni di volontariato	278
4. Le associazioni di promozione sociale	283
5. Gli enti filantropici	285
6. La riforma delle imprese sociali	287
7. Le reti associative (rinvio)	298
8. Le società di mutuo soccorso.....	298
Le reti associative	301
<i>Antonio De Mauro</i>	
1. La struttura e i requisiti	301
2. Le attività	305
3. Gli statuti.....	309

DEL REGISTRO UNICO DEL TERZO SETTORE
(ARTT. 45-54)

Il Registro unico Nazionale del Terzo settore	319
<i>Francesco Bosetti</i>	
1. Premessa. Il Registro nazionale tra speranze di riforma e nuova sistematica della disciplina	319
2. Gli uffici del Registro unico nazionale del Terzo settore. La concreta operatività del Registro. Una prima notazione critica	323

3. La struttura del Registro	326
4. L'iscrizione dell'ente e le relative procedure	327
5. I contenuti del Registro: oggetto della pubblicità	331
6. Effetti della pubblicità del Registro unico.	334
7. I compiti dell'Ufficio del Registro unico	336
8. L'art. 50 del D. Lgs. 117/2017. La cancellazione e la c.d. migrazione interna.....	339
9. Aspetti della residua disciplina transitoria di immediata rilevanza per il Registro unico »	340

DEI RAPPORTI CON GLI ENTI PUBBLICI
(ARTT. 55-57)

I rapporti tra gli enti del Terzo settore e le Pubbliche Amministrazioni.....»	345
<i>Agostino Meale</i>	
1. Premessa	345
2. Gli ambiti di applicazione della disciplina del partenariato	345
3. Le convenzioni con gli enti del Terzo Settore: principi e criteri.....	348
4. Gli affidamenti di servizi sociali	349
5. L'utilizzo di beni e immobili pubblici e le concessioni degli immobili culturali agli enti del Terzo settore	354

DELLA PROMOZIONE E DEL SOSTEGNO DEGLI ENTI DEL TERZO SETTORE
(ARTT. 58-76)

Il sistema dei centri di servizio per il volontariato	359
<i>Stefano Pardini</i>	
1. I Centri di Servizio per il Volontariato nella L. n. 266/91	359
2. Dalla legge delega all'attuazione del "sistema dei centri di servizio per il volontariato".»	361
3. La natura giuridica dei cardini del "sistema".....	365
4. I requisiti	367
5. L'accreditamento.....	368
6. Le funzione e compiti	369
7. Il finanziamento	371
8. La revoca dell'accreditamento e gli effetti conseguenti	373

TITOLI DI SOLIDARIETÀ DEGLI ENTI DEL TERZO SETTORE
ED ALTRE FORME DI FINANZA SOCIALE
(ARTT. 77-78)

I titoli di solidarietà e le altre forme di finanza sociale nel Codice del Terzo settore.....»	377
<i>Elisabetta Bani</i>	
1. La "finanza sociale" nel Codice del Terzo settore	377
2. Finanza sociale e altre misure di sostegno e promozione agli enti del Terzo settore »	381
3. I titoli di solidarietà ed il <i>social lending</i> nel Codice del Terzo settore.....»	384

REGIME FISCALE DEGLI ENTI DEL TERZO SETTORE
(ARTT. 78-86)

Il regime fiscale del Terzo settore	393
<i>Giovanni Girelli</i>	
1. Premessa	393
2. L'ente del Terzo settore ed il suo inquadramento fiscale	395
3. La commercialità o meno delle attività svolte dall'ente del Terzo settore.....	398
4. Il regime forfettario previsto per l'ente del Terzo settore non commerciale	405
5. Il regime fiscale speciale delle organizzazioni di volontariato e delle associazioni di promozione sociale	408
6. I benefici in materia di imposte sul reddito per chi sostiene l'ente del Terzo settore »	412
7. Le disposizioni in materia di imposte indirette sui trasferimenti e di tributi locali ...»	418
8. Il regime fiscale del <i>social lending</i>	421
9. Conclusioni	422

DEL REGIME DEI CONTROLLI E DEL COORDINAMENTO
(ARTT. 90-97)

Controlli interni e responsabilità	427
<i>Andrea Nervi</i>	
1. L'organo di controllo interno; la nomina	427
2. Requisiti dei componenti dell'organo di controllo	430
3. La revisione legale dei conti	432
4. I compiti e le funzioni dell'organo di controllo interno: a) gli aspetti mutuati dalla disciplina delle società di capitali	433
5. (segue): b) le denunce provenienti dagli associati; il potere di denuncia al Tribunale.....	436
6. (segue): c) gli aspetti innovativi: il controllo sulle finalità istituzionali	439
7. Il regime delle responsabilità degli organi.....	443

DEL RUOLO DEL NOTAIO

Il ruolo del notaio	449
<i>Flavia De Felice e Giovanni Di Pierdomenico</i>	
1. Il ruolo del notariato nella genesi della riforma.....	449
2. L'applicazione del principio di sussidiarietà. L'esperienza dell'"omologazione notarile" nel diritto societario	450
3. La funzione di adeguamento del notaio negli atti costitutivi e negli atti deliberativi »	451
4. Il regime sanzionatorio previsto dalla legge notarile	452
5. Brevi cenni sul controllo notarile per gli enti del Terzo Settore	454
6. Aspetti problematici relativi al controllo notarile (I) La mancanza di un termine per l'iscrizione; (II) La denominazione degli enti del Terzo settore; (III) Le finalità degli enti del Terzo settore; (IV) Il patrimonio degli enti del Terzo settore; (V) Requisiti di ammissione degli associati	457

DECRETO LEGISLATIVO 3 luglio 2017, n. 117, Codice del Terzo settore, a norma dell'articolo 1, comma 2, lettera b), della legge 6 giugno 2016, n. 106	465
--	-----

ORDINAMENTO E AMMINISTRAZIONE

Cristina Amato

SOMMARIO: 1. Il disegno del legislatore per l'organizzazione e l'amministrazione degli enti del Terzo settore. – 1.1. Principi generali. – 1.2. Tutela del singolo all'interno della formazione sociale. L'art. 23 Codice del Terzo settore. – 1.3. Esercizio di attività di impresa. Tutela dei terzi e dei creditori. – 2. Forme e ordinamento. – 2.1. Ordinamento degli enti del Terzo settore e modalità di svolgimento delle attività di interesse generale. Il disegno degli anelli concentrici. – 3. Dell'assemblea. – 3.1. Gli artt. 24 e 25 Codice del Terzo settore e il completamento della disciplina. – 3.2. Diritto di voto. Discussione e modalità di espressione del voto. Rappresentanza e assemblee separate. – 3.3. Le competenze dell'assemblea. – 3.4. Regime delle impugnazioni delle delibere. – 4. Dell'amministrazione. – 4.1. Poteri, nomina e qualità degli amministratori. – 4.2. Questioni aperte.

1. Il disegno del legislatore per l'organizzazione e l'amministrazione degli enti del Terzo settore.

1.1. Principi generali

01. Dal tempo della promulgazione della Carta Costituzionale, non si dubita più del fatto che i gruppi sociali rappresentino occasioni irrinunciabili per la libera esplicazione della personalità dell'uomo e il riconoscimento dei suoi diritti inviolabili. L'art. 2 Cost. contiene un importante precetto: lo sviluppo della personalità dell'individuo all'interno del gruppo, quale requisito indispensabile per la tutela costituzionale della formazione sociale. Che i gruppi intermedi siano oggi al centro della società, e che lo Stato non debba ostacolare tale processo di crescente rappresentanza, è condizione espressa dalla citata norma della Carta Costituzionale, sintesi di una concezione di fondo che pone in relazione individui, enti intermedi e Stato, quest'ultimo medio logico tra i primi due, nel rispetto del principio di sussidiarietà¹. In tale contesto, la non improvvisa apparizione del d.lgs. 3.07.2017, n. 117 ha riconosciuto il valore e la funzione sociale degli enti del Terzo settore; ha dichiarato l'intento programmatico di favorirne l'apporto originale per il perseguimento di finalità civiche, solidaristiche e di utilità socia-

¹ Principio espresso anche in una nota Enciclica di Papa Giovanni Paolo II, *Centesimus Annus*: "Una società di ordine superiore non deve interferire nella vita interna di una società di ordine inferiore, privandola delle sue competenze, ma deve piuttosto sostenerla in caso di necessità e aiutarla a coordinare la sua azione con quella delle altre componenti sociali in vista del bene comune".

le, anche mediante forme di collaborazione con lo Stato², le Regioni, le Province autonome e gli enti locali (art. 1 l. n. 117/2017); ne ha individuato le attività di interesse sociale (art. 5 l. n. 117/2017), e li ha incoraggiati verso attività lucrative, attraverso concessioni di benefici (fiscali, o di finanziamenti pubblici)³. In cambio, lo Stato può pretendere un'organizzazione interna funzionale alla realizzazione delle tutele sociali promesse dagli enti privati⁴ "ispirata 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" (art. 4, lett. d) l. 6.06.2016, n. 106, delega al Governo per la riforma del Terzo settore)⁵. Insomma, il problema, affrontato anche nella l. n. 117/2017, o Codice del Terzo settore è quello di assicurare responsabilità, quale corollario applicativo del principio di sussidiarietà orizzontale (v. nota 2), attraverso l'adozione di strutture organizzative tendenti a rispettare la democraticità interna degli enti in termini di partecipazione, eguaglianza, elettività delle cariche⁶. Mentre agli enti, riconosciuti e non, o alle fondazioni di erogazione, che restano fuori dalla definizione del Terzo settore⁷ si può fare a meno di richiedere democraticità interna, e immaginare sog-

² Viene qui richiamato il principio di sussidiarietà orizzontale, espresso dall'art. 118, comma 4° Cost., autorevolmente definito come un trasferimento di funzioni a tutela degli utenti/cittadini agli enti del Terzo settore; come promozione della partecipazione dei privati alla gestione di servizi di interesse collettivo (CAFAGGI, *Modelli di governo, riforma dello stato sociale e ruolo del terzo settore*, Bologna, 2002, 24 ss.).

³ Anteriormente al d.lgs. n. 117/2017, si possono annoverare, senza pretesa di esaustività: artt. 3 e 14 d.l. n. 149/2013, conv. in l. n. 13/2014 (sui partiti politici); art. 2, comma 2°, l. n. 4/2013 (svolgimento di professione non regolamentata in forma associativa); art. 5, comma 1° l. n. 96/2012 (sul finanziamento ai partiti politici); art. 137, comma 2°, lett. a) d.lgs. n. 206/2005 (codice del consumo) art. 90, comma 18°, lett. a) n. 2 l. n. 289/2002 (associazioni sportive dilettantistiche); art. 17, comma 1°, lett. d) l. n. 207/2001 (IPAB trasformate in associazioni di diritto privato); art. 3, comma 189°, lett. c) l. n. 662/1997, art. 10 d.lgs. n. 460/1997 (benefici tributari a favore delle ONLUS); art. 3, comma 1°, lett. f) l. n. 383/2000 (associazioni di promozione sociale), Art. 16 l. n. 242/1999 (CONI); art. 34, comma 2° l. n. 157/1992 (associazioni venatorie); artt. 6, comma 3°, 3, comma 3°, l. n. 266/1991 (associazioni di volontariato); art. 13 l. n. 349/1986 (associazioni ambientaliste).

⁴ Sul punto *ibidem*, 24 ss. V. anche: ID., *Diritti e libertà nella trasformazione dello stato sociale*, in BARCA, FRANZINI (a cura di), *La cittadinanza difficile (Diritti e Welfare)*, Firenze, 2001, 90 ss.

⁵ CAFAGGI, *Modelli di governo e riforma dello stato sociale*, cit., 40, per il quale è di fondamentale importanza assicurare una presenza concorrenziale in un quadro di pluralismo degli operatori impegnati nei settori dell'assistenza e della sanità: "A tali processi devono ritenersi applicabili il principio di non discriminazione, di parità di trattamento, trasparenza, mutuo riconoscimento, e proporzionalità".

⁶ Così BASILE, *Le persone giuridiche*, nel *Trattato Iudica-Zatti*, Milano, 2014, 114- 122.

⁷ Definizione che, è bene ricordarlo, include per lo meno cinque elementi costitutivi: forma giuridica del libro I (oppure societaria, ma solo per l'impresa e la cooperativa sociale); finalità civica, solidaristica o di utilità sociale; svolgimento di attività di interesse generale; non distribu-

getti collettivi senza scopo di lucro disciplinati dal Libro I c.c. con fini puramente egoistici, chiusi e con organizzazione oligarchica⁸, non altrettanto può dirsi per quegli enti che perseguono spontaneamente finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale, e si impegnano a svolgere attività di interesse generale per realizzarle, assumendo la qualifica di enti del Terzo settore. Per essi, il modello a tutela dei cittadini è variabile dipendente dal modello di governo⁹, in modo da evitare, da un lato, di sovraccaricare gli enti privati con eccessive responsabilità; dall'altro, di incappare nella sotto-protezione dei cittadini e/o nell'irresponsabilità politica¹⁰. Nel Codice del Terzo settore, la logica – pur possibile e costituzionalmente protetta – del fine egoistico e dell'organizzazione oligarchica, è abbandonata¹¹ in favore di una dimensione anche produttiva¹², non più meramente distributiva. Pertanto, se il problema riguarda le modalità di 'produzione delle prestazioni concernenti diritti sociali'¹³, l'organizzazione non può che essere democratica e aperta; tra le finalità prevalenti che gli organi devono perseguire nella definizione dei modelli di governo cooperativi non può che esservi la promozione del pluralismo.

02. Partecipazione, solidarietà e pluralismo¹⁴ sono, infatti, i principi generali con i quali si apre il Codice del Terzo settore (art. 1), ulteriormente specificati

zione degli utili; iscrizione del registro unico nazionale del Terzo settore. V. FICI, *L'ente del terzo Settore come modello organizzativo per lo svolgimento di attività formativa di interesse generale*, in *Rassegna CNOS*, 3, 2017, 53.

⁸ Come potrebbe ancora essere il caso delle fondazioni-erogazione, per le quali si discute se siano formazioni sociali, in considerazione dell'assenza di una realtà personale prevalente e della scelta di una forma-fondazione caratterizzata da un atto costitutivo spesso *mortis causa*, e quindi da una tendenziale soggezione alla volontà e agli interessi personalistici del fondatore. Cfr. in senso critico: VITTORIA, *Gli enti del primo libro del codice civile*, in RESCIGNO (a cura di), *Le fondazioni in Italia e all'estero*, Padova, 1989, 57 ss.; FUSARO, voce «Fondazione», in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, VIII, Torino, 1992, 360 ss.

⁹ CAFAGGI, *Modelli di governo e riforma dello stato sociale*, cit., 30. Il quale soprattutto concepisce, a ragione, la dissociazione tra soggetti che definiscono le modalità di protezione dei diritti sociali (stato ed enti pubblici), e che restano titolari della relativa responsabilità di protezione; e soggetti privati che mettono a disposizione le risorse delle quali dispongono per la realizzazione di tale tutela e il soddisfacimento dei relativi diritti di cittadini e utenti.

¹⁰ Tale sarebbe l'essenza del pluralismo assistito *ex art. 2 Cost.*, contrapposto al pluralismo aperto, *ex art. 18 Cost.* il quale oramai non tollera ingerenze organizzative dello Stato, se non nei limiti di una cornice elastica.

¹¹ Come dimostra l'*incipit* del Codice del Terzo settore, il quale già all'art. 1 utilizza termini programmatici quali: bene comune, elevazione dei livelli di cittadinanza attiva, inclusione, partecipazione, pieno sviluppo della persona, valorizzazione del potenziale di crescita e di occupazione lavorativa.

¹² CAFAGGI, op. cit., 34.

¹³ CAFAGGI, op. cit., 34.

¹⁴ "E' opportuno sottolineare che il principio di sussidiarietà orizzontale deve essere letto proprio nella prospettiva della tutela e promozione del pluralismo e non certo come strumento diretto a consentire la promozione di monopoli organizzativi privati, qualunque sia il grado di efficienza organizzativa che siano in grado di raggiungere": CAFAGGI, op. cit., 53

e rafforzati attraverso i principi di democraticità, pari opportunità, eguaglianza, carattere aperto, elettività delle cariche sociali (art. 25, comma 2° Codice del Terzo settore). Essi guidano potenziali modelli di cooperazione tra Stato ed enti privati¹⁵, tutelano il singolo all'interno della formazione sociale, disciplinano lo svolgimento delle attività di interesse generale condotte sia con finalità meramente distributive sia remunerative (ma pur sempre strumentali rispetto alle finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale).

1.2. Tutela del singolo all'interno della formazione sociale. L'art. 23 Codice del Terzo settore.

03. I principi richiamati soprattutto dall'art. 25, comma 2° Codice del Terzo settore riassumono la posizione dell'associato all'interno delle formazioni sociali. Nel caso specifico degli enti del Terzo settore, il legislatore ha rilanciato le tutele del singolo all'insegna del valore e della funzione sociale riconosciuta agli interessi di serie di cui sono portatori gli enti in questione.

L'art. 23 Codice del Terzo settore disciplina la procedura di ammissione dell'associato, così completando le norme del Libro I c.c., al contrario concentrate sull'ipotesi di abbandono del gruppo da parte del singolo per morte, recesso o esclusione (art. 24 c.c.¹⁶). La disposizione del Codice è saldamente ancorata all'ideale di autonomia dell'ente e alla non ingerenza dello Stato: tutta la procedura di ammissione contiene *norme dispositive*, anche con riferimento alle fondazioni, alle quali la norma in esame potrà trovare applicazione, purché compatibile con la loro organizzazione (evidente il richiamo alle fondazioni di partecipazione¹⁷), solo ove lo statuto non disponga diversamente (art. 23, comma 4° Codice del Terzo settore). Si tratta, peraltro, di una disciplina presa a prestito dalla procedura di ammissione prevista dal Titolo VI, Libro V per le società coo-

¹⁵ Benché democraticità, pluralismo interno e tutela dell'associato non siano criteri richiesti per la sottoscrizione di convenzioni: v. art. 56, comma 3° Codice del Terzo settore. Sul tema delle possibili forme di cooperazione (preferite alla concorrenza) tra Stato e Terzo settore cfr. CAFAGGI, *Governare per contratto o per organizzazione? Alternative istituzionali nella riforma dello stato sociale*, in *Modelli di governo, riforma dello stato sociale e ruolo del terzo settore*, cit., 76 ss. (e ivi ampi riferimenti bibliografici). V. anche FICI, *I contratti tra pubblica amministrazione ed enti non profit nel settore dei servizi alla persona*, ivi, 138 ss.; IAMICELI, *Servizi alla persona e forme privatistiche di gestione: il modello delle organizzazioni miste*, ivi, 179 ss.

¹⁶ All'ammissione il codice civile fa cenno solo nell'art. 16, comma 1°: a proposito del contenuto dell'atto costitutivo, la norma annovera anche le disposizioni sulle condizioni di ammissione dell'associato. Tale regola sul *contenuto inderogabile* dell'atto costitutivo è, peraltro, riprodotta anche nell'art. 21 Codice del Terzo settore.

¹⁷ GORGONI, *Le fondazioni di partecipazione*, in BRUSCUGLIA, ROSSI (a cura di), *Il volontariato a dieci anni dalla legge quadro*, Milano 2002, 523; GRECO, *La moda delle Fondazioni di partecipazione*, in *Non profit*, 2009, 107; FLORIAN, *Le fondazioni di partecipazione, le fondazioni tradizionali, le fondazioni di origine bancaria e le associazioni: elementi distintivi*, in Aa.Vv., *Fondazioni di Partecipazione (Atti del Convegno tenutosi a Firenze il 25 novembre 2006)*, Milano, 2007, 67.

perative, ossia dall'art. 2528 c.c., rubricato assai significativamente: 'Procedura di ammissione e carattere aperto della società'¹⁸. In virtù di quanto prescritto dall'art. 23, comma 1° Codice del Terzo settore, sull'ammissione di un nuovo associato che ne abbia fatto richiesta è chiamato a deliberare l'organo amministrativo: l'entrata nell'ente sarà comunicata all'interessato per iscritto, e annotata nel libro degli associati, in modo da informare adeguatamente e tempestivamente tutti i suoi componenti. Dal Libro V al Libro I, passando per l'art. 23, comma 1°, Codice del Terzo settore in esame, resistono saldi gli ideali di democraticità (qui declinato attraverso le 'porte aperte', cui l'art. 8, comma 1°, d.lgs. n. 112/2017, dedicato alla disciplina dell'impresa sociale, aggiunge il rispetto del principio di non discriminazione) e di partecipazione (realizzato anche attraverso l'attenzione all'informazione). Ideali che valgono a caratterizzare sicuramente il mondo del *non profit*, ma anche quello delle cooperative, anche di diritto comune, nelle quali la forma societaria viene fortemente piegata allo scopo mutualistico e dal quale, non a caso, il legislatore del Terzo settore ha pensato di trarre il completamento della regolamentazione riguardante la posizione del socio all'interno dell'ente.

04. D'altra parte, l'importanza dell'elemento personale, negli enti senza scopo di lucro di tipo associativo come anche nella fondazione di partecipazione, spiega la prevalenza, in dottrina, della teoria contrattualistica, in virtù della quale l'atto costitutivo altro non sarebbe se non un "accordo tra più persone"¹⁹ per costituire un vincolo giuridico in vista della realizzazione di un interesse comune, il cui scopo, oggetto e struttura sono puntualizzati nell'atto costitutivo"²⁰. Definizione che risponde alla nozione di contratto plurilaterale a struttura aperta²¹, caratterizzato dal fatto che le prestazioni di ciascun associato mirano alla realizzazione di uno scopo comune²², al quale si applicano gli artt. 1420, 1446, 1459, 1466 c.c. Per la verità, il Codice del Terzo settore, e l'art. 23 in particolare,

¹⁸ Il principio della "porta aperta" è accolto anche nella disciplina delle società cooperative: l'art. 2521, comma 3°, n. 6, e l'art. 2527, comma 1° c.c., nel rinviare all'atto costitutivo per la determinazione dei requisiti di ammissione dei nuovi soci e della relativa procedura, impongono la non discriminatorietà degli stessi, ma semmai la loro coerenza con lo scopo mutualistico e con l'attività economica svolta dalla società.

¹⁹ Peraltro, è opportuno ricordare che per talune tipologie specifiche di enti il Codice del Terzo settore ha imposto un numero minimo di partecipanti: è il caso delle organizzazioni di volontariato, delle associazioni di promozione sociale, delle reti associative, delle reti associative nazionali, delle cooperative sociali.

²⁰ PONZANELLI, *Gli enti collettivi senza scopo di lucro*, Torino, 2000, 66, e *ivi* una sintetica ricostruzione delle diverse posizioni in dottrina e in giurisprudenza sulla natura dell'atto associativo.

²¹ Sulla concezione contrattualistica come tipica di tutte le forme associative, cfr. GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, nel *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, *sub* artt. 36 – 42, 1976, 30 ss.; COTTINO, *Le società per azioni*, nel *Noviss. Digesto italiano*, XVII, Torino, 1970, 570 ss.

²² Cass., 26.07.2007, n. 16600, in *De Jure*.

semberebbero tralasciare tale definizione, forse non di grande utilità²³, in favore di una procedimentalizzazione del sistema, al fine di garantire la democraticità e il pluralismo, principi come si è detto enunciati in apertura del Codice stesso. All'interno dell'organizzazione si iscrive la partecipazione personale del singolo all'attività dell'ente, che coincide con l'elemento teleologico, con la finalità del gruppo²⁴. Pertanto, le regole che seguono possono essere definite regole sull'*attività*, più che sul contratto associativo. In effetti, la partecipazione personale alla realizzazione in comune di uno scopo ideale è momento fondamentale nelle forme associative; che sia la semplice unione intorno ad un'idea, o piuttosto una partecipazione che dipende dall'esecuzione di prestazioni economicamente valutabili, la regola organizzativa è costruita in funzione della realizzazione di tali interessi individuali e collettivi²⁵, tenendo conto che la partecipazione individuale al perseguimento di uno scopo ideale non è commisurata, come nelle società, al conferimento patrimoniale, ma ad un interesse 'personale'. Nelle società il conferimento patrimoniale (quota, azione) è un atto di investimento che condiziona la posizione del socio: il che comporta, come si avrà modo di vedere, il fatto che non si possa estendere *sic et simpliciter* la disciplina delle società commerciali agli enti del Terzo settore, proprio per il divergente atteggiarsi della partecipazione individuale e del patrimonio²⁶.

05. Al soggetto non ammesso, il comma 2° dell'art. 23 Codice del Terzo settore assicura la comunicazione della deliberazione di rigetto della domanda di ammissione entro sessanta giorni dalla richiesta, impugnabile dall'interessato innanzi all'assemblea, o altro organo *eletto* dalla medesima (art. 23, comma 3° Codice del Terzo settore). Il deferimento all'assemblea, o altro organo interno all'ente purché elettivo, rende innanzitutto omaggio al principio di democraticità, declinato in questo comma attraverso l'elettività dell'organo chiamato a deliberare sull'inclusione di richiedente; inoltre, rafforza ancora una volta il rispetto del legislatore nei confronti dell'autonomia dell'ente, e conferma la politica di non ingerenza dello Stato nel Terzo settore. Rinviano a quanto è stato altrove ampiamente argomentato a proposito degli enti del Libro I e delle società cooperative²⁷, non resta che ricordare l'inesistenza di un diritto soggettivo del

²³ LIBERTINI, MIRONE, SANFILIPPO, *L'assemblea di società per azioni*, Milano, 2016, *Introduzione*, xxxv, ove si sottolinea come non sia necessaria, né sufficiente, la ricostruzione contrattualistica, posto che la disciplina in tema di esecuzione del contratto non è di utilità. Nelle organizzazioni in cui l'assemblea resta luogo privilegiato di discussione e confronto è più importante concentrarsi sulle regole del procedimento della deliberazione assembleare, e dei rimedi esperibili nel caso di violazione delle regole.

²⁴ D'AMBROSIO, *Partecipazione e attività. Contributo allo studio delle associazioni*, Napoli, 2012, 35; VINCENZI AMATO, *Associazioni e tutela dei singoli. Una ricerca comparata*, Napoli, 1984, 182-183.

²⁵ D'AMBROSIO, *op. cit.*, 52.

²⁶ D'AMBROSIO, *op. cit.*, 161.

²⁷ Trib. Verona, 4.01.1988, in *Riv. notariato*, 1989, 401; in *Foro it.*, 1989, I,1288: "Non sussiste un diritto soggettivo del singolo alla ammissione in un gruppo intermedio, ancorché

richiedente all'ingresso nell'ente, per la connotazione *latu senso* 'ideologica' del Terzo settore, rapportata agli interessi dei quali tali enti sono portatori, ossia interessi di serie, o di categoria²⁸, nei cui confronti la non totale adesione da parte del singolo rischierebbe di comprometterne la stessa perseguibilità, e a tutela dei quali l'ente può legittimamente respingere candidature non consone. L'inesistenza di un obbligo dell'ente di accogliere le domande di ammissione²⁹ rappresenta il limite naturale alla struttura associativa aperta e al principio di democraticità. Dove per 'struttura aperta', è bene a questo punto precisare, si intende non solo l'accoglienza di altri individui all'interno del gruppo, ma anche l'imprescindibilità della pluralità di persone, e la variabilità numerica assicurata dallo statuto³⁰, che però non necessariamente si traduce in infungibilità soggettiva: tanto che, almeno per enti del Libro I c.c., la qualità di associato non è trasmissibile (art. 24, comma 1° c.c.), salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo o dello statuto. D'altra parte, lo Stato impone solo che l'atto costitutivo o lo statuto identifichino gli interessi di serie o di categoria (v. art. 21 Codice del Terzo settore; art. 24, comma 1° c.c.): il controllo al quale è chiamata l'assemblea non sarà di certo

si tratti di partito politico o di sindacato; pertanto un ente non riconosciuto (nella specie una associazione che svolge attività politica su scala nazionale), può legittimamente estromettere "ad nutum" un associato, rifiutandosi di rinnovargli la tessera di appartenenza". Dottrina autorevole concorda, anche a proposito delle società cooperative: "Sul principio della «porta aperta» si debbono evitare altri fraintendimenti: esso non protegge l'interesse di terzi all'ingresso della cooperativa, né tanto meno, attribuisce loro un diritto all'ammissione, la violazione del quale legittimi il ricorso all'autorità giudiziaria; protegge, all'opposto, l'interesse dei soci a che – secondo lo spirito di proselitismo e di fratellanza proprio del movimento cooperativo, entrino a far parte della cooperativa, senza limite di numero, quanti si dimostrino portatori di interessi omogenei rispetto a quelli che hanno determinato la costituzione del rapporto sociale": GALGANO, *Diritto commerciale: Le società*, Bologna, 2013, 486. Identico discorso veniva proposto dall'A. con riferimento alle persone giuridiche senza scopo di lucro di cui al Libro I c.c.: GALGANO, *Delle persone giuridiche*, nel *Commentario Scialoja-Branca*, sub artt. 16, Bologna-Roma, 2006, 277-278; Id., *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, nel *Commentario Scialoja-Branca*, sub artt. 36, Bologna-Roma, 1976, 152. V. anche, a proposito degli enti del libro I: RESCIGNO, *Il principio di uguaglianza nel diritto privato*, in *Persona e comunità*, Padova, 1987, 335 ss.; DE GIORGI, *Le persone giuridiche e gli enti di fatto*, ivi, 360 ss.; BASILE, *Gli «enti di fatto»*, in *Trattato Rescigno*, 2, Torino, 1982, 291 ss.

²⁸ La distinzione tra interessi di serie (o di categoria) e interessi di gruppo risale a N. JAEGER, *Diritto processuale civile*, Napoli, 1942, 10 ss., riferita da P.G. JAEGER, *L'interesse sociale*, Milano, 1972 (ristampa invariata), 10-11, per precisarne la valutazione e i tipi di tutela: la serie comprende tutti gli individui che si trovino, in qualsiasi momento, in un determinato rapporto; il gruppo, invece, comprende solo soggetti che esistono contemporaneamente. Pertanto, mentre il secondo può darsi autonomamente una sua organizzazione; per il soggetto collettivo portatore di interessi di serie, invece, il carattere di generalità che gli è proprio interferisce con l'interesse della collettività dei cittadini, alla cui tutela e attuazione è preposto il controllo dello Stato.

²⁹ Cass., 7.05.1997, n. 3980, in *Foro it.*, 1998, I, 1590.

³⁰ Benché non valga esattamente il contrario: dalla lettura dell'art. 27, comma 1° c.c. (il quale non annovera tra le cause di estinzione il venir meno della pluralità di associati) si evince che un ente non si scioglie per il solo venir meno di tutti i partecipanti, semmai per l'impossibilità sopravvenuta di perseguire lo scopo (art. 27, comma 2°, c.c.).

un controllo sulla meritevolezza di tali interessi³¹, ma sulla congruità della decisione di non ammissione rispetto ai requisiti di ammissione predicati in statuto. Tale limite alla democraticità e alla struttura aperta dell'enti del Terzo settore consente, in effetti, di evitare intrusioni pretestuose o provocatorie, perdita di immagine, dispersione dell'ideale, a danno della libertà di associazione degli altri componenti dell'ente collettivo, ma soprattutto a danno delle finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale caratteristiche imprescindibili di un ente del Terzo settore. Sarebbero coerentemente nulle clausole statutarie che identificassero soci sgraditi, o ne limitassero il numero, senza nessuna congruità rispetto agli interessi declinati in statuto.

1.3. *Esercizio di attività di impresa: tutela dei terzi e dei creditori.*

06. Con l'art. 23 sopra descritto, il legislatore del Terzo settore ha esaurito la cornice normativa dedicata ai diritti dei soci, lasciando in sospenso le questioni giuridiche legate alla trasmissibilità della qualità di associato, al recesso e alla sua esclusione. Salvo quanto si preciserà in prosieguo, è opportuno sin da ora distinguere il caso di enti del Terzo settore aventi natura erogativa, e perciò estranei all'esercizio di attività di impresa; dagli enti del Terzo settore che svolgono in maniera esclusiva o principale attività remunerativa in forma societaria (è il caso delle imprese e delle cooperative sociali), ovvero in forma associativa, riconosciuta e non, o di fondazione di partecipazione. Per gli enti che svolgano attività di tipo puramente erogativo³², i problemi innanzi elencati troveranno soluzione in virtù dell'applicazione analogica dell'art. 24 c.c., e delle interpretazioni della norma consegnateci dalla giurisprudenza e dottrina³³.

07. Con riguardo, invece, agli enti di tipo produttivo costituiti in forma societaria troveranno applicazione le norme sulle società cooperative³⁴, riscontrata la compatibilità tra il modello del Titolo VI, Libro V e i più volte evocati principi di democraticità, pluralismo e non discriminazione³⁵. Più precisamente, se si affronta la questione della trasferibilità della qualità di associato, *inter vivos* o *mortis causa*, gli artt. 2530, comma 1°, 2534 c.c. la rimettono rispettivamente

³¹ GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, sub artt. 36 – 42, cit., 51-52.

³² FICI, *Profili civilistici dell'attività erogativa delle fondazioni*, in *Scritti per la costituzione del Dipartimento giuridico dell'Università del Molise*, Campobasso, 2012, 387.

³³ Per un'efficace sintesi, cfr. PONZANELLI, *Gli enti collettivi senza scopo di lucro*, cit., 65 ss., 135-137.

³⁴ Benché riferita alla cooperative con mutualità prevalente, la disciplina di diritto comune delle società cooperative non presenta problemi applicativi per le cooperative sociali richiamate dal Codice del Terzo settore e disciplinate dalla l. n. 381/1991 (all'art. 1, comma 1°, lett. a) e b)), in quanto oramai esse rientrano a pieno titolo tra le cooperative a mutualità prevalente, ex art. 1, comma 2°, l. n. 112/2017 e art. 111-*septies* disp. att. c.c. Cfr. MARASÀ, *L'odierno significato della mutualità prevalente nelle cooperative*, in *Società, banche e crisi di impresa, Liber amicorum P. Abbadessa*, Torino, 2014, 2009.

³⁵ Come prevedeva l'art. 3, comma 1°, lett. d) della legge delega.

all'autorizzazione degli amministratori (a sua volta sottoposta ad una procedura basata sul silenzio-assenso) e ad espressa disposizione dell'atto costitutivo. Rispetto al più asciutto art. 24, comma 1° c.c., che invece esprime un divieto (seppure derogabile dall'atto costitutivo) nei confronti della trasmissibilità della posizione di associato, le norme societarie si rivelano decisamente più attrattive per un ente impegnato in attività d'impresa, in quanto assicurano continuità e stabilità al processo produttivo, anche grazie alla sostituibilità del socio. È vero, infatti, che la regola (suppletiva) dell'intrasmissibilità si giustifica negli enti senza scopo di lucro con forte identificazione 'confessionale', religiosa o ideologica, rispetto ai quali l'appartenenza di un individuo all'ente coincide con la sua appartenenza alla specifica categoria portatrice dei fini realizzati dall'ente stesso (n. 05.). Nel caso in cui, però, l'ente non lucrativo eserciti attività economica in modo esclusivo o principale, e addirittura in forma societaria, la regola dell'intrasmissibilità perde il suo fondamento ideologico, e deve perciò lasciare il posto ad una diversa disciplina privatistica a tutela del patrimonio dell'ente e, quindi, dei terzi e dei creditori. Specularmente, per quanto riguarda il recesso da un ente del Terzo settore, e nella stessa ottica di sostenerne l'integrità patrimoniale, l'art. 2532 c.c. ostacola il recesso *ad nutum*³⁶ (possibile solo nei casi previsti dalle legge o dall'atto costitutivo, e assoggettato ad un giudizio di legittimità da parte degli amministratori, i quali possono anche respingere la richiesta ove non sussistano i presupposti legali o convenzionali), ove invece l'art. 24, comma 2° c.c. lo fa assurgere ad un vero e proprio diritto³⁷. Infine, ancora nella stessa prospettiva di incoraggiamento dell'attività economico-lucrativa, a parziale sacrificio del principio di democraticità si inserisce l'art. 2533 c.c. sulla deliberazione di esclu-

³⁶ Per la verità, nello spirito della riforma societaria del 2003, il recesso dei soci nelle società di capitali ha subito una notevole inversione di rotta rispetto alla precedente disciplina. Mentre, infatti, nel sistema previgente il recesso rivestiva un ruolo marginale e penalizzante, la riforma societaria ha abbattuto i due principi cardine sui quali si fondava l'istituto del recesso, ossia la tassatività delle cause del recesso e la penalizzazione del socio uscente in sede di liquidazione della quota di partecipazione. Ne è derivato un nuovo quadro normativo che, per quel riguarda le cooperative, è incentrato sulla tipizzazione legale delle cause del recesso e sull'ammissibilità di cause convenzionali, previste dallo statuto (art. 2532 c.c.), nonché sulla non penalizzazione del socio recedente (o escluso o deceduto) al momento della liquidazione della quota (art. 2535 c.c.). Sul recesso nelle società di capitali, cfr. GRANELLI, *Il recesso dalle società lucrative di capitali*, in VIETTI (a cura di), *Le società commerciali: organizzazione, responsabilità e controlli*, Torino, 2014, 493 ss. Chiara è la *ratio* cui si è ispirata la riforma societaria: contemperare l'interesse del socio al rimborso dell'investimento con l'opposto interesse della società a non essere privata di importanti risorse economiche necessarie allo svolgimento dell'attività lucrativa, nonché con l'interesse dei creditori a non trovare depauperato il patrimonio sociale.

³⁷ L'art. 24, comma 2° c.c. conferma la base consensuale e il carattere volontario della permanenza dei singoli nel gruppo, in applicazione dell'art. 18 Cost.; si che anche il patto di non re cedibilità è ammissibile solo se previsto per un tempo determinato, salvo la facoltà di recedere comunque per giusta causa, mentre sarebbe viziata da nullità la clausola statutaria che escludesse il recesso per un tempo non definito: PONZANELLI, *Gli enti collettivi senza scopo di lucro*, cit., 70, 135.

sione del socio: al contrario di quanto disposto dall'art. 24, comma 3° c.c., essa è presa dagli amministratori (e non dall'assemblea, a meno che la volontà statutaria deferisca ad essa la competenza), poiché si traduce in un atto di gestione che incide sulla consistenza patrimoniale e sulla continuità dell'attività d'impresa; mentre i 'gravi motivi' di espulsione³⁸, citati dalla norma del Libro I e rimessi alla valutazione dell'interprete, sono tipizzati in quella del Libro V (n. 31).

08. Quanto, infine, agli enti del Terzo settore che esercitino attività d'impresa in modo esclusivo o prevalente, ma non in forma societaria, l'eventuale applicazione analogica delle citate disposizioni del Titolo VI, Libro V c.c. potrebbe dare luogo a tentazioni di abuso della forma giuridica, in violazione dei principi di democraticità, pluralismo e partecipazione, a danno soprattutto degli associati³⁹. Occorre, pertanto, valutare con maggiore cautela le norme del codice civile – alle quali pure in via l'art. 3 Codice del Terzo settore, comma 2° – alle quali rivolgersi in una prospettiva di sostegno all'attività economica, e di tutela del singolo all'interno dell'ente. L'iscrizione nel registro delle imprese ex art. 11 Codice del Terzo settore⁴⁰, insieme all'obbligo di tenuta delle scritture contabili di cui all'art. 2214 c.c., richiamato dall'art. 13, comma 4° Codice del Terzo settore⁴¹, rappresenterebbe, invece, un *set* minimo di norme che, nonostante la

³⁸ Con una tendenziale coincidenza dei gravi motivi di esclusione tipizzati dal legislatore per le società cooperative ex art. 2533 c.c. e i gravi motivi identificati da giurisprudenza e dottrina nell'applicazione dell'art. 24, comma 3°, c.c., ossia: inadempimento degli obblighi di contribuzione o di altre obbligazioni convenzionalmente stabilite, il venir meno dei requisiti soggettivi: cfr. MONTANI, *Le associazioni non riconosciute*, nel *Commentario Schlesinger*, Milano, 2016, sub art. 36, 129 ss.

³⁹ Il Codice del Terzo settore è laconico sul ricorso incondizionato alla normativa societaria: come si dirà meglio più oltre nel testo, l'art. 3 rinvia alle disposizioni del codice civile nel caso di lacune, senza precisare a quale specifica disciplina poter fare riferimento. L'unico rimando testuale era previsto nella legge delega, all'art. 3, comma 1° lett. d), il quale, tra i principi direttivi consegnati al legislatore delegato, chiedeva di prevedere che alle associazioni e alle fondazioni che esercitano *stabilmente e prevalentemente* attività d'impresa si potessero applicare le norme previste dai titoli V e VI del libro quinto del codice civile, in quanto compatibili. Come si diceva, però, né l'art. 3, né le disposizioni specifiche preposte all'ordinamento e amministrazione degli enti in questione, fanno mai riferimento ad un'applicazione *generalizzata* delle disposizioni societarie, seppur nei limiti della compatibilità.

⁴⁰ L'iscrizione, d'altra parte, si risolve in un'attività di documentazione che ha la funzione di preconstituire uno strumento di controllo sull'attività degli imprenditori commerciali, nell'interesse di quanti acquistino ragioni di credito. Sebbene, però, si tratti di un controllo effettuato dallo stesso controllato, ossia l'imprenditore: una volta esclusa la forma societaria non sono previsti controlli esterni. V. GALGANO, *Diritto commerciale: l'imprenditore, le società*, Bologna, 2013, 75.

⁴¹ Art. 13, comma 5° Codice del Terzo settore: gli enti del Terzo settore che esercitano la propria attività esclusivamente o principalmente in forma di impresa commerciale devono redigere e depositare presso il registro delle imprese il bilancio di esercizio redatto, a seconda dei casi, ai sensi degli articoli 2423 e seguenti, 2435-*bis* o 2435-*ter* del codice civile. Le scritture contabili assicurano mezzi di prova idonei a verificare lo stato patrimoniale di un ente: GALGANO, *Diritto commerciale: l'imprenditore, le società*, cit., 23.

non applicabilità dello statuto speciale dell'imprenditore commerciale⁴², sarebbe sufficiente a garantire trasparenza nella gestione economica, anche a tutela delle ragioni dei terzi e dei creditori dell'ente⁴³. Per la verità, dal tenore letterale delle norme citate, sembrerebbe non ammessa questa interpretazione, poiché fanno esplicito riferimento all'attività esclusiva o prevalente dell'ente, dimostrando impermeabilità agli obblighi di iscrizione nel registro delle imprese e di tenuta delle scritture contabili in virtù dell'esercizio di attività economica organizzata in maniera professionale (v. nota 43).

09. Di conseguenza, se la soluzione prospettata potrebbe essere appagante per gli enti del Terzo settore che esercitino attività lucrativa in forma non societaria, ma comunque in via esclusiva o principale, la non applicazione dello statuto (speciale) dell'imprenditore⁴⁴, ma più in generale la paventata non applicabilità

⁴² La non applicabilità dello statuto speciale dell'imprenditore commerciale deriverebbe dalla scelta operata dal legislatore del Terzo settore di estendere agli enti ivi disciplinati la disciplina di cui all'art. 2201 c.c., pensata per gli enti pubblici e che, in deroga all'assoggettamento allo statuto speciale dell'imprenditore, impone a tali enti solo l'iscrizione nel registro delle imprese (cfr. GALGANO, *Diritto commerciale: l'imprenditore, le società*, cit., 23, il quale qualifica gli enti pubblici 'impresa civile', categoria terza tra l'imprenditore commerciale e quello agricolo). L'estensione di detta disposizione, a sua volta, si evincerebbe dal fatto che il legislatore abbia usato, in molte disposizioni-chiave del Codice in esame, una terminologia che rimanda non all'esercizio dell'attività economica in quanto tale (a sua volta connessa alla nozione di imprenditore, ex art. 2082 c.c.), ma all'esercizio dell'attività commerciale in via 'esclusiva o principale'. Terminologia che, appunto, ricalca la fattispecie di cui all'art. 2201, ove si legge: "Gli enti pubblici che hanno per oggetto *esclusivo o principale* una attività commerciale sono soggetti all'obbligo dell'iscrizione nel registro delle imprese". In sintesi: il riferimento all'art. 2201 c.c., e non alla definizione generale di imprenditore ex art. 2082 c.c., escluderebbe l'applicabilità dello statuto generale, ma soprattutto speciale, dell'imprenditore commerciale. Per una ricostruzione puntuale della scelta del legislatore delegato nel senso qui sintetizzato, cfr. MONTANI, *La legge delega sul Terzo settore e le prospettive di riforma del codice civile*, in *Jus-Online*, 2017, vol. I, 189 ss.

⁴³ Il rinvio alla nozione di imprenditore ex art. 2082 c.c. da parte del Codice del Terzo settore avrebbe risolto in radice il problema della tutela dei terzi e dei creditori rispetto all'attività economica, benché secondaria, svolta dagli enti del Terzo settore, in applicazione dello statuto generale dell'imprenditore. Sulla nozione di imprenditore, cfr. GALGANO, *Diritto commerciale: l'imprenditore, le società*, cit., 1 ss.; 22: "L'esercizio di un'attività definibile, sulla scorta dell'art. 2082, come attività d'impresa e la conseguente assunzione della qualità di imprenditore rendono senz'altro applicabile ogni norma che il codice civile ricolleggi all'esercizio di un'«impresa», senza ulteriore specificazione, o che rivolga all'«imprenditore», non altrimenti qualificato. Sono queste le norme che compongono la disciplina di genere dell'imprenditore: vi appartengono alcune disposizioni sparse nel quarto libro del codice civile; vi appartengono, inoltre, le disposizioni del quinto libro sull'«impresa in generale», che fanno seguito alla definizione legislativa di imprenditore; vi appartengono, infine, le norme che regolano l'azienda e quelle che reprimono la concorrenza sleale". Vero è, però, che la stessa nozione di imprenditore è in discussione, soprattutto rispetto all'esistenza e significato del requisito dell'organizzazione. Come è altrettanto vero che lo statuto dell'imprenditore generale ha poca incisività, rispetto a quello dell'imprenditore commerciale.

⁴⁴ Nelle riflessioni più recenti, lo statuto dell'imprenditore generale (Libro V, Titolo II, Capo I, che beneficerebbe di principi generici ed intuitivi, come il più volte richiamato art. 2086 c.c., oppure di norme di dettaglio, ossia gli artt. 1722, n. 4; 2558, 2563 ss; 2557) avrebbe una

degli artt. 11 e 13 Codice del Terzo settore citati agli enti che pure ricorrano all'attività imprenditoriale in maniera organizzata e professionale⁴⁵, benché secondaria, aprirebbe un varco pericoloso verso abusi di forma, o anche solo verso incertezze di tutela sufficienti a scoraggiare il mercato⁴⁶. Si pensi ad un ente del Terzo settore costituitosi per assicurare interventi e prestazioni sanitarie (*ex art. 5, comma 1°, lett. b) Codice del Terzo settore*) mediante utilizzo di ambulanze o servizi a domicilio, il quale decida di ricorrere alla sponsorizzazione non occasionale di prodotti destinati ad un mercato affine (per esempio: prodotti parafarmaceutici, cosmetici, etc.), magari in periodi dell'anno maggiormente attrattivi di clientela (festività, fiere, giornate commemorative, etc.). I contratti di sponsorizzazione conclusi dall'ente con le aziende interessate rientrerebbero tra i casi di attività economica non esclusiva né principale; il che varrebbe ad escludere per essi qualsiasi obbligo di iscrizione dell'ente nel registro delle imprese, nonché di tenuta dei libri contabili. In un tale caso, l'assenza di trasparenza potrebbe innescare un meccanismo non virtuoso, in quanto per un verso potrebbe attrarre sul mercato enti del Terzo settore *holding*, più interessati alla sponsorizzazione dei prodotti della controllata che non alla finalità solidaristica e di utilità sociale insita nel servizio di ambulanza o di prestazioni mediche domiciliari; per altro verso, potrebbe scoraggiare le potenziali aziende interessate alla sponsorizzazione, in assenza di forme di trasparenza a tutela delle loro ragioni creditorie. In altri termini, sarebbe stato più opportuno che il legislatore del Terzo settore avesse espressamente optato per la diversa soluzione del rinvio alla nozione di imprenditore *ex art. 2082 c.c.*, e della conseguente applicazione dello statuto (generale o speciale) dell'imprenditore. È pur vero, però, che il rinvio generico dell'art. 3

rilevanza assai modesta, se sganciato dalla diversa e più completa definizione di imprenditore commerciale (MONTANARI, PEDERZINI, *L'imprenditore e il mercato. Imprenditore, procedure concorsuali, contratti commerciali*, Torino, 2016, 28-29). Quest'ultima beneficerebbe dello statuto dell'imprenditore commerciale (Libro V, Titolo II, Capo III, art. 2195 c.c.), il quale tiene in debito conto il fatto che l'entrata di un imprenditore nel mercato comporta necessariamente la protezione dei terzi e dei creditori, attraverso l'iscrizione nel registro delle imprese, la tenuta delle scritture contabili e l'assoggettabilità a procedure fallimentari (le ultime due escluse per l'imprenditore agricolo: art. 2135 c.c.).

⁴⁵ Com'è noto, elementi normativi della nozione di imprenditore *ex art. 2082 c.c.* sono, oltre all'esercizio di attività produttiva di beni o servizi; l'organizzazione (fattore svalutato da: GALGANO, *Diritto commerciale. L'imprenditore*, Bologna, 2006, 94 ss, che parla di pseudo-requisito; v. anche più di recente: GALGANO, *Diritto commerciale: l'imprenditore, le società*, cit., 19; JAEGER, *La nozione di impresa dal codice allo statuto*, Milano, 1985, 40 ss.; FERRO LUZZI, *L'impresa*, Milano, 1985, 26 ss.); la professionalità, sinonimo di non occasionalità, e l'economicità, elemento apprezzato anche dalla Corte di Giustizia Europea: CGCE, 17.02.1993 (cause riunite C-159/91 e C-160/91), *Poucet c. Assurances Générales de France et Caisse Mutuelle du Languedoc-Rousillon; Pistre c. Caisse Autonome Nationale de Compensation de l'Assurance Viellesse des Artisans*, in *Foro it.*, 1993, IV, 113, con nota di SCUDIERO; CGCE, 18.06.1998 (C- 36/96), *Commissione CE c. Repubblica Italiana*, in *Giur. it.*, 1999, 555, con nota di BERTOLOTTI.

⁴⁶ La questione è ampiamente approfondita da MONTANI, *La legge delega sul Terzo settore* cit., 189 ss, 196.

Codice del Terzo settore alle disposizioni del codice civile non esclude di poter affermare che, ogni qualvolta l'ente abbia statutariamente scelto lo svolgimento di attività economica non occasionale, ad esso si dovrà applicare lo statuto generale o speciale dell'imprenditore⁴⁷, e la relativa disciplina di tutela dei terzi e dei creditori (v. *infra*, 18).

2. Forme e ordinamento.

2.1. Ordinamento degli enti del Terzo settore e modalità di svolgimento delle attività di interesse generale. Il disegno degli anelli concentrici.

10. In virtù di quanto sinora argomentato, il Codice del Terzo settore si presenta come un microsistema autonomo⁴⁸, e gli enti ivi regolamentati come categoria generale, baricentro di nuove disposizioni settoriali che ricompongono ad unità un universo frantumato⁴⁹. La creazione di una nuova categoria, al termine della progressiva comparsa di una costellazione di leggi speciali, giustificherebbe la sua generalità rispetto ad enti ancor più settoriali, sì che un'interpretazione sistematica si prefigge di ritrovare all'interno dello stesso sottosistema – enti produttivi con vocazione sociale/enti erogativi – la sua disciplina normativa⁵⁰. Come si è detto in

⁴⁷ Cfr. nella letteratura più risalente: SPADA, *Note sull'argomentazione giuridica in tema d'impresa*, in *Giust. civ.*, 1980, I, 2270; FARENGA, *Esercizio di impresa commerciale da parte di enti privati diversi dalle società e fallimento*, in *Dir. fall.*, 1981, I, 222; PELLEGRINO, *Il fallimento dei gruppi associativi*, Padova 1986, 73; GENOVESE, *La nozione giuridica dell'imprenditore*, Milano, 1990, 229; VITTORIA, *Gli enti del primo libro del codice civile*, cit., 107; ID., *L'indole impropria dell'impresa non profit*, in *Dir. e giur.*, 2002, 15; CAMPOBASSO, *Associazione e attività d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, II, 581; MORANDI, *La fallibilità degli enti non profit*, in *Contr. impr.*, 1998, I, 346; FUSARO, *L'associazione non riconosciuta. Modelli normativi ed esperienze atipiche*, Padova, 1991, 148 ss.; ID., *I fallimenti nel settore non profit e la repressione degli abusi. Confronto con il modello francese*, in *Dir. fall.*, 1995, II, 1250; ZOPPINI, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, Napoli 1995, 176 ss.

⁴⁸ IRTI, *L'età della codificazione*, Milano, 1999, 36 ss.

⁴⁹ Parla con chiarezza di "...superamento di quel pericoloso frazionamento normativo, frutto di una vera e propria degenerazione corporativa, verificatosi nella società italiana a partire dalla legislazione quadro sul volontariato": PONZANELLI, *Terzo settore: la legge delega di riforma*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 5, 726.

⁵⁰ Si vedano le preziose riflessioni di ADDIS, *Il «codice» del consumo, il codice civile e la parte generale del contratto*, in *Obbl. e contr.*, 2007, 11, 872 *et passim*. Sempre con riferimento al codice del consumo; DE CRISTOFARO, *Le disposizioni «generali» e «finali» del Codice del consumo: profili problematici*, in *Contr. e impr. Eu.*, 2006, 63; ID., *Il «codice del consumo»: un'occasione perduta?*, in *Studium iuris*, 2005, 811 ss., il quale parla di funzione sussidiaria del codice civile, immediatamente integrativa e suppletiva. Più deciso BARENGHI, in CUFFARO (a cura di), *Codice del consumo*, Milano, 2006, 181 ss., per il quale nonostante l'art. 38 c.c., si possono/devono applicare prima altre disposizioni più settoriali, ispirate al *favor* nei confronti del consumatore. La tesi della centralità di un codice di settore rispetto ad un sistema frammentato viene espressa negli scritti

premessa, gli enti senza scopo di lucro di cui al Libro I (peraltro ancora in attesa di revisione) risponderrebbero ad una logica riferita genericamente a *tutti* gli enti senza scopo di lucro, senza particolari distinzioni. Per gli enti del Terzo settore, invece, il legislatore del 2017 avrebbe sposato una diversa finalità, ispirata per molta parte ad un modello produttivo⁵¹, e non meramente redistributivo. In una prospettiva funzionale, pertanto, nell'ipotesi di lacune⁵² nel sistema di organizzazione e amministrazione degli enti del Terzo settore, il codice civile avrebbe un'applicazione decisamente residuale: salvo quanto si preciserà più oltre, si applicheranno innanzitutto in via diretta le norme maggiormente specialistiche dettate per il Terzo settore, e in via analogica le disposizioni pensate per le società lucrative. Solo come *ultima ratio* si farà ricorso alle norme del Libro I (Titolo II, Capo II) del codice civile dedicate alle associazioni riconosciute e alle fondazioni⁵³. In questa prospettiva, l'organizzazione societaria, comunque ricca se la si vuole confrontare con il minimalismo delle disposizioni del Libro I c.c.⁵⁴, potrebbe utilmente soccorrere nel dare voce ad iniziative *latu sensu* sociali, di interesse generale, attraverso le quali si realizza lo scopo associazionistico⁵⁵.

11. Nelle norme dedicate all'ordinamento e all'amministrazione (artt. 23-26) viene confermata, come nel Libro I del codice civile, *l'imprescindibilità* dei due organi, assembleare e amministrativo, anche nel nuovo universo del Terzo settore. Tanto più se si considera che – per espressa previsione dell'art. 20 Codice del Terzo settore – tali disposizioni si applicano a *tutti* gli enti del Terzo

citati a proposito del codice di consumo: ad avviso di chi scrive, la problematica si ripropone in maniera analoga anche nel Codice del Terzo settore.

⁵¹ Sulla sempre più forte connotazione economica dell'associazionismo, v. anche ZAMBRANO, *L'esperienza delle cooperative sociali*, in ZAMBRANO (a cura di), *Non profit. Persona. Mercato*, Milano, 2005, 99.

⁵² La recentissima Circolare dei Dottori Commercialisti ed esperti contabili del Novembre 2017 ritiene che gli enti del Terzo settore troveranno tutta la loro regolamentazione nel Codice del Terzo settore, "sia sotto il profilo civilistico sia sotto quello tributario". L'affermazione è troppo ottimistica (o perentoria); come si è già visto, e come avrà modo di vedere oltre nel testo, vi sono alcune situazioni in cui il sistema civilistico presenta delle lacune.

⁵³ Suggestiva l'immagine proposta da BENEDETTI, *La categoria generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, 649 ss., il quale – a fronte di strumenti tecnici rappresentati dai micro sistemi, vero e proprio arsenale di armi, paventa il rischio di ridurli ad armi spuntate.

⁵⁴ Sulla carenza di attenzione del legislatore verso gli aspetti organizzativi delle associazioni non riconosciute del Libro I: DI RAIMO, *Le associazioni non riconosciute, Funzione, disciplina, attività*, Napoli, 1995, 179.

⁵⁵ Un esempio di applicazione meramente residuale del codice civile, necessaria solo ove si sia in presenza di lacune *reali* nel microsistema del Codice del Terzo settore, proviene dalla lettura dell'art. 24, comma 2°, il quale rinvia all'art. 2373 c.c. ed esclude il diritto di voto ai soci amministratori per il solo caso di conflitto di interessi, e dell'art. 25, comma 1°, lett. c), ove invece nulla dice il legislatore rispetto alla diversa situazione dell'approvazione del bilancio redatto dagli amministratori. In tal caso, i principi di partecipazione e democraticità prevalgono, in coerenza con la 'filosofia' del Terzo settore: non vi è, dunque, necessità di fare riferimento all'art. 21 del codice civile, il quale invece esclude la partecipazione al voto dei soci-amministratori anche nel caso di delibera riguardante l'approvazione del bilancio.

settore, a prescindere dalla forma prescelta. Il che vale certamente a risolvere il dilemma sorto a suo tempo per gli enti del Libro I c.c., riguardo all'applicazione analogica⁵⁶, oppure diretta⁵⁷, alle associazioni non riconosciute della disciplina sull'organizzazione, pensata per le associazioni riconosciute. Non solo, infatti, assemblea e organo amministrativo costituiscono la *struttura minima necessaria* al funzionamento degli enti del Terzo settore costituiti in forma associativa; ma per essi, contrariamente a quanto previsto nel codice civile, la normativa descrive nei dettagli le competenze dell'assemblea, persino definite come *inderogabili* per gli enti aventi un numero di associati inferiore ai cinquecento (per gli enti con un numero di associati superiore ai cinquecento vale, invece, la regola dell'autonomia statutaria: art. 25, comma 2°, Codice del Terzo settore); nonché i requisiti di nomina degli amministratori (art. 26, comma 3°). Segnale dell'attenzione del legislatore, già dimostrata per la condizione dei soci (art. 23), e ora confermata anche in sede di regolamentazione dell'organizzazione, verso l'elemento *personale* degli enti del Terzo settore costituiti in forma associativa, nel rispetto del principio di democraticità e di partecipazione (come chiaramente richiesto dall'art. 4, comma 1°, lett. d))⁵⁸.

12. D'altra parte, il principio di democraticità⁵⁹ viene costantemente citato nella legge delega 6.06.2016, n. 106, soprattutto all'art. 2. Benché questa norma contenga definizioni e criteri generali, non necessariamente rivolti al Terzo settore, il principio di democraticità è stato poi da essa stessa riservato solo agli enti del Terzo settore⁶⁰, non esteso anche agli enti senza scopo di lucro del Libro I

⁵⁶ BRONZETTI, *Persone giuridiche e associazioni non riconosciute nella giurisprudenza*, Padova, 1973, 170; AURICCHIO, voce «Associazioni riconosciute», in *Enc. del dir.*, III, Milano, 1958, 895., 906, DI RAIMO, *Le associazioni non riconosciute*, cit., 1995, 8.

⁵⁷ Così GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, sub artt. 36, cit., 180; ID.; *Le associazioni. Le fondazioni. I comitati*, Padova, 1996, 65 ss., per il quale l'applicazione diretta della disciplina delle associazioni riconosciute, per lo meno nella parte non strettamente legata al riconoscimento, deriverebbe dall'identità del tipo contrattuale e identità, quindi, di struttura. Più di recente, cfr. sul punto: MONTANI, *Le associazioni non riconosciute*, cit., 67 ss.

⁵⁸ Cfr. sul punto MONTANI, *La legge delega sul Terzo settore*, cit., 178-180.

⁵⁹ Principio già definito di 'illusione nostalgica' da GALGANO, *Le istituzioni dell'economia capitalistica*, Bologna, 1974; G. ROSSI, *Riforma dell'impresa o riforma dello Stato?*, in *Rivista delle società*, 1976, 449 ss. V. la posizione 'più radicale' di LIBERTINI, MIRONE, SANFILIPPO, *L'assemblea di società per azioni*, cit., *Introduzione*, xxxix: "Ciò che non sarebbe compatibile con l'efficienza gestionale dell'impresa è invece un regime di tipo "assembleare", che garantisca a tutti gli *stakeholders* piena libertà d'azione all'interno dell'organizzazione imprenditoriale e permanenti diritti di partecipazione alle decisioni aziendali. Un'impresa priva di una gestione accentrata e dinamica sarebbe ben presto condannata ad essere estromessa dal mercato. Il principio fondamentale della disciplina dell'organizzazione dell'impresa non può essere dunque quello democratico, ma dev'essere quello dell'efficienza funzionale".

⁶⁰ Si ricorda che la legge delega prevedeva anche la revisione della disciplina del titolo II del libro primo del codice civile; ma – com'è noto – tale revisione non ha avuto luogo. È opportuno sottolineare come i menzionati principi di democraticità e partecipazione, benché enunciati

c.c.⁶¹, rinforzato dai riferimenti allo svolgimento della personalità dei singoli, al pluralismo (art. 2, comma 1°, lett. a) e all'incoraggiamento dell'iniziativa economica privata, purché diretta a promuovere i diritti civili e sociali (art. 2, comma 1°, lett. b)). Democraticità temperata, però, dal riferimento al *valore* delle formazioni sociali *liberamente costituite* (art. 2, comma 1°, lett. a) legge delega, ripreso dall'art. 1 Codice del Terzo settore, che a sua volta rimanda all'art. 18 Cost.), nonché al riconoscimento dell'autonomia statutaria degli enti, al fine di consentire il pieno conseguimento delle loro finalità e la tutela degli interessi coinvolti (art. 2, comma 1°, lett. c) legge delega; ripreso dall'art. 2, comma 1 Codice del Terzo settore, ove si parla di "spontaneità ed autonomia").

13. Il riconoscimento ampio e reiterato dell'autonomia rimessa alla volontà dei soci (o del fondatore), spiega come mai pressoché ogni aspetto organizzativo – tranne quelli di cui si dirà puntualmente più oltre nel testo – sia derogabile dall'atto costitutivo o dallo statuto. Stante tale autonomia statutaria, pertanto, vi è ragione di credere che, al pari degli enti *non profit* del Libro I c.c.⁶², a *tutti* gli enti del Terzo settore l'atto costitutivo o lo statuto possono aggiungere altri organi preposti al controllo dell'organo di governo, con poteri corrispondenti a quelli del collegio sindacale delle forme societarie, oppure organi di rappresentanza sociale, o collegi con funzione di composizione delle liti (collegi dei probiviri, camere arbitrali, commissioni interne), purché siano rispettati i richiamati principi di democraticità ed elettività.

14. Diverso è il caso degli enti del Terzo settore costituiti in forma di fondazione: proprio la minore incisività dell'elemento personale nelle fondazioni spiega la scelta del legislatore del Codice del Terzo settore – anche questa confermata rispetto alla precedente disciplina del codice civile – di rimettere la previsione di un organo deliberativo, e delle sue relative competenze, allo statuto (artt. 24, comma 6°; 25, comma 3°): il che varrebbe ad ulteriormente qualificarle come

genericamente all'art. 2 l. n. 106/2016, non siano poi stati riproposti altrettanto enfaticamente per gli enti senza scopo di lucro del libro I. In particolare, l'art. 3, comma 1°, lett. c) legge delega cita i diritti degli associati, con un laconico riferimento alla partecipazione: "... 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"). Tanto che ne è stata giustamente tratta una conclusione condivisibile: "... sarebbe auspicabile che l'intervento attuativo [riferito all'annunciata riforma del Libro I] si limitasse a prevedere le materie riservate all'organo assembleare ove esistente per obbligo normativo ovvero per volontaria previsione statutaria. Come a dire che ben possono esistere enti non riconosciuti oligarchici e che, non per ciò solo, risultano in contrasto con l'idea di una formazione sociale protetta dagli artt. 2, 18 e 24 Cost.; ma se il modello prescelto dall'autonomia statutaria prevede un organo assembleare, allora, il modello organizzativo interno prescelto comporta il necessario rispetto di alcune regole, tra cui, per l'appunto, le competenze inderogabili" (MONTANI, *La legge delega sul Terzo settore*, cit., 181).

⁶¹ Come pure prevedeva la prima stesura della legge delega il 22/7/2014. Sul punto, cfr. MONTANI, *La legge delega sul Terzo settore*, cit., 178 (e *ivi* ampia bibliografia alle note 64 -69)

⁶² V. PONZANELLI, *Gli enti collettivi senza scopo di lucro*, cit., 124. Sull'autogoverno come elemento essenziale del *non profit*, cfr. SALAMON, ANHEIER, *Global Civil Society. Dimension of the Nonprofit Sector*, Baltimora, 1999.

‘fondazioni di partecipazione’; mentre la preoccupazione di assicurare anche a detti enti un’operatività in grado di perseguire le finalità tipiche del Terzo settore spiega l’*imprescindibilità* dell’organo di amministrazione (art. 26, comma 8°) e dell’organo di controllo (art. 30, comma 1°)⁶³. Pertanto, nonostante la apoditticità dell’art. 20 (il quale annovera anche la fondazione tra gli enti ai quali il Titolo IV il Codice del Terzo settore si applicherebbe), le norme dedicate all’ordinamento degli enti del Terzo settore confermano la *non assimilabilità delle due forme*, associativa e fondazionale: la prima saldamente ancorata alla pluralità di soggetti uniti dalle finalità comuni e sovra individuali previste dalla legge; la seconda pur sempre legata all’interesse individuale del/dei fondatore/i, per quanto esso debba nel Codice del Terzo settore realizzarsi attraverso una delle finalità (civiche, solidaristiche o di utilità sociale) tipizzate dal legislatore.

15. La struttura minima organizzativa sommariamente descritta può, sin da ora, essere assimilata all’ordinamento di tipo corporativo, o collettivistico, ad immagine della struttura delle società di capitali, in quanto spersonalizzata e a partecipazione indiretta⁶⁴. Dalle società di capitali, del resto, deriva molta della regolamentazione sull’organizzazione degli enti del Terzo settore, con prestiti occasionali che – se possono lasciare perplessi sotto il profilo della sistematicità e coerenza – hanno il pregio di aver profilato una cornice organizzativa originale, appositamente ritagliata sulla nuova categoria del *non profit*. Tale cornice è sua volta definita da più elementi peculiari al Terzo settore, alcuni senz’altro riferibili a *tutti* gli enti del Terzo settore come categoria unitaria ed omogenea: si allude alle finalità e alle attività di interesse generale degli enti, predicati dal legislatore in apertura al Codice (artt. 2 e 5). Altri elementi caratterizzanti, al contrario, sono di volta attribuibili ora alla forma prescelta (associazione, riconosciuta e non; societaria o non; oppure fondazione del Terzo settore), ora all’attività svolta dagli enti (produttiva ovvero redistributiva). Di questi elementi, che chiameremo ‘variabili’, si terrà conto in prosieguo, nell’illustrare la disciplina riferibile all’ordinamento degli enti del Terzo settore, poiché essi sono in grado di proiettare – sulle disposizioni in commento – una luce di autonomia e originalità tale da far assumere gli enti del Terzo settore a categoria generale e residuale, nell’ambito

⁶³ Per l’organo di controllo si rinvia al commento di Nervi. In questa sede è opportuno solo precisare, a conferma di quanto si dirà più oltre nel testo, che la presenza obbligatoria dell’organo di controllo negli enti di tipo associativo è legata a ragioni di contabilità, quando cioè l’entità di ricavi e proventi superi i 220.000€ annui, quando altresì il totale dell’attivo dello stato patrimoniale superi i 110.000€ annui e quando il numero di dipendenti occupati in media durante l’esercizio sia di un minimo di cinque unità. In altri termini, quando l’ente svolga attività d’impresa.

⁶⁴ Opposta alla struttura organizzativa di tipo corporativo sta l’organizzazione di tipo personalistico, o individualistico, tipica delle società di persone, caratterizzata dalla partecipazione diretta e personale, rispetto alla quale non sono previsti - quali organi *necessari* - né assemblee né amministratori, rivestendo ciascun socio tutti i poteri riconosciuti al gruppo, esercitabili da ciascuno anche in forma disgiunta. La distinzione, proposta da GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati, sub artt. 36 – 38, cit., 37 ss.*, risale a VON GIERKE, *Über die Geschichte des Majoritätprinzips*, in *Essay in Legal History*, London-Edinburgh-Glasgow, 1931.

della quale per un verso possono trovare ragione e disciplina tipologie speciali del Terzo settore (come prevede l'art. 3, comma 1°); per altro verso, tale categoria generale è in grado di attingere il completamento del suo quadro normativo di riferimento dagli enti societari come dagli enti del Libro I c.c., secondo i criteri specificati in prosieguo.

16. Tra gli elementi 'variabili' attribuibili alla forma prescelta dagli enti del Terzo settore si devono annoverare i principi orientativi richiamati dall'art. 25, comma 2° Codice del Terzo settore, il quale fa espresso riferimento alla democraticità, alle pari opportunità e all'eguaglianza di tutti gli associati, nonché all'elettività delle cariche sociali: "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". Per la verità, la disposizione riportata potrebbe nascondere un significato ambiguo, soprattutto per la collocazione ove è stata inserita, e cioè come ipotesi di deroga alle competenze indisponibili attribuite dalla legge all'assemblea; deroga possibile (per volontà statutaria) solo quando il numero degli associati superi le cinquecento unità. In altri termini, dalla lettura della norma potrebbe sorgere il dubbio che il richiamo ai principi ivi elencati serva solo ad assicurare la legittimità di tale deroga; sì che democraticità, pari opportunità, eguaglianza ed elettività delle cariche debbano pretendersi unicamente da associazioni con alto numero di partecipanti. Ad avviso di chi scrive, questo dubbio è senz'altro da fugare, perché – come si argomenterà meglio in prosieguo – detti principi di democraticità e partecipazione ispirano in più parti la normativa sull'ordinamento degli enti del Terzo settore, comparando ora espressamente⁶⁵, ora implicitamente (ossia, nella scelta di talune regole organizzative solo apparentemente neutre (v. soprattutto nn. **28**, **37**). Accogliendo quest'ultima interpretazione del comma 2° dell'art. 25, il quadro generale di democraticità e partecipazione cui sarebbe ispirato l'ordinamento degli enti del Terzo settore si rivolgerebbe – come anticipato – a *tutti* gli enti *di tipo associativo*, riconosciuti e non, con più o meno di cinquecento associati. È vero, invece, che tale quadro generale non sarebbe riferibile alle fondazioni del Terzo settore: infatti, l'estensione ad esse, ad opera del comma 6° dell'art. 24,

⁶⁵ È il caso dell'art. 41, comma 7°, Codice del Terzo settore: la disposizione rimette agli atti costitutivi o agli statuti delle reti associative (particolare *species* nel *genus* degli enti in questione) la disciplina dell'ordinamento interno, della struttura di governo, della composizione e del funzionamento degli organi sociali, purché ciò avvenga nel rispetto dei principi di democraticità, pari opportunità ed eguaglianza di tutti gli associati, nonché di elettività delle cariche sociali. A prescindere, quindi, dalla composizione numerica delle reti. In ogni caso, l'art. 2, comma 1°, lett. a) della legge-delega richiama detti principi al legislatore delegato. Ancor più esplicito è l'art. 4, comma 1°, lett. d) della legge delega, il quale chiede al legislatore delegato 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.

delle disposizioni contenute nella medesima norma, e riguardanti l'espressione del voto e la partecipazione in assemblea, a loro volta incarnazione dei principi sopra elencati, è certamente possibile anche per le fondazioni di partecipazione, ossia dotate di un organo assembleare (o di indirizzo). Tuttavia, il conseguente richiamo normativo ai principi ordinanti è assai debole, condizionato cioè non solo ad una generica compatibilità delle disposizioni sulla partecipazione assembleare con la forma fondazionale; ma addirittura sottomesso ad una diversa volontà del/i fondatore/i espressa in statuto. In altri termini: lo statuto di una fondazione di Terzo settore, pur prevedendo un organo deliberante di tipo assembleare, può tuttavia escluderne la rappresentatività e la partecipazione secondo criteri di democraticità ed eguaglianza. Opzione, questa, non consentita agli enti del Terzo settore aventi forma associativa.

17. Tra gli altri elementi caratteristici ma 'variabili' attribuibili all'attività svolta dagli enti del Terzo settore (a prescindere dalla forma prescelta) vi è quello della sua natura *latu sensu* devolutiva, o invece della lucretività dell'attività svolta (sebbene pur sempre con il limite del divieto di distribuzione dell'utile). Nel primo caso, troverà applicazione la disciplina del Libro I c.c.; nel secondo caso quella societaria oppure – come sostenuto innanzi: **nn. 08, 09** – lo statuto generale dell'imprenditore.

Per gli enti del Terzo settore che abbiano forma societaria, è opportuno precisare che i rimandi testuali del Codice del Terzo settore alla disciplina societaria riguardano le società per azioni: tuttavia, ove si presenti la necessità di cercare altre soluzioni normative ai fini di una corretta e completa disciplina dell'ordinamento di un ente, si dovrà – come argomentato innanzi – fare riferimento ad altri micro-settori inclusi nel Codice del Terzo settore. In particolare, nel caso in cui oggetto dell'attività dell'ente sia un'attività commerciale o produttiva tra quelle elencate dalla legge, o comunque svolta in via esclusiva o principale e in forma societaria, ci si rivolgerà alle imprese e alle cooperative sociali; attraverso queste ultime è possibile il rinvio alle s.r.l. e alle cooperative del Titolo VI del Libro V (v. art. 1, comma 1°, l. n. 112/2017, n. **08**), tenendo però presente che non è consentito l'esercizio di un'impresa sociale in forma di s.r.l. con socio unico persona fisica; né è ammessa la forma della società cooperativa il cui atto costitutivo o statuto limiti, anche indirettamente, l'erogazione dei beni e dei servizi in favore dei soli soci o associati (scopo mutualistico interno), essendo oramai riconosciuta mutualità esterna alle cooperative sociali: art. 1, comma 2°, l. n. 112/2017, art. 111 disp.att.c.c. A prescindere da alcune coincidenze di disciplina⁶⁶, e nonostante le apparenti analogie⁶⁷, la nuova disciplina delle s.r.l. offre, in effetti, soluzioni di *governance* ritagliate su finalità e attività che non sempre coincidono con gli

⁶⁶ Gli artt. 24 e 25 Codice del Terzo settore non fanno cenno all'assemblea straordinaria, al pari della disciplina delle s.r.l.; al pari, per la verità, degli enti senza scopo di lucro del codice civile.

⁶⁷ Le S.r.l., come gli enti del Terzo settore, sono caratterizzate da una struttura tendenzialmente personalistica, dove trionfano i principi di collegialità e partecipazione dei soci, e prevale

elementi caratteristici della categoria generale degli enti del Terzo settore. In particolare, la riforma societaria⁶⁸ ha rimesso all'autonomia statutaria delle s.r.l. di piccole dimensioni, all'interno delle quali prevale la logica individuale, la possibilità di escludere⁶⁹ il metodo collegiale, optando piuttosto per modalità di formazione della volontà sociale alternative, quali la consultazione scritta e il consenso espresso per iscritto (art. 2479, comma 3° c.c.). Tale deformalizzazione spinta delle decisioni⁷⁰ privilegia senz'altro l'aspetto partecipativo – rilanciato nella nuova s.r.l. attraverso le richiamate forme di deliberazione alternative alla collegialità – ma in modo diametralmente opposto rispetto alla logica del Codice del Terzo settore. Lì (nella 'nuova' s.r.l.), si vuole offrire un procedimento di decisione rapido, senza escludere però il socio, costantemente coinvolto – attraverso la procedimentalizzazione del flusso informativo – su tutti gli aspetti gestionali; qui (nel Codice del Terzo settore) la partecipazione dell'associato al contrario, si realizza in assemblea, organo deliberante, si è detto, *imprescindibile* nell'ordinamento del Terzo settore. Quanto alle cooperative sociali, in esse prevale la vocazione economico-imprenditoriale innestata su una forte connotazione solidaristica⁷¹: si tratta di un modello societario prestatato al *non profit*, che funge da vero ponte tra enti senza scopo di lucro ed enti del Libro V⁷². Nelle cooperative sociali, la mutualità prevalente immaginata dalla nuova disciplina⁷³ coinvolge

l'estrema libertà statutaria. Libertà statutaria peraltro condivisa dalla nuova disciplina delle società cooperative (v. ad es. art. 2521, comma 2°, c.c.).

⁶⁸ Com'è noto, attuata con il d.lg.s 17.01.2003, n. 6.

⁶⁹ Fatta eccezione per talune decisioni, rispetto alle quali il metodo collegiale è inderogabile: art. 2479, comm 2°, c.c.). Sul punto cfr. *ex plurimis*: ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, nel *Commentario Schlesinger*, Milano, 2010, 85 ss.

⁷⁰ SCARPA, *Processi decisionali, controlli e tutela dei soci nella s.r.l.*, Padova, 2011, soprattutto cap. I.

⁷¹ GALGANO, *Diritto commerciale. Le società*, cit., 475 ss.

⁷² ZAMBRANO, op. cit., 98.

⁷³ Le cooperative sociali trovano la loro disciplina specifica nella l. n. 381/1991, significativamente modificata dal d.lgs. n. 276/2003 (e dall'art. 111-*septies* disp.att.c.c.), che le ha inserite tra le cooperative a mutualità prevalente (v. art. 2513 c.c.). Prima della l. n. 112/2017, le cooperative sociali soffrivano di una difficile definizione identitaria, e di un ancor più difficile inquadramento tra le *species sui generis* o, invece, tra gli enti del Libro V (nel secondo senso, cfr.: SALAMONE, *Cooperative sociali e impresa mutualistica*, in *Riv. soc.*, 2007, 511-516, per il quale le cooperative sociali possono essere considerate come cooperative del Libro V, sia dal punto di vista organizzativo sia funzionale). L'art. 1, comma 4°, l. n. 112/2017 d.lgs. 3.07.2017, n. 112 ha superato il problema dell'inquadramento delle cooperative sociali, poiché: "Le cooperative sociali e i loro consorzi, di cui alla legge 8 novembre 1991, n. 381, acquisiscono di diritto la qualifica di imprese sociali". Più precisamente, all'art. 1 l. n. 381/1991 (modificato dal d.lgs. n. 112/2017, art. 17, comma 1°) è stata rivista soprattutto la lettera a): "Le cooperative sociali hanno lo scopo di perseguire l'interesse generale della comunità alla promozione umana e all'integrazione sociale dei cittadini attraverso: a) la gestione di servizi socio-sanitari ed educativi, incluse le attività di cui all'articolo 2, comma 1, lettere a), b), c), d), l), e p), del decreto legislativo recante revisione della disciplina in materia di impresa sociale, di cui all'articolo 1, comma 2, lettera c), della legge 6 giugno 2016, n. 106".

non solo i soci, ma si rivolge necessariamente a vantaggio della collettività⁷⁴ (c.d. ‘mutualità esterna’), così sganciandosi dalla cooperazione tradizionalmente intesa; sì che può forse ora dirsi finalmente ‘disciplinata nelle peculiarità delle proprie esigenze’⁷⁵. Pertanto, negli enti del Terzo settore che rivestano la forma delle cooperative sociali il regime comune delle società cooperative riuscirebbe a venire in soccorso all’ordinamento degli enti in questione, poiché l’organizzazione interna ricalca comunque in molti punti lo schema previsto dal Codice del Terzo settore: adesione al voto capitarario, compresi i *quorum* calcolati su capo, non su quota di partecipazione (art. 2538, commi 2° e 3° c.c.); limitata ammissione del voto per rappresentanza (art. 2539 c.c.); necessità che almeno la maggioranza degli amministratori sia costituita da soci cooperatori (art. 2542, comma 2° c.c.); ammissibilità del voto per corrispondenza (art. 2538, comma 6°); non impugnabilità autonoma delle deliberazioni delle assemblee separate (art. 2540, comma 5° c.c.); elettività dell’organo di controllo da parte dell’assemblea, sempre secondo il principio capitarario; controlli governativi sulla cooperazione⁷⁶.

18. In sintesi, il modello di *governance* societario può essere tollerato dal Terzo settore solo entro i limiti in parte definiti testualmente dallo stesso Codice; per la restante parte inesorabilmente legati alla scelta della forma societaria o cooperativa⁷⁷. Oltre questi limiti ci sono le discipline dei sotto-settori (odv, aps, enti filantropici, imprese e cooperative sociali, reti associative, società di mutuo soccorso), nonché lo statuto generale (dell’imprenditore) e speciale (dell’imprenditore commerciale), di cui al Titolo II del Libro V c.c. (nn. **08, 09**). Oltre ancora, soccorre il ventre molle del Libro I del codice civile.

3. Dell’assemblea.

3.1. Gli artt. 24 e 25 e il completamento della disciplina.

19. La cornice organizzativa delineatasi risulta fin da ora complessa – forse contorta, a dispetto di quanto prescritto dalla legge-delega (art. 2, comma 1° lett. d), il quale chiedeva al legislatore delegato di semplificare la normativa vigente). In uno sforzo costruttivo non solo critico, tuttavia, si può osservare come tale disciplina differenziata, e ancor prima l’articolazione delle caratteristiche degli enti

⁷⁴ ZAMBRANO, op. cit., 99.

⁷⁵ ZAMBRANO, op. cit., 118, 119.

⁷⁶ FERRUCCI, FERRENTINO (a cura di), *Società di capitali, società cooperative e mutue assicuratrici*, Milano, 2012, II, Cap. CXXXI, *L’assemblea dei soci nelle cooperative S.p.A.*, 1821 ss.; GALGANO, *Diritto commerciale. Le società*, op. cit., 489-490, il quale aggiunge l’organo di controllo (collegio sindacale, consiglio di sorveglianza, comitato per il controllo esterno), che può essere eletto dall’assemblea non secondo il voto capitarario, ma in proporzione alla quota posseduta o in ragione della partecipazione allo scambio mutualistico.

⁷⁷ GALGANO, *Diritto commerciale: l’imprenditore, le società*, op. cit., 478-481.

del Terzo settore alla base di tale differenziazione, sia stata intanto incoraggiata dalla stessa legge delega, che chiedeva al legislatore delegato 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” (art. 4, comma 1°, lett. d)). Dalla norma traspare come, stante le finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale comuni a tutti gli enti del Terzo settore, il legislatore avesse in mente per lo meno due diverse tipologie di enti: la prima caratterizzata da un pluralismo democratico strutturale che, a prescindere dall’attività prescelta, dovesse per ciò stesso essere sostenuta ed organizzata; la seconda individuata proprio per l’attività prescelta e per le sue modalità di esercizio, e che pertanto dovesse essere sostenuta e organizzata in funzione di questa. Tanto che, prosegue la disposizione, si rimette al legislatore delegato la previsione di “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”. Soprattutto, l’articolazione degli enti del Terzo settore e la connessa differenziazione di disciplina rispondono ad un’esigenza reale: quella, cioè, di non fare a tutti i costi del Terzo settore una categoria uniformata. L’esigenza di riordino e di revisione organica della disciplina speciale, come delle altre disposizioni vigenti relative agli enti del Terzo settore, cui la legge-delega fa riferimento (art. 1, comma 2°, lett. b), art. 4, comma 1°, l. n. 106/2016), era certamente urgente, ed era stata d’altra parte denunciata già da tempo e da più voci⁷⁸. Il difficile compito del Codice del Terzo settore, soprattutto per quel che riguarda la regolamentazione del loro ordinamento e amministrazione, è consistito proprio nell’individuazione di disposizioni generali e comuni applicabili a tutti gli enti del Terzo settore, rispettando al contempo il principio di specialità (art. 4 comma 1°, lett. a) legge delega) in un duplice senso. Da un lato, gli enti del Terzo settore si pongono come *species* rispetto agli enti senza scopo di lucro del Libro I c.c.: ciò proprio in virtù delle *finalità* loro assegnate, non genericamente ideali, ma specifiche: civiche, solidaristiche e di utilità sociale. Dall’altro lato, le *attività* che *tutti* gli enti in questione sono autorizzati a compiere per realizzare le predette finalità sono *latu sensu* di *interesse generale* (art. 5, comma 1°). Su questa qualificazione ampia dell’attività, tuttavia, il legislatore delegato non ha (giustamente) voluto appiattare tutti gli enti del Terzo settore, ma ne ha invece fornito un elenco riconducibile a due macro-categorie: enti votati all’esercizio esclusivo o principale di attività produt-

⁷⁸ *Ex plurimis*: STANZIONE, *Non profit, persona, mercato: un’introduzione*, in *Non profit, persona, mercato*, cit., 12-13; PONZANELLI, *Terzo settore: la legge delega di riforma*, cit., 726.

tive⁷⁹; enti dedicati unicamente o prevalentemente ad attività di erogazione. Sulla base di queste differenziazioni sono state predisposte regole organizzative diverse, in un gioco di rimando dalla disciplina generale transtipica del Terzo settore alle discipline specialistiche per ogni ambito di attività⁸⁰. In tal modo, la forma si plasma sulla sostanza: più gli enti del Terzo settore si dedicano all'attività di impresa (secondo criteri quantitativi, come nel caso dell'impresa sociale; o invece in base alla tipologia di attività prescritta dalla legge, come nel caso della cooperativa sociale: v. nota 79), più essi assumeranno forme funzionali a tali attività. Il caso dell'impresa sociale è esplicativo: la forma assegnatale dal legislatore è estremamente duttile, e spazia da quella generale dettata dal Codice del Terzo settore alle forme societarie del Libro V, purché le modalità di gestione consentano sempre ai soggetti interessati di *partecipare* alla vita dell'impresa (secondo le prescrizioni degli artt. 2 e 18 Cost.), e impongano agli amministratori massima trasparenza e responsabilità. La scelta tra un ente associativo (riconosciuto e non) disciplinato dal Codice del Terzo settore o una società di capitali⁸¹ dipenderà dall'oggetto dell'attività stabile e principale prescelta: nel caso di esercizio di una delle molteplici attività in comune con gli enti del Terzo settore, quale potrebbe ad esempio essere l'educazione, l'istruzione e la formazione pro-

⁷⁹ Si consideri che nella nuova disciplina dell'impresa sociale l'oggetto delle attività da esse svolte coincide quasi interamente con l'oggetto delle attività che possono essere esercitate dagli enti del Terzo settore in generale (v. art. 2, comma 1° l. n. 112/2017 e art. 5, comma 1°, l. 117/2017). Quel che cambia nella *species* impresa sociale, e vale a qualificarla come tale, è l'*entità* dell'attività di natura economica: per il comma 3° dello stesso articolo, infatti, l'attività d'impresa si intende svolta *in via principale* quando i relativi ricavi siano superiori al settanta per cento dei ricavi complessivi. Nella cooperativa sociale, invece, il legislatore adotta un criterio *qualitativo*: la gestione di servizi socio-sanitari ed educativi, oppure lo svolgimento di attività diverse - agricole, industriali, commerciali o di servizi - finalizzate all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate (art. 1, comma 1°, lett. a) e b) l. n. 381/1991).

⁸⁰ Questa ricostruzione è incoraggiata dalla lettura combinata della normativa sul Terzo settore. L'art. 3, comma 1°, recita: "Le disposizioni del presente Codice si applicano, ove non derogate ed in quanto compatibili, anche alle categorie di enti del Terzo settore che hanno una disciplina particolare". Ad esso fa eco l'art. 1, comma 5°, l. n. 112/2017: "Alle imprese sociali si applicano, in quanto compatibili con le disposizioni del presente decreto, le norme del codice del Terzo settore di cui all'articolo 1, comma 2, lettera b), della legge 6 giugno 2016, n. 106, 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". Il gioco degli anelli concentrici arriva fino al cerchio più piccolo e mirato, richiamato dal comma 2° dell'art. 1 l. n. 381/1991: verificatane la compatibilità, alle cooperative sociali (oltre alla disciplina specifica delle cooperative nel modello societario) si applicheranno *anche* le norme relative al settore (agricolo, industriale, commerciale, di servizi) in cui le cooperative stesse operano.

⁸¹ Si ritiene che non si possa *a priori* bandire il ricorso a talune disposizioni riservate alle s.r.l., escluso certamente il caso della società unipersonale (come chiaramente prescrive l'art. 1, comma 2°, l. n. 112/2017), ed escluse probabilmente anche le modalità di gestione non collegiali, ossia consultazione scritta e consenso espresso per iscritto, in quanto potrebbero sacrificare quell'aspetto di partecipazione e trasparenza assicurato agli associati (dall'art. 1, comma 1°, l. 112/2017).

fessionale (art. 2, comma 1°, lett. d), l. n. 112/2017, riprodotta alla lett. d) dell'art. 5 l'ordinamento e l'organizzazione disciplinate nel Codice del Terzo settore rimanderanno ad una cornice originale e caratteristica di disciplina transtipica. Ad escludere la forma ordinamentale ed organizzativa di un ente del Libro I (assumendo, per esempio, la veste di una fondazione-erogazione, con finalità culturali realizzate attraverso l'erogazione di premi, borse di studio, finanziamenti ad istituti culturali o professionali aventi altra natura giuridica) è il carattere *stabile e principale* dell'attività economica svolta: l'impresa sociale, in quanto sotto-tipo dell'Ente senza scopo di lucro, non può che abbandonare la sua duplice natura (invece persistente nella fattispecie generale transtipica di enti del Terzo settore), per attingere la disciplina mancante sia dal Codice del Terzo settore, sia – nei limiti della compatibilità – dalle disposizioni del Libro V dedicate alle forme societarie. Sul versante opposto, nell'ipotesi in cui l'impresa sociale abbia ad oggetto l'esercizio del microcredito (come consente la lett. s), comma 1°, art. 2 l. 112/2017), essa non potrà che rivestire la forma di “società per azioni, in accomandita per azioni, a responsabilità limitata e cooperativa”, ai sensi dell'articolo 111 d.lgs. 1.09.1993, n. 385, Testo Unico Bancario. Coerentemente al disegno degli anelli concentrici, e con specifico riferimento all'ordinamento riguardante l'assemblea, le cooperative sociali appartengono già ad un sottotipo ancora più ristretto rispetto al genere transtipico degli enti del Terzo settore. Infatti, anche esse hanno una duplice natura: condividono con l'impresa sociale finalità e (talune) specifiche attività imprenditoriali; ma assumono la forma organizzativa dalle società cooperative a mutualità esterna prevalente (artt. 2512-2514 c.c.), dalle quali pertanto potrà unicamente⁸² attingere la loro disciplina ordinamentale a fini di completamento.

20. All'assemblea, istituzione sovrana per gli enti di tipo associativo, sono dedicati gli artt. 24 e 25 Codice del Terzo settore, i quali si occupano in maniera specifica dei diritti di partecipazione dei soci e delle modalità del loro esercizio, rinviando – nel disegno dei cerchi concentrici – a regole settoriali, reperibili ora nello stesso micro-sistema del Codice, e in particolare nelle disposizioni speciali riservate a particolari categorie di enti del Terzo settore; ora nel codice civile, tenendo distinti gli enti di tipo erogativo dagli enti che esercitino attività di impresa in modo esclusivo o prevalente, eventualmente in forma societaria. Occorre premettere che le deliberazioni assembleari costituiscono atti giuridici attraverso i quali la pluralità dei membri dell'ente esprime una volontà unitaria: il metodo collegiale e il principio di maggioranza, pertanto, rappresentano condizioni fondamentali di validità di tali atti. In particolare, il metodo collegiale prevede la procedimentalizzazione della fase di delibera, la quale ha inizio con

⁸² L'esclusione della disciplina del Codice del Terzo settore relativa all'ordinamento e organizzazione delle cooperative sociali si deduce chiaramente dalla lettera dell'art. 20, il quale subordina l'applicazione dell'intero Titolo IV all'assunzione della forma di associazione, riconosciuta o non riconosciuta, o di fondazione.

la convocazione dell'assemblea, continua con la riunione degli associati (che consente la discussione e l'espressione della volontà attraverso il voto), si chiude con la verbalizzazione. Si deve ritenere, pertanto, che l'irregolarità di ciascuna di queste fasi possa tradursi nell'invalidità della delibera (nn. **33, 34**).

21. In assenza di specifiche disposizioni previste dal Codice del Terzo settore, per la convocazione degli enti di tipo erogativo si applicherà l'art. 20 c.c., in quanto molte delle disposizioni del Libro V sarebbero con essi incompatibili, poiché ritagliate sull'assetto e su logiche societarie, e non associazionistiche. Si pensi, per esempio, alla convocazione su richiesta degli associati: l'art. 20 c.c. prevede il *quorum* di un decimo calcolato sul numero di associati, mentre l'art. 2367 c.c. si riferisce al ventesimo del capitale sociale. Ugualmente deve dirsi per la titolarità del potere di convocazione dell'assemblea: negli enti del Terzo settore sarà a cura degli amministratori, una volta l'anno, come prevede l'art. 20, comma 1°, c.c., oppure quando se ne ravvisi la necessità o su richiesta degli associati (art. 20, comma 2°, c.c.); solo in caso di inerzia degli amministratori la convocazione potrà essere ordinata dal Presidente del Tribunale (art. 20, comma 2°, c.c.).

Quanto alle modalità della convocazione, ancora una volta il Codice del Terzo settore tace, lasciando evidentemente alla libertà statutaria la loro definizione, dovendosi ritenere ragionevole un criterio di massima legato soprattutto alle dimensioni dell'ente, in ossequio al principio di partecipazione, e quindi in modo da assicurare a tutti la possibilità di dibattito e l'esercizio effettivo del voto. Considerando che i problemi di svolgimento delle attività in più ambiti territoriali, come anche la separazione delle assemblee *rationae materiae* o per categorie di associati, sono risolti dalla costituzione di assemblee separate (v. art. 24, comma 5°, n. **27**), per gli enti del Terzo settore con un numero gestibile di associati può essere sufficiente il ricorso a modalità di convocazione personali, in virtù di quanto disposto dall'art. 8 disp. att. c.c.⁸³, cioè mediante lettera raccomandata o addirittura consegna a mano nei casi di numeri più ristretti; ma anche mediante il più moderno mezzo informatico della posta elettronica (anche non certificata, con ricorso all'avviso di ricevimento) nei casi di numeri più alti. Purché, in ogni caso, sia possibile per l'organo amministrativo accertarsi dell'avvenuta notifica (non della conoscenza effettiva, in applicazione della presunzione di cui all'art. 1335 c.c.), e purché l'avviso di convocazione contenga anche l'ordine del giorno. Traendo spunto dal dibattito in materia di società per azioni, inoltre, e considerando che la realtà di numeri di associati assai cospicui viene registrata anche dallo stesso art. 24 Codice del Terzo settore, al comma 3°, nulla vieta che lo statuto possa prevedere la convocazione mediante pubblicazione in Gazzetta Ufficiale quindici giorni prima della convocazione, oppure su almeno

⁸³ Art. 8 Disp. att. c.c., "1. La convocazione dell'assemblea delle associazioni deve farsi nelle forme stabilite dallo statuto e, se questo non dispone, mediante avviso personale che deve contenere l'ordine del giorno degli argomenti da trattare".

un quotidiano (anche elettronico), in base a quanto previsto all'art. 2366 c.c. Così come, sempre dallo stesso art. 2366 c.c., comma 3°, potrebbe essere tratta un'utile indicazione sui tempi di consegna (otto giorni prima della data dell'assemblea) della convocazione personale. A queste regole societarie di convocazione dovranno senz'altro attenersi gli enti del Terzo settore che svolgano attività d'impresa in via esclusiva o principale e in forma societaria, come nel caso delle imprese e delle cooperative sociali.

22. Per gli enti di tipo erogativo, nel silenzio del legislatore del Terzo settore, tutto ciò che attiene alla composizione dell'organo assembleare e alla formazione delle maggioranze, anche con riferimento alle modifiche all'atto costitutivo e allo statuto (Art. 25, comma 1°, lett. f)), può essere rinvenuto negli artt. 20 – 21 c.c., quali norme pur sempre dispositive, derogabili dalla volontà statutaria dei soci⁸⁴. È possibile, perciò, superare il più gravoso *quorum* costitutivo della prima convocazione (che pretende la presenza di almeno la metà degli associati) con la seconda convocazione, atteso che la delibera sarà valida a maggioranza dei voti qualunque sia il numero degli intervenuti (art. 21, comma 1°, c.c.): si consente, in tal modo, il regolare funzionamento dell'ente, non rallentato da imposizioni di maggioranze onerose. L'unica norma che prevede un *quorum* deliberativo inderogabile, ossia il voto favorevole di almeno tre quarti degli associati, riguarda lo scioglimento anticipato dell'ente e la devoluzione del patrimonio (art. 21, comma 3°, c.c.), competenze queste previste dalla lettera h) dell'art. 25, comma 1°, Codice del Terzo settore, insieme alla trasformazione, fusione o scissione dell'associazione. È opportuno precisare che l'atto costitutivo o lo statuto possono anche prevedere un'assemblea straordinaria: in tal caso, le competenze di cui alle lettere f) e h) citate potrebbero rappresentare oggetto di delibera da parte dell'assemblea straordinaria, tenendo presente che l'art. 21, comma 2°, c.c. lascia alla libertà statutaria la determinazione del *quorum* costitutivo, qualificato dalla legge solo in via suppletiva con i tre quarti degli associati. Una scelta di appesantimento di questo tipo può essere utile, e perciò ammissibile negli statuti, per quelle particolari tipologie di enti quali enti di volontariato, associazioni o fondazioni filantropiche impegnate nella raccolta di risorse, che subordinano del tutto qualsiasi attività economica alla finalità erogativa nei confronti di persone svantaggiate. Per tali enti, infatti, le decisioni dello scioglimento anticipato e devoluzione del patrimonio, della trasformazione, fusione o scissione, della modifica dell'atto costitutivo, rappresentano un momento imprescindibile di partecipazione di tutti i portatori dell'ideale filantropico frustrato.

Ai fini della determinazione delle maggioranze degli enti che esercitino in via esclusiva o principale attività economica, premesso che nelle società per azioni le decisioni attinenti alle vicende evolutive (di cui all'art. 25, comma 1°, lett. h) Codice del Terzo settore) della società dovrebbero spettare all'assemblea

⁸⁴ PONZANELLI, *Gli enti collettivi senza scopo di lucro*, cit., 125.

straordinaria⁸⁵, se si guardasse alla disciplina delle società per azioni sarebbero richiesti *quorum* costitutivi e deliberativi non più impegnativi di quelli dell'art. 21, commi 2° e 3° c.c., ma sicuramente difficilmente compatibili con gli enti del Terzo settore, poiché essi presuppongono la distinzione tra società 'aperte' (ossia che facciano ricorso al mercato del capitale di rischio) e 'chiuse', nonché il computo dei *quorum* sull'ammontare del capitale sociale (artt. 2368, 2369 c.c.). In questo caso, allora, il ritorno al Libro I del codice civile, e quindi all'applicazione del *quorum* deliberativo di cui all'art. 21, comma 3°, sembrerebbe senz'altro più opportuno.

Un ulteriore problema nella formazione della maggioranza si pone con riguardo al computo delle astensioni. Nelle società per azioni esse sono equiparate al voto contrario, in quanto la volontà sociale deve sempre derivare da una volontà *positiva* espressa dalla maggioranza dei soci votanti⁸⁶. Tale *ratio* sarebbe compatibile con gli enti del Terzo settore, per le ragioni più volte richiamate a proposito dei principi di partecipazione e democraticità⁸⁷.

3.2. *Diritto di voto. Discussione e modalità di espressione del voto. Rappresentanza e assemblee separate.*

23. L'art. 24, comma 2° Codice del Terzo settore attribuisce il diritto di voto al socio iscritto da almeno tre mesi (art. 24, comma 1°): norma – derogabile dall'atto costitutivo o dallo statuto, che rappresenta una deviazione rispetto al principio democratico di partecipazione, evidentemente presa a prestito dalla disciplina delle società cooperative (art. 2538, comma 1°). La regola del voto capitaro esprime la vocazione personalistica degli enti del Terzo settore, rispetto alle società di capitali, ove invece la ragione patrimonialistica è insita nel fatto che la titolarità delle azioni conferisce al socio possessore maggior potere rappresentativo e di voto. Ciò si spiega, intanto, perché la partecipazione alla società sia legata al contributo finanziario, mentre nell'ente del Terzo settore è legata all'apporto personale; ma soprattutto la regola del voto capitaro è dovuta al diverso fondamento causale dei contributi patrimoniali: negli enti del Terzo settore il contributo del socio è a fondo perduto (non dà diritto alla restituzione della quota in caso di recesso o esclusione), *una tantum*, non consente di ottenere in cambio la distribuzione dell'utile né un'aspettativa di guadagno. Diversamente nelle società di capitali, ove il versamento in danaro è fatto a titolo di conferimento di capitale, dà diritto alla distribuzione proporzionale dell'utile, la partecipazione è trasmissibile per atto tra vivi e *mortis causa*, rappresenta un investimento e come tale si traduce nel diritto a partecipare alla gestione dell'ente lucrativo proporzionalmente al capitale investito.

⁸⁵ Per lo meno nelle società prive di consiglio di sorveglianza: LIBERTINI, MIRONE, SANFILIPPO, *L'assemblea di società per azioni*, Milano, 2016, 15, 74.

⁸⁶ LIBERTINI, MIRONE, SANFILIPPO, *op. cit.*, 148-149.

⁸⁷ SANTARONI, *Invalidità delle delibere di associazioni*, Padova, 1992.

Benché la regola del voto capitarario non debba ritenersi rinunciabile dall'atto costitutivo o dallo statuto, per le ragioni innanzi esposte, il Codice del Terzo settore stesso prevede due deroghe. Una prima, indicata nello stesso comma 2° dell'art. 24, è in favore del voto plurimo, nell'ipotesi in cui tra gli associati vi sia un altro ente del Terzo settore: in tal caso, la norma consente la cumulabilità dei voti fino ad un massimo di cinque, in proporzione del numero degli associati, secondo criteri di proporzionalità definiti dall'atto costitutivo o dallo statuto⁸⁸. A tal proposito, si deve precisare che le imprese sociali costituite in forma societaria non possono essere controllate da società costituite da un unico socio persona fisica, da enti a scopo di lucro o da enti pubblici (art. 4, comma 3° l. n. 112/2017). Una seconda deroga alla regola del voto capitarario e al principio di partecipazione che con esso si esprime riguarda la funzione esercitata dagli associati all'interno dell'ente: in particolare, agli amministratori-soci è fatto divieto di prender parte alla votazione nelle sole deliberazioni riguardanti la loro responsabilità (a pena di annullabilità della delibera: n. 35). La regola deriva dal rinvio operato dal comma 2° dell'art. 24 all'art. 2373 c.c., comma 3°, e dovrebbe perciò applicarsi anche ai componenti del consiglio di gestione, i quali non possono votare nelle deliberazioni riguardanti la nomina, la revoca o la responsabilità dei consiglieri di sorveglianza. Tuttavia, mentre nel caso degli amministratori tale regola è compatibile con tutti gli enti del Terzo settore; nel caso dei componenti del consiglio di gestione il secondo inciso dell'art. 2373 c.c., comma 2°, sarà applicabile solo agli enti che svolgano attività commerciale in forma societaria, per i quali sia possibile un modello di *governance* dualistico⁸⁹. Il sistema di *governance* monistico o dualistico può anche applicarsi alla cooperativa sociale che assuma la struttura di società per azioni, a precise condizioni statutarie e soprattutto se di piccole dimensioni⁹⁰.

⁸⁸ La Circolare dei Dottori Commercialisti ed esperti contabili del Novembre 2017 sottolinea giustamente come l'applicazione della norma potrà sollevare problematiche operative "in merito a più aspetti: a titolo esemplificativo, si porrà il problema di quale sia la data cui fare riferimento per individuare il numero degli associati dell'ente del Terzo settore al quale è attribuito voto plurimo, al fine di applicare correttamente il rapporto di proporzionalità previsto dall'art. 24, comma 2°".

⁸⁹ Com'è noto, si tratta di un sistema introdotto con la riforma societaria del 2003, con il quale la società di capitali può rinunciare al collegio dei sindaci, in favore dell'interposizione, tra assemblea e consiglio di gestione (o di amministrazione), di un consiglio di sorveglianza (sistema dualistico, di derivazione tedesca: art. 2409 *octies-quinquiesdecies*); oppure in favore della concentrazione in un medesimo organo dell'amministrazione e del controllo (sistema monistico, di derivazione anglo-americana: art. 2409 *sexiesdecies- noviesdecies*). Cfr., *ex plurimis*: GALGANO, *Diritto commerciale. Le società*, 347-351.

⁹⁰ Resta, però, il dubbio che il sistema dualistico – tipico delle società lucrative pure – sia compatibile con le cooperative: PIRAS, *Profili mutualistici della governance delle società cooperative*, in *Società, banche e crisi di impresa*, cit., 2020. Non è chiaro quale dei due modelli sia il migliore, monistico o dualistico: in particolare, non si spiega perché interponendo tra assemblea e amministratori un consiglio di sorveglianza si faciliterebbe il controllo della proprietà debole sui manager. Non vi sono dati normativi che spiegherebbero perché il con-

24. Per la rappresentanza in assemblea (possibile solo mediante delega scritta, anche in calce all'avviso di convocazione), l'art. 24, comma 3° rinvia in parte ad una norma pensata per le società di capitali, l'art. 2372 c.c., in applicazione del quale non è consentita ad un ente del Terzo settore la rappresentanza conferita ai membri degli organi amministrativi o di controllo, sia dello stesso ente deliberante, sia nell'ipotesi in cui la rappresentanza debba essere conferita ad un altro ente del Terzo settore, associazione o fondazione od altro ente collettivo o istituzione associato dell'ente deliberante (art. 2372, commi 4° e 5°). In tale ultimo caso, però, gli enti del Terzo settore associati possono delegare un proprio dipendente o collaboratore. Per ciò che riguarda, invece, il numero delle deleghe, l'art. 24, comma 3° prevede regole mirate agli enti del Terzo settore (sensibilmente diverse da quanto previsto all'art. 2372, commi 6° – 8° c.c.): ciascun associato può rappresentare sino ad un massimo di tre associati, nelle associazioni con un numero di partecipanti inferiore a cinquecento; e di cinque associati in quelle con un numero superiore a cinquecento.

25. Infine, anche la situazione di conflitto di interessi è disciplinata mediante un rinvio esplicito all'art. 2373 c.c., comma 1°, anche se riferita ad ordinamenti di enti del Terzo settore le cui attività siano di natura prettamente devolutiva: ove il voto sia espressione di un conflitto di interessi nel quale si possano trovare gli associati votanti, e nel caso in cui, senza il voto dei soci che avrebbero dovuto astenersi dalla votazione non si sarebbe raggiunta la necessaria maggioranza, la delibera è annullabile.

26. Sia l'intervento mediante mezzi di telecomunicazione, sia il voto telematico o per corrispondenza sono ammessi dal Codice (art. 24, comma 4°), in quanto utili strumenti di partecipazione democratica (in quest'ottica, non dovrebbero esserci ostacoli per l'esercizio del voto tramite *referendum*) e di rafforzamento delle posizioni delle minoranze o delle maggioranze organizzate, soprattutto nel caso di impossibilità di spostamento fisico; purché sia possibile identificare l'identità dell'associato che partecipa⁹¹ o vota⁹², in modo da non alterare il tradizionale senso del metodo collegiale. In questa prospettiva, il rinvio

siglio di sorveglianza meglio risponda ai soci di quanto non rispondano gli amministratori: SANTORO, *Amministratori di cooperative e interesse dei soci*, *ivi*, 2041-2044.

⁹¹ Deve pertanto ritenersi ammissibile la videoconferenza bilaterale (*skype*, ad esempio), mentre dovrebbero restare escluse le forme di comunicazione a distanza unilaterali (come la *conference call* o la telecrittura).

⁹² Il voto per corrispondenza è quello tradizionalmente cartaceo, mentre il voto elettronico dovrebbe essere solo quello espresso mediante posta elettronica certificata, e non semplice posta elettronica, per consentire la certezza dell'identità del votante. Entrambe le modalità di voto, comunque, presuppongono che nell'avviso di convocazione siano indicate con precisione le proposte di voto su cui gli associati sono chiamati ad esprimersi.

alle norme⁹³ e al dibattito⁹⁴ riguardanti gli enti societari potrà aiutare l'interprete a stabilirne limiti e condizioni: d'altra parte, la citata disposizione del Codice del Terzo settore richiama con tutta evidenza l'art. 2370 c.c. In aderenza ai più volte menzionati principi di democraticità e partecipazione, si deve comunque ritenere contraria alla logica personalistica del Terzo settore la legittimità di clausole statutarie, nonché la validità delle relative delibere, che consentano l'assenza *totale* di discussione come conseguenza, per esempio, di una modalità di voto *unicamente* telematica o per corrispondenza.

27. L'art. 24, comma 5° Codice del Terzo settore permette la costituzione o svolgimento di assemblee separate, almeno per gli enti con un numero di partecipanti superiore a cinquecento persone. La norma, chiaramente ispirata alle disposizioni sulle assemblee separate delle società cooperative (art. 2540 c.c.), rispetto a quel modello consente non solo l'acquisizione di delibere su materie specifiche o con riferimento a particolari categorie di associati⁹⁵, ma essa aggiunge la previsione della separazione di assemblee per territorio⁹⁶, al fine di agevolare ipotesi di enti a larga diffusione geografica, all'interno dei quali si avrebbero difficoltà a pervenire ad una convocazione unitaria. La norma intende con ciò superare le perplessità già sollevate da disposizioni statutarie di questo tipo, che si temeva violassero, o comunque mettessero a repentaglio, il principio di democraticità, in quanto la costituzione o lo svolgimento di assemblee separate (per materia, per categoria di partecipanti o per territorio) comporta inevitabilmente la trasmissione del voto del singolo ad un livello assembleare superiore per rappresentanza, l'ente rimanendo unico⁹⁷, così traducendosi in una modalità di rappresen-

⁹³ Il voto elettronico è stato inserito nell'art. 127 T.U.F., a seguito dell'applicazione della dir. n. 36/2007/CE. L'art. 2370, comma 3°, c.c. (sostituito all'art. 1, comma 5, del d.lgs. 27.12.2010, n. 27) rimette allo statuto delle s.p.a. l'ammissibilità dell'intervento in assemblea mediante mezzi di telecomunicazione, ovvero l'espressione del voto per corrispondenza o in via elettronica. Il voto espresso 'mediante altri mezzi di telecomunicazione', è invece, ammesso nelle società cooperative di diritto comune: art. 2538, comma 6°.

⁹⁴ Accoglie favorevolmente le capacità democratiche dei nuovi strumenti telematici: CIAN, *L'intervento e il voto elettronico nelle assemblee di s.p.a.*, in *Riv. soc.*, 2011, I, 1065 ss.; ID., *Intervento e voto in assemblea: le nuove tecnologie come mezzo per promuovere l'attivismo degli investitori istituzionali?*, in *Banca e borsa*, 2014, I, 435 ss. Sulle problematiche sollevate dall'intervento e dall'esercizio del voto a distanza cfr. ampiamente: LIBERTINI, MIRONE, SANFILIPPO, *op. cit.*, 200 ss.

⁹⁵ Si pensi ad un'associazione costituita per la ricerca sulle malattie rare, previamente catalogate: potrebbero esserle di utilità la costituzione di assemblee separate in ragione del raggruppamento delle malattie simili, e/o in ragione del raggruppamento di categorie di associati portatori di malattie simili.

⁹⁶ Un esempio potrebbe essere quello del WWF, il quale per ora non ha sezioni locali ma solo una sezione nazionale: la norma in esame nel testo consentirebbe la costituzione di assemblee separate in base alla collocazione geografica dei suoi iscritti.

⁹⁷ La struttura ipotizzata richiama quella delle associazioni parallele articolate 'orizzontalmente' sul territorio da cellule o sezioni costituite da persone fisiche, e di regola dotate di autonomia giuridica e patrimoniale determinata da una serie di indizi, quali l'indipendenza eco-

tanza indiretta, o di secondo livello⁹⁸. A tutela della democraticità sono, infatti, richiamate le disposizioni dell'art. 2540 c.c.: il comma 3° di tale norma prevede un'assemblea generale costituita dai delegati degli associati, e rimette all'atto costitutivo le modalità (anche di tempo e di luogo) della sua convocazione e di partecipazione ad essa, in modo da assicurare la proporzionale rappresentanza delle minoranze espresse dalle assemblee separate. Con un'accortezza: possono rivestire la qualità di delegati solo gli associati, e in ogni caso la partecipazione (senza diritto di voto) è consentita a tutti gli associati provenienti dalle asseblee separate (v. art. 2540, comma 4°, c.c.). Sempre a presidio della democraticità deve essere letto il comma 5° dell'art. 2540 c.c., il quale consente l'impugnazione della deliberazione dell'assemblea generale anche agli associati assenti o dissenzienti delle assemblee separate qualora, senza i voti espressi dai delegati delle assemblee separate irregolarmente tenute, verrebbe meno la maggioranza richiesta per la validità della deliberazione. Poiché nelle assemblee separate si esprime un voto destinato a confluire nella deliberazione dell'assemblea generale, si spiega il comma 6° dell'art. 2540 c.c., per il quale le deliberazioni delle assemblee separate non possono essere autonomamente impugunate.

3.3. *Le competenze dell'assemblea.*

28. Come si è detto, l'organo assembleare è organo partecipativo degli associati, disegnato dal Codice del Terzo settore sul modello societario (art. 2364 c.c.), e perciò fortemente innovativo rispetto al Libro I c.c. Ad esso l'art. 25, comma 1° Codice del Terzo settore affida competenze non generali⁹⁹, deliberative e talvolta decisorie di ultima istanza (in quanto provenienti da delibere prese dall'organo di gestione o da altri organi elettivi), senza distinguere tra assemblea ordinaria e straordinaria. Curioso come la norma citata annoveri una serie

nomico/amministrativa, una struttura organizzativa autonoma (con assemblea e organo esecutivo propri) con la facoltà di auto-sciogliersi. V. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, cit., sub art. 16, 197; GALGANO, *Le associazioni. Le fondazioni. I comitati*, cit., 314 ss. Rispetto alle associazioni parallele, però, le assemblee separate cui fa riferimento la norma in esame nel testo non godono di alcuna autonomia né giuridica né patrimoniale: l'ente resta unico, benché organizzato in cellule dotate di mera autonomia amministrativa. Ulteriormente diverso, e non assimilabile alle situazioni disciplinate dal comma 5° dell'art. 24 Codice del Terzo settore, è il caso delle associazioni complesse, o associazioni di associazioni, costituite queste ultime da una base spesso territoriale, cellule o sezioni, che si sottopongono (volontariamente) allo statuto di un'associazione superiore secondo un modello piramidale (di regola, è la struttura preferita dalle associazioni sindacali): cfr. PONZANELLI, *Gli enti collettivi senza scopo di lucro*, cit., 130 ss. Per tale ragione di differenza strutturale la norma in questione non dovrebbe trovare applicazione al caso delle reti associative di cui all'art. 41 Codice del Terzo settore, in quanto organizzate, appunto, in base alla struttura delle associazioni complesse o piramidali.

⁹⁸ Sull'ammissibilità di sistemi di democrazia indiretta negli enti associativi senza scopo di lucro, cfr. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, cit., sub artt. 20-22, 317.

⁹⁹ Come nelle società per azioni: LIBERTINI, MIRONE, SANFILIPPO, *L'assemblea di società per azioni*, cit., *Introduzione*, XLI, 14 ss., 20.

di competenze assembleari come ‘inderogabili’. In realtà, l’inderogabilità non è strettamente legata alla tipologia e contenuto delle deliberazioni, quanto all’entità numerica dell’ente: infatti, il comma 5° della disposizione in esame rimette all’autonomia statutaria la derogabilità delle competenze assembleari elencate al comma 1° per quegli enti con un numero di associati o di partecipanti (nelle fondazioni di partecipazione) superiore ai cinquecento, purché tale deroga avvenga nel pieno rispetto dei principi di democraticità, pari opportunità ed eguaglianza di tutti gli associati, e di elettività delle cariche sociali.

29. Tra le competenze inderogabili di tipo deliberativo, pensate per assicurare la regolarità del funzionamento dell’ente, si possono annoverare: *i)* la nomina e revoca dei componenti degli organi sociali (art. 25, comma 1°, lett. a); v. anche art. 26, comma 1°). La disposizione è completata dall’art. 26, comma 5°, per il quale *la maggioranza* degli amministratori deve essere nominata dall’assemblea (n. **36**). *ii)* La nomina e revoca, quando previsto, del soggetto incaricato della revisione legale dei conti (art. 25, comma 1°, lett. b)), ai sensi del d.lgs. n. 231/2001, che disciplina la responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e delle associazioni anche prive di personalità giuridica. La disposizione troverà applicazione per gli enti che esercitino attività di impresa, e rimanda anche, implicitamente, alla disciplina relativa alle revisioni legali dei conti annuali e dei conti consolidati (d.lgs. n. 39/2010). *iii)* L’approvazione del bilancio, che – in analogia a quanto disposto dall’art. 2364, comma 2°, per lo meno se si tratti di enti che esercitino in via esclusiva o principale attività d’impresa – dovrebbe avvenire una volta l’anno, ed entro 120 giorni dalla chiusura dell’esercizio sociale. Quanto ai *quorum* costitutivi e deliberativi, si rinvia a quanto detto *sub* n. **22** a proposito dell’applicazione degli artt. 20 e 21 c.c. per ragioni di incompatibilità con diverse norme societarie¹⁰⁰. *iv)* La deliberazione sulla responsabilità dei componenti degli organi sociali e la promozione dell’azione di responsabilità nei loro confronti. Anche per questo tipo di delibere si devono ritenere sufficienti le maggioranze non qualificate previste dal Libro I c.c. (n. **22**). Occorre precisare che, nel caso di annullamento di delibera presa con il voto degli associati-amministratori, questi non possono esercitare il diritto di voto, in quanto si troverebbero in conflitto di interessi, come prescrive l’art. 2373, comma 3°, c.c. (richiamato, in quanto applicabile, dall’art. 24, comma 2°, Codice del Terzo settore). *v)* L’approvazione dell’eventuale regolamento dei lavori assembleari. Si possono immaginare alcuni limiti ragionevoli rispetto al contenuto di tali regolamenti, che non potrebbero contenere regole riservate all’autonomia statutaria, né potrebbero sacrificare irragionevolmente il diritto di partecipazione degli associati

¹⁰⁰ Sono le richiamate ragioni di compatibilità che dovrebbero escludere l’applicazione completa dell’art. 21, comma 1°, c.c., ossia nella parte in cui esso si riferisce al ben diverso problema dell’esclusione del diritto di voto degli amministratori al momento dell’approvazione del bilancio. Come argomentato alla nota 56, negli enti del Terzo settore prevalgono le ragioni della partecipazione a quelle di economicità dell’attività di impresa: pertanto, dovrebbe essere consentito anche agli amministratori di un ente del Terzo settore esercitare il proprio diritto di voto.

(per esempio, prescrivendo una durata brevissima degli interventi, o impedimenti all'accesso agli associati ad assemblea iniziata).

30. Tra le competenze inderogabili dell'assemblea di tipo decisorio di ultima istanza, legate alle vicende evolutive dell'ente, l'art. 25, comma 1° annovera: *i*) la deliberazione sulle modificazioni dell'atto costitutivo o dello statuto (lett. f)); *ii*) la deliberazione sullo scioglimento, trasformazione, fusione o scissione dell'ente (lett. h). Si tratta di atti deliberativi che, nelle società per azioni, sarebbero rimessi alle competenze dell'assemblea straordinaria. Nulla vieta che anche lo statuto degli enti del Terzo settore possa riservare questa tipologia di decisioni ad un'eventuale assemblea straordinaria, con la precisazione, però, che per *quorum* si dovrà fare riferimento alle disposizioni di cui al Libro I c.c., per le ragioni chiarite al n. 22.

31. Merita particolare attenzione la lettera *e*) dell'art. 25, comma 1°, Codice del Terzo settore: tra le competenze 'inderogabili' dell'assemblea, legate ai principi di partecipazione ed eguaglianza, e inevitabilmente connesse con le finalità e con gli orientamenti ideologici dell'ente, vi è la delibera sull'esclusione degli associati, se l'atto costitutivo o lo statuto non attribuiscono la relativa competenza ad altro organo *eletto* dalla medesima. Per gli enti di tipo erogativo, l'impugnazione di tale decisione deve essere rinviata all'art. 24 c.c. comma 3°, c.c., in virtù del quale all'associato espulso è consentito il ricorso all'autorità giudiziaria entro *sei mesi* dalla notifica per valutare i gravi motivi di esclusione. Nel caso, invece, di enti che esercitino attività d'impresa in forma societaria, la disciplina potrebbe mutare, in applicazione della norma prevista per le cooperative: l'art. 2533, comma 2° c.c. rimette, infatti, la deliberazione di esclusione agli amministratori (comunque organo elettivo e rappresentativo, come richiesto dalla lettera *e*), comma 1°, dell'art. 25 Codice del Terzo settore in esame), ma nei *casi tipizzati dalla legge* (art. 2533, commi 1° e 2°), e consente comunque all'atto costitutivo o allo statuto di deferire la decisione di esclusione all'assemblea, riconoscendo all'espulso l'impugnazione presso l'autorità giudiziaria nei *sessanta giorni* dalla comunicazione. Occorre precisare che, nelle cooperative a mutualità prevalente, quali ormai sono considerate le cooperative sociali, la liquidazione della quota del socio escluso avverrà secondo i criteri stabiliti dall'art. 2535 c.c.

32. Infine, oltre alle competenze inderogabili, il Codice del Terzo settore prevede un'integrazione delle possibili attività dell'organo assembleare: l'art. 25, comma 1°, lett. *i*) rinvia agli *altri oggetti* attribuiti all'assemblea dalla legge, dall'atto costitutivo o dallo statuto. Si tratta di una norma di chiusura, voluta innanzitutto per valorizzare l'autonomia privata più volte predicata, ma anche per consentire il funzionamento di un sistema sicuramente complesso, soprattutto ove si tratti di enti che esercitino attività di impresa in via esclusiva o principale, rispetto ai quali, dunque, il rinvio a disposizioni societarie potrebbe essere di grande aiuto (visto che anche l'art. 2364, comma 1°, n. 5 c.c. opera lo stesso rinvio, con riferimento alle competenze dell'assemblea ordinaria delle società per azioni). Si pensi, ad esempio, a molti oggetti di delibere funzionali allo svolgimento di attività economica: nomina di un Direttore Generale (art. 2396 c.c.),

oppure nomina del Presidente di un eventuale Collegio sindacale (art. 2398 c.c.) o nomina e revoca dei sindaci (art. 2400, comma 1°, c.c.), o ancora atti di rinuncia e transazione alle azioni di responsabilità degli amministratori (art. 2393, ultimo co.), autorizzazioni agli acquisti pericolosi (art. 2343-*bis* c.c.), nomina, revoca o determinazione del compenso del revisore (*ex art.* 13, comma 1°, d.lgs. n. 13/2010).

3.4. *Regime delle impugnazioni delle delibere.*

33. Nel Codice del Terzo settore, l'unico accenno al regime delle impugnazioni è fatto per rinvio dall'art. 24, comma 2° all'art. 2373 c.c., il quale a sua volta rimanda alla disciplina dell'annullamento della delibera *ex art.* 2377 c.c., nel *solo* caso in cui essa sia stata presa con il voto determinante di associati in conflitto di interessi con l'ente, e possa perciò recare danno all'ente. Questa cornice normativa minimalista lascia inevitabilmente aperte molte lacune nel regime delle impugnazioni e impone, pertanto, ai fini della ricostruzione, una previa distinzione tra enti di tipo erogativo ed enti che esercitino attività di impresa in modo esclusivo o principale.

34. Nel caso di enti di tipo erogativo, si potrà fare ricorso all'art. 23 c.c., comma 1° c.c., in virtù del quale le deliberazioni contrarie alla legge, all'atto costitutivo o allo statuto saranno annullabili; legittimati ad impugnare l'atto presso l'AGO¹⁰¹ sono gli organi dell'ente, qualunque associato (purché assente o dissenziente) o il Pubblico Ministero. L'intervento del PM si giustifica, nella nuova logica del Codice del Terzo settore, anche con riferimento agli enti che abbiano assunto forma di associazioni non riconosciute, in considerazione di quegli elementi caratteristici a tutti gli enti del Terzo settore, ossia le finalità civiche, solidaristiche o di utilità sociale, e l'esercizio di attività di interesse generale, in quanto si tratta di tutelare 'interessi di serie' che coinvolgono una pluralità di persone, non necessariamente associate all'ente¹⁰², se non addirittura l'interesse generale cui gli enti del Terzo settore sono votati¹⁰³. Quanto ai termini di prescrizione dell'azione, dovrebbe applicarsi quello ordinario di cinque anni, per lo meno ove si riconosca la natura contrattuale degli enti associativi¹⁰⁴. La delibe-

¹⁰¹ La copertura costituzionale (art. 24 Cost.) della tutela giurisdizionale dell'associato garantirebbe la nullità di eventuali clausole statutarie dirette ad escludere l'annullabilità delle delibere nei casi previsti dall'art. 23 c.c.

¹⁰² PONZANELLI, *Gli enti collettivi senza scopo di lucro*, cit., 128.

¹⁰³ GALGANO, *Delle persone giuridiche*, sub artt. 23, cit., 296-297. Il riferimento all'interesse pubblico sarebbe confermato dall'art. 9, comma 2°, disp.att.c.c. il quale, nel caso di intervento della pubblica autorità per la sospensione di una deliberazione *ex art.* 23, comma 4°, per sospetta contrarietà all'ordine pubblico o al buon costume, prevede anche la comunicazione di tale iniziativa al P.M., il quale provvederà all'impugnazione della deliberazione, ove non vi abbiano provveduto gli amministratori.

¹⁰⁴ DE GIORGI, *Le persone giuridiche in generale, le associazioni e le fondazioni*, nel *Trattato Rescigno*, II, 1, Torino, 1999, 407.

razione impugnata continua a produrre i suoi effetti, a meno che il Presidente del Tribunale, o il giudice istruttore, non dispongano la sospensione su istanza di chi ha impugnato, qualora ricorrano gravi motivi e sentiti gli amministratori (art. 23, comma 3° c.c.); la sospensione degli effetti può anche essere chiesta dall'autorità governativa, per gli enti riconosciuti, nel caso di contrarietà all'ordine pubblico o al buon costume (comma 4°). Al di fuori di queste ipotesi testuali, poiché le delibere assembleari costituiscono atti giuridici ispirati al metodo collegiale e al principio di maggioranza, ne è stata ipotizzata l'inesistenza o la nullità qualora il procedimento formativo della delibera risulti gravemente irregolare, perché non tutti gli associati o partecipanti sono stati convocati; perché la deliberazione è stata presa da un voto esiguo non rappresentativo della maggioranza dei membri; oppure in assenza totale di adunanza o allorché i voti siano stati tutti espressi in modalità telematica; per mancanza o gravi irregolarità del verbale; per invalidità di singoli voti o errore nel loro computo¹⁰⁵.

35. Nel caso di enti che esercitino attività di impresa in via esclusiva o principale, lascia invece perplessi il rinvio dell'art. 24, comma 2°, all'art. 2377 c.c. nell'unico caso in cui la deliberazione sia stata presa in ipotesi di conflitto di interessi. Molte delle disposizioni concernenti le deliberazioni degli enti costituiti in forma societaria, infatti, soprattutto alla luce delle recenti riforme, sembrano meglio servire l'esercizio di attività lucrativa svolta anche da enti del Terzo settore. Intanto, e già prima della riforma del 2003, il rapporto *genus-species* (nullità-annullabilità) per l'impugnazione delle deliberazioni viziose risulta invertito: l'annullabilità, nelle società di capitali, ha carattere prioritario e portata generale, mentre alla nullità si fa ricorso in casi specifici¹⁰⁶. Inoltre, i termini di prescrizione per l'impugnazione sono ristretti: nel caso di annullabilità, limitati addirittura a novanta giorni (art. 2377, comma 6°, c.c., con diversi termini di decorrenza, a seconda che la deliberazione sia soggetta ad iscrizione nel registro delle imprese, oppure solo a deposito dell'atto presso l'ufficio del registro delle imprese). Un termine di prescrizione di tre anni è previsto persino nell'ipotesi di nullità (art. 2379, comma 1°, c.c., anche in questo caso con termini di decorrenza diversificati a seconda che la deliberazione sia o no soggetta ad iscrizione o deposito nel registro delle imprese); solo le deliberazioni che modificano l'oggetto sociale in favore di attività illecite o impossibili possono essere impugnate senza limiti di tempo. Ancora: il nuovo sistema societario prevede un complesso regime di sanatorie delle invalidità, definito, infatti, come un microsistema rispetto al diritto

¹⁰⁵ Per una rassegna della giurisprudenza e della dottrina sul tema dell'inesistenza o nullità delle delibere assembleari con riferimento alle associazioni non riconosciute, cfr.: MONTANI, *Le associazioni non riconosciute*, cit., 121.

¹⁰⁶ SCHLESINGER, *La nuova disciplina dell'invalidità delle deliberazioni assembleari nelle S.p.A.*, in *La società per azioni oggi. Tradizioni, attualità e prospettive*, Milano, 2007, II, 1144-1145, 1152 il quale mette giustamente in dubbio di poter ancora parlare di «nullità» di deliberazioni assembleari.

comune dei rimedi¹⁰⁷. Infine, in talune ipotesi, in parte coincidenti con i casi di nullità o inesistenza dell'atto deliberativo di un ente erogativo (n. 32), la disciplina societaria *esclude* l'annullamento, a meno che il vizio sia di particolare gravità: così accade per la partecipazione all'assemblea di persone non legittimate; per l'invalidità di singoli voti o per il loro errato conteggio; per l'incompletezza o l'inesattezza del verbale (art. 2377, comma 5°, nn. 1), 2) e 3)).

Si tratta di una griglia di disposizioni ispirata ad esigenze di certezza e stabilità dei rapporti societari, con diverse finalità: non ostacolare i processi economici e produttivi; separare le sorti dei soci i cui interessi rilevano solo sul piano finanziario (e ai quali è perciò riconosciuto il solo risarcimento del danno, non l'impugnazione delle delibere *ex* art. 2377, comma 4° c.c.), dai soci i cui interessi sono anche di natura imprenditoriale (nei confronti dei quali la legge assicura la partecipazione all'attività sociale)¹⁰⁸. Per la verità, la *ratio* di tali norme societarie potrebbe essere ancora più profonda¹⁰⁹: si discute della validità ed efficacia di atti deliberativi inseriti in un'organizzazione di attività economica continuativa, che male tollera un sistema rimediabile caducatorio improntato allo scambio (di beni o di servizi). Esse esprimono, piuttosto, la preoccupazione per i costi sociali che deriverebbero dalla *restitutio in pristinum* di una deliberazione collegiale la quale, per definizione, è destinata ad essere *immediatamente* eseguita (dall'organo amministrativo). Per questa loro natura di atti giuridici non solo efficaci, ma anche 'eseguiti', le delibere dell'organo assembleare di un ente del Terzo settore votato a raggiungere le finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale attraverso l'esercizio stabile e principale di attività lucrativa dovrebbero piuttosto affidarsi ad una regolamentazione proiettata verso un modello (quello societario) maggiormente consono alla corretta gestione imprenditoriale.

36. Alla luce di questa ricostruzione, sarebbe per un verso possibile ipotizzare l'annullamento delle deliberazioni degli enti lucrativi per contrarietà alla legge, all'atto costitutivo o allo statuto solo nei limiti e alle condizioni previste dall'art. 2377 c.c., comma 5°¹¹⁰. Il vero limite di compatibilità per l'annullamento della deliberazione sarebbe rappresentato dalla legittimazione ad impugnare, riconosciuta nelle società di capitali in funzione delle rappresentanze del capitale sociale (art. 2377, comma 3° c.c.)¹¹¹: per gli enti, invece, legittimati ad

¹⁰⁷ Così, *ex plurimis*: LENER, *Commento sub art. 2377*, in *Società di capitali. Commentario a cura di Niccolini - Stagno - D'Alcontres*, Napoli, I, 2004, 546 ss.

¹⁰⁸ *Ratio* così illustrata, ma criticamente, da: PORTALE, *L'invalidità delle delibere assembleari: tra tutela demolitoria e tutela risarcitoria*, in *La società per azioni oggi*, cit., 621-622, il quale adombra motivi di illegittimità costituzionale (contrarietà all'art. 42 cost. dell'art. 2377, comma 4°) e motivi di efficienza; prova ne sia che tale sistema di impugnazione resta un *unicum* nel panorama comparatistico.

¹⁰⁹ Cfr. SCHLESINGER, *op. cit.*, 1156-1163.

¹¹⁰ Cfr. MONTANI, *La legge delega sul Terzo settore*, cit., 186.

¹¹¹ La norma è seguita dalla previsione del risarcimento del danno a favore dei soci che non rappresentano la parte di capitale indicata nel comma precedente: art. 2377, comma 4° c.c. A tal proposito, un ulteriore elemento di riflessione in tema di caducazione delle impugnazioni in ma-

impugnare potrebbero solo essere gli organi dell'ente, qualunque associato (assente, dissenziente o astenuto) e il Pubblico Ministero (per gli enti riconsciuti), in applicazione (in via residuale) dell'art. 23, comma 1° c.c. Per altro verso, la mancata convocazione dell'assemblea, o la mancanza totale del verbale, oppure l'impossibilità o illiceità dell'oggetto associativo, dovrebbero consentire il ricorso all'azione in nullità, *ex artt. 2379-2379-bis c.c.*, che potrà essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse, anche d'ufficio dal giudice (art. 2379, comma 2°).

4. *Dell'amministrazione.*

4.1. *Poteri, nomina e qualità degli amministratori.*

37. Come si è detto, (n.11) l'organo amministrativo¹¹² è considerato *indispensabile* sia per gli enti di tipo associativo (art. 26, comma 1° Codice del Terzo settore) sia di tipo fondazionale (art. 26, ultimo co. Codice del Terzo settore). Al contrario dell'organo assembleare, al quale si riconoscono competenze deliberative specifiche, agli amministratori sono attribuiti poteri decisori con competenze *generali*. In assenza di disposizioni specifiche in proposito, e in analogia con quanto prescritto per le società di capitali (*ex art. 2380-bis c.c.*), si deve ritenere che si tratti di un potere esecutivo e decisionale esteso a tutto ciò che attiene alla gestione dell'ente (riassumibile nel dare esecuzione alle deliberazioni dell'assemblea) e alle iniziative sull'assemblea (convocazione, preparazione e redazione del bilancio). Del pari generale è il loro potere di rappresentanza dell'ente; eventuali limitazioni sono opponibili a terzi solo se iscritte nel Registro Unico Nazionale (RUN) degli enti del Terzo settore, ovvero se si prova che i terzi ne erano a conoscenza (art. 26, comma 7° Codice del Terzo settore). Il RUN svolge un ruolo ulteriore, poiché funge anche da pubblicità-notizia riguardo la nomina degli amministratori, che deve essere annotata entro trenta giorni nel registro con i dettagli delle loro generalità, insieme alla specificazione riguardo l'attribuzione della rappresentanza dell'ente e le modalità di esercizio (congiunto o disgiunto) di essa (art. 26, comma 6° Codice del Terzo settore). Come è stato messo in rilievo in precedenza (nn. **08, 09**), nel caso di svolgimento di attività economico-lucrativa esercitata stabilmente dall'ente del Terzo settore in forma non societaria e in modo non esclusivo né prevalente, tali informazioni sono preziose per la tutela dei terzi e dei creditori, soprattutto nell'ipotesi in cui non si ritenga opportuno applicare lo statuto (generale o speciale) dell'imprenditore.

teria societaria concerne proprio la restrizione degli strumenti offerti agli azionisti per conseguire effetti demolitori delle delibere assembleari invalide, in favore del rimedio risarcitorio. La disposizione di cui al comma 4° dell'art. 2377 c.c., sospettata anche di illegittimità costituzionale per violazione del diritto di difesa (art. 24 Cost.), è ancora oggetto di riflessioni critiche: v. LIBERTINI, MIRONE, SANFILIPPO, *L'assemblea di società per azioni*, cit., 372. ss.

¹¹² Variamento denominato: consiglio di amministrazione, consiglio direttivo.

Il consiglio di amministrazione è validamente costituito con la presenza della maggioranza degli amministratori in carica e delibera – senza possibilità di rappresentanza – con la maggioranza assoluta dei presenti. La fonte dei poteri (e doveri) degli amministratori, secondo una dottrina autorevole¹¹³, non sarebbe rinvenibile in un contratto di mandato, né in un contratto di lavoro subordinato: in quanto organo necessario per l'esecuzione del rapporto associativo, l'organo amministrativo avrebbe poteri originari, derivati direttamente dal contratto di associazione al quale i membri dell'organo amministrativo hanno aderito accettando l'incarico.

38. Dal linguaggio utilizzato dal legislatore, si deve escludere l'eleggibilità di un amministratore unico (come è invece ipotizzabile per gli enti del Libro I¹⁴), evidentemente in nome della collegialità e della partecipazione¹¹⁵: gli amministratori, infatti, devono essere espressione degli interessi di categoria di cui l'ente del Terzo settore è portatore. Un'ulteriore articolazione del principio di democraticità, riferito all'attività gestionale degli amministratori, riguarda la trasparenza del loro operato, assicurata attraverso un flusso di informazioni che devono raggiungere gli associati, i quali a loro volta hanno il diritto di accesso al libro delle adunanze e deliberazioni degli organi di amministrazione. Agli associati, infatti, è garantito il diritto di ispezione dei libri sociali, secondo le modalità previste dall'atto costitutivo e dallo statuto (art. 15, comma 3°, Codice del Terzo settore). Per le ragioni contrarie, sembrerebbe ammissibile un amministratore unico nelle fondazioni di partecipazione: tanto che, ai sensi dell'art. 26, ultimo co. Codice del Terzo settore, solo nel caso in cui queste ultime prevedano, per atto costitutivo o statuto, la presenza di un organo assembleare o di indirizzo, troveranno applicazione anche ad esse le norme che consentono la scelta di uno o più amministratori tra categorie speciali di partecipanti (art. 26, comma 4° Codice del Terzo settore), nonché la riserva di nomina di una parte del consiglio di amministrazione a soggetti esterni (art. 26, comma 5° Codice del Terzo settore).

Tranne i primi, designati dall'atto costitutivo o statuto, spetta *inderogabilmente* all'assemblea la nomina (e anche la revoca, senza motivarne la ragione: art. 25, comma 1°, lett. a)) della *maggioranza* degli amministratori, secondo i

¹¹³ GALGANO, *Delle persone giuridiche*, sub artt. 16, *cit.*, 200 ss. Le osservazioni sono ripetute dall'A. anche con riferimento agli amministratori di società per azioni: Id., *Diritto commerciale. Le società*, *cit.*, 319 ss.

¹¹⁴ PONZANELLI, *Gli enti collettivi senza scopo di lucro*, *cit.*, 128. Per BONELLI, *Gli amministratori di S.p.a. a dieci anni dalla riforma del 2003*, Torino, 2013, 24 i poteri degli amministratori derivano direttamente dalla legge.

¹¹⁵ Dubbi permangono con riferimento a clausole di privilegio, attraverso le quali lo statuto riconosca una riserva privilegiata all'amministrazione in favore di taluni soggetti. La giurisprudenza finora ha distinto tra disposizioni statutarie che riguardano la fruizione dei servizi offerti, passibili di nullità in quanto discriminatorie; e disposizioni che si occupano di gestione: per queste ultime, invece, non vi sarebbe motivo di assicurare la parità di trattamento: Trib. Napoli, 23.12.1982, in *Giust. civ.*, 1983, I, 619; in *Giur. it.*, 1983, I, 2, 161; Trib. Bari, 21.11.1980, in *Foro it.*, 1981, I, 2870.

quorum deliberativi ordinari (n. 22)¹¹⁶. La regola sta a significare la possibilità di nomina riservata a soggetti esterni all'ente, come si deduce dalla lettura combinata del comma 2° con il comma 5° dell'art. 26: quest'ultima disposizione, infatti, consente *riserve di nomina* a particolari categorie di soggetti non associati (enti del Terzo settore, o altri enti senza scopo di lucro, enti religiosi regolarmente costituiti *ex art. 4*, comma 3° Codice del Terzo settore, nonché lavoratori non soci, oppure utenti di imprese o di cooperative sociali), purché appunto la maggioranza del consiglio di amministrazione sia stata *eletta* dall'assemblea, al di fuori di dette riserve. Tale disciplina, tuttavia, non si applica agli enti del Terzo settore costituiti da più di cinquecento associati, in virtù del richiamo all'art. 25, comma 2° Codice del Terzo settore, operato da entrambe le disposizioni citate. Come per l'assemblea (v. n. 16), vale anche qui l'adattamento dei principi di democraticità sopra richiamati, in ragione delle dimensioni dell'ente, ove trionfa sovrana l'autonomia statutaria.

39. Legata alla necessità di rispettare la rappresentatività degli interessi di categoria di cui l'ente del Terzo settore è portatore è, altresì, la regola che impone alla maggioranza degli amministratori la qualità di persona fisica *associato* (art. 26, comma 2° Codice del Terzo settore). Fa eccezione l'art. 34, comma 1° Codice del Terzo settore, riferito agli enti di volontariato: per essi la disposizione impone che *la totalità* degli amministratori siano persone fisiche associate, ovvero indicate, tra i propri associati, dalle organizzazioni di volontariato associate, e con le stesse qualità negative – a pena di ineleggibilità o decadenza – elencate nell'art. 2382 c.c.: v. *infra*). Anche per le società di mutuo soccorso tutti gli amministratori devono essere soci. La disposizione di cui all'art. 26, comma 2° richiama la *ratio* dell'art. 2542, comma 2°, riferito alle società cooperative¹¹⁷, ed è completata dal comma 4°, il quale consente la scelta di uno o più amministratori appartenenti a particolari categorie di associati: proprio nelle cooperative sociali, ad esempio, essi possono essere selezionati tra i lavoratori, o produttori, o consumatori soci della cooperativa (rispettivamente di lavoro, produzione o consumo). La stessa *ratio* e la stessa disciplina valgono, comunque, anche per enti del Terzo settore impegnati in particolari settori del sociale (enti per la ricerca di malattie rare, enti dedicati all'istruzione), rispetto ai quali il riconoscimento di ruoli gestionali riservati (per esempio, alla categoria del portatore di una malattia rara, oppure ad un educatore professionale) può rivelarsi di importanza strategica. D'altra parte, sempre attribuibili alla natura 'confessionale' degli enti del Terzo settore sono quelle disposizioni che escludono particolari 'qualità negative' degli amministratori, a pena di ineleggibilità e decadenza (*ex art. 2382 c.c.*, esplicitamente richiamato dall'art. 26, comma 2° Codice del Terzo settore): l'essere interdetto, inabilitato, fallito, l'essere stato condannato ad una pena che importa l'interdi-

¹¹⁶ In applicazione dell'art. 2368, comma 1° c.c., tuttavia, è possibile ipotizzare che l'atto costitutivo o lo statuto impongano *quorum* particolari.

¹¹⁷ GALGANO, *Diritto commerciale. Le società*, cit., 489.

zione, anche temporanea, dai pubblici uffici o l'incapacità ad esercitare uffici direttivi. Altre 'qualità positive' si apprezzano sempre in considerazione delle finalità sociali attribuite agli enti del Terzo settore: il comma 3° dell'art. 26, infatti, rimette all'atto costitutivo o statuto la prescrizione di specifici requisiti di onorabilità, professionalità ed indipendenza degli amministratori, a pena sempre di ineleggibilità o decadenza (secondo il richiamo all'art. 2382 c.c., di nuovo espressamente operato dalla disposizione ultima citata). La stessa norma rimanda ai codici di comportamento redatti da associazioni di rappresentanza (v. n. 27) o da reti associative del Terzo settore, *ex art.* 41.

4.2. *Questioni aperte.*

40. Vi sono, inoltre, alcune questioni non trattate dal legislatore, risolvibili volgendo l'attenzione al micro-sistema normativo del Codice del Terzo settore: si allude alla durata dell'incarico e al compenso degli amministratori, rispetto alle quali si può ritenere che siano questioni demandabili alla volontà statutaria, nel primo caso; dell'assemblea nel secondo. Con alcuni limiti desumibili sia dai principi generali cui la disciplina dell'ordinamento si ispira, sia dalla stessa legge. Con riferimento alla durata, poiché la disciplina dell'organizzazione è comunque governata dal principio di democraticità, nel caso della durata del mandato degli amministratori la libertà statutaria deve intendersi limitata dal diritto alla partecipazione alla gestione da parte di tutti gli associati, il che implicherebbe necessariamente la non legittimità di un incarico a vita. Al compenso l'art. 26 non accenna, ma si dovrebbe escludere un diritto alla retribuzione, o al gettone di presenza, soprattutto nel caso di enti del Terzo settore con forte vocazione ideale. In effetti, un limite espresso di legge riguarda alcuni particolari enti, ossia le organizzazioni di volontariato (ODV) di cui agli artt. 32-34 Codice del Terzo settore. L'art. 34, comma 2°, esclude addirittura l'onerosità dell'incarico per tutti i componenti degli organi sociali, e consente solo il rimborso delle spese documentate effettivamente sostenute per l'attività prestata ai fini dello svolgimento della funzione, a meno che si tratti di organi di controllo, i cui membri siano in possesso dei requisiti di cui all'articolo 2397, comma 2° c.c. (ossia: appartengano agli albi dei revisori dei conti, o ad albi professionali individuati con decreto del Ministro della giustizia, oppure rivestano la qualifica di professori universitari in materie giuridiche o economiche).

Un'ulteriore situazione non disciplinata dal legislatore e che può essere risolta in via puramente ricostruttiva del micro-sistema, riguarda il caso in cui durante l'esercizio vengano a mancare uno o più amministratori, ma non la maggioranza espressa dall'assemblea. In tal caso, 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, provvedere 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.

41. Altra questione, invece, non risolvibile con riferimento al micro-sistema del Codice del Terzo settore, riguarda ancora i poteri di rappresentanza (n. **37**), da ritenersi dissociati dai poteri di amministrazione (spettanti al consiglio di amministrazione collegialmente). Il comma 6° dell'art. 26 Codice del Terzo settore, infatti, si esprime in modo da lasciare intendere che non tutti i membri del Consiglio di amministrazione debbano essere considerati quali rappresentanti dell'ente. In applicazione analogica della disciplina delle società per azioni (artt. 2338, n. 9, 2384, comma 1°) si può ritenere che i poteri di rappresentanza *istituzionale* spettino al Presidente del CdA, oppure al/i consigliere/i da questi delegati, come anche la rappresentanza in giudizio (tranne il caso di conflitto di interessi). Inoltre, resta aperta la questione riguardante la sorte degli atti posti in essere dal rappresentante in assenza di delibera del CdA. L'alternativa tra invalidità dell'atto, oppure validità dell'atto e responsabilità del rappresentante, non è chiaramente disciplinata, neanche dalle norme societarie (tace, infatti, l'art. 2384 c.c., sui poteri di rappresentanza). In via interpretativa¹¹⁸, può dirsi che il principio generale emergente da altre disposizioni (art. 2377 comma 7°, 2388 comma 5°, 2391 comma 3° c.c.) è quello per cui l'annullamento di una deliberazione non pregiudica i diritti acquistati dai terzi in buona fede in base ad atti compiuti in esecuzione della deliberazione annullata. Pertanto, anche l'atto compiuto dal rappresentante in assenza di deliberazione del consiglio di amministrazione o dell'assemblea è invalido solo nei confronti dei terzi in mala fede, mentre non è opponibile ai terzi di buona fede.

Diversi sono i casi di mancanza, eccesso, abuso di potere rappresentativo. La mancanza di potere rappresentativo investe le cause di nullità o annullabilità dell'atto di nomina degli amministratori: in analogia a quanto previsto dall'art. 2383, comma 5° c.c., esse non sono opponibili ai terzi (salvo provare che ne fossero a conoscenza), una volta iscritta la nomina nel RUN. Quanto all'eccesso dei poteri rappresentativi che si traduca in atti eccedenti i limiti statutari, si dovrebbe ammettere la loro inopponibilità a terzi, come d'altra parte nel caso di abuso (nel senso della realizzazione di un interesse extrasociale, personale o di un terzo), salva l'*exceptio doli*, ex 2384, comma 2°.

¹¹⁸ GALGANO, *Diritto commerciale: l'imprenditore, le società*, cit., 340.