



Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza  
dell'Università di Torino

Maurizio Cavanna

# **La riforma del Terzo settore, tra tipicità e contaminazioni**





QUADERNI DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA  
DELL'UNIVERSITÀ DI TORINO  
28/2023

*Comitato scientifico dei Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino*

Manuela Consito, Francesco Costamagna, Eugenio Dalmotto, Riccardo de Caria, Edoardo Ferrante, Barbara Gagliardi (coordinatrice), Valerio Gigliotti, Matteo Losana, Valeria Marcenò, Lorenza Mola, Luciano Olivero, Francesco Pallante, Margherita Salvadori, Giovanni Torrente

Maurizio Cavanna

# La riforma del Terzo settore tra tipicità e contaminazioni



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TORINO

Opera finanziata con il contributo del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino

La presente opera è stata sottoposta a revisione da parte di una Commissione di Lettura di docenti del Dipartimento nominata dal Comitato Scientifico della Collana in conformità al Regolamento delle pubblicazioni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino.

Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino

Maurizio Cavanna, *La riforma del Terzo settore tra tipicità e contaminazioni*

© 2023 – Università degli Studi di Torino  
Via Verdi, 8 – 10124 Torino  
[www.collane.unito.it/oa/](http://www.collane.unito.it/oa/)  
[openaccess@unito.it](mailto:openaccess@unito.it)

ISBN: 9788875902612

Prima edizione: giugno 2023

Grafica, composizione e stampa: Rubbettino Editore



Quest'opera è distribuita con Licenza Creative Commons Attribuzione – Non commerciale – Non opere derivate 4.0 Internazionale

# Indice

Premessa	7
<i>Capitolo I</i>	
Evoluzione normativa del tipo mutualistico dalla riforma del diritto societario al codice del Terzo settore	17
1. <i>Il disegno della riforma delle cooperative vent'anni dopo</i>	17
2. <i>Il coordinamento sul piano strutturale con il tipo lucrativo: proposta di ricostruzione</i>	20
3. <i>La nuova disciplina dedicata alle associazioni e fondazioni del terzo settore</i>	22
4. <i>Associazioni e fondazioni ETS: dentro, o anche fuori del perimetro del Primo Libro?</i>	27
<i>Capitolo II</i>	
Partecipazione e struttura aperta di cooperative ed Ets	31
1. <i>L'atto costitutivo, dalle società lucrative delle cooperative</i>	31
1.1 <i>L'esame dei collegamenti nel CTS: la fase costitutiva</i>	36
2. <i>Partecipazione e struttura aperta delle cooperative, partendo dalla disciplina lucrativa</i>	41
2.1 <i>ETS: i requisiti soggettivi degli associati</i>	54
2.2 <i>La disciplina dell'invalidità di associazioni e fondazioni del Terzo settore</i>	66
3. <i>Cenni a talune ulteriori connessioni in tema di cooperative</i>	72

### Capitolo III

La governance degli Ets tra vocazioni ideali e suggestioni capitalistiche

77

1. *Struttura della governance della cooperativa: la contaminazione con la disciplina delle società di capitali.*
  - a) *In tema di assemblea* 77
  - b) *In tema di amministrazione e controllo* 86
2. *La governance degli ETS. L'assemblea* 90
  - 2.1 *Nel dettaglio: le assemblee separate* 95
  - 2.2 *L'organo assembleare o di indirizzo nelle fondazioni di partecipazione* 98
  - 2.3 *L'organo amministrativo* 121
    - 2.3.1 *Segue. Rappresentanza; responsabilità.* 130
    - 2.3.2 *Segue. Doveri degli amministratori e assetti adeguati* 137
  - 2.4 *Pubblicità e disciplina contabile: simmetrie imperfette* 142

### Capitolo IV

Dalla decolorazione alla neutralizzazione dello scopo di lucro

147

1. *“Interferenze” lucrative sulla disciplina cooperativa: un riepilogo* 147
2. *La definitiva neutralizzazione dello scopo lucrativo. Riflessioni finali sul Corporate purpose.* 158

Bibliografia

163



# Premessa

Sommario: 1. Enti del Terzo settore, mutualità e scopo di lucro. – 2. Verso la neutralizzazione della causa lucrativa.

## 1. *Enti del terzo settore, mutualità e scopo di lucro*

Chi prova a leggere la disciplina degli enti del Terzo settore in una prospettiva sistematica non può prescindere, a quanto sembra, dal porsi un quesito preliminare, vale a dire se gli istituti delineati dal recente Codificatore canonizzano un nuovo tipo ovvero debbano essere ricondotti ad archetipi preesistenti. Si tratta, con qualche approssimazione, della domanda che si poneva il legislatore della riforma del diritto societario del 2003, scegliendo poi di ispirare la *governance* delle società cooperative a soluzioni nate nel diritto delle società lucrative.

Questo e altri sono gli interrogativi che animano il presente lavoro, che si snoderà con approccio sistematico nel tentativo di qualificare e collocare gli ETS rispetto ai tipi conosciuti o ai modelli imprenditoriali noti al legislatore. Non si tratta solo di un problema di nomenclatura, ma dello sforzo di rinvenire una chiave di lettura che consenta un utile approccio interpretativo, finalizzato a ricostruire la disciplina applicativa degli istituti. D'altro canto, è opportuno sin da subito avvertire che non s'intende qui proporre una ricostruzione sistematica dell'intera disciplina degli enti collettivi del Terzo settore, ma piuttosto cogliere talune suggestioni che a chi scrive appaiono utili a confermare la matrice propriamente societaria di determinate soluzioni recepite dal Codice del Terzo settore. Sia dunque consentita una riflessione sul panorama che si schiude all'interprete l'indomani dell'introduzione del Codice del Terzo settore, alla luce della riforma del diritto societario del 2003.

La tassonomia adottata dal Codice civile nella definizione delle persone giuridiche colloca nel primo libro le due figure dell'associazione

riconosciuta e della fondazione, aggiungendo, per la prima delle due ma non anche per la seconda, la variante non personificata e per questo priva di riconoscimento. Le società imprenditori collettivi, personificate e non, sono, invece, coerentemente inserite del quinto libro dedicato alla disciplina dell'impresa e del lavoro.

Merita sottolineare che unicamente con riferimento alle società la legge esplicita il contenuto dell'attività (cioè l'impresa) e lo scopo perseguito (il fine di lucro, in senso soggettivo e oggettivo), mentre nulla dice sul punto per le associazioni e le fondazioni. Da tale assunto si trae la deduzione che il profilo causale del fenomeno associativo e fondazionale, inespresso, debba essere ricostruito *in via residuale* rispetto a quello, espresso, delle società e in tale prospettiva sono state sviluppate due principali ricostruzioni.

La prima pone l'accento sull'intento tipico ascrivibile alle associazioni e alle fondazioni, che individua nello scopo ideale, non lucrativo. Tale elemento distintivo deve però essere concretizzato: si tratta, in particolare, di stabilire se qualunque altra finalità diversa dalla lucrativa sia compatibile con le figure del primo libro in esame, ovvero se si renda comunque necessaria una specificazione in positivo. Ed evidentemente il discorso si complica in questa seconda prospettiva, poiché l'assenza di indicazioni normative rischia di rendere arbitraria qualsiasi limitazione.

La seconda tesi, invece, mette in evidenza *le modalità di svolgimento dell'attività e il suo effetto*, in luogo dei relativi contenuti, e valorizza quindi il vincolo di etero-destinazione dei risultati. In tal modo, quale che sia l'attività svolta, l'elemento qualificante le figure in esame è individuato nel divieto di distribuzione avente ad oggetto sia gli avanzi di gestione, sia il patrimonio che residua al termine dell'attività<sup>1</sup>.

Va anzitutto premesso che una qualsiasi forma di distribuzione è astrattamente configurabile solo nel modello associativo, non in quello fondazionale tipico, ove una compagine di partecipanti non esiste e il vincolo si oggettivizza in un obbligo di etero-destinazione e reimpiego degli avanzi di gestione residuali allo scopo di alimentare l'attività dell'ente medesimo. In secondo luogo, si può osservare che questa linea interpretativa legittima l'esercizio da parte delle associazioni e delle fondazioni di attività d'impresa non lucrativa, cioè produttiva di beni e servizi, anche svolta in modo professionale e soprattutto qualificata come *economica*,

1. ZOPPINI, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, Napoli, 1995, 93 ss.; FERRO LUZZI, *I contratti associativi*, Milano, 1976, 70 ss.; SPADA, *La tipicità delle società*, Padova, 1974, 182 ss.; PREITE, *La destinazione dei risultati nei contratti associativi*, Milano, 1988, 30 ss.

cioè tendente a coprire i costi con i ricavi che derivano dall'attività svolta. Del resto, a qualificare la nozione di imprenditore *ex art.* 2082 c.c. è tra gli altri il carattere della *economicità* e non quello della *lucratività*, che invece connota lo scopo perseguito dalle società di persone e di capitali<sup>2</sup>. In terza istanza, si precisa che il vincolo di etero-destinazione per sé non comporta necessariamente l'obbligo di totale devoluzione a terzi. Certo il suddetto vincolo ben potrà essere previsto per espressa disposizione di legge, quale tipica misura fiscale per compensare agevolazioni che a vario titolo siano riconosciute all'ente. Altro è però ammettere che scatti l'obbligo di restituire all'associato quello che fu l'apporto iniziale, pur nei limiti dati dall'assenza della causa *lucrativa*<sup>3</sup>. Più precisamente, a venire meno è il lucro c.d. *sogettivo*, cioè il fine di redistribuire l'avanzo di gestione ulteriore all'apporto iniziale, che eventualmente si realizza in funzione dello svolgimento dell'attività dell'ente e viene capitalizzato.

Ne consegue che, se la nozione d'impresa e il suo esercizio può essere compatibile con il superamento dello scopo *lucrativo*, proprio sulla continuità dell'esercizio dell'impresa si può fondare l'assunto della neutralità delle diverse forme organizzative riferibili a enti collettivi diversi. Dove tale neutralizzazione esprime l'attitudine a qualificare la struttura morfologica dell'ente a prescindere dal profilo funzionale.

## 2. Verso la neutralizzazione della causa *lucrativa*

Su un piano più generale, al rilievo iniziale che individua nel tipo l'insieme delle regole da riferire tassativamente ad una certa formazione collettiva, segue la riflessione che, prima ancora che l'autonomia negoziale che nei limiti consentiti può adattare se non addirittura alterare il tipo stesso, la *neutra despecializzazione* del tipo porta a *riconsiderare il modello astratto* che viene presupposto dalla legge laddove definisce il tipo.

Si ravvisa un classico esempio di tale sviluppo nella cosiddetta neutralizzazione dei tipi societari. In particolare, è dato acquisito che l'adozione

2. Sulla discussa nozione di *economicità*, v., tra gli altri, LOFFREDO, *Economicità e impresa*, Torino, 1999, 3 ss. e 207 ss.; MARASÀ, *Impresa, scopo di lucro ed economicità*, in OLIVIERI - PRESTI (a cura di), *Cinquanta sfumature di impresa*, 33 ss. Per una recente rivisitazione del problema, TERRANOVA, *L'impresa nel sistema del diritto commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 2009, I, 54 ss.

3. ASCARELLI, *Cooperativa e società. Concettualismo giuridico e magia delle parole*, in *Riv. soc.*, 1957, 397.

di un tipo sociale personalistico non presuppone dimensioni dell'attività necessariamente minori, e al contrario nulla impedisce che una ridotta compagine di famiglia organizzi la propria attività d'impresa collettiva avente dimensioni più contenute in forma di s.r.l., se non addirittura di s.p.a.<sup>4</sup>

Il passaggio successivo avviene allorché lo schema organizzativo viene impiegato per perseguire fini diversi da quelli che per legge gli sono propri: si fa tradizionalmente l'esempio delle società consortili, che per espressa previsione di legge appoggiano la propria organizzazione corporativa su singoli modelli societari, pur continuando a perseguire lo scopo mutualistico-consortile<sup>5</sup>. Con la rilevante precisazione che quella presa ora in esame è una singola fattispecie, che per di più viene indicata e puntualmente regolata dal codice civile (v. art. 2620).

Ma la ricostruzione evolve poi verso l'atipico: rendendo in tal caso necessario esaminare se la neutralizzazione del tipo societario sia utile o meno a individuare elementi di completamento della disciplina di un determinato ente collettivo, invero assenti nel suo schema legale. Il tema che viene allora in evidenza è quello della *flessibilità* della organizzazione della società, e segnatamente se tale flessibilità sia così pronunciata al punto da distogliere la stessa organizzazione dal perseguimento dello scopo che la legge le riferisce. In concreto, si pone il problema di individuare quale profilo causale possa validamente appoggiarsi sullo schema societario, anche in considerazione di eventuali limiti.

Sul punto merita ricordare una prima tradizionale tesi<sup>6</sup>, che argomenta la generale astrazione dal momento causale dello schema societario personificato, azionario e non, dal rilievo che, tra i casi tassativi di nullità contemplati dall'art. 2332 c.c. (richiamato per la s.r.l. dall'art. 2463 c.c.), non è mai compresa l'assenza iniziale o il venir meno successivo dello

4. In argomento v. le considerazioni di SPADA, *La tipicità delle società*, cit., 182; ZOPPINI, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, cit., 127.

5. Che come noto presenta connotati che lo distinguono nettamente dallo scopo di lucro, tipicamente perseguito dalle società: v. sul tema VOLPE PUTZOLU, *Mutualità cooperativa e mutualità consortile: i consorzi di cooperative*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1978, 384 ss.; SARALE, *Consorzi e società consortili*, in COTTINO - WEIGMANN - SARALE, *Società di persone e consorzi*, vol. III del *Tratt. dir. Comm.* diretto da Cottino, Padova, 2004, 426 ss.; F. PREITE, *Lo scopo consortile*, in *Cooperative, consorzi e società consortili, 2 - Consorzi e società consortili: tipologie e operazioni sul capitale*, Milano, 2019, 131 ss. Lo. DE ANGELIS, *Lo scopo consortile, lo scopo di lucro e l'oggetto sociale nelle società consortili*, *ibidem*, 655 ss.

6. Di G. SANTINI, *Tramonto dello scopo lucrativo nelle società di capitali*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, 151 ss.; v. anche COSTI, *Fondazione e impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, I, 11 ss.

scopo di lucro. Posto infatti che tale difetto non integra una causa d'invalidità della società, ciò starebbe appunto a significare che la s.p.a. o la s.r.l. ben potrebbero continuare ad esistere, seppur caratterizzate da uno scopo diverso dal lucrativo.

Una prima obiezione alla ricostruzione menzionata consisterebbe nel rilievo che la conservata validità non impedirebbe la qualificazione, o meglio la ri-qualificazione della fattispecie, in termini di associazione in luogo di società<sup>7</sup>. Obiezione che peraltro non regge, alla luce del più recente e consolidato orientamento interpretativo, che esclude la stessa percorribilità dell'operazione ridefinitoria, tutte le volte che si siano attuate forme di pubblicità costitutiva del tipo, finalizzate a certificare determinati elementi funzionali e strutturali dell'ente segnatamente a tutela dei soggetti terzi che con l'ente entrano in rapporto<sup>8</sup>, e proprio per questo non suscettibili di arbitrarie riletture successive, magari utilitaristiche<sup>9</sup>.

7. È la tesi di GALGANO, *La società in generale. La società di persone*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* già diretto da Cicu e Messineo, continuato da Mengoni, XXVIII, Milano, 1982, 52, il quale richiama un orientamento giurisprudenziale che ammetteva la riqualificazione in termini di associazione di un ente collettivo costituito in forma di società (App. Brescia, 15 dicembre 1965, in *Temi*, 1966, 15), anche con riferimento all'attività economica posta in essere da un club che organizza "spettacoli calcistici a pagamento", al fine non già di ripartirne gli utili ma piuttosto di dare alla propria città una prestigiosa quadra di *football*, con la quale procurare a una platea vasta di tifosi le emozioni delle competizioni calcistiche ai massimi livelli (Trib. Rovereto, 5 marzo 1970, in *Giur. it.*, 1971, I, 2, 306).

8. Il tema venne discusso in una interessante vertenza giurisprudenziale: nello statuto di una s.a.s. era stata inserita a seguito di una modifica dell'atto costitutivo, una clausola che prevedeva la responsabilità illimitata dal socio accomandante. La difesa aveva argomentato che la stessa modifica statutaria avrebbe comportato la trasformazione "tacita" della S.a.s. in S.n.c. La Suprema Corte aveva disatteso tale argomentazione, osservando anzitutto che di trasformazione in senso proprio si può parlare solo ove sia attivato venga utilizzato il procedimento di cui agli artt. 2498 e ss. c.c. (Cass., 19 febbraio 2003, n. 2481, in *Giur. it.*, 2004, 794); in altra occasione su analoga ma diversa fattispecie – ed è il punto che in questa sede specificamente interessa – la stessa Cassazione aveva precisato che l'iscrizione della società come s.a.s. nel registro delle imprese *crystalizza* il tipo sociale prescelto, impedendone una riqualificazione: v. Cass., 10 dicembre 1996, n. 10970, in *Giur. it.*, 1997, I, 1519, con nota di LUONI; sul tema PERONE, *Connotati essenziali del tipo società per azioni e clausole statutarie incompatibili*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, 134 ss.; in senso parzialmente diverso, ammettendo comunque l'intervento interpretativo del giudice, v. BOLOGNESI (GRIPPO), *La società in accomandita semplice*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da Rescigno, 2011, 71 ss.

9. Si pensi al caso che si inserisca a bella posta nel regolamento organizzativo dell'ente una clausola indebitamente derogatoria al tipo, per poi sostenere la ridefinizione dell'ente medesimo in altri tipo compatibile con la clausola suddetta, quale argomento di difesa a fronte di contestazioni della clausola medesima.

La neutralizzazione della forma societaria e l'affievolirsi dello scopo di lucro, si disse correttamente<sup>10</sup>, debbono però essere apprezzati in relazione alla flessibilità delle stesse forme organizzative societarie. Flessibilità che, se poteva apparire scarsa nel disegno originario del codice civile al punto da confinare le società prive di scopo di lucro nell'ambito del diritto speciale<sup>11</sup>, si è sempre più accentuata nel corso degli anni, sino a delineare, in tempi più recenti, un insieme di norme che, più o meno volutamente, ha finito per moltiplicare i modelli organizzativi, di regola interni al tipo<sup>12</sup>.

Ne è emerso un panorama composito, ove trovano collocazione società di persone e di capitali che tradizionalmente perseguono lo scopo di lucro; una prima articolazione interna distingue le società aperte all'investimento del capitale di rischio e quelle che negoziano i propri strumenti finanziari su mercati regolamentati<sup>13</sup>. Ulteriori varianti dei tipi capitalistici sono qualificate dalla regola che inibisce loro la distribuzione dell'utile per un periodo di tempo<sup>14</sup>, al fine di promuovere e favorire un reinvestimento destinato a finanziare programmi di produzione di beni e/o servizi innovativi a elevato contenuto tecnologico (c.d. *start-up* innovative).

Hanno finalmente trovato compiuta regolamentazione le società tra professionisti (c.d. STP), a mezzo delle quali i soci svolgono la loro attività, che non è di impresa ma appunto libero-professionale, al fine di massimizzarne dei profitti<sup>15</sup>. Altre società aventi struttura capitalistica vedono

10. ZOPPINI, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, cit., 130.

11. Se non delle "anomalie", cioè quali fattispecie qualificate in un certo modo (ad esempio come società) pur in difetto dell'esistenza di un requisito strutturale altrimenti necessario ad integrare la stessa fattispecie: MARASÀ, voce *Società speciali e società anomale*, in *Enc Giur.*, XXIX, Roma, 1993; ID. *Società senza scopo di lucro*, Milano, 1984, 165.

12. MONTALENTI, *Impresa, società di capitali, mercati finanziari*, Torino, 2017, 61 ss., sul tema dell'evoluzione dal tipo al modello.

13. La specializzazione della disciplina dedicata alle società quotate nei mercati borsistici è più risalente (tra tutte meritano di essere ricordate la legge n. 216 del 1974 con i suoi decreti attuativi, e il successivo testo unico della finanza, d.lgs. n. 58 del 1998 c.d. legge Draghi), mentre l'ulteriore diversificazione degli "scalini normativi" dedicati alle società chiuse e aperte al mercato degli investitori senza accedere ai suddetti mercati regolamentati è stata come noto introdotta con la riforma organica del diritto societario del d. lgs. n. 6 del 2003. In argomento v. PRESTI, *Riforma della s.p.a. e scalini normativi*, in *Società*, 2003, 323 ss.; COSTI, *Il mercato mobiliare*, Torino, 2020; MONTALENTI, *Impresa, società di capitali, mercati finanziari*, cit., 135.

14. Quinquennale, dunque non perpetuo.

15. V. ad esempio SARALE - CAVANNA (a cura di), *Le professioni protette, dagli studi associati alle società*, in *Giur. it.*, 2020, 1247 ss.

modificato il loro statuto organizzativo per svolgere attività d'impresa di interesse generale e utilità sociale, e di nuovo sono chiamate a osservare importanti limitazioni alla distribuzione degli utili, allo scopo di favorire l'auto-capitalizzazione: e questo non per un più o meno breve periodo di tempo come le *start up*, ma per tutta la loro esistenza. Tali modelli rientrano nella definizione trasversale di impresa sociale di cui al d.lgs. n. 112 del 2017. Schema ugualmente trasversale, questa volta riferito a società che restano propriamente lucrative ma in qualche misura indirizzano istituzionalmente in senso altruistico parte della propria attività è costituito dalle società benefit<sup>16</sup>: queste integrano nel proprio oggetto sociale, oltre agli obiettivi di profitto, lo scopo di avere un impatto positivo sulla società e sull'ambiente. Non si tratta dunque di Imprese Sociali inserite nell'area del non profit, ma di una evoluzione del tipo capitalistico tradizionale.

Un ulteriore modello di matrice propriamente societaria, come si ricordava sopra introdotto nel nostro sistema prima di quasi tutte le figure qui considerate<sup>17</sup>, persegue finalità di reciproco aiuto dei soci-imprenditori, i quali adattano siffatta mutualità, detta consortile, all'organizzazione dei tradizionali tipi lucrativi allo scopo di favorire e agevolare l'esercizio delle proprie imprese o di singole fasi di esse<sup>18</sup>. E questo solo soffermandosi sui casi più eclatanti.

Lelemento di continuità che connota i diversi interventi qui sommariamente menzionati va individuato nella scelta legislativa di prendere a riferimento la disciplina normativa delle società lucrative, più frequentemente di capitali, astraendone o completandone la struttura organizzativa per adattarla e conformarla al perseguimento delle finalità proprie dell'ente di nuova regolamentazione, evitando di perdere gli elementi identitari di quest'ultimo. Con la differenza che, come si intende verificare, si tratta non tanto dell'ennesimo fenomeno di regolamentazione che asetticamente estende da un istituto all'altro regole forzatamente condivise, ma piuttosto di una matura scelta di tecnica legislativa, che ravvisa nella struttura delle società il modello più efficiente e per questo idoneo a innervare l'organizzazione di altro ente collettivo. Una scelta strategica, quasi strumentale, che

16. Figura introdotta in Italia dalla legge 28 dicembre 2015, n. 208, "Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2016)" (GU n. 302 del 30-12-2015 – Suppl. Ordinario n. 70), in vigore a far tempo dal giorno 1 gennaio 2016.

17. SPOLIDORO, *Le società consortili*, Milano, 1984.

18. Per una articolata ricostruzione, v. DESANA, *L'impresa tra tradizione e innovazione*, Torino, 2018.

si appoggia sulla pluriennale e sperimentata affidabilità del funzionamento delle società personificate – lucrative e mutualistiche. Non dunque una soluzione di proteiforme trasformismo dei modelli, ma anzi la conferma che gli esiti finali della neutralizzazione della lucratività societaria valgono a restituire, agli studiosi e agli operatori, un insieme di norme funzionali alla più ordinata delle gestioni che un ente collettivo si può dare.

Si deve invero sin da subito avvertire che la disciplina positiva dell'organizzazione degli enti del terzo settore strutturati in forma associativa e fondazionale testualmente (e formalmente) indica un altro referente normativo: non alla disciplina delle società rimanderebbe infatti l'art. 3 del Codice del Terzo settore, bensì a quella delle associazioni e fondazioni regolate dal Codice Civile.

Ma, come si vuol provare a sostenere, il confronto con le disposizioni del diritto delle società appare imprescindibile. Laddove infatti prende corpo la regolamentazione speciale, quella del Codice del Terzo Settore, destinata a prevalere sulle norme generali degli enti del primo libro del c.c. (v. art. 3 dello stesso CTS), emergono invero stretti elementi di continuità con schemi organizzativi diversi, tipicamente concepiti per le (o adottati dalle) società, e i momenti di più significativo contatto emergono in relazione alla disciplina delle società cooperative. Queste ultime in effetti nel proprio “DNA organizzativo” posseggono i caratteri della democraticità e dell'inclusività partecipativa, che qualificano a vario titolo pure la regolamentazione degli enti appartenenti al Terzo settore<sup>19</sup>. Si intendono cioè ricostruire alcuni casi paradigmatici tratti dalle disposizioni inerenti la *governance*, l'accesso, la pubblicità degli ETS, per i quali gli spazi interpretativi lasciati liberi dal Codice del Terzo Settore appaiono colmabili più puntualmente tramite il ricorso all'esperienza del diritto societario più che alle disposizioni riservate alle associazioni e fondazioni di diritto comune<sup>20</sup>. Le suggestioni tratte da queste fattispecie indirizzano a individuare diverse forme di collegamento tra le figure societarie mutualistiche e quelle che societarie non sono, ma che, ricuperando molti e significativi elementi di quella stessa disciplina, finiscono poi per muoversi in quell'ambito e suggeriscono ricostruzioni ad esso coerenti.

19. Come meglio si proverà a mettere in evidenza nell'analisi di dettaglio che segue, ponendo in evidenza situazioni di continuità e discontinuità.

20. V. le considerazioni di RIVARO, *La nuova corporate governance delle associazioni del terzo settore*, in CALLEGARI - CERRATO - DESANA (a cura di), *Governance e mercati - studi in onore di Paolo Montalenti*, Torino, 2022, III, 1685 ss.; GRAZIADEI, *Le fondazioni di partecipazione nel prisma della comparazione*, in *Giur. It.*, 2021, 2504.



Il che non potrà invero tradursi in un'asettica e neutrale estensione alle soluzioni societarie (e mutualistiche): il perseguimento di finalità di interesse generale e il vincolo di reinvestimento qualificante lo schema operativo e la struttura finanziaria di associazioni e fondazioni del Terzo settore imporrà un lavoro di costante adattamento delle regole tratte dal diritto societario. Ma, vale la pena di ripeterlo, il perimetro di riferimento pare da necessariamente ricondurre a quell'ambito di disciplina.

In tale prospettiva, la neutralizzazione dello scopo di lucro e la contaminazione del modello mutualistico con l'organizzazione collettiva del terzo settore si può dire che costituiscano due facce della stessa medaglia.

*N.B.* Le opinioni da me espresse nel presente volume non impegnano in alcun modo la Commissione di studi del Consiglio Nazionale del Notariato dedicata al Terzo Settore, di cui faccio parte.



## Capitolo I

# Evoluzione normativa del tipo mutualistico dalla riforma del diritto societario al codice del Terzo settore

SOMMARIO: 1. Il disegno della riforma delle cooperative vent'anni dopo. – 2. Il coordinamento sul piano strutturale con il tipo lucrativo: proposta di ricostruzione. – 3. La nuova disciplina dedicata alle associazioni e fondazioni del terzo settore. – 4. Associazioni e fondazioni ETS: dentro, o anche fuori del perimetro del Primo Libro?

### 1. *Il disegno della riforma delle cooperative vent'anni dopo*

Nel passato le figure di società estranee al meccanismo lucrativo potevano apparire singolari eccezioni ad una regola generale altrimenti indefettibile: si pensi ad esempio alle società calcistiche quali originariamente concepite dal nostro legislatore (che peraltro in tempi recenti sono state riasorbite a pieno titolo, almeno per alcune fattispecie, nel modello lucrativo); ovvero alle società consortili (appunto società strumentali al perseguimento della mutualità consortile); o ancora alle società a partecipazione pubblica (che, pur mantenendo a pieno titolo la qualifica di ente privato, vedono significativamente attenuata la funzione lucrativa in ragione dell'interesse generale extrasociale istituzionalmente perseguito dal socio pubblico<sup>1</sup>).

Due recenti passaggi legislativi inducono a riconsiderare la materia nella nuova prospettiva, aperta, in modo sempre più esplicito e convinto, ad ammettere innesti normativi sul modello corporativo lucrativo, che ne ripetono importanti elementi strutturali pur orientandosi in senso del tutto diverso sul piano causale.

Un primo importante episodio si colloca nell'ambito della riforma organica del diritto societario di cui al d.lgs. n. 6/2003 e consiste nella scelta

1. Sul tema in generale CINTIOLI, *Disciplina pubblicistica e corporate governante delle società partecipate da enti pubblici*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); CLARICH, *Società di mercato e quasi-amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2009, 253, ss.; NAPOLITANO, *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, in *Riv. soc.*, 2006, 999.

legislativa di costruire materialmente la disciplina delle società cooperative innestando le norme specificamente ad esse dedicate sulla disciplina della s.p.a., piuttosto che della s.r.l.<sup>2</sup>, in modo da creare due *sub*-modelli tra loro alternativi idonei a recuperare all'organizzazione mutualistica talune delle peculiarità (e delle differenze di struttura) dei tipi azionario e non azionario. Il secondo, lo vedremo in seguito, è costituito dalla stratificazione normativa creata dal Codice del Terzo settore, che se apparentemente pare principalmente creare ponte verso il primo libro del Codice Civile, in realtà in più di una occasione gioca "di sponda" con diverse regole societarie, segnatamente delle società cooperative.

Partendo dalle disposizioni in tema di cooperative, si deve anzitutto sottolineare che, sino a ieri, esse avevano una dimensione e una collocazione per così dire *autonome* nella struttura del quinto libro del Codice: le regole ad esse dedicate certamente operavano più di un rinvio a talune significative norme in tema di società per azioni, sul presupposto che quello azionario fosse l'unico tipo di riferimento lucrativo e la società a responsabilità limitata non fosse che una versione ridotta e adattata del primo, ma senza l'ambizione di creare un sistema organico di richiami alternativi.

Con la riforma del 2003, invece, esse vengono formalmente agganciate alle norme dedicate alle società lucrative azionaria e non azionaria, quasi a manifestare plasticamente la contiguità tra i diversi blocchi normati-

2. Anteriormente alla riforma, il testo di riferimento (vale a dire il vecchio art. 2516 c.c.) prevedeva un richiamo, in ogni caso, alle disposizioni della s.p.a. in tema di conferimenti, prestazioni accessorie, assemblee, amministratori, sindaci, libri sociali, bilancio e liquidazione in quanto compatibili con le norme specifiche della società cooperativa contenute nel codice o nelle leggi speciali. Di qui l'interrogativo se il richiamo a queste tematiche della società per azioni avesse natura tassativa o se, invece, il giudizio di compatibilità dovesse allargarsi ad altri aspetti della disciplina della medesima s.p.a. L'orientamento preferibile era quello di non considerare rigidamente tassativo il richiamo, dovendosi quindi ammettersi la possibilità che anche altri profili della normativa delle società per azioni potessero trovare applicazione valendo come unico metro interpretativo il giudizio di compatibilità (sul punto v. in particolare VERRUCOLI, *La società cooperativa*, Milano, 1958, 388; BUONOCORE, *Diritto della cooperazione*, Bologna, 1997, 90; v. anche L.F. PAOLUCCI, *Norme applicabili*, in *Il nuovo diritto delle società. Commentario sistematico* diretto da Maffei Alberti, IV, 2005, 2667). Giudizio a cui peraltro non sfuggivano anche gli altri settori espressamente richiamati dall'art. 2516 c.c. in quanto, palesemente, molti aspetti di questi istituti dovevano fare i conti con le specifiche e derogatorie discipline della cooperativa. Sull'argomento v. le considerazioni e i riferimenti in BONFANTE, *Commento sub art. 2516*, in *Comm. Cod. Civ. Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, Bologna-Roma, 1999, 194.

vi<sup>3</sup>, quanto meno sotto il profilo della organizzazione. Va doverosamente avvertito che tale scelta non vale certo a obliterare qualsiasi distinzione: esistono da sempre, e con la riforma organica del 2003 risultano anzi sottolineate, varie e inequivoche differenziazioni eziologiche e organizzative tra le società lucrative e quelle mutualistiche, che in questa sede non si intende porre in alcun modo in discussione. Quello che però il legislatore mette in chiara evidenza, e che qui interessa, è che tali elementi di discontinuità non valgono a escludere che il “veicolo”, la struttura dell’organizzazione collettiva, e il suo atteggiarsi in relazione agli altri enti, possa essere ricondotto a unità, e questo per un’espressa indicazione legislativa.

L’architave su cui poggia siffatta indicazione ricostruttiva è rappresentata dall’art. 2519 c.c., che esplicita un rinvio *residuale* alle disposizioni dell’una o dell’altra società lucrativa di riferimento, “in quanto compatibili”. Con questa tecnica di redazione delle norme, di fatto il legislatore passa la palla all’interprete, sul quale grava l’onere di ricostruire il grado di elasticità e adattabilità delle disposizioni generali dei due tipi capitalistici alle disposizioni della società cooperativa, mutualistica e non per questo lucrativa. Il tema della finalizzazione causale assume dunque rilevanza centrale, quale criterio di verifica della compatibilità delle disposizioni. Non senza una doverosa e preliminare precisazione: che tale discontinuità si deve cogliere principalmente in relazione al trattamento riservato ai soci cooperatori, e non tanto al comportamento tenuto dalla società, imprenditrice a tutti gli effetti, rispetto agli altri operatori del mercato.

Più puntualmente, si sostiene che le cooperative siano estranee al profilo *soggettivo* del lucro, nel senso che è il riparto dell’avanzo di gestione che segue dinamiche tutt’affatto diverse rispetto a quelle di remunerazione dell’investimento che per contro animano le società lucrative<sup>4</sup>. Tale riparto, infatti, si compie in funzione della qualità e quantità dello scambio mutualistico che lega il socio alla società ed è pertanto alieno a qualsiasi criterio plutocratico, destinato invece a premiare – come appena accennato – chi ha eseguito il conferimento più consistente. Altro è a dire in merito al profilo *oggettivo* dello scopo di lucro: in quanto imprenditori operanti sul mercato *pure con soggetti terzi*, le cooperative debbono anch’esse finaliz-

3. E cioè: da una parte le disposizioni mutualistiche, dall’altra quelle dedicate alla s.p.a. e alla s.r.l.

4. Sul tema v. la recente pronuncia della Corte costituzionale, 12 aprile 2022, n. 93, in *Società*, 2022, 688, con nota di BONFANTE, *L’identità cooperativa secondo la Corte costituzionale*, in *Giur. it.*, 2022, 2428, con nota di CAVANNA, *Insolvenza delle cooperative e specificità mutualistica*.

zare la propria attività al conseguimento di un differenziale tra attività e passività (il suddetto avanzo di gestione) più ampio possibile<sup>5</sup>: ciò proprio al fine di alimentare al meglio e più vantaggiosamente per gli stessi soci lo scambio mutualistico. In buona sostanza: tanto maggiore sarà la attitudine lucrativa oggettiva della cooperativa, tanto migliore sarà la sua capacità mutualistica con i soci.

In questo contesto si inquadra il rinvio generale alle disposizioni tipiche delle società lucrative personificate posto dall'art. 2519 c.c.: *rinvio diretto e non analogico*, si sottolinea<sup>6</sup>, che quindi non sottintende la verifica della sussistenza di una *eadem ratio* a sostegno dell'applicazione della norma di matrice "lucrativa" allorquando sussista un'effettiva lacuna nella disciplina cooperativa. Rinvio che impone allora all'interprete di verificare la sussistenza di tale lacuna, e poi di "passare al setaccio" le disposizioni di s.p.a. e s.r.l. richiamate in via residuale, al fine di saggiarne la compatibilità con la disciplina mutualistica. Questa seconda verifica appare idonea all'ulteriore individuazione delle disposizioni, pur dettate in tema di società personificate *lucrative*, idonee a supportare e integrare la disciplina di un *ente che lucrativo non è*.

## 2. *Il coordinamento sul piano strutturale con il tipo lucrativo: proposta di ricostruzione*

Al fine di individuare e ricostruire i possibili elementi di continuità tra la disciplina delle società cooperative e la struttura organizzativa delle s.p.a. e delle s.r.l., appare utile dare un contenuto concreto al rinvio generale operato dall'art. 2519 c.c. esaminandone i margini di compatibilità.

Si esamineranno di volta in volta diversi segmenti della disciplina mutualistica e pur senza proporre una ricostruzione compiuta si individueranno taluni elementi di fondamentale valenza sistematica e per questo destinati a trovare applicazione a prescindere dal profilo causale

5. In argomento, tra i tanti, v. BONFANTE, *Imprese cooperative*, in *Commentario cod. civ. Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, Bologna-Roma, 1999, cit., 144; CAPECCHI, *Evoluzione del terzo settore e disciplina civilistica*, Padova, 2005, 69 ss. Parla di riduzione del tasso di lucratività per le cooperative a mutualità prevalente in relazione alla posizione dei soci cooperatori (ma non dei finanziatori) e di ampliamento della stessa lucratività per le cooperative diverse BASSI, *Commento sub art. 2511*, in *Società cooperative*, volume a cura di Presti compreso nel *Comm. alla riforma delle società*, diretto da Marchetti, Bianchi, Ghezzi e Notari, Milano, 2007, 21 ss.

6. BARTALENA, *Commento sub art. 2519*, in *Soc. Cooperative/Comm.* Marchetti, cit., 93.

della fattispecie. Si pensi ad esempio alla fase costitutiva dell'ente, e in particolare al meccanismo dell'incorporazione, che presuppone la preventiva indicazione legislativa dei contenuti dell'atto costitutivo in modo da consentirne la verifica in sede di iscrizione, o alla regola di salvaguardia e sopravvivenza dell'ente collettivo in caso d'invalidità, di derivazione comunitaria: come si vedrà, qui la regolamentazione della fattispecie mutualistica ricalca quella lucrativa, almeno nei punti di maggior rilievo<sup>7</sup>.

Con riferimento alle regole che presiedono l'accesso alla compagine sociale, si nota invece una netta divaricazione: le disposizioni dettate per le società lucrative prevedono la regola della libera circolazione delle partecipazioni e al più ammettono, in alcuni casi, la possibilità di limitarla e prevedono che l'emissione di nuove quote o azioni passi sempre attraverso un momento formale di modifica dell'atto costitutivo<sup>8</sup>. Diversamente, l'ingresso in cooperativa non può essere totalmente libero poiché presuppone che il nuovo socio possieda i requisiti soggettivi necessari al perseguimento dello scambio mutualistico. Sotto questo diverso angolo visuale, peraltro, merita sottolineare come lo strumento scelto per consentire la verifica della sussistenza dei suddetti requisiti ricalchi da vicino il funzionamento della clausola di gradimento. Più propriamente, un gradimento *ex lege*, che giustifica tanto l'accesso "a titolo originario" conseguente all'emissione di nuove quote o azioni – significativamente decisa dall'organo amministrativo e non dall'assemblea, prescindendo da qualsiasi vicenda modificativa dell'atto costitutivo – quanto quello "a titolo derivativo" derivante dalla cessione di partecipazioni. In questa circostanza, dunque, la contiguità tra blocchi normativi pur attenuata valorizza l'adattamento al contesto mutualistico di un meccanismo, quello del gradimento, che da strumento negoziale di salvaguardia di coesione di intenti lucrativi nelle società azionarie e nella s.r.l., diviene efficiente regola legale atta a calibrare "l'apertura della porta".

Tali elementi di "continuità nella specializzazione" emergono con sufficiente evidenza anche in riferimento alla disciplina della *governance*<sup>9</sup>. La struttura organica della cooperativa, infatti, mostra di conservare nella sostanza il funzionamento di assemblee, consiglio di amministrazione e organo di controllo concepiti per i tipi lucrativi azionario e non, ma lo piega al fine di soddisfare la prevalenza mutualistica dell'impresa.

7. V. il cap. II.

8. V. *ibidem*.

9. Il rinvio è questa volta al cap. III.

Il percorso esegetico che si intende proporre intende muovere proprio dalla individuazione di questi elementi strutturali di “ponte” dalla lucratività alla mutualità, per verificare se essi possano rappresentare non solo una “contaminazione” cooperativa, ma prima ancora un insieme di regole organizzative specificamente calibrate per consentire l’esercizio di attività collettiva, non necessariamente d’impresa, destinata a valorizzare il perseguimento di interessi generali che trascendono la prospettiva plutocratica e individuale dei partecipanti, esattamente come avviene nelle associazioni e nelle fondazioni del Terzo settore. E la circostanza che diverse di queste norme societarie, spesso nella loro “variante” mutualistica, siano state riproposte (con taluni adattamenti) dal codice del Terzo settore induce a argomentare una risposta positiva all’interrogativo. Si tenterà di dimostrare l’assunto attraverso la parallela disamina della disciplina delle corrispondenti disposizioni in tema di Enti del Terzo settore.

### 3. *La nuova disciplina dedicata alle associazioni e fondazioni del terzo settore*

In termini più generali, si pone a questo punto il tema se il modello cooperativo, che costituisce peculiare sintesi delle disposizioni mutualistiche e lucrative, sia non già chiuso in sé stesso, ma costituisca invece l’ideale collegamento per la ricostruzione, sempre sul piano strutturale, di altri enti collettivi. Il riferimento potrebbe andare in prima battuta alla figura delle società consortili costituite in forma di cooperativa: è indubbio che qui, sostituite le regole della mutualità consortile a quelle della mutualità cooperativa, il substrato organizzativo è destinato a rimanere in gran parte immutato<sup>10</sup>.

Il discorso aumenta di complessità e interesse, se si prova ad assumere il modello cooperativo a riferimento per la lettura di talune disposizioni contenute nel Codice del Terzo settore (d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117, in seguito anche CTS), e in particolare quelle dedicate alle associazioni e alle fondazioni che assumano la qualifica di enti del terzo settore (ETS).

10. Lo spunto non può essere adeguatamente coltivato in questa sede e sul tema si rinvia quindi a SARALE, *Consorti e società consortili*, in *Tratt. dir. comm.*, diretto da Cottino, cit., 541 ss.; FRANCESCHELLI, *Consorti costituiti in forma di società per azioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1941, II, 79; FERRETTI, *Osservazioni in tema di disciplina delle società consortili*, in *Riv. dir. ind.*, 1982, I, 411; SPOLIDORO, *Le società consortili*, cit., 148.



L'indagine potrebbe sembrare foriera di esiti poco rilevanti, se come già detto ci si fermasse alla indicazione normativa che le medesime associazioni e fondazioni del terzo settore applicano a livello basilico le disposizioni delle associazioni e fondazioni regolate dal primo libro del codice civile (v. l'indicazione generale dell'art. 3 CTS). Senonché l'approfondimento che si intende qui proporre tende a valorizzare come il nesso con il mondo mutualistico emerga esplicitamente da alcune peculiari disposizioni dettate per gli ETS, ovvero introdotte nel codice civile contestualmente al varo del CTS e destinate ad applicarsi a tutte le associazioni e fondazioni, siano esse enti del terzo settore oppure no. In altre parole, s'intende verificare se, ed eventualmente in che misura, le disposizioni degli artt. da 21 a 31 del CTS, che come noto costituiscono il nucleo centrale della struttura organizzativa delle associazioni e delle fondazioni in forma di ETS<sup>11</sup>, presentino elementi di continuità con la disciplina delle cooperative, valutando se siano proponibili interpretazioni sistematiche di raccordo, nella consapevolezza della delicatezza della materia dovuta ai decisivi elementi di discontinuità che pur sempre qualifica i diversi blocchi normativi.

Una iniziale premessa si impone: la lettura che si intende qui proporre resta in tutto estranea al profilo causale dell'attività degli enti del terzo settore che si prendono in esame. Non si intende cioè in questa sede riproporre la "storica" tesi che valorizza la natura in realtà associativa delle cooperative<sup>12</sup>. In primo luogo, perché si tratta di una argomentazione pur suggestiva, ma superata ampiamente dal dato testuale che fa delle cooperative un imprenditore non lucrativo che segue le regole della mutualità, e in secondo luogo perché, in ogni caso, tale argomentazione, se astrattamente utile per raffrontare il modello cooperativo a quello associativo, sarebbe assai difficilmente riproponibile per l'inquadramento del modello fondazionale. Di qui l'assunto che le considerazioni svolte d'ora in avanti continueranno ad aver ad oggetto in via principale il tema della struttura e dell'organizzazione dell'ente collettivo, non quello della finalizzazione della sua attività: si mantiene dunque quale assunto la prospettiva della sterilizzazione della causa – che poi è lo stesso punto di partenza per l'in-

11. In generale sul punto v. RIVETTI, *Gli elementi strutturali degli enti del terzo settore*, in *Gli enti del Terzo settore e il nuovo Registro unico*, Torino, 2021, 27 ss.; BUSANI - CORSICO, *Atto costitutivo, statuti e operazioni straordinarie degli enti del terzo settore*, Milano, 2021, 17.

12. V. BONFANTE, *Imprese cooperative*, in *Commentario cod. civ. Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, cit., 150 ss.

dagine avente ad oggetto il collegamento tra la struttura lucrativa e quella mutualistica dell'ente collettivo, che si è ritenuto di proporre in principio.

Piuttosto sarà presa in considerazione l'attività che *concretamente* può essere posta in essere dagli ETS, a prescindere da quello che in astratto ci attende sia il loro ordinario ambito operativo. E in questa indagine le coordinate sono fissate dall'art. 4 del codice del terzo settore, che nel dare un concreto contenuto all'obiettivo del perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale e dello svolgimento di attività di interesse generale, pone sullo stesso piano «forme di azione volontaria e gratuita o di mutualità o di produzione e scambio di beni e servizi»<sup>13</sup>. L'espressione utilizzata presuppone dunque che un ente del terzo settore sia legittimato a compiere atti di produzione e scambio di beni e servizi, contenutisticamente ascrivibili alla nozione dell'impresa, che tra l'altro, si compiono, testualmente, “senza scopo di lucro”. Mancano gli altri attributi della definizione di imprenditore, vale a dire la professionalità, l'organizzazione e, almeno formalmente, l'economicità<sup>14</sup>, sicché dalla indicazione “operativa” non si desume automaticamente che l'ETS possa assumere la qualifica di imprenditore. Si tratterà piuttosto di valutare la *compatibilità* di tali attributi in relazione alla finalizzazione dell'attività enunciata dallo stesso art. 4 CTS: il perseguimento di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale, da una parte, e il compimento di attività di interesse generale. E, si può dire, una risposta affermativa a tale quesito sembra già direttamente fornita dal d.lgs. 112/2017, che in tal senso qualifica l'ambito di operatività delle imprese sociali, inquadrate dallo stesso art. 4 del CTS tra gli enti del terzo settore<sup>15</sup>.

13. Sul punto v. MARASÀ, *Appunti sui requisiti di qualificazione degli enti del terzo settore: attività, finalità, forme organizzative e pubblicità*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, 671 ss.

14. V. la trattazione alla nota che segue.

15. Il punto appare piuttosto articolato e merita un approfondimento. Il riferimento all'assenza di lucro, vale a dire il divieto di distribuire gli avanzi di gestione in funzione dell'investimento precedentemente eseguito per finanziare l'operazione, come si è detto è esplicito. Ma tale condizione non vale automaticamente a imporre che l'attività sia “economica”, che cioè miri a pareggiare i costi con gli introiti che derivano dall'attività posta in essere. Anzitutto si deve ricordare l'interpretazione che tende a ridurre significativamente le distanze tra le nozioni di lucratività ed economicità (da ultima DESANA, *L'impresa tra tradizione e innovazione*, cit., 50 s.): in tale prospettiva, dunque, il divieto sarebbe da estendere a entrambe le modalità attuative della produzione e scambio di beni e servizi, senza margine di ricupero quindi dello status di imprenditore. Se invece si segue l'impostazione tradizionale che ammette una più marcata distinzione tra le due posizioni, lucrativa ed economica, si può sostenere che, se sussiste un margine per riferire al singolo ETS *tutti* gli attributi dell'art. 2082 c.c., allora lo stesso potrà essere qualificato come imprenditore.

Ma allora il fatto che un ETS possa legittimamente svolgere attività d'impresa consente di individuare una connessione ulteriore, anche più marcata, con la matrice strutturale e organizzativa tipica delle società personificate, lucrative e mutualistiche. Argomento questo che trae spunto dalla nota ipotesi ricostruttiva, poi divenuta legge nella riforma societaria del d.lgs. numero 6/2003, che intravede una legittimazione del passaggio trasformativo tra enti collettivi societari e altri causalmente disomogenei rispetto alle società, allorquando si ravvisi un elemento di continuità nell'esercizio dell'attività di impresa. Si tratta di una ricostruzione che non pare possa essere messa fuori gioco per la semplice circostanza che l'impresa di cui si parla sia di interesse generale e valga a perseguire finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale.

Una seconda premessa si rende necessaria. In sede di generale ricostruzione della disciplina degli enti del terzo settore si è fatta strada la tesi che tende a svalutare la portata sistematica del collegamento con la disciplina delle società. Le argomentazioni che vengono addotte principalmen-

Questa sembra la posizione seguita dal codificatore del 2017. Non tanto perché all'art. 5 lettera o) testualmente estende l'ambito operativo degli ETS anche ad attività che in sé imprenditoriali, esattamente: «[...] attività commerciali, produttive, [...] svolte nell'ambito o a favore di filiere del commercio equo e solidale, da intendersi come un rapporto commerciale con un produttore operante in un'area economica svantaggiata, situata, di norma, in un Paese in via di sviluppo, sulla base di un accordo di lunga durata finalizzato a promuovere l'accesso del produttore al mercato e che preveda il pagamento di un prezzo equo, misure di sviluppo in favore del produttore e l'obbligo del produttore di garantire condizioni di lavoro sicure, nel rispetto delle normative nazionali ed internazionali, in modo da permettere ai lavoratori di condurre un'esistenza libera e dignitosa, e di rispettare i diritti sindacali, nonché di impegnarsi per il contrasto del lavoro infantile». Laddove le condizioni e i vincoli a favore dei paesi in via di sviluppo con i quali debbono essere intrattenuti tali rapporti commerciali e produttivi parrebbero attenuarne la valenza. Ma soprattutto è esplicita la previsione di un regime fiscale forfettario interamente dedicato alle aps e alle odv che sembra abbastanza chiaramente indirizzare nel senso della compatibilità. Si è ipotizzato sin qui lo svolgimento da parte dell'ETS di un'attività di impresa contenutisticamente "ordinaria". Altro tema, più delicato (e intricato?), è se l'attività imprenditoriale che esercita lo stesso ETS possa essere intrinsecamente destinata a favorire il perseguimento di interessi generali, restando per così dire nel *mainstream* ed evitando quindi di qualificarsi come attività ausiliarie ed "altre" rispetto a quelle di interesse generale. Il CTS in effetti prevede che l'impresa sociale sia compresa nel perimetro degli enti del terzo settore (art. 4 CTS), prevedendo che ad essa si applicano, oltre alle disposizioni del CTS, anche quelle del d.lgs. 112/2017. La risposta positiva all'interrogativo dipenderà allora dal concreto riscontro se l'attività di impresa di interesse generale sia compiuta dall'ETS soddisfacendo tutti i requisiti dell'art. 1 del d.lgs. 112/2017.

te si incentrano sul rilievo che le regole societarie in tema di responsabilità degli amministratori, connesse agli obblighi di condotta posti a carico degli stessi amministratori, qualificati da specifiche cognizioni gestionali e organizzative, e resi più rigidi dall'imposizione agli stessi amministratori di predisporre, segnatamente nella prospettiva della eventuale crisi, adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili<sup>16</sup>.

Ora, è fuor di discussione che il legislatore avrebbe potuto usare minor rigore nella regolamentazione dell'attività di interesse generale di cui all'art. 4 CTS. Ma questa non è stata la scelta adottata, che invece rimanda alla struttura organizzativa del diritto delle società. Lo studio di questi elementi di collegamento creati volutamente dallo stesso Codice del Terzo Settore vale invero a meglio definire il senso del rinvio, allo scopo di legittimare letture ri-adattate al contesto, normativo e applicativo, in cui si trovano ad operare gli ETS. Così appare evidente che una associazione avente diffusione nazionale e strutture centrali e periferiche tra loro dialoganti ha una complessità diversa dall'ente che circoscrive la propria operatività al territorio provinciale, con volumi contabili decisamente più ridotti. Ma, pare, gli stessi elementi differenziali emergono, almeno per il profilo dimensionale, anche in campo societario: altra è l'attività di una s.p.a. quotata, altra quella di una s.n.c. di famiglia. Invero, gli amministratori di entrambe le società dovranno assicurare la predisposizione di assetti adeguati. Quello di cui è giusto diffidare è allora non tanto la rigidità astratta delle norme, quanto piuttosto delle interpretazioni date delle stesse norme, soprattutto ove esse si dimostrino poco sensibili a diversificare gli standard di responsabilità in funzione della dimensione e della consistenza economica della relativa attività.

In sostanza, come nel diritto societario l'attenta opera di esegesi degli studiosi e l'esperienza dei giudici ha mostrato di saper *graduare* la responsabilità degli amministratori, a seconda del contesto socioeconomico nel quale si trovino a operare, altrettanto dovrebbe avvenire per i membri dei consigli direttivi e degli organi di controllo degli Enti del Terzo Settore, nella consapevolezza e sul presupposto che diversamente dovrà essere valutata l'adeguatezza degli assetti, a seconda che ci si trovi al cospetto di un fondazione avente dimensione nazionale o internazionale, piuttosto

16. BARILLA, *Enti del Terzo settore e diritto societario*, Torino, 2022, 73 ss.; LAUDONIO, *Assetti organizzativi adeguati e prevenzione della crisi negli enti del terzo settore (interrogativi sull'adeguatezza del legislatore di fronte alla crisi)*, Relazione all'*XI Convegno di Orizzonti del Diritto commerciale*, Roma, 14 febbraio 2020.

che di una associazione che raggruppi una ventina di associati e non eserciti alcuna attività di impresa. In tale contesto, non pare fuori luogo sottolineare come la necessità di adeguare gli assetti organizzativi e amministrativi possa indirizzare la scelta se aggiungere o non aggiungere requisiti di *professionalità* cui subordinare l'assunzione della carica di amministratore<sup>17</sup>. Pare infatti inevitabile che, ove si opti per l'introduzione di tali qualifiche la valutazione della responsabilità dovrà seguire la traccia della maggiore o minore specializzazione. Allo stesso modo, minore dovrebbe essere il rigore in base al quale perseguire chi assuma una carica onoraria<sup>18</sup>: anzi, sul piano applicativo tale esito interpretativo dovrebbe essere sin da subito indirizzato nella costruzione statutaria della figura, cui potrebbe essere riservato un margine decisionale più ridotto (magari collegando tale scelta proprio all'assenza dei requisiti di professionalità in capo al medesimo soggetto).

L'esame degli elementi di collegamento tra istituti societari e del terzo settore vorrebbe contribuire all'obiettivo di restituire ai secondi adeguati assetti, non tanto gestionali, quanto piuttosto... *interpretativi*.

#### 4. *Associazioni e fondazioni ETS: dentro, o anche fuori del perimetro del Primo Libro?*

Merita ribadire che la presente indagine ha ad oggetto non tutti gli enti del terzo settore, bensì le formazioni collettive direttamente o indirettamente riconducibili al modello associativo o fondazionale, cui si applicano le disposizioni degli artt. da 21 a 31 del CTS, o altre specificamente dedicate al sottotipo di riferimento: si pensi alle associazioni di promozione sociale e alle organizzazioni di volontariato, che ricuperano la disciplina generale delle associazioni ETS, alle quali si aggiungono le norme ad esse

17. Legate al possesso di particolari cognizioni di carattere tecnico ovvero alla pregressa esperienza acquisita in determinati settori di attività o ancora al possesso di determinati titoli abilitativi: in argomento v. CEOLIN, *Codice del Terzo Settore*, a norma dell'articolo 1, comma 2 lettera b) della legge 6 giugno 2016, n. 106, in *Commentario del codice civile e dei codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di De Nova, Bologna-Roma, 2023, 198. Del resto, la previsione di un più rigoroso regime di responsabilità è oltreoceano considerata condizione per garantire una migliore efficienza dell'attività dell'ente: sul tema v. RIVARO, *La nuova corporate governance delle associazioni del terzo settore*, cit., 1685, che parla del paradosso del *no-profit*.

18. V. sul punto la diversa ricostruzione, e le coerenti conclusioni, di BARILLÀ, *Enti del Terzo settore e diritto societario*, cit., 56 e ss.

specificamente riservate dagli artt. da 32 a 36 del CTS<sup>19</sup>. Non si pretende cioè di fornire una ricostruzione riferibile all'intera categoria a rilevanza normativa<sup>20</sup> degli enti del terzo settore, ma di individuare segmenti della disciplina riferibile alle associazioni e alle fondazioni che riflettono una matrice comune ad altre, segnatamente societarie e in particolare cooperative.

In tal senso non deve fuorviare il dato di fatto che le norme degli artt. da 21 a 31 del CTS *presuppongano* quelle che il codice civile dedica alle associazioni, riconosciute e non, a prescindere dalla qualifica di enti del terzo settore. Certamente tale parte generale del CTS nasce come una *specificazione*, ulteriore e aggiuntiva, rispetto alle "regole-standard" del codice civile: e sono proprio i contenuti di tali integrazioni e aggiunte che, in questa sede, vengono in evidenza, per le novità che in sé esprimono e per gli orientamenti interpretativi che possono in ipotesi introdurre nella ricostruzione del tessuto normativo così integrato.

Solo muovendo dal profilo formale dell'atto costitutivo, si segnala la norma che, sulla falsariga dell'art. 2328 c.c. per le s.p.a., prevede anche per gli enti del terzo settore la prevalenza dello statuto sull'atto costitutivo in caso di discordanza tra i contenuti dei due documenti. È una disposizione non testualmente richiamata in materia di cooperative dall'art. 2521 c.c., ma si ritiene ad esse applicabile, quanto meno per quelle che applicano la disciplina residuale dalle s.p.a. in assenza di analoga disposizione nella disciplina della s.r.l.<sup>21</sup>.

19. Come noto il Codice del Terzo settore comprende nella generale, trasversale quanto eterogenea categoria, le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale, gli enti filantropici, le imprese sociali comprese le cooperative sociali, le reti associative, le società di mutuo soccorso, le associazioni riconosciute e non, le fondazioni, altri enti di carattere privato diversi dalle società.

20. LOFFREDO, *Gli enti del terzo settore*, Milano, 2018, 71 s.; BUSANI, CORSICO, *Atto costitutivo, statuti e operazioni straordinarie degli enti del terzo settore*, cit., 14 s.; RIVETTI, *Gli elementi strutturali degli enti del terzo settore*, in *Gli enti del Terzo settore e il nuovo Registro unico*, Torino, 2021, 30.

21. L'omessa previsione nell'art. 2521 c.c. della regola di prevalenza statutaria era stata diversamente valutata dalla dottrina. Alcuni avevano genericamente affermato la sua compatibilità con le disposizioni delle società cooperative (SCHIRÒ, *Commento sub art. 2521*, in *La riforma del diritto societario*, a cura di Lo Cascio, X, Milano, 2003, 60); altri per contro ebbe a osservare come, posto che il vincolo della prevalenza statutaria avrebbe potuto applicarsi unicamente alle cooperative in forma di s.p.a. e non a quelle strutturate come s.r.l., ciò avrebbe segnato un momento di generale non compatibilità della regola stessa con la disciplina mutualistica, che invece dedica un unico articolo alla regolamentazione della fase costitutiva di tutte le società cooperative, a prescindere dal modello organizzativo

Come si avrà modo di verificare nei prossimi capitoli, gli elementi di collegamento tra la disciplina degli enti del Terzo settore e le società cooperative non si fermano al procedimento costitutivo, ma trovano ulteriori significativi riscontri.

assunto a riferimento ai sensi dell'art. 2519 c.c. (MONTAGNANI - PACIELLO, *Commento sub art. 2521*, in *La riforma delle società* a cura di Sandulli e Santoro, Torino, 2003, 67 s.). Al di là della possibile *ratio* legittimante la diversità di trattamento tra il modello societario azionario e non, individuata nella maggior complessità del primo rispetto al secondo (REVIGLIONE, *Commento sub art. 2463*, in *Comm. Cottino*, cit., 1735 ss.), sembra che una possibile chiave di lettura sia da individuare nella soluzione standard contemplata nel decreto legislativo n. 6/2003 che, nel riformare organicamente la disciplina della s.r.l., non prevede in alcuna norma la scissione dei contenuti dell'atto costitutivo in un secondo documento, lo statuto appunto: di qui la astratta inutilità della regola di prevalenza di un documento sull'altro, stante la virtuale inesistenza di due documenti. Il che però non esclude affatto sul piano operativo la separazione dei documenti, esattamente come avviene nelle s.p.a.: in tale evenienza legittimandosi una applicazione estensiva della regola di prevalenza dello statuto. In tale prospettiva, la maggiore o minore complessità legittimante la regola per cui prevale lo statuto sarà da porre in diretta connessione con l'eventualità che siano stati redatti due documenti, atto costitutivo e statuto, piuttosto che uno solo (unicamente l'atto costitutivo). Anche per le cooperative la scelta tecnica di predisporre di regola uno statuto quale allegato dell'atto costitutivo legittimerebbe l'applicazione della regola di prevalenza, a prescindere dal modello azionario o non azionario adottato in via di regolamentazione residuale. Venendo al caso degli ETS, poiché qui la distinzione tra atto costitutivo e statuto è data per scontata, si giustifica l'applicazione del criterio solutore di possibili contrasti contenutistici, di cui all'art. 2328 c.c.





## Capitolo II

# Partecipazione e struttura aperta di cooperative ed Ets

SOMMARIO: 1. L'atto costitutivo, dalle società lucrative delle cooperative. – 1.1. L'esame dei collegamenti nel CTS: la fase costitutiva. – 2. Partecipazione e struttura aperta delle cooperative, partendo dalla disciplina lucrativa. – 2.1. ETS: i requisiti soggettivi degli associati. – 2.2. La disciplina dell'invalidità di associazioni e fondazioni del Terzo settore. – 3. Cenni a talune ulteriori connessioni in tema di cooperative.

### 1. *L'atto costitutivo, dalle società lucrative delle cooperative*

Se si prova a passare ad una ricognizione analitica, si vede che, con riferimento alla prima sezione delle disposizioni generali dedicate alla s.p.a., sono destinate a trovare applicazione l'art. 2330 (ad esclusione del primo comma parzialmente derogato dall'art. 2523) in tema di deposito dell'atto costitutivo al registro delle imprese, l'art. 2331 c.c. riguardante gli effetti dell'iscrizione e l'eventuale attività riconducibile alla cooperativa svolta anteriormente alla stessa iscrizione, come pure l'art. 2332 c.c. in tema di nullità della società: disposizioni che, del resto, risultano espressamente richiamate dall'art. 2523 c.c. Al contrario, non possono trovare applicazione le norme riguardanti la denominazione sociale (art. 2326 c.c.), l'ammontare minimo del capitale sociale (art. 2327 c.c.)<sup>1</sup>, ovvero il contenuto essenziale dell'atto costitutivo (art. 2328 c.c.), che sono oggetto di specifica e distinta disciplina cooperativa<sup>2</sup>.

1. È noto che non esiste alcuna disposizione che indichi un ammontare minimo del capitale (e tantomeno del patrimonio) in sede di costituzione delle società cooperative. A meno di non ritenere che tale ammontare possa essere desunto da una semplice operazione matematica di moltiplicazione dell'ammontare minimo della partecipazione individuale (art. 2525 c.c.) per il numero minimo di soci chiamati a comporre la compagine di una cooperativa (tre o nove, a seconda del modello preso a riferimento).

2. E in particolare: la denominazione sociale deve contenere l'indicazione di società cooperativa (non più precisando come prima della riforma se essa sia a responsabilità limitata oppure no, dal momento che ora il regime di responsabilità illimitata è stato abrogato: sul

L'art. 2325 c.c. che sancisce la responsabilità limitata dei soci appare anch'esso inapplicabile, non solo per l'esistenza di una parallela norma cooperativa<sup>3</sup>, ma anche perché il regime variabile di responsabilità limitata dell'unico socio, prevista al secondo comma dello stesso art. 2525 c.c., appare assai difficilmente riproducibile nella vicenda cooperativa, ove al contrario si postula, quale condizione di sopravvivenza dell'ente, l'esistenza di un numero minimo di soci superiore all'unità<sup>4</sup>.

Maggiore incertezza solleva la compatibilità dell'art. 2329 c.c. in tema di condizioni per la costituzione, segnatamente con riguardo all'obbligo di versare all'atto della sottoscrizione almeno la quarta parte dei conferimenti in denaro. Parte della dottrina<sup>5</sup> sottolinea infatti come le ragioni,

tema v. le precisazioni alla nota immediatamente successiva), la variabilità del capitale prescindendo dalla formale indicazione un capitale minimo fisso e predeterminato (senza invero escludere la possibilità di indicare, sempre in forma variabile, il suddetto minimo nel prodotto della partecipazione minima richiesta da legge per il numero dei soci effettivamente esistente); infine il contenuto dell'atto costitutivo (e dello statuto sociale) inevitabilmente è diverso per le cooperative, in ragione delle peculiarità della loro disciplina (non senza sottolineare che non cambia la sequenza logica delle materie che debbono essere contenute nei richiamati documenti: l'"anagrafica" della società, la sua struttura patrimoniale e finanziaria, la partecipazione, la disciplina del funzionamento degli organi interni dell'ente).

3. Il riferimento va all'art. 2518 c.c., che ha tra l'altro eliminato la distinzione fra cooperativa a responsabilità limitata e a responsabilità illimitata: v. sul tema generale L.F. PAOLUCCI, *Commento sub art. 2518*, in *Comm.*, diretto da Maffei Alberti, cit., 2664; ROCCHI, *Commento sub art. 2518*, in *Soc. Cooperative/Comm.* Marchetti, cit., 89 s., che ricorda come forme di responsabilità ulteriori al conferimento sono tuttora esistenti nel nostro ordinamento in quanto ammesse dal regolamento (Ce) 1435/2003 del consiglio del 22 luglio 2003 relativo allo statuto della società cooperativa europea (SCE).

4. Né pare proponibile l'applicazione della norma che sancisce la responsabilità illimitata pro tempore dell'unico socio che in ipotesi restasse a comporre la compagine cooperativa nell'anno entro il quale comunque o si ricompone il numero minimo dei soci o si scioglie la società: la disposizione dettata per le società lucrative presuppone infatti l'eventualità che la società mantenga per lungo tempo tale assetto unipersonale che è specificamente previsto e disciplinato, e per tale ragione richiede la liberazione integrale del capitale sociale e l'esecuzione della pubblicità presso il registro delle imprese. Nel caso delle cooperative, invece, al di là del fatto che la condizione di "anomala unipersonalità" non potrebbe durare che per un periodo limitato di tempo, si deve piuttosto osservare che, in tale assetto, appare oltremodo problematico gestire e alimentare qualsiasi scambio mutualistico, schiudendosi piuttosto la via dello scioglimento anticipato della società (in argomento v. BONFANTE, *Commento sub art. 2519*, in *Il nuovo diritto societario. Commentario*, diretto da Cottino, Bonfante, Cagnasso e Montalenti, Bologna, 2004, 2419; RACUGNO, *La società cooperativa*, in *Tratt. dir. comm.*, diretto da Buonocore, IV, 9, Torino, 2006, 37 s.).

5. Anteriormente alla riforma v. VERCELLONE, voce «Cooperazione e imprese cooperative», in *Novissimo Dig.*, IV, Torino, 1959, 833; MARTORANO, *Imprese mutualistiche*, in

in passato formalmente idonee a negare categoricamente l'esistenza di un obbligo di versamento dei "tre decimi", sembrano tuttora sussistere anche dopo la riforma del 2003. In particolare, il testo originario dell'art. 2524 c.c. prevedeva, quale specifica causa di esclusione del socio, il mancato pagamento non solo parziale ma anche *totale* delle quote o delle azioni. Da ciò si deduceva che la possibilità di escludere un socio, moroso per l'integrale versamento del conferimento promesso, necessariamente presupponesse l'inesistenza dell'obbligo di eseguire inizialmente una parte del versamento (i tre decimi, all'epoca). Alle stesse conclusioni si giungeva traendo spunto dal precedente testo dell'art. 2521 c.c., ove tra le menzioni da riportare sulle azioni cooperative, non si comprendeva l'ammontare del capitale e quello dei versamenti parziali. I nuovi artt. 2531 e 2525 ultimo comma c.c., nel sostituire rispettivamente gli artt. 2524 e 2521 del testo previgente, riportano una formulazione sostanzialmente analoga: di qui la conclusione, in dottrina tendenzialmente prevalente, che la riforma del 2003 lasci inalterati gli argomenti già utilizzati in passato per riaffermare l'insussistenza di tale obbligo di versamento iniziale.

In verità, come altri ha sostenuto<sup>6</sup>, le norme in questione possono essere interpretate senza negare la sussistenza del suddetto obbligo di

*Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, 1103. Nello stesso senso SCORDINO, *La società cooperativa*, Napoli, 1970, 123; CARBONI, *Le imprese cooperative e le mutue assicuratrici*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, 17, Torino, 1985, 448 ss.; in giurisprudenza, specificamente richiamando, in *obiter*, la disciplina dell'esclusione, v. App. Torino, 7 marzo 1996, in *Giur. it.*, 1997, I, 2, 42; anche App. Firenze, 5 marzo 1953, in *Foro it.*, 1953, I, 836; dopo la riforma del 2003: PINNA, *Commento sub art. 2321*, in *Comm.*, diretto da Maffei Alberti, cit., 2682; v. anche gli Orientamenti del Comitato Triveneto dei Notai in materia di atti societari, Massima A.19. Analoga *ratio* sottenderebbe pure l'art. 2525, c. 5, a norma del quale le azioni emesse da cooperative non indicano l'ammontare del capitale, né quello dei versamenti (v. Trib. Trieste 7.10.1995, in *Società*, 1996, 1969).

6. BUONOCORE, *Diritto della cooperazione*, cit., 193 s.; LA SALA, *La costituzione delle cooperative*, in *Il nuovo diritto societario*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da Abbadessa e Portale, 4, Torino, 2007, IV, 703 ss.; CAVANNA, *Commento sub art. 2521*, in *Comm. Cottino*, 2438 s.; specificamente con riguardo alla disciplina riformata CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 2: *Diritto delle società*, VI ed., a cura di M. Campobasso, Torino, 2006, 591; in generale COSTI, *I profili patrimoniali del nuovo diritto della cooperazione*, *Relazione al Convegno "Il nuovo diritto societario tra società aperte e società private"*, Varese, 20-21.9.2002; RICCARDELLI, *Il procedimento costitutivo*, in *Le cooperative prima e dopo la riforma del diritto societario*, a cura di Marasà, Padova, 2004, 291 ss.; limitando l'obbligo alla posizione dei soci finanziatori PETRELLI, *I profili patrimoniali e finanziari nella riforma delle società cooperative*, in *Studi e materiali in tema di riforma delle società cooperative*, a cura del C.N.N., Milano, 2005, 160; DOLZANI, *La costituzione*, in *La cooperativa - s.r.l. tra legge e autonomia statutaria*, a cura di Cusa, Padova, 2008, 91.

versamento. Esso era tradizionalmente ritenuto inconferente, in relazione allo scarso rilievo in passato riferibile al capitale delle cooperative. Scarso rilievo che invero parrebbe difficilmente postulabile oggi, alla luce della riforma che, sotto vari profili, enfatizza l'importanza del capitale nella struttura organizzativa della cooperativa<sup>7</sup>. Ma in ogni caso, al di fuori dei "coerenti" dubbi sull'estensione alle cooperative della disciplina del socio moroso<sup>8</sup>, devono per il resto ritenersi applicabili in blocco le disposizioni in tema di conferimenti.

Elementi di non compatibilità sussistono anche in relazione alle norme sulla costituzione per pubblica sottoscrizione. A ben vedere, qui più che di vera e propria incompatibilità<sup>9</sup> sarebbe opportuno parlare di *inutilità* del procedimento, non richiamato dalle norme cooperative, in quanto, stante la variabilità del capitale sociale, esso si rivelerebbe sostanzialmente superfluo<sup>10</sup>.

7. Il riferimento va all'aumento della partecipazione minima, alla possibilità di emettere i nuovi strumenti finanziari partecipativi, alla espressa possibilità di aumentare il capitale secondo i modelli delle società a capitale fisso: tutti elementi che dovrebbero portare ad una rivalutazione del ruolo e della funzione del capitale secondo i parametri propri delle società di capitali, e quindi indurre alla pur problematica conclusione favorevole all'estensione alle cooperative dell'obbligo del versamento del 25 per cento in sede di sottoscrizione del capitale.

8. L'inapplicabilità dell'art. 2344 c.c. va inoltre apprezzata alla luce del fatto che in abito cooperativo esiste una specifica norma, l'art. 2531, dettata per il mancato pagamento delle quote.

9. Come vorrebbe l'interpretazione tradizionale: v. T.A.R. Lazio, 7 maggio 1997, in T.A.R., 1997, I, 1550; SCORDINO, *La società cooperativa*, cit., 118; CARBONI, *Le imprese cooperative e le mutue assicuratrici*, in *Tratt. Rescigno*, cit., 435; BUONOCORE, *Diritto della cooperazione*, cit., 162.

10. In proposito si è osservato che, trattandosi comunque di un istituto-fantasma del nostro ordinamento, vista la sua pressoché completa assenza di utilizzazione pratica, meglio avrebbe fatto il legislatore della riforma a cogliere l'occasione per il suo definitivo abbandono, esteso a tutte le società personificate. Non senza il rilievo che – quasi paradossalmente – una delle più recenti occasioni in cui la giurisprudenza si è interessata all'istituto della procedura per pubblica sottoscrizione, che evidentemente aveva ricevuto concreta applicazione, è stata propria in corrispondenza della genesi di una cooperativa operante nel settore bancario, precisamente una banca di credito cooperativo: e in effetti l'opportunità di far ricorso alla procedura in esame per la costituzione di tali società deriva dal fatto che la legislazione di settore richiede un capitale iniziale consistente e contestualmente prevede rilevanti limiti, appunto di matrice mutualistica, all'entità delle partecipazioni che possono essere sottoscritte. Ne consegue la necessità di coinvolgere nella fase costitutiva un numero cospicuo di soci fondatori – che nella specie erano stati raccolti e organizzati *sub specie* degli art. 2333 e seguenti c.c.: v. Trib. Fermo 26 gennaio 2006 (ordinanza), in *Giur. Comm.*, 2008, II, 142 ss., con nota di FERNANDEZ, *La soggettività giuridica della società di*

Quanto ai patti parasociali, la disciplina degli art. 2341 *bis* e 2341 *ter* c.c. pare in linea di principio applicabile alle cooperative, almeno sul piano procedimentale. Qualche distinzione risulta piuttosto necessaria in funzione dei contenuti del patto: ad esempio, si può sostenere che il voto *pro capite* valga a stabilizzare gli assetti proprietari prima e meglio di qualsiasi patto stipulato a tal fine, al punto da apparire a questo punto superfluo. Al contrario, ha un suo ambito di applicazione anche in ambito mutualistico l'accordo avente ad oggetto il diritto di voto, finalizzato a stabilizzare il *governo* societario (si pensi a patti destinati a incidere sulla composizione e l'attività degli organi di amministrazione e controllo, o anche sul funzionamento dell'assemblea). Sull'argomento vale la considerazione che l'effetto "leva" implicito nel patto a maggioranza è stato dapprima legittimato dalla giurisprudenza sul presupposto che il patto medesimo debba avere una durata limitata nel tempo (al massimo cinque anni) e dunque non perduri a tempo indeterminato; tale soluzione come noto è stata poi fatta propria dal legislatore della riforma. Resta il fatto che il patto maggioritario finirebbe a questo modo per introdurre e avallare una significativa compressione al principio democratico, che invece dovrebbe caratterizzare le dinamiche decisionali delle assemblee cooperative: qui, infatti, la deroga investirebbe non già una regola generale residualmente applicabile e quindi disponibile col consenso degli interessati, bensì un elemento identitario della fattispecie.

Particolare rilievo e interesse possono assumere, anche sul piano applicativo, i patti di blocco, una volta che si estende alle cooperative l'ampio diritto di recesso previsto dagli artt. 2347 e 2473 c.c. Appaiono invece non compatibili i patti di cui alla lettera c) dell'art. 2341 *bis* c.c., aventi ad oggetto l'esercizio anche congiunto di un'influenza dominante: da un lato in ragione del voto per testa che inibisce il controllo anche parziale dell'assemblea, dall'altro perché il gruppo cooperativo risulta oggetto di specifica disciplina e non sembra lasciare autonomo spazio a un diverso controllo contrattuale di natura parasociale<sup>11</sup>.

*capitali non iscritta nella costituzione per pubblica sottoscrizione* (il quale peraltro, nel suo lungo e articolato commento, non affronta il tema qui considerato, evidentemente dando per scontato che una banca cooperativa, come qualunque società per azioni, possa attivare la procedura per pubblica sottoscrizione).

11. Sull'argomento v. SANTORO, *Patti parasociali, cooperative e banche popolari*, in *Studi in onore di A. Pavone La Rosa*, Milano, 1999, 1231 ss.; RACUGNO, *La società cooperativa*, cit., 54; BONFANTE, *La società cooperativa*, in *Tratt. dir. comm.*, diretto da Cottino, V, 3, Padova, 2014, 127; sul nesso tra la gerarchia del gruppo e la struttura paritetica della specie

## 1.1 *L'esame dei collegamenti nel CTS: la fase costitutiva*

Vari sono gli elementi della disciplina costitutiva degli enti del Terzo settore che rimandano alle disposizioni e ai modelli del diritto societario: basta esaminare le disposizioni contenute nell'art. 22 CTS. Tale norma introduce, infatti, un procedimento costitutivo "simultaneo", il quale porta al conseguimento della personalità giuridica, connesso alla venuta ad esistenza dell'ente, per effetto di un meccanismo che si articola in tre passaggi:

- a) in primo luogo, la stipula di un contratto plurilaterale con comunione di scopo per l'associazione, ovvero di un atto istitutivo (di regola unilaterale) per la fondazione,
- b) al quale segue una verifica svolta dal notaio che ha ricevuto l'atto e dispone l'iscrizione "sussistendone i presupposti",
- c) infine, l'esecuzione della formalità pubblicitaria, vale a dire l'iscrizione dell'atto nel registro unico nazionale del terzo settore.

Le assonanze con la fase genetica delle società personificate sono notevoli: sostanzialmente identica è la sequenza procedimentale stipula dell'atto – controllo – iscrizione costitutiva<sup>12</sup>. Il controllo svolto dal pubblico ufficiale appare nella sostanza simmetrico a quello previsto per le società, in quanto volto a riscontrare la sussistenza di una serie di elementi contenutistici oggettivi e formali della fattispecie, unitamente alla verifica dell'esistenza del patrimonio minimo (come noto dallo stesso art. 22 CTS fissato in 15.000 euro per le associazioni e 30.000 euro per le fondazioni).

Non mancano le differenze rispetto alla disciplina societaria che funge da modello ispiratore: la vicenda costitutiva dell'associazione e della fondazione del terzo settore s'inquadra in un procedimento a sostanza amministrativistica e non giurisdizionale, come dimostra il fatto che le verifiche residuali, che seguono le vicende dei medesimi enti del terzo settore sono riservate alla competenza del Tribunale Amministrativo Regionale e non del Tribunale ordinario. Alla base di tale scelta resta la

cooperativa, v. PRESTI - VELLA - MARINO - STEFANINI - OLIVIERI - COFFARI - LEVORATO, nella *Tavola rotonda*, in AGE, 2/2008, 488 ss.

12. Sul meccanismo procedimentale in oggetto v. *ex multis* DONATIVI, *La riforma sull'omologazione: profili istruttori e procedurali*, in Riv. soc., 2001, 1044 ss.; RICCARDELLI (a cura di), *Il controllo sugli atti societari e la legge n. 340/2000*, Torino, 2002; PACIELLO (a cura di), *Il controllo notarile sugli atti societari*, Milano, 2001; FORTUNATO, *Dall'omologazione alla verifica notarile*, in Giur. comm., 2001, I, 539 ss.; REVIGLIONE, *Il controllo di iscrivibilità sugli atti societari: profili sostanziali e procedurali*, in Riv. soc., 2001, 1443 ss.

considerazione che la creazione di enti collettivi muniti o non muniti di personalità giuridica, i quali non operino sul mercato come privati imprenditori, esprime una peculiare eccezione alla regola della responsabilità individuale che merita di essere “controllata” da organi statuali, a sottolineare che la verifica favorevole alla creazione dell’ente investe di regola profili attinenti l’opportunità dell’iniziativa e la rispondenza a determinati interessi di natura pubblicistica.

Qui si può in effetti apprezzare l’approccio innovativo del Codice del Terzo settore, che su tre profili centrali, quali le finalità perseguite dall’ETS, il suo conseguente ambito di attività e quindi la relativa dotazione patrimoniale minima, risolve, *a priori e testualmente*, con una regolamentazione analitica e tassativa, il problema della verifica della sussistenza dei presupposti per la creazione dell’ente medesimo. Ciò si rende possibile perché, al contrario delle associazioni e fondazioni “di diritto comune”, altrettanto analitica e puntuale è l’enunciazione, all’art. 4 del CTS, delle finalità di interesse generale che debbono assistere la genesi dell’ETS che ne predeterminano la possibilità e la liceità<sup>13</sup>, le indicazioni circa il contenuto concreto dell’attività (artt. 5 e 6)<sup>14</sup> e della dotazione patrimoniale iniziale (art. 22). L’enunciazione dello scopo-mezzo e dell’entità minima del patrimonio possono dunque essere letti come una esplicitazione dell’adeguatezza operativa dell’ente al perseguimento degli scopi in tal modo predeterminati<sup>15</sup>.

Solo sul presupposto dell’introduzione di questi parametri di riferimento, il controllo notarile di conformità al modello codificato di associazione e fondazione del terzo settore<sup>16</sup> riesce a ricalcare le dinamiche

13. Ciò in effetti è richiesto dall’art. 1 comma 3 del d.P.R. 361/2000, non tanto la meritevolezza dello scopo stesso – v. sul punto CEOLIN, *Codice del Terzo settore a norma dell’art. 1 comma 2 lettera b) della legge 6 giugno 2016, n. 106*, in *Comm. cod. civ. e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di De Nova, cit., 157 s. Per effetto della espressa indicazione del CTS, pertanto, la verifica in oggetto non appare più necessaria.

14. Sul piano dell’individuazione dell’oggetto dell’attività, la scelta in effetti appare del tutto vincolata dall’elenco sostanzialmente tassativo fornito dall’art. 5 del CTS e altrettanto chiuso è l’ambito delle attività c.d. “diverse”, secondarie e strumentali alle attività istituzionali, di cui all’art. 6 dello stesso testo di codificazione: sotto questo profilo il margine di discrezionalità appare assai ridotto.

15. MARASÀ, *Appunti sui requisiti di qualificazione degli enti del terzo settore: attività, finalità, forme organizzative e pubblicità*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, 671 ss.

16. Riguardante la corretta denominazione, l’enunciazione dell’assenza di scopo di lucro, della sede, l’ordinamento, l’amministrazione, la rappresentanza dell’ente, i diritti e gli obblighi degli associati (ed eventualmente dei partecipanti nelle fondazioni di partecipazione), i requisiti di ammissione dei nuovi associati e la procedura che non deve seguire criteri di

esteriori dell'omologa societaria, secondo un meccanismo di controllo della rispondenza a un determinato *corpus* normativo del testo, iniziale o successivamente modificato, dell'atto costitutivo e dello statuto integrato<sup>17</sup>. Controllo beninteso che è svolto non in astratto, bensì secondo la concreta attuazione della fattispecie statutaria, un controllo quindi che resta di legittimità e non attiene al merito, ma è riferito all'effettiva formalizzazione delle clausole specificamente adottate, che dovranno rispondere al modello legale in funzione della disamina del concreto loro coordinamento.

Al sistema "concessorio" di verifica, sostanzialmente discrezionale e demandato all'autorità amministrativa, che è tipizzato dal Codice Civile e dal d.P.R. 10 febbraio 2000, n. 361 per il conseguimento della personalità giuridica da parte delle associazioni e fondazioni "ordinarie", si sostituisce<sup>18</sup> dunque il controllo notarile c.d. normativo degli ETS, come detto già concepito e sperimentato per le società personificate<sup>19</sup>: controllo de-

scolta discriminatori, la nomina dei soggetti che ricoprono le cariche all'interno dell'ente, le norme sulla devoluzione del patrimonio dell'ente; in tema v. RIVETTI, *La costituzione e gli adeguamenti statutari*, in *Gli enti del Terzo settore e il nuovo Registro unico*, cit., 73 s. 17. LOFFREDO, *Gli enti del terzo settore*, cit., 120; RICCARDELLI, *Gli adeguamenti statutari degli enti del terzo settore*, in *Terzo settore, non profit e cooperative*, 2018/1, 16; ARINCI, *Disposizioni generali, costituzione, ordinamento e amministrazione delle associazioni e fondazioni del terzo settore*, in *Il codice del Terzo settore*, a cura di Donati e Sanchini, Milano, 2019, 136.

18. Quale unica alternativa percorribile per l'iscrizione al RUNTS, secondo ATLANTE - SEPIO - SIRONI, *Atto costitutivo e statuto, nuovo sistema per il riconoscimento della personalità giuridica e pubblicità degli enti del Terzo settore*, Studio del Consiglio Nazionale del Notariato n. 104-2020, par. 1. Tale controllo non richiede che il notaio, all'atto della iscrizione motivi in merito alla sussistenza dei presupposti di legge: la richiesta di iscrizione vale infatti a esprimere che il controllo è stato positivamente eseguito (Massima n. 14 in tema di ETS elaborata dal Consiglio Notarile di Milano, pubblicata il 15 marzo 2023). Sul controllo propedeutico all'iscrizione nel RUNTS, v. inoltre CATALANO, *Il registro Unico Nazionale e il riconoscimento della personalità giuridica degli enti del terzo settore*, in D. DI SABATO - NOCERINO, *Il terzo settore. Profili critici della riforma*, Napoli, 2019, 49; RANUCCI, *La pubblicità degli enti del terzo settore: il registro unico nazionale (e parallelismi inevitabili con il registro delle imprese)*, in *Foro it.*, 2018, V, 394.

19. Il superamento dell'omologa del Tribunale dedicata agli atti costitutivi e modificativi delle società di capitali e cooperative si realizza per la prima volta con la legge 16 novembre 2000, n. 340, che all'art. 32 introduce la "semplificazione" del procedimento costitutivo e modificativo delle società di capitali, consistente nella devoluzione del controllo di legittimità sostanziale, propedeutico all'iscrizione al registro delle imprese (attuato pochi anni prima) al notaio che aveva ricevuto l'atto relativo, in luogo che al Tribunale in sede di omologa. Si tratta di una modifica "annunciata" in espressa attesa della riforma organica del diritto societario, conforme alla soluzione comunitaria che ritiene tra loro alternativi il controllo notarile e quello dell'autorità giudiziaria o amministrativo (in effetti fino al 2000



stinato ad aver luogo non solo in sede costitutiva, ma anche in seguito, in occasione delle eventuali susseguenti modificazioni dell'atto costitutivo. Se vogliamo, anzi, il margine di valutazione riservato al notaio è qui fin più ristretto, rispetto alla verifica in materia societaria: se infatti in entrambi i casi lo scopo finale per il quale è costituito l'ente è prefissato dalla legge<sup>20</sup>, l'oggetto sociale delle società non è predeterminato nel contenuto, posto che l'attività di impresa non è tipizzata in un elenco e pertanto il notaio dovrà comunque verificare che esteriormente essa posseda i caratteri fissati dall'art. 2082 c.c. Al contrario, la disamina dell'attività che l'ETS concretamente si ripromette di esercitare evita al notaio le incertezze dell'atipico, in quanto l'art. 5 fornisce una elencazione tassativa per espressa indicazione di legge, onde il compito del controllore si riduce alla verifica della riconducibilità delle attività indicate al medesimo elenco.

Non è agevole trovare nel Terzo settore una sistemazione per accordi di natura esterna alle associazioni o alle fondazioni, in qualche modo riconducibili ai patti parasociali del diritto societario. Si può pensare a forme organizzative atte a organizzare l'attività di una pluralità di enti, che esprimano un vincolo di coordinamento più forte di quello proprio delle reti. Una forma di collegamento ad assetto per definizione variabile potrebbe immaginarsi attraverso l'utilizzo di una fondazione di partecipazione quale strumento di raccordo per l'attività di una pluralità di associazioni partecipanti, tutte in ipotesi operanti in un dato ambito di attività, le quali potrebbero partecipare all'assemblea della prima. In questo caso l'accordo si risolverebbe nelle regole di funzionamento dell'assemblea della

il nostro ordinamento prevedeva entrambe le verifiche). Sul tema v. ancora i contributi raccolti nel volume *Il controllo notarile sugli atti societari*, a cura di Paciello, Milano, 2001; e inoltre MONTALENTI, *La riforma delle omologazioni: una postilla*, in *Società*, 2000, 1417 ss.; REVIGLIONE, *Il controllo di iscrivibilità sugli atti societari: profili sostanziali e procedurali*, in *Riv. soc.*, 2001, 1443 ss.; DONATIVI, *La riforma dell'omologazione: profili istruttori e procedurali*, cit., 1044 ss.; G. FERRI jr., *Profili di responsabilità notarile*, *ibidem*, 1422 ss.; PAVONE LA ROSA, *Il controllo degli atti societari per l'iscrizione nel Registro delle imprese*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, II, 181 ss.; ALBANESE, *La verifica notarile di legalità sulle società: primi problemi interpretativi*, in *Contr. Impr.*, 2001, 791 ss. La soluzione della legge 340 venne poi confermata e compiutamente sistemata di lì a poco, con la riforma organica del d. lgs n. 6/2003: ANGELICI, *Note in tema di procedimento assembleare*, in *Riv. not.*, 2005, 705 ss.; IBBA, *Il sistema della pubblicità d'impresa oggi*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 587; MARASÀ, *Prime note sulle modifiche dell'atto costitutivo della s.p.a. nella riforma*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 135; PETRAZZINI, *Commento sub art. 2436*, in *Comm. Cottino*, cit., 1381 ss.

20. Si tratta ovviamente del fine di lucro per le società personificate ovvero della finalità mutualistica per le cooperative, ovvero del perseguimento degli obiettivi di interesse generale dell'art. 4 CTS.

stessa fondazione cui parteciperebbero gli enti associativi. La peculiarità della soluzione è che, per costruire un accordo atipico, si utilizzerebbe un modello organizzativo tipico, ma avente struttura atipica, e in ogni caso munito di autonoma soggettività e personalità giuridica.

Qui verosimilmente la fondazione potrebbe anche svolgere funzione di coordinamento della comune iniziativa assunta dalle partecipanti, meno pregnante di quella di una *holding* societaria perché mancherebbe il tratto essenziale del gruppo verticale, cioè il vincolo di controllo<sup>21</sup>, ma certo significativa di una importante ed espressa comunione di intenti. Sempre che quel medesimo vincolo giuridico non sia ricreato artificialmente in forma negoziale, sacrificando però il carattere democratico dell'organizzazione delle associazioni coinvolte, magari a detrimento di determinate agevolazioni di varia natura – le quali potrebbero essere invece riconosciute se venisse comunque soddisfatto il carattere della democraticità.

Resta il fatto che, ove tale relazione gerarchica sia efficacemente costruita in via contrattuale<sup>22</sup>, si tratterà di verificare i concreti margini di applicabilità al caso di specie di una autonoma responsabilità dell'ente capofila, in controluce alla disciplina della responsabilità per direzione e coordinamento prevista per il gruppo societario, valutandosi comparativamente vantaggi e svantaggi operativi che lo stesso vincolo gerarchico potrebbe garantire o imporre agli enti partecipi. Posto che il tema appare assai articolato e certo meriterebbe autonomo approfondimento, sembra che un possibile suo inquadramento potrebbe partire dalla preliminare considerazione se la disciplina societaria da ultimo evocata sia destinata a operare esclusivamente in riferimento allo svolgimento di un'attività imprenditoriale svolta da società, ovvero se la stessa – come appare sostenibile – non esprima piuttosto principi generali riferibili a ogni gruppo di enti quale che sia la loro natura causale e la loro concreta attività, in ragione dell'esecuzione del contratto secondo correttezza e buona fede. Laddove resterebbe da vagliare la possibile estensione alle dinamiche del funzionamento integrato di altre collettività organizzate che non siano di matrice imprenditoriale: e la risposta sarebbe positiva se si ritenesse di abbracciare la seconda prospettiva richiamata.

21. Si può sottolineare come qui, icasticamente, le associazioni siano “partecipanti” all'ente di riferimento, ma non “partecipate” da una capogruppo.

22. O magari accertato giudizialmente, laddove sia data ai terzi una fraudolenta parvenza di totale autonomia.

## 2. *Partecipazione e struttura aperta delle cooperative, partendo dalla disciplina lucrativa*

Tornando alle cooperative sempre allo scopo di individuare regole che ritornando nella fattispecie degli ETS, ancora più interessante appare la disamina delle disposizioni riguardanti la partecipazione azionaria e gli strumenti finanziari.

L'art. 2525 c.c. richiama espressamente gli artt. 2346, 2347, 2348, 2349, 2354 e 2355 c.c. e li considera applicabili alla cooperativa, sempre in quanto compatibili con i principi generali. Il che impone una verifica della loro adattabilità alla disciplina mutualistica<sup>23</sup>, esattamente come per le altre norme oggetto di richiamo generico *ex art.* 2519 c.c.

Con riguardo agli artt. 2354 e 2355 c.c., ad esempio, si esclude che i titoli da assegnare ai soci cooperatori possano essere al portatore, alla luce del carattere personale della partecipazione cooperativa, che vincola il socio al possesso di specifici requisiti soggettivi. Sempre tale carattere personale esclude che il trasferimento della partecipazione possa avvenire con una semplice girata autenticata (art. 2355, comma 3 c.c.), dovendo trovare applicazione il meccanismo del gradimento *ex lege* previsto dall'art. 2530 c.c. Quest'ultima norma, tra l'altro, rende assai dubbia l'applicabilità dell'art. 2355 *bis* c.c. in tema di limiti alla circolazione, in materia cooperativa tutti sostanzialmente assorbiti e superati dal medesimo gradimento legale. Si potrebbe sostenere che un qualche margine di rilevanza dei vincoli statuari di prelazione, di trascinarsi o di accodamento nella circolazione delle partecipazioni potrebbe residuare *a valle* del *placet*. Con riguardo alla prelazione, ad esempio, varrebbe il rilievo che dopo aver acquisito il gradimento dell'organo amministrativo, il terzo aspirante socio potrebbe vedersi chiudere la porta dagli altri soci che decidessero di avvalersi della preferenza. Si realizzerebbe cioè uno sbarramento di secondo livello, legato alla successiva considerazione difensiva dei soci. Solo che una tale eventualità sarebbe ulteriormente complicata per il fatto che, alla dichiarazione di acquisto prelazionario di ciascun socio interessato, dovrebbe far riscontro l'espressione di un nuovo gradimento degli amministratori, diversificato per la posizione di ogni dichiarante. Lo stesso si può dire con riguardo al *drag along* e al *tag along*. Al di là del rilievo che le ragioni economiche e imprenditoriali, le quali ordinariamente giustificano l'introduzione di questi ultimi vincoli alla circolazione delle

23. BARTALENA, *Commento sub art. 2519*, in *Soc. Cooperative/Comm. Marchetti*, cit., 92 ss.; BONFANTE, *La nuova società cooperativa*, Bologna, 2010, 119.

partecipazioni, difficilmente possono replicarsi nelle vicende partecipative di una cooperativa.

Occorre invero aggiungere che tutte queste disposizioni potrebbero trovare autonomo spazio nel caso dell'emissione di strumenti finanziari, per i quali non si pongono le menzionate problematiche connesse alla personalità e al carattere mutualistico della partecipazione. Con la rilevante differenza che, mentre l'art. 2346, comma 4 c.c., prefigura strumenti finanziari forniti di diritti patrimoniali o amministrativi, cui però è precluso il diritto di voto nell'assemblea *generale* dei soci, l'art. 2526 c.c. invece riconosce tale diritto di voto agli strumenti finanziari partecipativi delle cooperative<sup>24</sup>. Il sistema che emerge dalla lettura integrata degli artt. 2525, 2526 e 2346 c.c. legittima dunque le cooperative ad emettere sia strumenti finanziari forniti di soli diritti patrimoniali, sia strumenti finanziari dotati di diritti amministrativi con esclusione del voto nell'assemblea generale dei soci, ma anche strumenti finanziari partecipativi *muniti di quest'ultimo diritto*<sup>25</sup>.

Alle cooperative risulta pure estensibile l'applicazione dell'art. 2349 c.c. in tema di azioni e strumenti finanziari a favore di prestatori di lavoro: si tratta di una norma, espressamente richiamata dall'art. 2525 c.c., che secondo parte della dottrina potrebbe trovare una peculiare collocazione in relazione alla figura dei c.d. soci "in prova", prevista dall'art. 2527, comma 3 c.c., vale a dire quella categoria di soci che restano in attesa, per un periodo massimo di cinque anni, di essere ammessi come soci a pieno titolo. In tal senso, a questi soci dipendenti potrebbero essere dedicate specifiche emissioni di azioni, attributive dello *status* legittimamente differenziato di regola previsto, poi destinate a convertirsi in azioni ordinarie a condizione del positivo superamento del periodo di prova<sup>26</sup>.

24. Pur contingentandone il peso specifico al terzo del totale dei voti espressi in assemblea: v. sul punto CUSA, *Il socio finanziatore nelle cooperative*, Milano, 2006, 297; M. RESCIGNO, *Strumenti finanziari emessi da società cooperative*, in *Liber amicorum G.F. Campobasso*, 4, cit., 933 ss.; SANGIOVANNI, *Il diritto di voto plurimo nella cooperativa tedesca. Cenni di comparazione con la riforma italiana*, in *Società*, 2005, 256 ss.

25. Sul punto v. CUSA, *Il socio finanziatore nelle cooperative*, cit., 29; BONFANTE, *La nuova società cooperativa*, cit., 195 ss., distinguendo a seconda che la cooperativa emittente adotti il modello azionario o quella della s.r.l.

26. Ovvero tali da assegnare ai soci in prova il diritto di sottoscrivere una partecipazione ordinaria, sempre subordinatamente al verificarsi della condizione. Sulla figura del c.d. socio in prova, sul trattamento diverso che allo stesso lo statuto può riservare in funzione del completamento della sua formazione o della verifica della sussistenza delle condizioni idonee ad assicurare che il suo inserimento nella compagine sociale non alteri le condizioni di svolgimento dello scambio mutualistico che coinvolge gli altri soci, v. CAVANNA, *Appunti*

Le considerazioni da ultimo svolte rendono opportuno ampliare il campo di indagine alla più generale tematica della possibilità di riferire alle cooperative l'intera disciplina delle azioni (o quote) di categoria. Si tratta di un punto discusso anche prima della riforma del 2003, ma che la stessa riforma ulteriormente enfatizza. Così si reputano pacificamente ammissibili categorie di azioni distinte in funzione della prestazione mutualistica offerta, come potrebbe avvenire nel caso di cooperative miste o polisetoriali. Decisamente più problematiche appaiono invece le articolazioni dei diritti dei soci: così, ad esempio, si ritiene inammissibile la creazione di categorie di azioni cooperative nell'ambito di un'unica prestazione mutualistica, perché riferite a una diversa entità della prestazione stessa. Ciò finirebbe infatti per confliggere con la regola della parità di trattamento dei soci che deve essere obbligatoriamente osservata e garantita (art. 2516 c.c.). Allo stesso modo risulta assai dubbia la legittimità dell'emissione di azioni cooperative di categoria che si caratterizzino per un diverso trattamento patrimoniale con riguardo ai dividendi (o alla quota di liquidazione per le cooperative a mutualità non prevalente), che nelle società lucrative per lo più si accompagna al contrappeso della limitazione (se non addirittura l'esclusione) del diritto di voto: il principio democratico, infatti, rende di fatto impercorribile la creazione di una categoria di soci operatori a voto limitato, interessati alla prestazione mutualistica<sup>27</sup>. Allo stesso modo appare non estensibile alla disciplina delle partecipazioni dei soci operatori l'art. 2351 c.c., che ammette un'estesa modulabilità del diritto di voto, soluzione confliggente in via diretta con la regola del voto per teste.

Si deve tuttavia avvertire che il tema della apertura della società all'ingresso di nuove partecipazioni si configura in modo del tutto peculiare nel caso della cooperativa. Questa società è munita di un capitale variabile e può consentire l'accesso a nuovi soci attraverso l'emissione di nuove quote o azioni, che però non integra una modifica statutaria e viene decisa dagli amministratori. Mentre le politiche di ingresso in una società lucrativa dipendono anzitutto dal sotto-tipo normativo di riferimento, onde le eventuali compressioni della libertà di circolazione di azioni e quote

*sulla nuova disciplina del socio in prova di società cooperativa*, in *Giur. comm.*, 2007, I, 208; D'IMPERIO, *La disciplina del socio in prova*, in *Cooperative e enti non profit*, 2018, f. 7, 27 ss.; in giurisprudenza, si vicenda anteriore alla riforma, Trib. Milano, 27 dicembre 2005, in *Società*, 2006, 1511, con nota di BONFANTE, *Patto di prova nel rapporto di lavoro ed esclusione da cooperativa*.

27. BONFANTE, *La nuova società cooperativa*, cit., 120; BIONE, *Le categorie speciali di azioni nelle società cooperative*, in *Studi in onore di Gastone Cottino*, I, Padova, 1997, 43.

(rappresentate dalle clausole cui si accennava poc' anzi) sono ammesse unicamente per le s.p.a. chiuse e le s.r.l., le coordinate mutano radicalmente nel caso delle società cooperative. Qui la disciplina dell'accesso passa per l'art. 2528 c.c., che canonizza il principio della "porta aperta" esaltando la specificità della cooperativa rispetto alle altre forme di impresa collettiva<sup>28</sup>.

In tal senso, se una cooperativa vuole essere pienamente aderente ai principi propugnati dall'Alleanza Cooperativa Internazionale non deve limitarsi a distribuire ai propri soci prevalentemente vantaggi mutualistici piuttosto che dividendi, ma occorre altresì che soddisfi tali bisogni avvenga su un piano di uguaglianza e democrazia e sia disponibile, compatibilmente con le proprie possibilità operative, ad estendere i vantaggi mutualistici anche a coloro che si trovano nella medesima situazione di bisogno ovvero siano in possesso dei requisiti soggettivi di partecipazione<sup>29</sup>. Il principio in esame presuppone che le ragioni del terzo a essere ammesso nella compagine cooperativa si inseriscano in un quadro che istituzionalizza il vantaggio del socio. Quando cade questo presupposto e così il servizio è offerto *alle medesime condizioni a soci e terzi, la porta aperta perde valore come espressione di solidarietà*<sup>30</sup>. Ad integrare la fattispecie, l'accesso è consentito unicamente all'aspirante socio che sia munito dei requisiti soggettivi indicati nello statuto<sup>31</sup>: solo se questo soggetto sarà in grado di alimentare lo scambio mutualistico, infatti, la sua attività potrà portare vantaggio alla stessa cooperativa e giustificare da un lato l'ingresso nella compagine sociale, dall'altro l'attribuzione del corrispondente ristorno.

Le differenze rispetto alla disciplina delle società di capitali non si risolvono semplicemente nell'assenza, in ambito cooperativo, del meccanismo del diritto di opzione ordinariamente sacrificabile nei casi tassativamente ammessi da legge per una s.p.a. o una s.r.l. Ovviamente non

28. TONELLI, *Commento sub art. 2528*, in *La riforma delle società*, a cura di Sandulli e Santoro, cit., 100; DI CECCO, *La governance delle società cooperative: l'assemblea*, in *La riforma delle società cooperative*, a cura di Genco, Milano, 2003, 156.

29. In questo senso il principio della porta aperta non va confuso con quello della "bottega aperta", che storicamente ha voluto semplicemente significare la possibilità per i non soci di utilizzare, non a condizioni di favore, i servizi cooperativi: BONFANTE, *Commento sub art. 2528*, in *Comm. Cottino*, III, Bologna, 2004, 2501.

30. V. ancora BONFANTE, *Commento sub art. 2528*, in *Comm. Cottino*, III, cit., 2501, che richiama il caso delle banche popolari, la cui disciplina non prevede alcun vantaggio mutualistico al socio e in cui le forme di tutela all'ingresso in cooperativa previste dal t.u.b. valgono essenzialmente a garantire la libera circolabilità delle azioni.

31. Ad esempio, in una cantina sociale si potrebbe prevedere che possano entrare unicamente coloro che possano eseguire conferimenti di determinate uve direttamente coltivate.

può trovare spazio, in sede d'ammissione di nuovi soci interessati allo scambio mutualistico, alcuna regola "conservatrice" dello *status quo ante* partecipativo assimilabile all'opzione, che appare del tutto svuotata di significato dai meccanismi tipicamente mutualistici del voto *pro capite*, dell'assegnazione di ristorni parametrata alla qualità e quantità dello scambio mutualistico e non al conferimento a capitale e, nel caso delle cooperative agevolate, della cristallizzazione delle riserve<sup>32</sup>. Ma il principio della porta aperta non si traduce meccanicamente nel riconoscimento di una indiscriminata libertà di ingresso ai soggetti interessati e che siano in possesso dei requisiti mutualistici. L'interrogativo che anzi appassiona gli interpreti è da sempre quello attinente alla definizione delle regole di apertura della famosa porta, o più specificamente delle condizioni che ne possano giustificare la chiusura.

Un primo profilo generalmente condiviso è che l'aspirante socio non vanta alcun diritto soggettivo ad entrare in cooperativa<sup>33</sup>: è infatti necessario tenere nel debito conto le condizioni economiche della società e la sua capacità di estendere a terzi i suoi servizi. In termini più sfumati, l'art. 2528 c.c. afferma che l'atto costitutivo deve stabilire requisiti e procedura d'ammissione che siano non "discriminatori" e "coerenti" con il perseguimento dello scopo mutualistico e lo svolgimento dell'attività economica. Tali enunciazioni di principio si risolvono e chiarificano dunque sul piano interpretativo: tra l'interesse del terzo ad aderire al contratto, e quello delle parti preesistenti del contratto medesimo, si ritiene giustamente preferibile il secondo, che consente di continuare in modo utile l'attività dell'ente collettivo. All'interprete il compito (non necessariamente agevole) di tracciare i concreti confini della non discriminatorietà e della coerenza.

32. Ciò coerentemente con una lettura che tende a valorizzare l'aspetto funzionale alla gestione di servizio della struttura aperta, in una prospettiva democratica e solidaristica di istituzionalizzazione del gruppo sociale: v. sul punto VERRUCOLI, voce *Cooperative (imprese)*, in *Enc. Dir.*, 1962, 551. Si deve dar conto della diversa tesi che costruisce il principio della porta aperta non tanto sul piano funzionale e solidaristico, quanto piuttosto come conseguenza eminentemente *strutturale* della libera variabilità del capitale sociale e del numero dei soci: v. G. FERRI, *Le società*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1987, 723.

33. OPPO, *L'essenza della cooperativa e gli studi recenti*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, 381; BONFANTE, *La legislazione cooperativa*, Milano, 1984; GRISOLI, *Un diritto del socio all'ingresso in una cooperativa?*, in *Riv. dir. comm.*, 1958, 301; VERRUCOLI, voce *Cooperative (imprese)*, cit., 577; SCORDINO, *La società cooperativa*, cit., 192; PELLIZZI, *La ricorrente morfologia della porta aperta*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 321; di diverso avviso invece DI FRANCIA, *L'impresa mutualistica e le strutture associative fra diritto e realtà*, in *Dir. fall.*, 1976, I, 167, per l'esistenza di un diritto soggettivo all'ammissione.

Un secondo profilo riguarda le reazioni che l'ordinamento attiva a fronte dell'immotivato rifiuto d'accesso espresso dalla cooperativa. Sino alla riforma del diritto societario del 2003 il diritto positivo non forniva una generalizzata ed esplicita indicazione sul punto: viene in evidenza l'art. 3, r.d. 12 dicembre 1911, n. 278, che in tema di cooperative ammesse ai pubblici appalti, prevede una tutela indiretta del principio, consistente nella verifica da parte dell'autorità di vigilanza se, sulla base dello sviluppo della cooperativa, sussista l'intento non giustificato di non ammettere nuovi soci. La sanzione comminata è non già l'obbligo d'ammissione coattivo, ma la radiazione dall'albo delle cooperative ammesse ai pubblici appalti<sup>34</sup>. In buona sostanza, così configurata la tutela del principio passa esclusivamente per l'obbligo di motivazione del provvedimento di diniego e ove la motivazione non sia ritenuta convincente in ragione delle strutture imprenditoriali della cooperativa, si ipotizza un intervento sanzionatorio della autorità di controllo, destinato a inibire l'esercizio dell'attività.

Il testo dell'art. 2528 c.c., novellato nel 2003, conferma che la domanda dell'aspirante socio vale proposta, cui segue l'accettazione o il diniego da parte del Consiglio di amministrazione: si tratta di una competenza non delegabile al singolo consigliere o al comitato esecutivo, ai sensi dell'art. 2544, 1° comma c.c. Si precisa che la delibera di ammissione deve essere formalmente annotata nel libro soci a cura degli amministratori, i quali a loro volta la debbono comunicare all'interessato, e in caso di diniego sussiste l'obbligo di motivazione.

Il socio può richiedere che sulla decisione degli amministratori si pronunci l'assemblea. In ogni caso, gli amministratori sono tenuti a descrivere nella relazione al bilancio la politica che hanno seguito in tema di porta aperta, così come devono fare con riguardo al perseguimento dello scopo mutualistico (art. 2545 c.c.). Va inoltre segnalato come ai sensi dell'art. 2545 *sexiesdecies* c.c. l'autorità di vigilanza possa intervenire con sanzioni, che vanno dalla diffida alla gestione commissariale qualora vengano rilevate irregolarità nelle procedure di ammissione dei nuovi soci.

Appare evidente che le singole novità apportate dalla riforma del 2003 si inseriscono nel solco della disciplina previgente senza stravolgerla. Neppure costituisce una soluzione inedita l'attribuzione all'assemblea

34. Vale il rilievo che sino al 2003, le forme di salvaguardia dell'ammissione dell'aspirante socio appaiono sostanzialmente evanescenti: «[...] schiacciate sia dalla difficoltà di trovare soluzioni che non compromettessero la capacità di intervento economico della cooperativa, sia dalla mancanza di volontà politica di favorire un modello cooperativo solidaristico» (BONFANTE, *Commento sub art. 2528*, in *Comm. Cottino*, III, cit., 2501).



di una funzione di garanzia, già proposta in passato in via interpretativa e adottata anche per la società cooperativa europea. A fronte del sistema di libertà della circolazione solo parzialmente limitabile nelle società azionarie chiuse e nelle s.r.l., ci si interroga se allo stesso modo lo statuto della cooperativa, cui spetta di disciplinare in concreto la procedura di ammissione, possa derogare alle disposizioni dell'art. 2528 c.c. appena ricordate<sup>35</sup>. Se si postula che esse svolgano una funzione di salvaguardia per il terzo aspirante socio, la risposta è negativa, o meglio: le deroghe sono ammissibili solo se introducono nell'*iter* regole più tutelanti per lo stesso aspirante socio, o precisazioni su profili non regolati dalla legge.

Proprio ragionando su questi temi, si pone l'ulteriore questione della valenza attribuibile alla delibera assembleare, che vada di avviso opposto a quella di diniego, espressa in prima battuta dal Consiglio di amministrazione. Si è giustamente osservato in dottrina che il tema non appare di agevole inquadramento. Taluni<sup>36</sup> ad esempio osservano che riservare la stessa previsione di una verifica assembleare varrebbe a escludere la valenza funzionale del principio, posto che la valutazione dei soci, tutt'altro che "terza", prescinderebbe da profili solidaristici e varrebbe piuttosto a valorizzare gli interessi, anche economici, che si pongono in contrasto a quelli riferibili all'aspirante socio.

Altri invece, muovendo dal presupposto che l'ammissione di un socio di regola rappresenti un *atto di gestione*, non ha dubbi nel negare all'assemblea qualsiasi potere di *over-ruling*, almeno nel caso della cooperativa strutturata in forma azionaria, ove vige la regola della competenza esclusiva degli amministratori in materia gestoria; il discorso potrebbe essere in parte diverso per la cooperativa costruita sul tipo della s.r.l., ove non sussiste una riserva di competenza altrettanto rigida<sup>37</sup>, e pertanto la pre-

35. In argomento v. VELLA, *Amministrazione e controllo nelle cooperative s.p.a. e s.r.l.*, in *Gli statuti delle imprese cooperative dopo la riforma del diritto societario*, a cura di Vella, Torino, 2004, 23; CHIEFFI, *Commento sub art. 2528*, in *Soc. Cooperative/Comm. Marchetti*, cit., 250 ss.

36. In argomento v. ad esempio CHIEFFI, *Commento sub art. 2528*, in *Soc. Cooperative/Comm. Marchetti*, cit., 243.

37. Sul punto v. in generale DI CECCO, *La governance delle società cooperative: l'assemblea*, in *La riforma delle società cooperative*, a cura di Genco, Milano, 2003, 150 ss.; PIETROBONI, *La collettività dei soci*, in *La cooperativa - s.r.l. tra legge e autonomia statutaria*, a cura di Cusa, cit., 379, il quale si spinge ad argomentare l'impossibilità di individuare nell'art. 2544 c.c., ove si fissa il divieto di delega in materia di accesso, esclusione e recesso di soci, un limite alla competenza decisionale dei soci, sul presupposto che le limitazioni appena menzionate incidono non sui poteri ma sulle modalità del loro esercizio. Spunti in tal senso in GENCO, *Il governo dell'impresa cooperativa*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 618; v. anche PRESTI,

valenza della decisione assembleare potrebbe essere configurabile. In tal senso, lo statuto della cooperativa non azionaria potrebbe sciogliere ogni imbarazzo attribuendo direttamente carattere vincolante alla decisione dei soci. Qualche incertezza residua invece a fronte del silenzio dello stesso testo statutario, ma anche qui appare preferibile la soluzione che sul tema riserva comunque agli amministratori la competenza residuale.

In linea di principio, pertanto, l'assemblea potrà esprimere in argomento solo *pareri non vincolanti* mentre la decisione finale resterà radicata in capo al consiglio di amministrazione, che non a caso deve motivare la sua decisione anche in via differita. L'assemblea (sulla quale significativamente non grava analogo vincolo di trasparenza) svolge dunque un ruolo di garanzia, invitando gli amministratori a rivedere la propria valutazione. Questi ultimi, ove non ritenessero di aderire all'indicazione espressa dai soci, dovranno riconvocare l'assemblea affinché il tema sia nuovamente esaminato, magari alla luce di ulteriori profili emersi nel prosieguo dell'istruttoria: laddove l'organo assembleare persistesse nel proprio diverso avviso, gli stessi amministratori dovranno valutare se ciò non implichi una vera e propria manifestazione di sfiducia nei loro confronti, idonea a provocarne le dimissioni<sup>38</sup>.

In un caso particolare però l'assemblea sembra padrona del campo: laddove si tratti di verificare se in capo al richiedente sussistano oppure no i requisiti soggettivi. In tale evenienza, infatti, l'intervento assembleare non integra un'eccezionale ingerenza nei poteri altrimenti esclusivi del consiglio di amministrazione, esprimendo piuttosto una valutazione strettamente inerente alla condizione soggettiva di chi è destinato a entrare a far parte dello stesso organo decidente, munito per questo della competenza necessaria a svolgere in modo ottimale e *definitivo*, l'accertamento in esame. Appare dunque legittima e ammissibile una clausola statutaria che consideri vincolante per gli amministratori la delibera su questo specifico tema.

Si deve dare atto della diversa opinione di chi sostiene che nulla osti ad attribuire direttamente valore dirimente alla decisione assembleare, sul

*Amministrazione e controllo nelle cooperative*, in *Il nuovo diritto societario*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso diretto da Abbadessa e Portale, 4, cit., 985, per la distinzione tra delega gestoria e avocazione di talune materie alla competenza assembleare; e 1003, ove però (correttamente, e seguendo l'orientamento prevalente di cui subito infra nel testo) afferma che l'art. 2544 c.c. indica il nucleo essenziale delle competenze amministrative che non possono essere attribuite in via statutaria alla decisione dei soci.

38. BONFANTE, *Commento sub art. 2528*, in *Comm. Cottino*, III, cit., 2504.

presupposto che non si tratti di una delibera priva di contenuto gestorio. In tal senso, a fronte di una decisione dei soci favorevole all'ingresso del richiedente che si ponga in contrasto con la precedente delibera di diniego espressa dal collegio degli amministratori, questi ultimi non potrebbero che "aprire la porta" dando esecuzione alla delibera proveniente dall'organo "sovrano". L'unica reazione consentita ai medesimi amministratori consisterebbe piuttosto nella possibilità di impugnare la suddetta delibera assembleare, per farne riconoscere giudizialmente eventuali profili di illegittimità<sup>39</sup>.

In alternativa, si ipotizza la percorribilità di entrambe le vie: sia quella che privilegia la valutazione "gestoria" e riduce l'intervento dell'assemblea a un mero parere non vincolante; sia quella per così dire "organizzativa", in base alla quale prevale invece la decisione dei soci. Con la conseguenza che *l'unico elemento necessario sarebbe il fatto in sé del riesame*, svolto da un organo diverso rispetto a quello chiamato a esprimersi in prima istanza, e che le gerarchie tra organi, volutamente non esplicitate dal testo del codice (diversamente da quello che avviene nella legislazione delle cooperative bancarie<sup>40</sup>) dovranno essere ricomposte da una apposita clausola dello statuto. In assenza di tale indicazione, il contrasto dovrà essere sciolto dalla "naturale discrezionalità dell'organo assembleare", che a ben vedere non violerebbe alcun inespreso divieto di immistione, ma fungerebbe da interprete autentico dello spirito del contratto mutualistico. Il che comporterebbe la necessità di estendere anche alla delibera dell'assemblea l'obbligo di motivare le ragioni del diniego.

Ora, che la decisione sull'ingresso di un aspirante socio possa avere una valenza gestoria ed economica appare alquanto chiaramente dalla stessa previsione del quinto comma dell'art. 2528 c.c., ove si legge che gli amministratori (e non i soci) debbono illustrare nella relazione al bilancio le ragioni delle proprie politiche di ammissione e diniego di ammissione.

39. Ad esempio la insussistenza dei requisiti dei soci: in tal senso v. CHIEFFI, *Commento* sub art. 2528, in *Soc. Cooperative/Comm. Marchetti*, cit., 251; PACIELLO, in *Diritto delle società di capitali, Manuale breve*, Milano, 2006, 459; LUBRANO DI SCORPANIello, *Irregolarità nel procedimento di ammissione di nuovi soci*, in *Liber amicorum G.F. Campobasso*, 4, cit., 842.

40. Il riferimento va all'art. 30 del testo unico bancario, ove si prevede che le delibere del consiglio di amministrazione di rigetto delle domande di ammissione a socio debbano essere motivate avuto riguardo all'interesse della società, alle prescrizioni statutarie e allo spirito della forma cooperativa, con la precisazione (decisiva ai nostri fini) che «il consiglio di amministrazione è tenuto a *riesaminare* la domanda di ammissione su richiesta del collegio dei provvisori».

Tale prescrizione si coordina poi con l'obbligo, sempre a carico degli amministratori, di relazionare, in sede di redazione del bilancio, sui criteri seguiti nella gestione della cooperativa per il conseguimento dello scopo mutualistico (art. 2545 c.c.)<sup>41</sup>. In questa prospettiva, parrebbe assai poco lineare che gli amministratori fossero tenuti a descrivere le politiche di gestione della mutualità in ordine alle nuove ammissioni di soci, sulla base di decisioni prese da un altro organo, quello assembleare appunto. Ciò quanto meno nelle cooperative strutturate in forma di s.p.a. e per questo munite di poca elasticità in materia di avocazione ai soci delle competenze decisionali degli amministratori: vale sempre infatti la regola che la responsabilità per la gestione della società fa comunque carico agli amministratori (art. 2364, n. 5 c.c.)<sup>42</sup>. A maggior ragione ora, viene da aggiungere, che il Codice della Crisi e dell'Insolvenza, novellando il codice civile, ha esplicitato l'obbligo degli amministratori di far conseguire alla società da essi amministrata adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili. Il perseguimento ottimale della mutualità può imporre di ridurre o inibire l'ingresso di nuovi membri nella compagine, se la congiuntura economica sia tale da non consentire a questi ultimi di veder adeguatamente remunerata la propria attività lavorativa, o puntualmente soddisfatta la loro richiesta di beni o servizi erogati dalla società. E tale valutazione, si ribadisce, sono abilitati a svolgerla solo gli amministratori, poi chiamati a risponderne in via esclusiva, almeno nel modello organizzativo azionario. Il quadro potrebbe in parte mutare, come anticipato, nella cooperativa in forma di s.r.l., ove realmente si attenuano le rigidità del riparto di competenze gestorie e organizzative, e (almeno nei casi più gravi) scatta la responsabilità gestoria dei soci decidenti: anche se resta il fatto che la riserva agli amministratori della decisione sulle politiche mutualistiche e la non delegabilità gestoria consiglieranno comunque di modulare con cautela l'eventuale avocazione della decisione ai soci.

Tutto ciò a conferma che la competenza decisionale dell'assemblea sul punto non risulta istituzionalmente negata, ma neppure generalizzabile, dovendosi distinguere a seconda del modello capitalistico assunto a

41. MARANO, *Commento sub art. 2545*, in *La riforma delle società*, a cura di Sandulli e Santoro, Torino, cit., 160 ss., per una rilettura del quadro dottrinale; RACUGNO, *La società cooperativa*, in *Tratt. Buonocore*, cit., 147.

42. Opposta è l'argomentazione di CHIEFFI, *Commento sub art. 2528*, in *Soc. Cooperative/Comm. Marchetti*, cit., che richiamerebbe la stessa norma quale espressione della regola della non assolutezza del principio di non ingerenza.

riferimento, della concreta motivazione della decisione e della disciplina statutaria adottata nel caso specifico. Ne origina, all'evidenza, uno schema che prescinde dallo scambio delle partecipazioni e "apre la porta" ai nuovi soci sulla base di una valutazione prospettica, espressa dall'organo competente, che (almeno nell'auspicio del legislatore) vuole valorizzare l'attitudine al miglior svolgimento dello scambio mutualistico. Se questo presupposto difetta, la porta resta legittimamente chiusa.

La prospettiva muta nettamente, invece, allorché cadono l'interesse allo scambio mutualistico e le regole che lo accompagnano: che poi è quanto si verifica, ad esempio, allorché siano emessi strumenti finanziari partecipativi riservati a soci finanziatori, per definizione estranei alla vicenda mutualistica della società e dediti esclusivamente al contenuto lucrativo della partecipazione. Una diretta conferma può rinvenirsi nelle disposizioni in tema di azioni di partecipazione cooperativa introdotte con la legge n. 59 del 31 gennaio 1992<sup>43</sup>, non attributive ai sottoscrittori di alcun diritto di voto<sup>44</sup>: a sottolineare il profilo che l'interesse dei sottoscrittori può eccezionalmente essere tutto centrato sull'investimento trascurando per contro la *governance*, esattamente come è ammesso per le società s.p.a. Se mai, per questi titoli cooperativi come per quelli ordinariamente emessi dalle società capitalistiche, sarà consentita la previsione di limiti statutari o parasociali di circolazione riconducibili alla prelazione, al gradimento, alla co-vendita, fatto salvo comunque il correttivo del recesso. Allo stesso modo, il primo collocamento di titoli neo-emessi dovrà osservare la prelazione a favore dei precedenti sottoscrittori.

43. E certo non soppiantate dalla nuova disciplina del 2526 c.c.: v. sul tema TRIMARCHI, *Le nuove società cooperative*, Milano, 2004, 82; CAPO, *Strumenti finanziari e società cooperative*, in *Profili patrimoniali e finanziari della riforma*, a cura di Montagnani, Milano 2004, 39 ss.; BASSI, *Le società cooperative*, in *La riforma del diritto societario*, a cura di Buonocore, Torino 2003, 259; SCHIRÒ, in CECCHERINI - SCHIRÒ, *Società cooperative e mutue assicuratrici*, in *La riforma del diritto societario*, a cura di Lo Cascio, Milano 2003, 83; TRIMARCHI, *Redazione e adeguamento degli statuti delle società cooperative: prime riflessioni*, in *Notariato*, 2003, 177; LAMANDINI, *La riforma della struttura finanziaria delle cooperative: azioni e ibridi verso la quotazione?*, in *Gli statuti delle imprese cooperative dopo la riforma del diritto societario*, a cura di Vella, Torino 2004, 110; COSTI, *Autonomia statutaria e nuove modalità di finanziamento delle imprese cooperative*, cit., 36; PETRUCCI, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina dei soci finanziatori nella società cooperativa*, in *Coop. e consorzi*, 2003, p. 257.

44. V. art. 5, comma 2 della stessa legge n. 59, che tra l'altro significativamente prevede la possibilità di assegnare azioni di partecipazione cooperativa a dipendenti della società, legittimando in tal modo l'estensione alla disciplina della partecipazione cooperativa dell'art. 2349 c.c., di cui si è accennato appena sopra nel testo.

Sempre ragionando sulle regole di partecipazione, si deve escludere un autonomo margine applicativo per la disciplina delle azioni proprie di s.p.a. posto che il tema trova una sua specifica regolamentazione “mutualistica” agli artt. 2529 e 2545 *quinquies* c.c.. Considerazioni in parte analoghe possono farsi a proposito delle disposizioni in materia di unico socio: la disciplina mutualistica presuppone infatti la necessaria presenza di una pluralità di soci e anzi ne indica un numero minimo (tre o nove a seconda del modello di riferimento) quale condizione per evitare la liquidazione della società<sup>45</sup>.

In difetto di un'autonoma regolamentazione mutualistica, si ritiene invero applicabile il divieto di accordare prestiti o fornire garanzie per l'acquisto di azioni proprie, stabilito al primo comma dell'art. 2358 c.c., da assumersi come principio generale regolatore della materia<sup>46</sup>, mentre appare più discutibile l'estensione dell'articolata deroga al medesimo divieto, di cui ai commi successivi dell'articolo appena citato. Tale meccanismo derogatorio presupporrebbe, infatti, una valorizzazione delle partecipazioni, e soprattutto un interesse economico alla loro negoziazione e cessione, che risulta molto poco compatibile con le vicende attinenti allo scambio mutualistico e alla rilevanza che possono avere le qualità personali dei soci cooperatori. Al più, se ne potrà considerare un'estensione limitata e circoscritta alla posizione dei soci finanziatori<sup>47</sup>.

45. In linea di principio non si può escludere la circostanza che la cooperativa sia partecipata da un unico socio: si pensi al caso di una operazione straordinaria, laddove, per mere ragioni di semplificazione, la qualifica di unico socio sia acquisita dalla società (cooperativa) destinata a incorporare la (cooperativa) partecipata. Si tratterebbe peraltro di vicenda transitoria, destinata a essere assorbita e superata dal perfezionamento della fusione. Resta da chiarire se, nell'intervallo di tempo in cui un unico soggetto resta socio della cooperativa, trovino applicazione oppure no le norme dettate in tema di pubblicità e quelle in tema di garanzia patrimoniale dettate per le società lucrative. Sul punto si può osservare che, se le seconde potrebbero ritenersi tagliate fuori dalla peculiare struttura patrimoniale della cooperativa (almeno in base l'orientamento prevalente), il discorso appare più neutro in riferimento alla disciplina della pubblicità. Resta da dire che un'operazione del genere presuppone un accordo a dismettere le partecipazioni alla futura incorporante, che nella pratica può essere non sempre agevolmente raggiungibile.

46. Sull'argomento v. Trib. Padova, 16 luglio 2020 consultabile sul sito [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), che esplicitamente ammette l'applicabilità del divieto alle società cooperative.

47. Soprattutto se l'operazione di assistenza finanziaria riguardasse l'ingresso programmato di finanziatori non istituzionali, interessati a sovvenzionare “dal basso” la cooperativa, per questo potenzialmente interessati a beneficiare di una agevolazione economica al fine di acquisire la stessa partecipazione in oggetto.

Non appare invece riproponibile alcun richiamo alla disciplina del *leveraged buy out*, impraticabile per le cooperative (a maggior ragione se a mutualità prevalente), in relazione all'obiettivo espresso da tale operazione, vale a dire l'acquisto del controllo della società *target*.

Ove quest'ultima sia una cooperativa, infatti, il conseguimento del controllo appare difficilmente perseguibile perché operano congiuntamente: 1) la regola del voto capitaro dei soci cooperatori, e 2) la compressione minoritaria del voto dei soci finanziatori, ai quali non è comunque consentito di esprimere più di un terzo dei voti nella singola assemblea<sup>48</sup>.

Si reputa invece pacifica l'applicabilità dell'art. 2360 c.c., che pone il divieto di sottoscrizione reciproca di azioni, anche qui assunto a espressione di un principio generale tendente a prevenire la creazione di patrimonio fittizio in qualsiasi persona giuridica, anche mutualistica; come pure appaiono compatibili con le regole mutualistiche le prescrizioni dell'art. 2361 c.c.: sia per quanto attiene al primo comma, in tema di modifica dell'oggetto sociale indirettamente derivante dall'assunzione di partecipazioni in altre imprese; sia per quanto attiene al secondo comma, che fissa le regole per l'acquisto di partecipazioni in altre imprese, comportanti responsabilità illimitata.

Risultano infine di regola applicabili pure le norme sui gruppi e sul controllo, con l'avvertenza che una società cooperativa, alla luce dei limiti – appena citati – alla assunzione delle partecipazioni che caratterizzano i suoi assetti, può assumere unicamente la posizione di controllante, mai quella di controllata, salvo il caso di controllo contrattuale<sup>49</sup>.

48. Sulle concrete modalità attraverso le quali si può realizzare tale compressione che riproporziona al limite massimo del terzo il numero totale dei voti dati ai soci finanziatori, v. ad esempio CAVANNA, *Fusione e scissione delle società cooperative*, Milano, 2010, 129 ss.

49. In argomento v. FICI, *La riforma delle società cooperative. Prime note esegetiche*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it); GENCO, *Gruppi cooperativi e gruppo cooperativo paritetico*, in *Giur. comm.*, 2005, I, 413; GALLETTI, *Il finanziamento delle imprese nel contesto delle reti: problemi e prospettive di regolamentazione*, in *Reti di imprese tra regolazione e norme speciali. Nuove sfide per diritto ed economia*, Bologna, 2004, 284; BONFANTE, *Commento sub art. 2545 septies in Comm. Cottino*, cit., 2637 ss., pur non escludendo una matrice comune tra le diverse fattispecie sottolinea le marcate differenze. Ritiene invece che il controllo contrattuale si debba nettamente distinguere da qualsiasi vincolo di gruppo paritetico R. SANTAGATA, *Commento sub art. 2545 septies in Soc. Cooperative/Comm. Marchetti*, cit., 458 ss., che però non esclude affatto la possibilità di configurare un controllo contrattuale verticale di matrice cooperativistica, sul diverso presupposto strutturale che il medesimo vincolo negoziale che origina il controllo (ad esempio un contratto di somministrazione o di subfornitura) configura una precedente fattuale dell'esistenza gruppo, in assenza

La fattispecie è suscettibile di essere risistemata nell'ambito della disciplina del gruppo paritetico a matrice mutualistica: che nel definire autonome forme di garanzia per le società partecipanti, non esclude la possibilità di richiamare la disciplina della responsabilità della capogruppo ove appunto sia individuabile un esercizio di attività di direzione e coordinamento<sup>50</sup>.

Il punto appare particolarmente interessante in quanto proprio l'attitudine all'attività integrata di più enti collettivi potrebbe aprire margini operativi inediti per gli ETS, anche in questo caso esplicitamente ispirati al modello societario.

## 2.1 ETS: i requisiti soggettivi degli associati

Se si passa alla specifica considerazione di taluno dei contenuti dell'atto costitutivo di una associazione del Terzo settore, emergono ulteriori attinenze ed elementi di almeno parziale continuità con la struttura partecipativa della cooperativa. Si pensi, con riguardo alla normativa mutualistica, alla menzione dei requisiti dei soci in funzione della gestione di servizio e alla disciplina dell'ammissione degli aspiranti soci, e, con riguardo alla codificazione del d.lgs. 117, alle clausole aventi a oggetto i requisiti dei nuovi associati (o dei partecipanti alle fondazioni partecipative) e alla corrispondente procedura d'ammissione.

In particolare, dall'art. 21 CTS si trae l'indicazione testuale che il vaglio all'ingresso dei nuovi associati deve essere necessariamente improntato a criteri non discriminatori, che siano «coerenti con le finalità perseguite e l'attività di interesse generale svolta». L'eco della corrispondente disposizione in materia mutualistica (vale a dire l'art. 2527 c.c.) appare evidente. I nuovi soci ammessi a far parte della compagine cooperativa debbono anch'essi possedere requisiti "non discriminatori", e soprattutto «coerenti con lo scopo mutualistico e l'attività economica svolta».

La simmetria, in primo luogo, investe le *finalità* che ciascun tipo di ente si propone di perseguire: mutualistiche per la cooperativa, civiche, solidaristiche e di utilità sociale per l'ETS. In seconda istanza, il riferimento

della stipula di un accordo che costituisca il gruppo – come avviene nel caso del gruppo cooperativo paritetico.

50. In generale sul tema v. RACUGNO, *La società cooperativa*, in *Tratt. Buonocore*, cit., 202 ss.; PAOLINI, *Il gruppo paritetico*, in *Cont. Impr.*, 2003, 626; COLANTONIO, *Gruppo cooperativo paritetico*, in Comitato Regionale Notarile della Sicilia, *Atti del Convegno di Taormina del 2-3 aprile 2004*, 153 ss.



va allo *scopo-mezzo* con il quale le finalità stesse possono essere attuate in concreto, vale a dire: da una parte, l'attività economica cooperativistica, dall'altra, l'attività di interesse generale dell'ETS.

Più che per una discutibile identità di *ratio* delle norme, messa fuori gioco probabilmente proprio dal diverso profilo teleologico qualificante le due diverse tipologie di ente, sembra utile valorizzare il comune elemento strutturale qualificante le disposizioni richiamate. Per entrambi i blocchi normativi, infatti, appare decisiva l'indicazione del perseguimento di un obiettivo comune, che presuppone un'adesione dell'aspirante socio o associato espressiva di interessi da perseguire (non solo economici per le cooperative, ideali per gli enti del terzo settore) e la preesistenza di motivazioni e condizioni che giustificano l'adesione medesima. Tali pre-condizioni, normalmente irrilevanti nella disciplina generale dei contratti, qui invece concorrono a qualificare il momento di formazione del consenso tra il soggetto che richiede di entrare a far parte della compagine, sociale ovvero associativa, e l'ente rispettivamente destinatario dell'istanza. In buona sostanza, si tratta del riconoscimento di un terreno comune, sul quale il soggetto interessato e la formazione collettiva per così dire verificano l'effettività della comunione di scopo<sup>51</sup>.

Tali *motivazioni ulteriori* conformano strutturalmente le fattispecie partecipative in quanto gli interessi che esse prefigurano sono non già individuali bensì riferibili a una pluralità di soggetti, e hanno copertura costituzionale. Per le cooperative il riferimento va all'art. 45 Cost., che funzionalizza la partecipazione alla soddisfazione di esigenze dei soci, i quali così possono accedere a servizi o beni che altrimenti non potrebbero conseguire e in tal modo migliorano la propria condizione sociale. Per gli ETS il quadro di riferimento è più articolato e valorizza ora le finalità dell'ente nelle quali si realizzano le aspirazioni di chi partecipa (art. 2 Cost.), ora la partecipazione del singolo come contributo per concorrere al progresso sociale (art. 4 Cost.), ora la solidarietà e la sussidiarietà che tali attività esprimono (artt. 2, 118 Cost.), ora la fondamentale libertà di

51. Sulla disciplina generale della formazione del contratto a seguito dell'adesione ad un contratto a struttura aperta, v. CESARO, *Contratto aperto e adesione del terzo*, 1979, Napoli, 92 ss.; REALMONTE, *L'adesione di altre parti al contratto aperto*, in *Il contratto in generale*, vol. XIII, II, del *Trattato di dir priv.* diretto da Bessone, Torino, 2000, 95 ss.; MAGGIOLIO, *Clausole di apertura e "porta aperta" nei procedimenti di adesione a contratti plurilaterali*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2010, 786, segnatamente RICCARDELLI, *L'adesione agli enti del terzo settore e il c.d. "principio della porta aperta"*, in *Riv. not.*, 2022, 893 ss.

associazione che qualifica proprio la possibilità di aderire all'iniziativa in un momento successivo (artt. 2 e 3 Cost.)<sup>52</sup>.

Siffatta ricostruzione, che ravvisa un referente decisivo per gli ETS nella normativa cooperativistica, potrebbe essere messo astrattamente in discussione muovendo dal presupposto che gli interessi di cui si diceva poc'anzi sono focalizzati sul beneficio della compagine sociale nel caso della cooperativa (c.d. mutualità *interna*), mentre l'attività degli ETS è per definizione finalizzata al perseguimento di un vantaggio esterno e così esprime un *interesse generale*, secondo la definizione dell'art. 4 CTS. Ma l'obiezione non appare decisiva, se si considera che pure le *cooperative sociali*, che per definizione attuano una mutualità c.d. *esterna* e quindi incentrano la loro iniziativa sulla produzione di vantaggi a favore di soggetti (anche) estranei alla compagine sociale, mantengono la struttura organizzativa generale, pur con talune variazioni non decisive ai nostri fini.

Volendo proporre una ricognizione dei diversi profili della tecnica legislativa adottata nella codificazione del 2017, e riagganciandoci alle considerazioni sopra svolte<sup>53</sup>, una prima importante conferma della sua genesi "mutualistica" può essere individuata proprio nella disciplina della procedura d'ammissione dei nuovi associati di cui all'art. 23 del CTS. Merita anzitutto osservare che, sul piano formale, la rubrica della disposizione<sup>54</sup> richiama quasi testualmente la corrispondente rubrica dell'art. 2528 c.c.<sup>55</sup>. Ma emergono elementi di continuità ben più rilevanti in riferimento ai presupposti per l'accesso degli aspiranti associati e alla relativa procedura. Così, ad esempio, l'organo cui è demandato il compito di "aprire la porta" previa verifica della sussistenza dei suddetti presupposti è lo stesso, e cioè quello amministrativo. Inoltre, la regola che impone all'ente di comunicare la deliberazione all'interessato, nonché di procedere al suo annotamento nell'apposito libro degli associati appare formulata dall'art. 23 sulla esatta falsariga del modello cooperativo.

52. In argomento v. GORI, *Terzo settore e Costituzione*, Torino, 2022, 61 ss.; E. ROSSI, in CONSORTI - GORI - ROSSI, *Diritto del Terzo settore*, Bologna, 2018, 37 ss.; CASTORINA, *Il disegno di legge di riforma del Terzo settore: i profili costituzionali e l'impatto con l'ordinamento europeo*, in *Non profit paper*, 2014/3, 43 ss.

53. V. *supra*, sezione prima, paragrafo 4.

54. Vale a dire: «[...] procedura di ammissione e carattere aperto delle associazioni»; l'uso del plurale "associazioni" in luogo del singolare utilizzato all'art. 2528 c.c. sta verosimilmente a significare che ci si intende qui riferire sia alle associazioni riconosciute che non riconosciute.

55. E cioè «procedura di ammissione e carattere aperto della società».

Ancora, il CTS conferma l'obbligo di motivare la delibera di rigetto della domanda d'ingresso, come pure la possibilità, per il soggetto interessato, di riproporre *all'assemblea in seconda battuta* la propria istanza d'ammissione, una volta che si sia in precedenza pronunciato negativamente l'organo amministrativo inizialmente investito del tema. E infine le due procedure, rispettivamente dedicate all'ammissione di nuovi soci di cooperativa e di nuovi associati nell'associazione ETS, sono cadenzate esattamente negli stessi termini<sup>56</sup>.

Risulta all'evidenza superata la tecnica legislativa adottata all'art. 16 c.c. per le associazioni di diritto comune, che si limita a richiedere l'indicazione statutaria delle "condizioni di ammissione degli associati", lasciando in tal modo intendere che, sul punto, l'autonomia statutaria sarà piuttosto ampia. La norma "generale" non prefigura infatti specifici passaggi procedurali, comunicazioni e termini, né obblighi di motivazione del rigetto della richiesta, in un quadro ove l'organo deputato sembra legittimato a decidere sull'istanza d'accesso con ampi margini di discrezionalità<sup>57</sup>.

Invero, a un esame più circostanziato, la simmetria con la disciplina mutualistica non risulta totale. Diversamente che nel modello mutualistico, ove le disposizioni procedurali non esplicitano elementi di flessibilità né clausole di salvezza, e per questo si ritengono in linea di principio inderogabili, le corrispondenti norme dedicate agli ETS sembrerebbero consentire un maggior margine di elasticità, per effetto della testuale previsione della possibilità d'introdurre in statuto deroghe alle medesime disposizioni. Ciascuno dei primi tre commi del citato art. 23, contenenti la regolamentazione dell'accesso degli aspiranti associati, si apre appunto con l'inciso «[s]e l'atto costitutivo o lo statuto non dispongono diversamente».

Sotto un duplice profilo, teorico e anche applicativo, si pone dunque il tema dell'individuazione dell'effettivo "angolo di apertura" della porta

56. Si prevede infatti che la deliberazione di diniego d'ingresso espressa dall'organo amministrativo debba essere motivata e comunicata all'interessato entro sessanta giorni da quando è assunta; mentre l'interessato può provocare la decisione dell'assemblea entro sessanta giorni dal momento della comunicazione del rigetto della prima istanza rivolta all'organo amministrativo.

57. Sul punto v. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, Artt. 11-35, in *Comm. Cod. Civ. Scialoja-Branca* a cura di Galgano, Bologna-Roma, 2006, 227 ss.; in giurisprudenza v. la peculiare vicenda decisa da Trib. Siena, 19 gennaio 2010, in *Corr. giur.*, 2010, 1223, con nota di TARASCO, *Le ocaiole delle contrade di Siena tra consuetudini e formalismi giuridici*.

d'accesso all'associazione-ETS<sup>58</sup>, attraverso l'impiego della descritta facoltà di variare e conformare in via statutaria il meccanismo legale d'ingresso.

È condivisibile il rilievo che le deroghe in oggetto non potranno essere estese al massimo grado, rendendosi anzi necessario individuarne in via interpretativa una soglia di non modificabilità: diversamente, infatti, si legittimerebbero letture di fatto abroganti dell'art. 23 CTS in esame. In concreto, non sarà possibile escludere del tutto qualsiasi verifica prope-deutica all'accesso. Del resto, il procedimento di ammissione deve essere necessariamente indicato nello statuto dell'associazione ETS. Esso inoltre, allo stesso modo che i requisiti degli aspiranti associati, deve essere improntati a *criteri non discriminatori*<sup>59</sup>: che non si vede come possano essere garantiti, se attraverso una serie di estese eccezioni statutarie al dettato normativo di riferimento si attribuisse agli amministratori una discrezionalità pressoché totale nel decidere se dischiudere l'accesso alla compagine associativa, oppure no. In tal senso, l'autonomia statutaria non potrà obliterare l'obbligo di comunicare al richiedente la decisione sulla sua istanza e la relativa annotazione nel libro degli associati, né sopprimere l'obbligo di motivare la medesima decisione, come pure il vincolo di un riesame in seconda istanza da parte dell'assemblea ovvero di un altro organo pur sempre di nomina assembleare<sup>60</sup>.

L'ambito di ammissibilità delle deroghe, come detto ritagliato sulla scorta del principio di democraticità e non discrezionalità evocato dall'art. 21 CTS, investe allora in primo luogo la individuazione degli organi chiamati a decidere sull'ammissione dei nuovi associati, in prima e seconda istanza. Sul punto non par fuori luogo – per le ragioni sopra indicate – muovere dall'esperienza in ambito cooperativo: si dovrà dunque partire dall'indagine del *contenuto* della decisione in oggetto, per poi verificare se questo contenuto rientri oppure no nella competenza esclusiva di taluno degli organi dell'ETS.

In primo luogo, nulla sembra precludere la possibilità di sostituire, con apposita previsione statutaria, l'assemblea all'organo amministrativo nella immediata verifica circa la sussistenza dei requisiti statutarî degli aspiranti

58. V. sull'argomento ARINCI, *Disposizioni generali, costituzione, ordinamento e amministrazione delle associazioni e fondazioni del terzo settore*, cit., 144 ss.; nonché le considerazioni svolte da BUSANI - CORSICO, *Atto costitutivo, statuti e operazioni straordinarie degli enti del terzo settore*, cit., 156 ss.

59. Così si esprime in effetti l'art. 21 CTS, nell'enunciare i contenuti dell'atto costitutivo dell'associazione del terzo settore.

60. V. sull'argomento la Circolare del Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali in data 27 dicembre 2018 n. 20, specificamente dedicata agli adeguamenti statutarî degli ETS.

associati<sup>61</sup>. Anche qui, come per le cooperative, appare fuori discussione la competenza dell'assemblea a verificare la condizione soggettiva di coloro che andranno a implementarne la compagine, per quanto la materia in oggetto non sia contemplata nell'elenco dell'art. 25 CTS.

Neppure pare contrario a norma imperativa di legge che suddetto esame sia direttamente attribuito all'assemblea, anche ove la decisione attenga alla coerenza del nuovo ingresso con le finalità perseguite e l'attività dell'ente. Il punto si aggancia alla più generale questione del riparto di competenze tra organo gestorio e amministrativo nell'associazione ETS. Se a prima vista l'art. 25 CTS sembra suggerire una netta cesura tra la posizione dei due organi, tuttavia pare decisiva la precisazione contenuta alla lettera *i* del primo comma dell'art. 25 medesimo, che consente allo statuto di attribuire all'assemblea la decisione su "altri oggetti" ordinariamente estranei alla propria competenza. Si tratta di una disposizione ben più flessibile dell'omologa norma dell'art. 2364, comma 1° n. 5 c.c., che, in tema di società azionarie, addossa comunque agli amministratori la responsabilità degli atti da essi compiuti nonostante il preventivo rilascio di un'autorizzazione assembleare, richiesta da apposita clausola statutaria<sup>62</sup>. Riserva tassativa che le più neutre espressioni adoperate dall'art. 25 CTS non confermano con riguardo all'organizzazione associativa degli ETS, legittimando una maggiore libertà nell'avocare all'assemblea le competenze altrimenti attribuite agli amministratori<sup>63</sup>. E del resto, se le competenze deliberative dell'assemblea di una associazione ETS risultano testualmente non deferibili ad altri organi (fatta eccezione per il caso dei c.d. "grandi

61. V. *supra*, paragrafo 4.

62. Così indirettamente confermando una vera e propria riserva di competenza gestionale dell'organo amministrativo, quale l'unico responsabile dell'atto compiuto Sull'argomento, in termini generali, v. ABBADESSA - MIRONE, *L'assemblea. Le competenze*, in *Le nuove s.p.a., Trattato* diretto da Cagnasso e Panzani, Bologna, 2010, 588; CALANDRA BUONAURA, *Gestione dell'impresa e competenza dell'assemblea nella società per azioni*, Milano, 1985, 159; MONTEVERDE, *Le interferenze nella gestione e la responsabilità*, in *Diritto del governo delle imprese*, diretto da Irrera, Torino, 2016, 594 s.; PORTALE, *Rapporti fra assemblea e organo gestorio nei sistemi di amministrazione*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum G.F.Campobasso, II, Torino, 2006, 1 ss., 29 ss.; ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Padova, 2003, 94; MAUGERI, *Considerazioni sul sistema delle competenze assembleari nella s.p.a.*, in *Riv. soc.*, 2013, 406 ss.

63. Tale conclusione solleva il problema dell'allocazione della relativa responsabilità: che ancora valorizzando il referente societario andrà sciolto prudentemente riconnettendo al potere gestorio la relativa responsabilità, valorizzando il collegamento tra potere amministrativo e responsabilità.

enti” di cui al 2° comma dell’art. 25 CTS), non esiste analoga previsione per le attribuzioni degli amministratori.

Ciò vale a legittimare la generalizzata estensione della deroga di competenza a beneficio dell’assemblea, anche laddove la decisione abbia a oggetto non la semplice verifica dei requisiti in capo agli aspiranti associati di cui si è accennato in precedenza, bensì il tema se l’ingresso del richiedente sia coerente con le finalità perseguite e l’attività di interesse generale svolta dall’ente. Quest’ultima è all’evidenza una decisione di contenuto amministrativo, legata alle modalità di gestione e destinata a lasciare una traccia nella c.d. “relazione di missione” redatta in sede di predisposizione del bilancio annuale<sup>64</sup>, sia nella c.d. “valutazione di impatto” dell’attività dell’ente, predisposta in occasione della redazione del bilancio sociale<sup>65</sup>. Di regola, pertanto, a decidere sulle ragioni di “opportunità gestionale” dell’accesso di nuovi membri sarà chiamato l’organo amministrativo, cui spetta anche in questa materia di curare l’adeguatezza dell’assetto organizzativo, amministrativo e contabile<sup>66</sup>.

Per quanto detto, una clausola statutaria che attribuisca in via diretta all’assemblea la competenza in esame appare dunque non contraria a

64. Ove in particolare gli amministratori debbono fornire indicazioni sugli associati e la loro partecipazione alla vita dell’ente V. anche per dettagliati riferimenti alla legislazione secondaria e alla modulistica ministeriale, DE ROSA, *Il bilancio degli enti del terzo settore*, in *Gli enti del Terzo settore e il nuovo Registro unico*, cit., 222.

65. Cui sono tenuti *ex lege* gli ETS con ricavi, proventi, rendite o entrate comunque denominate superiori a un milione di euro (art. 14, comma 1 CTS), i centri di servizio per il volontariato (art. 61, comma 1, lett. l CTS), le imprese sociali comprese le cooperative sociali (art. 9, comma 2 d.lgs. 112/2017), i gruppi di imprese sociali con obbligo di redazione in forma consolidata (art. 4, comma 2 d.lgs. 112/2017).

66. Come si trae indirettamente dall’art. 30 CTS, ove si indicano i compiti dell’organo di controllo: ne deriva che tale controllo si giustifica solo se a monte esiste l’obbligazione degli amministratori di ottimizzazione degli assetti [sul tema v. in generale SPOLIDORO, *Note critiche sulla “gestione dell’impresa” nel nuovo art. 2086 c.c. (con una postilla sul ruolo dei soci)*, in *Riv. soc.*, 2019, 262; LAUDONIO, *Assetti organizzativi adeguati e prevenzione della crisi negli enti non lucrativi (interrogativi sull’adeguatezza del legislatore di fronte alla crisi)*, Relazione all’XI Convegno “Orizzonti del diritto commerciale”, Roma, 14 febbraio 2020]. Una diversa ricostruzione sarebbe ipotizzabile per le associazioni che svolgono attività di interesse generale “in forma di mutualità”, come può avvenire per le associazioni di promozione sociale: postulando una correlazione con le cooperative (segnatamente le cooperative sociali) si potrebbe concludere per la necessità di attribuire in tale evenienza il controllo in esame all’organo amministrativo. Il fatto però che il focus dell’attività non sia riconducibile allo svolgimento di un’impresa consente di valutare con minor rigore l’indicazione legislativa e legittimare anche qui l’assorbente avocazione della competenza all’assemblea, organo fondamentale, vero motore della democrazia interna dell’ente.

norma inderogabile, seppur forse scarsamente praticabile nelle associazioni con un'estesa partecipazione. Diversa questione è se tale immediata avocazione della verifica all'assemblea ne presupponga comunque una successiva, da parte di altro organo, oppure se l'iniziale intervento assembleare valga ad assorbire qualsiasi ulteriore riesame. A favore della soluzione più rigorosa militerebbe l'argomento, anche tratto dall'esegesi della disciplina delle cooperative, che una seconda verifica esprimerebbe un insopprimibile elemento di garanzia, rilevante per l'aspirante associato non ammesso. Del resto, anche la circolare n. 20 del 2018, sopra citata, parrebbe indirizzarsi nel senso della non derogabilità<sup>67</sup>. Per contro non si può negare che l'assemblea è organo sovrano della associazione, decisiva espressione del profilo democratico che connota la struttura organizzativa di ogni ETS collettivo, onde un livello di controllo ad essa successivo può apparire sostanzialmente superfluo se non del tutto inappropriato. All'assemblea spetta la decisione definitiva *in seconda istanza* in base al modello legale: ove essa sia chiamata a pronunciarsi immediatamente per espressa e derogatoria previsione statutaria, un riesame non avrebbe ragione d'essere.

Premesso che si tratta di un tema complesso, che richiederebbe autonomo spazio di approfondimento, la seconda soluzione appare in effetti preferibile<sup>68</sup>. Ne emerge un assetto quasi ribaltato rispetto alla prospettiva mutualistica, ove in funzione della valenza gestionale della decisione d'ammettere o no l'aspirante socio si enfatizza in principio la posizione del consiglio di amministrazione. Qui invece il profilo gestionale cede il passo al perseguimento dell'interesse generale, del quale l'assemblea è l'interprete più affidabile, e dunque la sua valutazione è destinata ad assorbire quella di qualunque altro organo.

67. «Con riferimento al comma 3 [*scil.* dell'art. 23 CTS], considerato che in assenza di specifica disposizione statutaria il candidato aderente avrebbe il diritto di appellarsi all'assemblea dei soci ed essa avrebbe l'obbligo di pronunciarsi nella prima occasione utile, la deroga potrà riguardare sia l'individuazione di un organo diverso dall'assemblea, incaricato della decisione, sia di un diverso termine trascorso il quale la richiesta di riesame non sia più azionabile, *fermo il diritto di chiedere il riesame della decisione*» [corsivo aggiunto].

68. Ciò invero non sembra escludere la possibilità che lo statuto ammetta, oltre alla decisione dell'assemblea, un intervento consultivo e istruttorio (di regola preventivo) di un altro organo, sempre di nomina assembleare. Potrebbe essere l'organo amministrativo, o anche un organo diverso, comunque di nomina assembleare: ad esempio il collegio dei probiviri (i quali tra l'altro sarebbero chiamati a svolgere una funzione vicina a quella che è loro propria, di soggetti deputati a suggerire forme di composizione delle liti interne all'ente collettivo senza poteri decisori).

Minor complessità riveste la diversa questione della derogabilità dei termini indicati nel procedimento d'ammissione. Si ritiene ad esempio possibile ridurre l'intervallo di sessanta giorni entro i quali deve essere resa la motivazione del diniego (art. 23 comma 2 CTS), mentre parrebbe più discutibile prevedere un termine maggiore<sup>69</sup>. Diversa è la prospettiva sul tema della derogabilità del termine posto dal terzo comma dello stesso art. 23: i sessanta giorni entro i quali il terzo, che ha visto disattesa la propria prima istanza di accesso, può chiederne il successivo riesame avanti l'altro organo, potranno essere prolungati ove si voglia concedere all'interessato un intervallo di tempo più ampio per argomentare le proprie ragioni avanti all'organo di riesame, ridotti (in misura non eccessiva) a fronte dell'esigenza di accelerare i tempi di attivazione dell'autotutela dello stesso aspirante associato<sup>70</sup>. La durata del periodo concesso per elaborare l'istanza potrà dunque essere adattata secondo un criterio di congruità, da svolgersi con valutazione casistica.

Merita autonoma segnalazione il punto, assai rilevante anche sul piano operativo, attinente ai criteri di individuazione dei requisiti degli aspiranti soci, principalmente per dar conto delle importanti indicazioni espresse dal Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali nella nota datata 6 febbraio 2019 n. 1309<sup>71</sup>, ove in particolare si tende a escludere la possibilità d'introdurre, attraverso la previsione di requisiti soggettivi degli associati, limitazioni d'ingresso legate all'età, alla cittadinanza, al sesso, al possesso di qualifiche anche derivanti dal conseguimento di dati titoli di studio.

L'apprezzabile finalità di prevenire comportamenti elusivi ed ostruzionistici, che tradiscono la sostanza democratica che innerva l'organizzazione di un ETS associativo, merita però di essere calata nel caso di specie. L'irragionevolezza e la carenza di giustificazione del requisito

69. RICCARDELLI, *L'adesione agli enti del terzo settore e il c.d. "principio della porta aperta"*, cit., 899, che valorizza l'interesse del terzo richiedente ad avere una tempestiva motivazione del diniego; un diverso orientamento (BUSANI - CORSICO, *Atto costitutivo, statuti e operazioni straordinarie degli enti del terzo settore*, cit., 160) ammette anche la possibilità di prolungare oltre i sessanta giorni di legge il termine in esame, ritenendo sufficiente garanzia per il terzo la fissazione di un termine ultimo entro il quale potrà avere notizia sulle ragioni del rifiuto.

70. BUSANI - CORSICO, *Atto costitutivo, statuti e operazioni straordinarie degli enti del terzo settore*, cit., 160, ammettendo la riduzione del termine, a condizione che sia garantita la possibilità di richiedere una seconda verifica.

71. V. in argomento le varie considerazioni svolte da BUSANI - CORSICO, *Atto costitutivo, statuti e operazioni straordinarie degli enti del terzo settore*, cit., 158 s., ove una verifica critica dell'ammissibilità delle diverse possibili clausole, alla luce dell'orientamento espresso dal Ministero.



dovrà infatti essere apprezzata nel contesto concretamente definito dallo specifico statuto organizzativo dell'ente. A questo modo, sono da ritenersi ragionevolmente legittime le clausole che, lungi dall'introdurre un vincolo discriminatorio, specificamente valorizzino l'interesse generale che l'ente intende perseguire.

Così, se dovrà ritenersi non giustificata l'astratta e generica richiesta del possesso di un qualunque titolo di studio quale condizione per accedere alla compagine di un ETS collettivo, senza che tale qualifica sia collegata alle finalità che lo stesso ente vuole perseguire, appare per contro ben ammissibile che lo statuto di un'associazione del terzo settore dedita alla ricerca scientifica richieda che gli associati posseggano determinate competenze attestata dal conseguimento di titoli di studio o abilitazioni, al precipuo scopo di valorizzare quell'attività di ricerca in modo più efficiente.

Allo stesso modo, in un'associazione che valorizza la diffusione di determinate abitudini salutiste e/o alimentari, dovranno ritenersi ammissibili clausole che impongano agli associati di praticare effettivamente tali abitudini<sup>72</sup>. O ancora, un ente collettivo che mira a valorizzare la cura e il reinserimento sociale e lavorativo di persone portatrici di una data menomazione fisica, pare che ben potrebbe restringere, con apposita clausola statutaria, l'accesso alla compagine ai soli soggetti che condividano tale menomazione<sup>73</sup>. Va invero segnalato che taluni uffici del RUNTS in questa prima fase di attuazione hanno tenuto sul punto un atteggiamento di chiusura rigorosa, tendente a qualificare come genericamente discriminatorie fattispecie come quelle da ultimo ipotizzate. Sembra di poter ribadire che il criterio discretivo idoneo a distinguere tra clausole ingiustamente discriminatorie e requisiti ammissibili sia da indicare nella rispondenza di questi ultimi all'esigenza di meglio perseguire le finalità dell'associazione, sempre sul presupposto che non risultino violati precetti costituzionali o comunque principi generali non discriminatori.

Anche qui, la descritta procedura d'accesso all'ETS associativo lascia intravedere in controluce il modello mutualistico: possibili e "irrigidimenti" statuari, legittimi in quanto connessi al raggiungimento delle finalità

72. RICCARDELLI, *L'adesione agli enti del terzo settore e il c.d. "principio della porta aperta"*, cit., 900, il quale giustamente sottolinea la necessità di contestualizzare il vincolo soggettivo alle finalità che l'ente mira di conseguire.

73. Sarebbe del resto singolare che un'associazione, che miri alla promozione sociale delle persone non vedenti, sia di fatto controllata da una maggioranza di associati normalmente vedenti.

proprie dell'associazione, ben potranno "socchiudere la porta", ma questa rimarrà comunque aperta e non potrà essere del tutto "bloccata". Per contro, ciò non significa che sia in tal modo formalizzato un *diritto soggettivo di entrare a far parte dell'associazione* in capo ai terzi interessati: il loro accesso non potrà mai rispondere ad alcun automatismo, nonostante essi dichiarino di condividere gli ideali dell'ente e dimostrino di possedere i requisiti soggettivi in ipotesi previsti dallo statuto. L'associazione-ETS resta infatti un ente privato, che gestisce in autonomia la propria attività, anche di proselitismo. Dunque, altrettanto improntata al pieno rispetto dell'autonomia negoziale è la sua eventuale risposta alla richiesta d'accesso trasmessa dal terzo interessato<sup>74</sup>: l'aspirante associato ha diritto che sia osservata la disciplina "semirigida" dell'art. 23 CTS, non già di essere direttamente accolto nella compagine.

La legittimità della "chiusura della porta", va dunque ravvisata nella qualificazione dei criteri d'ammissione postulati dall'art. 21: che se da un lato debbono essere non discriminatori e democratici, dall'altro debbono essere coerenti con le finalità perseguite e l'attività di interesse generale svolta. Il che autorizza il diniego, ove il nuovo ingresso per qualsiasi ragione possa anche solo virtualmente pregiudicare il raggiungimento degli obiettivi dell'ente. Esattamente come avviene nelle cooperative, allorché l'organo amministrativo nega l'ingresso di un aspirante socio sul pre-

74. ARINCI, *Disposizioni generali, costituzione, ordinamento e amministrazione delle associazioni e fondazioni del terzo settore*, cit., 144; BUSANI - CORSICO, *Atto costitutivo, statuti e operazioni straordinarie degli enti del terzo settore*, cit., 160 s., anche per la sottolineatura che il vincolo di legge opera non già affinché siano automaticamente accolte tutte le domande astrattamente coerenti con i requisiti, bensì a che sia rispettata la procedura definita dall'art. 23 ed eventualmente anche dallo statuto associativo; uno spunto in tal senso anche in ATLANTE - SEPIO - SIRONI, *Atto costitutivo e statuto, nuovo sistema per il riconoscimento della personalità giuridica e pubblicità degli enti del Terzo settore*, Studio del Consiglio Nazionale del Notariato n. 104-2020, cit., che di nuovo esclude espressamente l'esistenza di un generalizzato e incondizionato diritto di associazione. Più in generale negano il diritto soggettivo di adesione del terzo, Galgano, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati* (Art. 36-42), in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna, 1967, 57 ss.; DE GIORGI, *Le associazioni riconosciute*, in *Tratt. dir. priv. diretto* da Rescigno, I, 2, Torino, 2005, 372; MAGGIOLO, *Clauseole di apertura e "porta aperta" nei procedimenti di adesione a contratti plurilaterali*, cit., 803; TAMPONI, *La governance degli enti del Terzo settore dopo la riforma: i soci e l'assemblea*, Relazione al convegno "La governance degli enti del terzo settore dopo la riforma", Roma, 23.9.2021, LUISS "Guido Carli" (atti pubblicati in *Luiss law review*, 2021, p. 90); RICCARDELLI, *L'adesione agli enti del terzo settore e il c.d. "principio della porta aperta"*, cit., 903 s., e ivi ulteriori riferimenti.

supposto di non poter garantire un idoneo svolgimento dello scambio mutualistico.

Se mai potrebbe essere meno agevole individuare, nell'ambito del terzo settore, ipotesi in cui concretamente sia prefigurabile in capo al richiedente la descritta inidoneità al conseguimento delle finalità perseguite dall'ente. Si potrebbe fare il caso (quasi paradossale) della massiccia richiesta di nuovi ingressi rivolta ad una associazione di recente costituzione da *soggetti che già partecipino ad altra preesistente associazione*, operante nello stesso ambito di attività. Gli istanti, pur astrattamente interessati al perseguimento degli stessi obiettivi, potrebbero essere mossi dal solo fine di limitare l'operatività e l'attivismo della "nuova" realtà associativa, cui da ultimo hanno rivolto richiesta d'accesso, per evitare che la stessa possa in qualche modo "fare ombra" all'altra già consolidata associazione da essi in precedenza costituita. O ancora, al caso dei richiedenti, che pur interessati allo stesso evento culturale, potrebbero appartenere ad altra associazione storicamente rivale di quella destinataria della richiesta (si pensi alle contrade o ai borghi partecipanti ad una rievocazione storica o a un palio).

Si tratta in effetti di ipotesi ben peculiari, magari più raramente riscontrabili nelle prassi del terzo settore<sup>75</sup> ma certo non prive di rilevanza pratica, nei quali il diniego dell'associazione destinataria della richiesta sarebbe certo ben fondato. Anche in questo caso, pare, l'esperienza mutualistica sembra fornire lo spunto interpretativo per dar un contenuto concreto alla più generica affermazione di coerenza assiologica e ragionevolezza che un po' genericamente emergono dall'art. 21 CTS. Senza necessità di ricorrere ad altra forma di difesa: come, ad esempio, la categoria generale dell'abuso del diritto, che tra l'altro presupporrebbe un apparato probatorio ben più complesso per chi lo intendesse attivare<sup>76</sup>.

Ribaltando l'angolo visuale anche più delicato è il tema delle reazioni attivabili dal soggetto la cui domanda risulti essere stata indebitamente rigettata. Certo non appare proponibile una tutela reale, ma unicamente risarcitoria ove l'interessato riesca a soddisfare l'onere probatorio. Resta

75. In sostanza il rischio di "socchiudere" in tal modo la porta ad aspiranti nuovi associati, come avviene nelle cooperative in ragione del preteso ottimale svolgimento dello scambio mutualistico, appare qui ben più remoto.

76. Non si intende dire che mediante il riferimento alla normativa mutualistica si possa arrivare a una vera e propria inversione dell'onere della prova, ma solo che potrebbe legittimare la chiusura la dimostrazione che, una volta ammessi a far parte della compagine associativa i nuovi richiedenti, risulterebbe più difficile o problematico perseguire gli obiettivi di interesse generale ora linearmente realizzabili con l'attuale compagine.

poi impregiudicata la possibilità di segnalare, al Tribunale ex art. 2409 c.c. (richiamato dall'art. 29 CTS) o anche presso gli organi di vigilanza del Terzo settore (segnatamente gli uffici del RUNTS), le eventuali irregolarità di comportamento degli amministratori in sede di gestione della procedura d'accesso.

Anche su questo profilo il riferimento è rappresentato dalla disciplina delle cooperative: con la differenza che nel caso degli ETS l'interesse del terzo dovrebbe di regola essere valutato meritevole di tutela.

## 2.2 *La disciplina dell'invalidità di associazioni e fondazioni del Terzo settore*

Difetta nell'intera disciplina del CTS un'esplicita regolamentazione delle cause che legittimano la declaratoria di nullità dell'associazione o della fondazione del terzo settore. Allo stesso modo non consta una testuale regolamentazione della fattispecie nell'ambito della disciplina generale che il codice civile dedica agli enti associativi e fondazionali: e, stando agli enti personificati, testualmente l'art. 27 non comprende la nullità tra le cause di estinzione degli enti del primo libro del codice civile.

Il trattamento appare quindi profondamente diverso da quello che lo stesso codice civile riserva invece alla nullità delle società personificate: come noto infatti, sulla scia della prima direttiva comunitaria, l'art. 2332 c.c.<sup>77</sup> introduce una serie di deroghe alla disciplina generale dell'invalidità dei negozi giuridici, sia in relazione alle cause di nullità, che da virtuali vengono rigidamente tipizzate e drasticamente ridotte di numero<sup>78</sup>, sia alla vicenda processuale che conduce alla relativa declaratoria. Nel senso che

77. Dettato per le s.p.a., ma poi richiamato per l'accomandita azionaria, la s.r.l., le società cooperative e le società consortili munite di personalità giuridica e quindi espressione di una costante per tutte le società incorporate: v. sul punto, in generale, BARBA, *Commento sub art. 2332*, in *Comm. Sandulli, Santoro*, cit., 73; SCIUTO, *La nullità della società*, in *Il nuovo diritto delle società per azioni*. Liber amicorum G.F. Campobasso, diretto da Abdessa e Portale, vol. 1, 415 ss.; ANGELICI, *La società nulla*, Milano, 1975.

78. Come noto, nell'attuare la prima direttiva comunitaria, il nostro legislatore ha inteso prevedere che la s.p.a. possa solo più essere dichiarata invalida in assenza della forma pubblica dell'atto notarile, in caso di illiceità o impossibilità dell'oggetto sociale, ovvero laddove l'atto costitutivo non presenti alcuna indicazione in merito alla denominazione sociale, ai conferimenti, all'oggetto sociale e al capitale: v. sul punto SCIUTO, *La nullità della società*, cit., 420 ss.; PALMIERI, *La nullità delle società per azioni*, in *Trattato delle s.p.a.*, cit., 507 ss.; VITALI, *Commento sub art. 2332*, in *Costituzione, conferimenti*, a cura di Notari, compreso nel *Comm. Marchetti*, Milano, 2007, 251 ss.; CAVANNA, *Commento sub art. 2332*, in *Comm. Cottino*, cit., 112 ss.

la sentenza di nullità non produce l'immediata e automatica cancellazione dal (mondo giuridico e quindi dal) registro delle imprese della società di capitali o cooperativa dichiarata nulla, ma anzi sancisce l'apertura della sua fase liquidativa, affinché *prima* della sua definitiva estinzione e cancellazione sia attivata la procedura fisiologicamente destinata a guidare la cessazione dell'attività, passando però attraverso la preliminare liquidazione<sup>79</sup>. L'obiettivo sotteso a tale procedura è, col denaro in tal modo realizzato, quello di estinguere anzitutto i debiti facenti capo all'ente, soddisfacendo i creditori che solo sul patrimonio di quest'ultimo (oltre che su quello di chi ha agito in nome e per conto dell'ente medesimo, ove lo stesso sia un'associazione non riconosciuta) potrebbero far valere le proprie istanze<sup>80</sup>. Inoltre, le cause di nullità, così rarefatte e rese tassative, sono eccezionalmente suscettibili di sanatoria per effetto dell'iscrizione presso il registro delle imprese della deliberazione (presa dall'assemblea della società viziata).

La scelta del legislatore (prima comunitario e poi) italiano muove dal rilievo che, se si applicassero le regole generali in materia negoziale, si creerebbe una situazione di eccessivo favore per l'ente societario munito di autonomia patrimoniale perfetta: ove infatti emergesse la più grave delle sue patologie, gli amministratori avrebbero buon gioco a sollecitare la declaratoria di nullità per provocare la istantanea e definitiva sparizione dell'ente e soprattutto dell'unico residuo patrimonio sul quale potrebbero essere avanzate le legittime pretese creditorie. Inoltre, la scelta di ridurre il numero delle cause d'invalidità è connessa al rilievo che altro è la nullità di un contratto<sup>81</sup>, altro è la nullità di una formazione collettiva per di più munita di personalità giuridica, che svolge attività di impresa e non può tener conto unicamente della posizione dei soggetti (i soci) che hanno stipulato l'atto costitutivo stesso, ma anche di coloro che successivamente hanno intrattenuto rapporti negoziali con la società così incorporata.

In questo quadro normativo viene in particolare evidenza la disposizione che traduce la causa di nullità in causa di liquidazione della socie-

79. Vale a dire la traduzione in denaro liquido a seguito di alienazione, del suo patrimonio.

80. BUONOCORE, *Le situazioni soggettive dell'azionista*, Napoli, 1967, 291; SCIUTO, *La nullità della società*, cit., 430 ss.

81. Sotto questo profilo è sostanzialmente pacifico in dottrina e giurisprudenza il rilievo che, sino all'iscrizione dell'atto costitutivo presso il competente ufficio del registro delle imprese, lo stesso potrà essere invalidato secondo la disciplina generale dei contratti: v. sul tema specifico ANGELICI, *La società nulla*, cit., 165; SCIUTO, *La nullità della società*, cit., 418; PALMIERI, *La nullità delle società per azioni*, in *Trattato delle s.p.a.*, cit.

tà<sup>82</sup>. Diversamente dall'altra disposizione che riduce in modo drastico le cause di nullità rilevanti rispetto alla disciplina generale della invalidità dei contratti, quella da ultimo menzionata, destinata appunto a mutare la declaratoria di nullità in causa di scioglimento, è stata giustamente ritenuta *trans-tipica*<sup>83</sup>, perciò esportabile al di fuori dell'ambito di sua originaria e testuale previsione.

Essa è stata così riferita pure alla nullità delle società personali, che siano già costituite e operanti<sup>84</sup>. Per queste ultime, infatti, che si collocano all'esterno dell'ambito disegnato dalla prima direttiva comunitaria, in assenza di qualsiasi prescrizione *ad hoc* in tema di nullità, varranno certamente le regole generali dedicate all'invalidità dei contratti<sup>85</sup>, ma anche per esse la suddetta invalidità dovrà risolversi in causa dissolutiva, allo stesso modo che per le s.p.a. e le altre società personificate.

L'interpretazione estensiva<sup>86</sup> appena descritta si giustifica in relazione al fatto che le società personali svolgono la stessa attività di impresa che esercitano le società di capitali e mutualistiche: è dunque l'esigenza di

82. Ai sensi dell'art. 2332, comma 4 c.c., la sentenza dichiarativa della nullità nomina i liquidatori: in generale sull'argomento v. VITALI, *Commento sub art. 2332*, in *Comm. Marchetti*, cit., 261; PALMIERI, *La nullità delle società per azioni*, in *Trattato delle s.p.a.*, cit., 558 ss.

83. CAGNASSO, *La concessione di vendita. Problemi di qualificazione*, Milano, 1983, ove l'autore qualifica appunto come "trans-tipiche" il complesso di norme che vanno oltre i confini del tipo astratto, norme che cioè non identificano una nuova figura negoziale ma piuttosto servono da base per un duplice passaggio logico di astrazione e deduzione, a mezzo del quale da una disposizione normativa viene estratto un principio, "trans-tipico" appunto perché riferibile ad altre fattispecie concrete.

84. Solo dopo l'inizio dell'attività, infatti, la società assume obbligazioni e acquista diritti nei confronti dei terzi, e i connessi problemi di tutela dell'affidamento dei terzi che abbiano costituito e intrattenuto rapporti negoziali. V. sul punto CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 2, *Diritto delle società*, cit., 72 s.

85. Sul tema generale v. AMATUCCI, *Società e comunione*, Napoli, 1971, 239; PALMIERI, *La nullità della società per azioni*, cit., 490; PRESTI - RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale*, Bologna, 2019, 481 (vol. unico), 356; per la non applicabilità dell'art. 2332 alle società di persone ANGELICI, *La società nulla*, cit., 286 ss. La giurisprudenza in diverse occasioni ha deciso a favore della estensione degli effetti della nullità quali previsti dall'art. 22332: v. Cass. 19 gennaio 1995, n. 565, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 1165, in *Riv. dir. comm.*, 1996, II, 35; Trib. Biella, 29 luglio 1994, in *Giur. it.*, 1995, I, 2, 257; Trib. Milano, 31 ottobre 1983, in *Società*, 1984, 546; di diverso avviso invece Trib. Alba, 22 ottobre 1999, in *Società*, 2000, 319; e la stessa Cass., 2 gennaio 1995, n.7, in *Riv. dir. comm.*, 1996, II, 35.

86. Soluzione antiletterale, per quanto diffusa in dottrina: ne rilevano le criticità e suggeriscono un percorso alternativo, che passa per l'inquadramento della società di persone nulla nell'ambito delle società irregolare e di fatto COTTINO - WEIGMANN, *Le società di persone*, in *Tratt. dir. comm.* diretto da Cottino, III, cit., 133 ss.

lineare cessazione della suddetta attività e della struttura organizzativa che la gestisce, nonché di tutela dei creditori che ne deriva, a legittimare l'applicazione estensiva in oggetto del comma 4 dell'art. 2332 c.c.

Sulla base del descritto quadro normativo, si può sollevare il dubbio se anche per gli enti del terzo settore, quanto meno quelli che svolgano attività di impresa, o almeno limitatamente allo svolgimento dell'attività di impresa, si possa riproporre, in via interpretativa come per le società di persone, l'applicazione estensiva della regola che traduce in causa di scioglimento la causa di invalidità della società. L'interrogativo appare oggi di maggior complessità: sino a ieri si poteva agevolmente rispondere che il tema centrale qui evocato, vale a dire la tutela dei creditori dell'associazione e della fondazione, dovesse risolversi compiutamente nella disciplina dell'estinzione dell'ente e devoluzione del suo patrimonio, laddove l'attività di controllo degli organi della pubblica amministrazione avrebbe svolto funzione di garanzia e tenuto il luogo di qualsiasi tutela, immanente nella legge come è per l'obbligo di preventiva liquidazione, ovvero attivabile ad istanza di parte, quale ad esempio l'opposizione del creditore.

Il punto è che bisogna comunque *giustificare l'attivarsi della procedura devolutiva*, dal momento che il codificatore del 2017 (così come in passato il redattore del codice civile nel 1942) non prende affatto in considerazione la vicenda della sopravvenuta e dichiarata invalidità dell'ente associativo. Qui la ricostruzione può astrattamente seguire due diversi percorsi – uno dei quali, come si vedrà, appare invero preferibile perché meglio armonizzabile con il sistema legislativo indicato dalla disciplina desumibile dal Codice del terzo settore come integrato dal codice civile.

In base ai principi generali, l'uscita di scena per nullità di un ETS, in assenza di un'apposita regolamentazione, dovrebbe pianamente ricondursi alla regola *quod nullum est, nullum producit effectum*. Il che comporterebbe – anche qui – una repentina quanto poco accettabile scomparsa dell'ente, in realtà mai validamente esistito, con virtuale attribuzione del suo patrimonio alla comunione degli ex-associati, in quote paritetiche, i quali sarebbero gravati dell'obbligo di procedere alla sua devoluzione previa soddisfazione dei creditori, secondo le regole vincolanti del CTS.

Il punto invero appare delicato e tutt'altro che scontato: se infatti si ritenesse di proporre una ricostruzione del tutto formale della fattispecie, si potrebbe anche sostenere che, essendo nulla e quindi non mai esistente, l'associazione non avrebbe efficacemente integrato la fattispecie ETS, e così non sarebbe configurabile neppure alcuna devoluzione in senso tecnico del suo patrimonio. A ben vedere però si dovrebbe osservare altresì che l'iscrizione al RUNTS avrebbe comunque creato un'apparenza titolata, tale da

consentire in ipotesi all'ente poi dichiarato nullo l'accesso alle agevolazioni e alle provvidenze dedicate al Terzo Settore, e una artificiosa sottrazione al meccanismo devolutivo parrebbe evidentemente fraudolenta<sup>87</sup>.

Sembra invero preferibile sostenere che la nullità esprima il suo effetto di causa estintiva dell'ente e così direttamente (e linearmente) inneschi il meccanismo che conduce alla sua cancellazione dal Registro Unico Nazionale e quindi alla devoluzione del suo patrimonio, secondo la disciplina tipizzata dal CTS. Sul piano procedimentale, la devoluzione implica la preventiva liquidazione dell'ente nullo, *che però in tale fase sopravvive* e mantiene la soggettività e la capacità patrimoniale necessarie a completare al meglio le operazioni di conversione dei propri cespiti in denaro liquido<sup>88</sup>. Il passaggio logico che lega la devoluzione alla liquidazione emerge del resto dalla testuale prescrizione dell'art. 31 c.c. e dell'art. 49 CTS, ove si legge che forma oggetto di devoluzione quanto appunto residua dalla liquidazione<sup>89</sup>. In ciò si innesca la tutela dei creditori, che saranno soddisfatti prima della cancellazione dell'ente e dell'attribuzione devolutiva del patrimonio residuale ad altro soggetto. Ragionando in questa prospettiva, la simmetria con l'art. 2332 c.c., difettosa sul piano procedimentale, appare quasi perfetta su quello effettuale.

Si potrebbe per contro obiettare che saremmo qui di fronte ad una scelta di campo operata dal legislatore: se si tratta di una società personificata, la sua uscita di scena può pregiudicare coloro che hanno intessuto rapporti economici con la medesima, e posto che la nullità comporta la necessaria cessazione della sua attività, quale necessaria condizione di tale cessazione s'impone che i suoi creditori siano preventivamente soddisfatti. Nulla di tutto questo si dice nel codice civile o in quello del Terzo settore a proposito degli ETS, dunque si dovrebbe concludere che l'assenza dello svolgimento di un'attività di impresa renderebbe superflua tale cautela a beneficio dei creditori.

In realtà, il "canto del cigno" dell'associazione come detto segna l'attribuzione del suo patrimonio ad altro ente in qualche modo destinato a continuarne obiettivi e attività, al precipuo scopo di perpetuare quella

87. All'evidenza la problematica configurazione dell'atipico vincolo devolutivo gravante sui soci e il ricorso alle categorie generali dell'apparenza e della frode alla legge sarebbero del tutto superflui, ove si seguisse la soluzione di tradurre anche qui la causa di nullità in causa di scioglimento dell'associazione, come descritto subito dopo nel testo.

88. Cass., 1° giugno 1993, n. 6099, in *Mass. Giur. It.*, che fa coincidere la fase dissolutiva dell'ente del primo libro del Codice civile con l'apertura della fase di liquidazione.

89. In generale sul tema v. BUSANI - CORSICO, *Atto costitutivo, statuti e operazioni straordinarie degli enti del terzo settore*, cit., 254.



destinazione al perseguimento di interessi civici, solidaristici e di utilità sociale che presuppone l'accesso al terzo settore. Sotto questo profilo, le ragioni che impongono<sup>90</sup> l'apertura della fase liquidativa allo scopo di depurare il patrimonio di devoluzione dai debiti potrebbero apparire sin più forti che nel caso delle società.

Ben diversa sarebbe la prospettiva, se la devoluzione esaminata *non fosse in nessun caso preceduta* dalla fase liquidativa. In tale contesto, derivante quindi da una discutibile ricostruzione atipica della fattispecie estintiva, sarebbero forse ravvisabili maggiori attinenze rispetto all'operazione di fusione, che intercorrerebbe tra l'ente nullo e quello cui sarà attribuito il patrimonio del primo. Beninteso qui l'"incorporazione" dell'ente estinto in quello beneficiario non sarebbe frutto dell'autonomia negoziale ascrivibile agli organi amministrativi e assembleari degli enti coinvolti ai sensi dell'art. 42 *bis* c.c., ma deriverebbe piuttosto da un obbligo di legge di matrice pubblicistica. E sempre seguendo questa ricostruzione alternativa, posto che la procedura d'incorporazione contempla un proprio strumento di tutela per i creditori, vale a dire l'opposizione, ci si potrebbe interrogare sulla possibilità di postulare la legittimazione del creditore dell'ente, che subisca la devoluzione "non liquidativa", a rivolgere un'istanza finalizzata a sottolineare i rischi, connessi al descritto trasferimento patrimoniale comprensivo dei debiti, di non veder soddisfatte le proprie pretese, con contestuale richiesta di anticipato pagamento. Destinatario di tale comunicazione potrebbe essere l'ufficio regionale del RUNTS, chiamato a esprimere il proprio parere sulla sorte del patrimonio dell'ente estinto. È chiaro che, con riguardo a un aspetto procedimentale così delicato, l'ipotesi di "ortopedia interpretativa" da ultimo prospettata appare scivolosa. Pare infatti assorbente l'obiezione che il legislatore sul punto si è espresso in termini generali, individuando nella devoluzione *preceduta da liquidazione* lo strumento generalmente idoneo a superare l'*impasse* connesso alla nullità di un ente del terzo settore. Sarebbe invero discutibile – sembra – che, in una vicenda dell'ente così rilevante sul piano patrimoniale, il perseguimento dell'interesse generale finisse per derogare alla disciplina della fase estintiva dell'ente, eccezionalmente traducendo la causa dissolutiva in causa di fusione coattiva<sup>91</sup>.

90. All'ente che sopravvive in applicazione dei principi societari, ovvero ai soci che gli subentrano.

91. In argomento merita ricordare che la devoluzione del patrimonio operante nella disciplina dedicata dal codice civile alle cooperative presuppone il trasferimento all'ente beneficiario dell'intero patrimonio, al lordo dunque delle passività, in quanto quella devo-

### 3. *Cenni a talune ulteriori connessioni in tema di cooperative*

È possibile individuare infine taluni elementi di collegamento lucrativo-mutualistico, che meriterebbero trattazione e sviluppo autonomi per la rilevanza che assumono le materie cui si riferiscono, ma che in questa sede possono formare oggetto unicamente di un accenno.

Le norme sulle obbligazioni regolate dagli artt. 2410 e seguenti appaiono pressoché totalmente riferibili alle cooperative, salve le eccezioni previste per le cooperative di credito dal t.u. bancario e le condizioni di emissione che dovrebbe fissare il CICR ai sensi dell'articolo 58 della legge 28 dicembre 1998, numero 448<sup>92</sup>. La disciplina mutualistica assorbe altresì le disposizioni in tema di bilancio, anche qui completandole con una serie di precisazioni attinenti alla gestione di servizio dei soci<sup>93</sup>. Più precisamente, l'art. 2545 c.c. richiede una relazione annuale sul carattere mutualistico della cooperativa; l'art. 2545 *sexies*, 2° comma c.c. prevede la separazione contabile dei dati relativi all'attività con i soci e con i terzi; l'art. 2513 c.c. si pone a carico delle cooperative a mutualità prevalente l'obbligo di documentare nella nota integrativa l'osservanza del requisito della prevalenza<sup>94</sup>.

Le modifiche statutarie e le operazioni straordinarie sono anch'esse da ricostruire e adattare alla mutualità sulla falsariga della disciplina elaborata per i modelli lucrativi: così avviene, ad esempio, per le variazioni in aumento del capitale, posto che la fisiologica variabilità del capitale consente l'ingresso di nuovi soci prescindendo dalla procedura regolata

luzione è concepita non in esito alla cessazione d'attività della società mutualistica, bensì nell'ambito della sua trasformazione (v. CAVANNA, *Trasformazione delle società cooperative*, in *Tratt. Omnia* diretto da Donativi, Milano, 2022, vol. 4, 1457).

92. V. in proposito Delibera 3 maggio 1999.

93. Per le cooperative come per tutti i tipi societari, le disposizioni sul bilancio della s.p.a. costituiscono la disciplina di riferimento: in generale sul tema v. QUATTROCCHIO, *Le scritture contabili e il bilancio*, in *Le nuove società di persone*, diretto da Cottino e Cagnasso, Torino, 2014, I, 199; NIGRO, *Le scritture contabili*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.* diretto da Galgano, 1978, 286 ss; DANOVI - IRRERA - SERVATO, *Elementi di bilancio e finanza aziendale per giuristi*, Padova, 2011.

94. Altri passaggi rilevanti la disciplina contabile: in tema di riserva legale l'art. 2430 c.c. è derogato dall'art. 2545 *quater* c.c. che va letto in relazione all'art. 2545 *ter* c.c. in tema di riserve indivisibili; l'art. 2433 *bis* (acconti sui dividendi) deve essere raccordato con quanto previsto dall'art. 2545 *quinqüies* secondo comma c.c., il quale consente la distribuzione di dividendi (ma anche l'acquisto di proprie azioni o l'assegnazione di riserve divisibili) solo ove il rapporto tra il patrimonio netto e il complessivo indebitamento della società sia superiore a un quarto.

dagli artt. 2438 e seguenti c.c.; procedura che invero può essere attivata con espressa delibera dell'assemblea straordinaria, come prevede l'art. 2524 c.c. Guardando all'opposta dinamica che porta alla riduzione del capitale: la riduzione c.d. reale appare percorribile anche in ambito mutualistico; anche l'incidenza delle perdite segue dinamiche riconducibili a quelle delle società lucrative, con l'importante differenza che nella specie mancherebbe un capitale minimo cui ancorare la seconda soglia di attenzione<sup>95</sup>, sicché potrebbe trovare applicazione unicamente l'art. 2446 c.c. in relazione al superamento della soglia del terzo del capitale<sup>96</sup>, non anche l'art. 2447 c.c. per quanto attiene alla discesa del capitale al disotto della soglia minima.

95. Questa è la tesi prevalente, costruita sulla lettera della legge, che in tema di cooperative non indica espressamente una soglia minima di capitale. In realtà il discorso dovrebbe essere riconsiderato alla luce del fatto che la struttura finanziaria delle società mutualistiche è stata sempre più valorizzata, almeno a partire dalla riforma del 2003, sicché non sembra affatto fuori luogo ipotizzare l'individuazione di un capitale minimo come risultato della moltiplicazione del conferimento minimo richiesto a soci cooperatori e finanziatori per il numero effettivo dei medesimi soci ad una certa data. Certo, l'entità di tale conteggio potrebbe essere poco significativa in una società di minori dimensioni cui partecipino pochi soci, e pertanto in tale evenienza non esisterebbe una differenza significativa tra il capitale minimo e la soglia dello zero; ma il discorso assumerebbe contorni ben diversi laddove la cooperativa abbia un numero elevato o anche assai elevato di soci, perché in tal caso il minimo in tal modo individuato potrà consentire l'applicazione dell'art. 2447 c.c. Il principale elemento di complicazione, non insuperabile, sarebbe rappresentato dalla variabilità del minimo così definito: variabilità che potrebbe invero creare elementi di effettiva complicazione solo se si verificasse un repentino e massiccio abbandono dei soci, magari proprio in coincidenza di situazioni di disequilibrio patrimoniale.

96. Così in giurisprudenza Cass. Pen., 20 marzo 1998, n. 1752, in *Giust. pen.*, 1999, II, 446, ove si afferma espressamente l'applicabilità dell'art. 2446 c.c. al caso di perdite subite dalla società cooperativa, in ragione del rinvio generale dell'art. 2516 c.c. (ora riconducibile al nuovo art. 2519 c.c.): nessuna incompatibilità è ravvisata dalla Suprema Corte tra l'obbligo di ridurre il capitale per perdite e la sua variabilità, con conseguente riconoscimento della responsabilità penale degli amministratori che non hanno provveduto alla tempestiva convocazione dell'assemblea quando le perdite abbiano superato il terzo del capitale. Sul punto v. BONFANTE, *La nuova società cooperativa*, cit., 225 ss.; per una lettura critica, v. GENCO, *La disciplina societaria delle cooperative: recenti sviluppi giurisprudenziali* (dattiloscritto citato da DI CECCO, *Il capitale e le altre forme di finanziamento*, in *Le cooperative prima e dopo la riforma del diritto societario*, a cura di Marasà, cit., 500), secondo il quale la Suprema Corte avrebbe sanzionato gli amministratori unicamente perché essi non avevano convocato l'assemblea, non anche perché non avessero assunto le misure, immediate o differite, necessarie ad estinguere le perdite; v. anche BENAZZO - PIETROBONI, *La riduzione del capitale per perdita nella cooperativa-s.p.a.: applicabilità dell'art. 2446?*, in *Riv. dir. impr.*, 2010, 35 ss.; CUSA, *La riduzione di capitale nelle società cooperative*, in *Riv. soc.*, 2010, 471 ss. Sulla stessa linea della Cassazione Penale si pone anche il Tribunale di Napoli, nella decisione del 15 settembre 1998, in *Società*, 1999, 581, con nota di Di

Postulando l'assenza di tale minimo, si equipara la discesa al disotto del minimo alla perdita totale del capitale: e in definitiva ciò non fa che accordare, nelle cooperative, una disciplina di maggior favore per i soci e di minor tutela per i creditori, soprattutto perché esclude l'obbligo di ricostituire un capitale minimo una volta che la società intenda restare operativa. In tale prospettiva si predilige una soluzione diversa rispetto al modello azionario, ma non inedita: a be4n vedere infatti, ciò è quanto avviene nel caso della società a responsabilità limitata semplificata e ipocapitalizzata. Il presupposto di tale tecnica legislativa muove dal rilievo che per le società (lucrative o mutualistiche non importa) comunque non dotate di significativa capitalizzazione finisce per essere indifferente se il secondo relè delle perdite scatti allorché si sia scesi sotto il capitale minimo ovvero il capitale sia andato interamente perso.

La regola dell'applicazione con adattamenti vale anche per le operazioni di trasformazione, fusione e scissione. Si tratta di un insieme di norme che assumono una rilevanza notevole, e non solo per il fatto che "sdoganano" definitivamente l'accesso della cooperativa alle medesime menzionate operazioni straordinarie. Meritano d'essere prese in esame le tecniche normative di costruzione della disciplina, diversificate a seconda della singola operazione. Il legislatore avverte come maggiormente problematica la trasformazione, che con il suo salto causale consente il transito dall'impresa lucrativa a quella mutualistica e (soprattutto viceversa). Al divieto tradizionale di accedere all'operazione, si è dunque sostituito l'obbligo di devoluzione del patrimonio quale condizione perché una cooperativa agevolata possa mutare il proprio codice genetico, e allo scopo si è provveduto ad introdurre una specifica (e complessa) procedura<sup>97</sup> che indirizza l'*exit* dalla causa mutualistica costituzionalmente riconosciuta. Le disposizioni specifiche dedicate alle cooperative (contenute nell'art. 2545 *decies* c.c.) vanno dunque a integrare quelle, generali, in tema di trasformazione eterogenea.

CECCO, ove espressamente si sostiene che la delibera di ripianamento delle perdite debba essere presa dall'assemblea straordinaria, altrimenti espropriata della sua competenza a decidere in merito alla continuazione dell'attività d'impresa collettiva previo il necessario abbattimento delle stesse perdite, ovvero la sua interruzione.

97. Sul punto v. GENCO, *La trasformazione delle cooperative e la devoluzione ai fondi mutualistici*, in *La riforma delle società cooperative*, a cura di Genco, cit., 303; MALTONI, *Società cooperative e trasformazione*, in MALTONI - TASSINARI, *La trasformazione delle società*, Milano, 2005, 259; CORVESE, *Commento sub art. 2545 decies*, in *Comm. Sandulli-Santoro*, Torino, 2003, 204; BONFANTE, *La società cooperativa*, cit., 434 ss.; CAVANNA, *Trasformazione delle società cooperative*, in *Tratt. Omnia* diretto da Donativi, vol. 4, Milano, 2022, 1452.

Premesso che le stesse disposizioni in tema di trasformazione troveranno applicazione allorché pure la fusione e la scissione coinvolgano ad un tempo società cooperative e società lucrative ovvero comportino trasformazioni dalle une alle altre, per il resto la disciplina di queste ultime due operazioni straordinarie si appiattisce su quella generale costruita sulle società lucrative di cui agli artt. 2501-2506 *quater* c.c.: ciò per l'espresso rinvio operato dall'art. 2545 *novies* c.c., che finisce quasi per sovrapporsi all'art. 2519 c.c.<sup>98</sup>. In realtà tale richiamo in blocco assume una rilevanza anche più significativa, in quanto sottolinea come comune alle società lucrative siano i diversi procedimenti che introducono le modifiche più significative e sensibili sull'organizzazione della società. Il punto sarà ulteriormente approfondito nel prosieguo della trattazione: non senza anticipare in questa sede che è anche il riferimento a queste disposizioni (v. art. 42 *bis* c.c.) che induce a individuare una comune tendenza a uniformare la struttura delle organizzazioni collettive che non sono lucrative e neppure imprenditoriali, alla disciplina societaria.

Guardando alle disposizioni residualmente dettate per le s.r.l., appare compatibile con i principi cooperativi la possibilità in sede di sottoscrizione di garantire il versamento con polizza assicurativa o fideiussione bancaria, garanzie che valgono inoltre a garantire i conferimenti d'opera e di servizi ritenuti ammissibili in questo tipo di società. In effetti il conferimento d'opera, che astrattamente può avere un notevole impatto nelle cooperative, non può "rubare il campo" alla controprestazione mutualistica caratterizzante la gestione di servizio nelle cooperative di produzione e lavoro, ove la prestazione, lavorativa e non d'opera, entra nell'oggetto sociale; l'istituto, a dire il vero non troppo utilizzato neppure in ambito lucrativo, potrà dunque trovare applicazione in campo nelle cooperative di consumo. Uno specifico margine di rilevanza nelle cooperative di lavoro il conferimento d'opera potrebbe averlo solo se riguardante prestazioni lavorative aggiuntive e diverse da quella qualificante lo scambio mutualistico. Discorso a parte meritano i modelli decisionali non collegiali: sui

98. Sul piano puramente formale il riferimento espresso alla disciplina generale si giustifica perché l'art. 2519 c.c. rimanda alternativamente alle disposizioni in tema di s.p.a. e s.r.l., mentre le norme sulla fusione hanno portata più trasversale e si applicano di fatto a tutte le società di persone e di capitali: sotto questo profilo, l'indicazione normativa non si risolve in una mera ripetizione di un precetto già espresso. In argomento v. PACIELLO, *Commento sub art. 2545 novies*, in *Società cooperative/Comm. Marchetti*, cit., 483; G. Scognamiglio, *Le fusioni e le scissioni "semplificate" nella riforma del diritto societario*, in *Riv. not.*, 2003, I, 889 ss.; CORVESE, *Commento sub art. 2545 novies*, in *Comm. Sandulli, Santoro*, 4, Torino, 2003, 198 ss.

quali però si rinvia ad altre parti del presente lavoro, dove sono più specificamente esaminati<sup>99</sup>.

Non si propone in questa sede una simmetrica disamina della disciplina della raccolta del risparmio degli enti del Terzo settore, che si articola in una diversa disciplina regolamentare<sup>100</sup>; per le operazioni straordinarie, si rinvia invece ad altra parte del presente lavoro<sup>101</sup>.

99. V. Capitolo terzo, paragrafi 1 e 2.2.

100. CEOLIN, *Codice del Terzo settore a norma dell'art. 1 comma 2 lettera b) della legge 6 giugno 2016, n. 106*, in *Comm. cod. civ. e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di De Nova, cit., 75 ss., ove riferimenti.

101. In tema di operazioni straordinarie v. cap. 4.

## Capitolo III

# La *governance* degli Ets tra vocazioni ideali e suggestioni capitalistiche

SOMMARIO. 1. Struttura della *governance* della cooperativa: la contaminazione con la *governance* delle società di capitali. *a)* In tema di assemblea. 1.1 *b)* In tema di amministrazione e controllo. – 2. La *governance* degli ETS. L'assemblea. – 2.1 Nel dettaglio: le assemblee separate. – 2.2 L'organo assembleare o di indirizzo nelle fondazioni di partecipazione. – 2.3 L'organo amministrativo. – 2.3.1 *Segue*: rappresentanza; responsabilità. – 2.3.2 *Segue*: doveri degli amministratori e assetti adeguati. – 2.4 Pubblicità e disciplina contabile: le simmetrie imperfette.

### 1. *Struttura della governance della cooperativa: la contaminazione con la disciplina delle società di capitali. a) In tema di assemblea*

Anche con riguardo alla disciplina degli organi, nelle cooperative il richiamo alle società di capitali emerge persino più marcato, se si fa eccezione per le pur decisive disposizioni, le cui deroghe al modello capitalistico si giustificano in ragione della struttura democratica e funzionale alla mutualità.

Muovendo dall'assemblea, l'art. 2538 c.c. prevede che sarà l'atto costitutivo a stabilire le forme di convocazione, nonché le maggioranze richieste per la costituzione e la validità delle deliberazioni del collegio dei soci. Invero, l'autonomia statutaria qui prefigurata non è senza limiti: che vanno appunto individuati, in riferimento ai *quorum* costitutivi e deliberativi, nelle regole generali di funzionamento delle assemblee della s.p.a., se azionario è il modello residuale di riferimento, ovvero della s.r.l. nelle altre ipotesi.

Così nelle cooperative “per azioni” si dovranno differenziare le maggioranze richieste nell'assemblea ordinaria da quelle previste per la straordinaria, e tra la prima e la seconda convocazione. Similmente troverà applicazione la regola che impone di tenere la seconda convocazione in un giorno diverso dalla prima<sup>1</sup>. Anche le disposizioni in materia d'inter-

1. Per le banche popolari quotate in borsa, dovrà applicarsi altresì l'ultimo comma dell'art. 2369 c.c. in tema di *quorum* costitutivo delle assemblee straordinarie successive

vento e voto *ex art.* 2370 c.c. trovano il loro spazio nell'assemblea cooperativa, doverosamente coordinate con l'art. 2538 c.c. che riserva il diritto di voto unicamente a coloro che risultino iscritti a libro soci da almeno un trimestre<sup>2</sup>. Il che non vale a rendere di per sé obbligatorio il deposito dei titoli rappresentativi della partecipazione, a meno che lo richieda in modo espresso lo statuto, nei termini del secondo comma dell'art. 2370 c.c.

Si segnala inoltre la piena compatibilità delle norme in tema d'invalidità delle deliberazioni di aumento di capitale e di emissione di obbligazioni, ai sensi dell'art. 2379 *ter* c.c.: la nuova disciplina cooperativa, infatti, da un lato ammette il ricorso a queste tipologie di finanziamento, dall'altro prevede un'inedita forma di aumento di capitale, preso con delibera dell'assemblea straordinaria (v. sul punto l'art. 2524, 3° comma c.c.)<sup>3</sup>.

È il regime generale dell'annullabilità delle deliberazioni assembleari a sollevare qualche incertezza. Si pone in particolare il tema se possa essere estesa all'ambito mutualistico della regola "capitalistica"<sup>4</sup>, in base alla quale sono legittimati ad agire per l'annullamento della delibera assembleare i soci titolari di tante azioni munite di diritto di voto per la delibera impugnata, pari almeno all'uno per mille nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, e al cinque per cento nelle altre, salvo che lo statuto non riduca o escluda del tutto tale *barrage*.

alla seconda convocazione. La necessità di rinviare alle regole generali di funzionamento delle assemblee, con riguardo alla differenziazione dei *quorum* a seconda del succedersi delle convocazioni, risulta confermato dalle disposizioni transitorie, che espressamente prevedono una terza convocazione per l'adeguamento a maggioranza semplice delle norme inderogabili della riforma (art. 223 *duodecies* disp. att. c.c.).

2. Anzi, a maggior ragione assume rilievo la regola in esame, posto che la variabilità del capitale potrebbe anche agevolare manovre distorsive della formazione della maggioranza assembleare. Anche per questa ragione, per inciso, si ritengono invece non applicabili alle cooperative strutturate in forma di s.r.l. le più recenti disposizioni che, per tale tipo capitalistico, hanno abrogato il libro-soci: la variabilità del capitale impone infatti di poter riscontrare con facilità e immediatezza la composizione della compagine sociale sempre e comunque, e non solo allorché fosse introdotta una deroga statutaria al nuovo regime "anagrafico" della compagine di s.r.l. Si deve quindi concludere che la "semplificazione" introdotta con il d.l. 185/2008 risulta incompatibile con la disciplina delle cooperative: sul tema v. la conforme *Massima I.L. 4* elaborata dal Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie, sottolineando l'esigenza di controllo dell'organo amministrativo sulla regolarità formale e sostanziale di ogni cessione di quota.

3. Sul punto v. in generale PACIELLO, *Commento sub art. 2524*, in *Soc. Cooperative/Comm.* Marchetti, cit., 173 ss.; SCHIRÒ, in CECCHERINI - SCHIRÒ, *Società cooperative e mutue assicuratrici*, in *La riforma del diritto societario*, a cura di Lo Cascio, cit., 74; e inoltre MONTAGNANI, *Commento sub. art. 2524*, in *Comm. Sandulli-Santoro*, cit., 82.

4. Di cui al terzo comma dell'art. 2377 c.c.



In primo luogo, si deve convenire che la lettura “cooperativistica” della norma non può tradursi nella generalizzata legittimazione individuale di ogni socio: in tale prospettiva si finirebbe infatti per abrogare la norma, che invece apprezzabilmente valorizza nel tipo azionario la stabilità degli assetti derivanti dalle deliberazioni prese. Ciò premesso, si tratta allora di vagliare il grado di compatibilità dell’art. 2377 comma 3 c.c. con le disposizioni mutualistiche, secondo la generale previsione dell’art. 2519 c.c.<sup>5</sup>. In particolare, l’attenzione qui si appunta sul profilo se possa valere anche per le cooperative la *soglia* di partecipazione dell’art. 2377 c.c., significativamente *commisurata al capitale sociale*<sup>6</sup>, o se invece non si renda necessario *rileggere* quest’ultimo criterio in chiave compiutamente mutualistica.

Pare preferibile la tesi<sup>7</sup> che nega la diretta applicabilità della regola capitalistica e si richiama alle diverse norme che prevedono analoghe soglie di partecipazione per l’esercizio di diritti mutualistici<sup>8</sup>. Così l’art. 2538, comma 5, c.c. in tema di assemblea fa riferimento al conteggio del numero totale dei *voti* che possono essere espressi in assemblea, sul presupposto che esso non coincida necessariamente con il numero dei soci, ove a taluno dei questi ultimi sia attribuito un *voto plurimo* ai sensi dei commi 3 e 4 dello stesso art. 2538 c.c. Al diverso criterio, anche più personalistico, che rimanda al numero dei *soci* in tal modo prescindendo dall’eventuale voto plurimo che alcuno di essi possa esprimere, si riferisce invece l’art. 2541, comma 2 c.c. in tema di convocazione delle assemblee speciali dei possessori di strumenti finanziari. Tra questi due va in circoscritta la scelta del parametro maggiormente idoneo a rimodulare la soglia partecipativa del terzo comma dell’art. 2377 c.c., al di sopra della quale si legittima l’esercizio dell’azione di annullabilità della deliberazione assembleare.

Diversamente chi sostiene l’opposto orientamento per così dire “capitalistico” si rifà all’art. 2545 *quinquiesdecies* c.c., che appunto assume la misura della partecipazione al capitale (almeno un decimo) quale criterio identificativo “universale” della minoranza qualificata cui è consentito di

5. BARTALENA, *Art. 2519*, in *Società cooperative/Comm. Marchetti*, cit., 94 s.

6. Come detto l’uno per mille nelle società aperte al mercato del capitale di rischio, il 5 per cento del capitale per le altre.

7. In contrasto con l’orientamento espresso da parte della giurisprudenza: v. Trib. Milano, 19 settembre 2017, in *Società*, 2018, 153 ss., con contrapposti commenti di BONFANTE - SALAFIA, *Legittimazione ad impugnare delibera assembleare di cooperativa. Criterio numerico o capitalistico?*

8. In questi termini v. BONFANTE, *Legittimazione ad impugnare delibera assembleare di cooperativa. Criterio numerico o capitalistico?*, appena sopra cit.

promuovere la denuncia di gravi irregolarità al Tribunale, ai sensi dell'art. 2409 c.c. L'argomento peraltro non appare decisivo: a ben vedere, infatti, la norma appena richiamata *affianca* due criteri, vale adire quello della partecipazione minima al capitale e quello del numero dei soci (almeno un decimo del loro numero totale), del quale si è discusso in precedenza. Invero la stessa alternativa lascia intendere che il legislatore non avverte per sé decisiva la solita regola connessa alla misura del capitale posseduta: se mai la norma che introduce all'art. 2545 *quinquiesdecies* c.c. esprime la volontà di contemperare situazioni e parametri tra loro diversi, anche tenuto conto del fatto che la vicenda del tutto peculiare del controllo giudiziario coinvolge anche (se non esclusivamente...) interessi patrimoniali e ciò può certamente giustificare un'apertura al corrispondente criterio capitalistico di conteggio della minoranza qualificata.

In ogni caso imporre ai soci *cooperatori* un criterio, quello capitalistico, concepito per valorizzare i rapporti di forza all'interno di società diverse dalle cooperative nelle quali (almeno di regola) prevale chi ha eseguito il maggior investimento, tradirebbe non tanto il principio democratico del voto pro capite caratterizzante il funzionamento dell'assemblea della cooperativa, quanto piuttosto la stessa causa mutualistica, che invece valorizza la gestione di servizio al socio e non il capitale dallo stesso investito, per sé non espressivo di un interesse qualificato e rilevante.

Le maggioranze, nel modello lucrativo di riferimento costruite sul capitale sociale, si dovrebbero piuttosto *adattare al numero dei soci cooperatori, o meglio al numero dei voti ad essi riservati*. Il correttivo del numero dei voti rispetto a quello dei soci si rende necessario per la prima volta a seguito della riforma organica del d.lgs. n. 6/2003, allorché l'istituzionalizzazione della figura dei soci finanziatori<sup>9</sup> e la regolamentazione della loro partecipazione all'organo assembleare fa saltare la sino ad allora quasi

9. Altra questione, sinora a quanto ne consta inedita, attiene al computo della soglia di riferimento per legittimare l'azione di annullamento con riguardo alla figura dei soci finanziatori, per i quali non trova necessaria applicazione la regola del voto *pro capite*. La natura capitalistica della partecipazione per un verso lascerebbe preferire il criterio anch'esso plutocratico della quota di possesso del capitale nominale; per altro verso, invece, viene in evidenza la regola che riduce sempre a minoritaria la posizione del socio finanziatore, onde in sede deliberativa non è tecnicamente possibile che una decisione sia presa con una maggioranza dirimente dei medesimi finanziatori. Invero quest'ultima non può apparire come una fattispecie eccezionale: la scelta legislativa già del 1992 andava nel senso di confinare la partecipazione non mutualistica in posizione subalterna. Sembrerebbe allora che tale posizione le debba essere conservata anche laddove si tratti non già di assumere, bensì di impugnare la deliberazione assembleare.

completa coincidenza tra numero dei soci e numero dei voti attribuiti. Ai finanziatori, infatti, è consentito attribuire un numero di voti commisurato alla quota di capitale che sottoscrivono – pur con la decisiva limitazione che quel numero di voti deve pur sempre essere proporzionato a non più di un terzo del totale dei voti che possono essere espressi in assemblea (v. art. 2526, comma 2 ultimo periodo)<sup>10</sup>. Tale criterio è del resto esplicitamente richiamato dall'art. 2538, comma 5 c.c., proprio con riferimento al conteggio dei *quorum* assembleari: di qui la lineare conclusione che lo stesso criterio può essere impiegato anche al fine di rimodulare in chiave mutualistica la minoranza qualificata dell'art. 2377, comma 3 c.c. autorizzata a far valere l'annullabilità delle medesime deliberazioni assembleari.

Si è detto che la soluzione di convertire la percentuale di capitale nel numero dei voti rappresenta la puntuale “proiezione” della regola del voto *pro capite*, operante allo scopo di «preservare nello svolgimento della vita sociale i principi democratici e mutualistici a fronte della “contaminazione” capitalistica» che comporta l'introduzione del socio finanziatore e di simmetrici criteri d'attribuzione del voto<sup>11</sup>. E ciò appare tanto più corretto, se si conviene che alcune se non tutte le deroghe al voto *pro capite* dei soci cooperatori riflettono l'intento di meglio valorizzare l'inclusione mutualistica nei processi decisionali<sup>12</sup>.

In tal senso sembra corretto riferirsi alla regola del *numero dei voti* e non al *numero dei soci*, anche con riguardo a taluni istituti privi di autonoma disciplina mutualistica, perché importate dal modello capitalistico di riferimento, quali ad esempio la richiesta agli amministratori della convocazione dell'assemblea (art. 2367 c.c.), oppure il rinvio di quest'ultima (art. 2374 c.c.), o, ancora, la denuncia al collegio sindacale (art. 2408

10. In argomento v. per qualche esemplificazione CAVANNA, *Fusione e scissione delle società cooperative*, cit., 129 ss.

11. V. sul tema BONFANTE, *Art. 2538*, in *Il nuovo diritto societario*. Commentario diretto da Cottino, Bonfante, Cagnasso, Montalenti, Bologna, 2004, 2566; diversamente CUSA, *Art. 2519*, in *Società cooperative* a cura di Presti, Milano, 2006, 306 s., che ritiene preferibile far riferimento al numero dei soci; in questo stesso senso RACUGNO, *La società cooperativa*, in *Tratt. Buonocore*, cit., 126.

12. Il voto plurimo concesso al socio cooperatore persona giuridica serve a valorizzare la molteplicità di interessi riconducibili ai partecipanti all'ente socio; l'attribuzione di voti aggiuntivi in ragione dell'entità dello scambio mutualistico concretamente posto in essere (e ammesso per le cooperative consortili e per la designazione dell'organo di controllo) finisce per collegare il maggior “peso specifico” amministrativo del socio alla migliore prestazione mutualistica, valutata sul piano qualitativo e quantitativo (in argomento v. *ex multis* CUSA, *Commento sub art. 2538*, in *Comm. Marchetti/Società coop.*, Milano, 2006, 304; RACUGNO, *La società cooperativa*, in *Tratt. Buonocore*, cit., 121).

c.c.). Si tratta di fattispecie diverse, nelle quali però si manifesta la comune esigenza di valorizzare la posizione soggettiva delle minoranze in funzione del criterio di espressione, democratico, del voto capitarario fatto proprio dalla cooperativa<sup>13</sup>. Esigenza che appare puntualmente soddisfatta traducendo la quota di capitale, concepita per la società lucrativa personificata, in percentuale di voti cooperativi.

Per contro, postulare in questa materia una generalizzata fungibilità del criterio capitalistico della quota di capitale sottoscritta con quello del numero dei soci appare fuorviante: l'art. 2545 *quinquiesdecies* c.c. certo introduce tale criterio di equiparazione, ma lo fa guardando a una singola e specifica fattispecie, quella del controllo giudiziario, che – come si è sopra accennato – implica l'attenta valutazione pure di interessi di natura patrimoniale: che se da un lato può forse legittimare la giustapposizione dell'altrimenti generalizzabile criterio che valorizza invece il momento personalistico della partecipazione, per le stesse ragioni non può far asurgere a regola generale la quota capitalistica.

A sostegno dell'assunto valga la seguente esemplificazione: in una cooperativa in ipotesi partecipata solo da operatori, il socio titolare della quota maggioritaria del capitale beneficerebbe di una discutibile preminenza, non solo in tema di impugnazione delle delibere, ma anche di convocazione o rinvio dell'assemblea, di denuncia al collegio sindacale. Si ritiene al contrario suscettibile di applicazione estensiva il criterio che proporziona i diritti dei soci operatori al numero dei voti che essi possono esprimere. In tal senso, la soglia del cinque per cento dell'art. 2377 c.c. dovrà essere riferita proprio a tale parametro "numerico", e non al capitale sottoscritto. All'evidenza il problema si porrà solo per le cooperative che adottano il modello azionario, quindi tendenzialmente di maggiori dimensioni; per quelle strutturate in forma di s.r.l. la disciplina di riferimento non ripropone, infatti, in tema di legittimazione all'impugnativa delle delibere assembleari, un limite quantitativo alla legittimazione ad agire, analogo a quello posto al terzo comma dell'art. 2377 c.c.

Ovviamente il problema esaminato sinora non ha ragione di porsi per le cooperative strutturate in forma di s.r.l., per la quale non esiste un'analoga quota minima di capitale vincolante per chi agisce al fine di ottenere l'annullamento della delibera assembleare, onde ciascun socio (anche di cooperativa s.r.l.) può liberamente e in autonomia proporre tale impugna-

13. Parla di tutela delle "minoranze mutualistiche" BONFANTE, *Legittimazione ad impugnare delibera assembleare di cooperativa. Criterio numerico o capitalistico?*, cit.; in termini più generali CUSA, *Il socio finanziatore nelle cooperative*, cit., 425.

tiva. Il discorso potrebbe diversamente articolarsi, laddove si ritenesse di trarre spunti sistematici dalla previsione contenuta nell'art. 2540, comma 5 c.c. che, in tema di impugnazione delle delibere delle assemblee separate, rimanda direttamente all'art. 2377 c.c.: rinvio astrattamente suscettibile di lettura restrittiva, atta a generalizzare la disciplina dell'invalidità delle deliberazioni di s.p.a. a tutte le cooperative, anche quelle strutturate in forma di s.r.l. L'indice esegetico invero non appare affatto decisivo: certo il riferimento al solo art. 2377 c.c. segnala una preferenza legislativa (che tra l'altro proprio nelle coop.-s.r.l. vale a rendere applicabile alle sole decisioni "periferiche" il *barrage* partecipativo legittimante l'azione di annullabilità, diversamente dalla delibera dell'assemblea generale impugnabile da chiunque), ma ad essa non possa attribuirsi decisivo valore interpretativo, non foss'altro perché, diversamente, si dovrebbe concludere che per le delibere in oggetto non sarebbe proponibile l'azione di nullità<sup>14</sup>.

La principale particolarità mutualistica in materia assembleare attiene alla generale possibilità (che in taluni casi diviene vero e proprio obbligo) di attivare assemblee separate<sup>15</sup>. Ciò di regola avviene allorché la compagine sia particolarmente estesa, per numero di soci o anche in ragione della sua diffusione sul territorio, ovvero per la ragione che la cooperativa alimenta una pluralità di scambi mutualistici.

Tale meccanismo di funzionamento "allargato" del collegio, previsto dall'art. 2540 c.c., costituisce come noto un *unicum* nel panorama del diritto societario. La norma per così dire viene a "ibridare" tra loro due istituti dell'assemblea azionaria: da un lato, il referente è rappresentato dall'articolazione delle *assemblee speciali*, che si tengono "separatamente" da quella generale perché in esse si valorizza la tutela degli interessi degli azionisti di categoria, che richiama la posizione dei soci cooperatori dediti a di-

14. Per l'impossibilità di estendere le disposizioni in tema d'invalidità delle delibere di s.p.a. alle cooperative s.r.l. v. PIETROBONI, *La collettività dei soci*, cit., 403; per l'affermazione che l'art. 2540 non vale a escludere l'applicabilità della disciplina delle nullità della delibera, v. MARANO, *Commento sub art. 2540*, in *Comm. c.c. Alpa Mariconda*, Milano, 2013, 2101.

15. Sul tema, in termini generali, v. CUSA, *La nuova disciplina delle assemblee separate*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 799; DI CECCO, *La governance delle società cooperative: l'assemblea*, cit., 130; VELLA, *la nuova disciplina dell'organo assembleare nelle cooperative*, in *Il nuovo diritto societario*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso diretto da Abbadessa e Portale, 4, cit., 958; RACUGNO, *La società cooperativa*, in *Tratt. Buonocore*, cit., 125; anteriormente alla riforma CAVAZZUTI, *Le assemblee separate*, in *Riv. soc.*, 1965, 591 ss.; BUONOCORE, *Diritto della cooperazione*, Bologna, 1997, 272.

verse gestioni mutualistiche; dall'altro, il meccanismo della designazione nelle assemblee separate dei delegati, destinati a intervenire nell'assemblea generale, vale a differenziare decisamente le assemblee separate dalle speciali e rimanda piuttosto a quello del voto delegato, con la peculiarità che qui però si registra la volontà non già del singolo delegante, ma della totalità degli intervenuti a ciascuna assemblea speciale, a questo modo valorizzando, più che i diversi soggetti votanti, gli orientamenti che essi esprimono, proporzionandone la rappresentanza attraverso la designazione di delegati portavoce della o delle minoranze dissenzienti e comunque strutturandola in modo da agevolare il coinvolgimento locale del maggior numero di soci. Appare altrettanto logico che la sintesi di interessi appena descritta ed espressa dall'istituto della separazione assembleare, per un verso non possa trovare margini applicativi nella disciplina delle società di capitali, ove la delega di voto, variamente articolabile<sup>16</sup>, è strumento avvertito come idoneo e sufficiente ad assicurare il voto dei soci, senza necessità di valorizzare il loro intervento personale; per altro verso, non possa essere pienamente soddisfatta con il semplice rilascio di deleghe di voto ovvero con il voto per corrispondenza nelle cooperative, posto che l'intervento diretto del socio, costituisce un importante valore aggiunto del modello di democrazia assembleare mutualistico<sup>17</sup>.

È discusso se nello statuto di una cooperativa in forma di s.r.l. sia possibile importare i modelli decisionali dei soci non collegiali, vale a dire la consultazione scritta e il consenso espresso per iscritto. Come noto, essi sono generalmente ammessi nelle società a responsabilità limitata, di qui la necessità di verificare la loro adattabilità alle regole della democrazia cooperativa. In dottrina taluno ha avanzato una lettura restrittiva, che nega tale estensione sulla base di un duplice ordine di argomenti. Sul piano formale, si osserva che nella disciplina codicistica delle cooperative si parla

16. Si pensi, oltre alle varie prescrizioni contenute nell'art. 2372 c.c., alla disciplina della rappresentanza assembleare delle società quotate: PERNA, *Public company e democrazia societaria, Voto per delega e governo delle imprese nel capitalismo statunitense*, Bologna, 1998; PELLEGRINO, *La nuova disciplina della rappresentanza dell'azionista nelle società quotate*, Milano, 2002; PETRAZZINI, *Commento sub artt. 136-140*, in *La Legge Draghi e le società quotate in Borsa*, diretto da G. Cottino, Torino, UTET, 1999; TORINO, *L'istituzionalizzazione delle minoranza azionarie. Le associazioni di azionisti in Francia ed in Italia*, in *Riv. soc.*, 1998, 603 ss.; MORANDI, *Le associazioni di azionisti nelle società quotate*, Padova, 2003.

17. BLANDINI, *L'intervento e il voto in assemblea: il voto per corrispondenza e le assemblee separate*, in *Le società cooperative*, a cura di Montagnani, Cassino, 1999, 65 ss.; CUSA, *La nuova disciplina delle assemblee separate*, cit., 799 s.

sempre e solo di “assemblea” dei soci, evitando qualsiasi riferimento a decisioni referendarie non contestuali. Sul piano funzionale, si osserva inoltre che la consultazione scritta e il consenso espresso per iscritto sarebbero non compatibili con le regole cooperative perché di fatto precludono la partecipazione personale e diretta dei soci al procedimento decisionale, e in tal modo menomerebbero la cifra democratica che qualifica la deliberazione collegiale<sup>18</sup>.

Si obietta che l'argomento testuale appare non decisivo, ragionevolmente riferendosi il legislatore all'*id quod plerumque accidit*, senza voler con ciò introdurre limitazioni per i modelli decisionali alternativi della s.r.l., e che il secondo spunto interpretativo appare discutibile, in quanto se è vero che la partecipazione alla decisione collegiale rende possibile l'intervento personale del socio e la sua partecipazione al dibattito assembleare, che invece appare del tutto inibita nell'ambito delle consultazioni scritte e delle raccolte referendarie, anch'esse scritte, di consensi, per altro verso queste ultime consentono al socio altrimenti impossibilitato all'intervento personale e che non intende dare a terzi la propria delega, di esprimere direttamente il proprio suffragio. Del resto, si osserva, la percorribilità della soluzione che autorizza l'espressione del voto a distanza, nell'ambito di una consultazione scritta ovvero di una raccolta del consenso scritto, emerge testualmente dalla generalizzata ammissibilità del voto per corrispondenza (o dato con altri mezzi di telecomunicazione: v. art. 2538 ultimo comma c.c.). In particolare, il socio che esercita il voto epistolare potrà compiutamente leggere nell'avviso di convocazione la proposta di delibera e su tale base esprimere il proprio voto *in anticipo* rispetto al momento in cui si terrà la vera e propria riunione assembleare, alla cui discussione comunque non prenderà parte. Da tale lettura per così dire sistematica del voto per corrispondenza si può dunque trarre argomento per sostenere la compatibilità delle decisioni non collegiali con le regole della democrazia cooperativa. Resta però un elemento di rilevante differenza<sup>19</sup>, rispetto alla disciplina del voto epistolare: una volta che si è scelta la via della consultazione referendaria, tutti i soci sono tenuti a pronunciarsi comunque utilizzando tale modalità; nel caso del voto per corrispondenza, invece, il socio potrà sempre decidere di intervenire direttamente e prendere parte in prima persona ai lavori assembleari. Ciò beninteso non vale a sancire di per sé la definitiva non percorribilità della via mutualistica alla decisione non collegiale *ex art. 2479 c.c.*, ma richiede che si garantisca *al*

18. Sul tema v. CUSA,

19. PIETROBONI, *La collettività dei soci*, cit., 373.

*singolo socio* che lo predilige (e non a una minoranza qualificata come avviene per la s.r.l.<sup>20</sup>) la facoltà di imporre a tutti la decisione collegiale, similmente a quanto avviene nel voto per corrispondenza.

### 1.1 b) *In tema di amministrazione e controllo*

In ambito cooperativo, elementi di contaminazione e sovrapposibilità capitalistica anche maggiore si registrano con riguardo alla disciplina dell'organo amministrativo delle s.p.a., che in linea di principio appare compiutamente esportabile. Si ritengono quindi tra l'altro compatibili con, e quindi adattabili all'assetto mutualistico, le disposizioni dettate con riguardo alla costituzione, alla modifica e allo scioglimento del rapporto che lega la società per azioni al proprio amministratore, comprese quelle in tema di *cooptazione* per il caso di sostituzione del consigliere anticipatamente cessato<sup>21</sup>.

Si fa eccezione per la parziale deroga agli artt. 2380 *bis* e 2383 c.c., introdotta dall'art. 2542 c.c., ove in particolare si prevede che la maggioranza (non più la totalità, come in passato) degli amministratori debba essere indicata tra i soci e si fissa il limite di tre mandati consecutivi alla loro rieleggibilità. Lo stesso articolo stabilisce poi il tetto di un terzo per il numero degli amministratori che possono essere eletti dai possessori di strumenti finanziari: anche questa è una disposizione inedita nel modello lucrativo e si giustifica per la scelta di fondo di radicare in capo ai soci cooperatori il controllo anche gestionale della società.

20. Un numero di soci che rappresenti almeno un terzo del capitale sociale, secondo la previsione del quarto comma dell'art. 2479 c.c. Sulla derogabilità della percentuale di capitale, v. BUSI, *Le decisioni non assembleari dei soci nella s.r.l.*, Studio n. 5489/I approvato dalla Commissione Studi d'Impresa del Consiglio nazionale del Notariato in data 28 gennaio 2005.

21. Così F. MUCCIARELLI, *La governance delle società cooperative: gli amministratori*, in *La riforma delle società cooperative*, a cura di Genco, Milano 2003; 188; BARTALENA, *Commento sub art. 2519*, in *Comm. Marchetti*, cit., 114; MARANO, *L'organo di amministrazione*, in *La cooperativa - s.r.l. tra legge e autonomia statutaria*, a cura di Cusa, cit., 415 s., per una articolata ricostruzione che, muovendo dall'orientamento dottrinale elaborato in tema di s.r.l. per il quale si dubita della compatibilità della cooptazione con la regola fissata dall'art. 2479 c.c. la quale riserva in ogni caso ai soci la designazione degli amministratori, ritiene comunque possibile il ricorso a tale forma di reintegrazione dell'organo amministrativo sulla scorta delle regole di formazione del collegio sancite dall'art. 2542 c.c.; nel senso dell'ammissibilità della cooptazione per la composizione del consiglio di amministrazione delle cooperative, v. già prima della riforma organica del d.lgs. 6/2003 MARASÀ, *Poteri e requisiti di eleggibilità degli amministratori di società cooperative*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, I, 254.



Non diverso è il discorso per l'organo di controllo, che l'art. 2543 c.c. identifica esclusivamente con il collegio sindacale, la cui nomina è obbligatoria nei casi previsti dal 2° e 3° comma dell'art. 2477 c.c. in tema di s.r.l. e quando la società emetta strumenti finanziari non partecipativi. Fatta eccezione per questa importante disposizione tratta dal modello lucrativo non azionario<sup>22</sup>, per il resto trova applicazione la disciplina delle s.p.a.. In tal modo, se la cooperativa fa ricorso al mercato del capitale di rischio<sup>23</sup>, il collegio sindacale non potrà svolgere il controllo contabile, che sarà riservato da una società di revisione. Se invece, come più frequentemente avviene nella prassi, la cooperativa non fa ricorso al mercato dei capitali, oltre che a un revisore ovvero a una società di revisione il controllo contabile potrà essere affidato allo stesso collegio sindacale, che in tal caso dovrà interamente composto da soggetti qualificati, iscritti al registro revisori legali del Ministero di giustizia. Ove quest'ultima condizione non sussista, sempre sulla falsariga del modello lucrativo azionario, l'organo sindacale sarà unicamente legittimato a svolgere il controllo di gestione e osserverà le regole di composizione dettate dall'art. 2397 c.c.<sup>24</sup>.

Anche il controllo giudiziario segue la disciplina dell'art. 2409 c.c., ora diversamente che l'indomani della riforma a prescindere dal modello di riferimento<sup>25</sup>, previo coordinamento con quanto prevede l'art. 2545 *quinquiesdecies* c.c., che a sua volta si collega con le norme in tema di

22. In effetti si deve sottolineare che in questa fattispecie si assiste a una vera e propria ibridazione della disciplina azionaria con quella della s.r.l.: verosimilmente per non appesantire la struttura organizzativa mutualistica, infatti, il legislatore ha ritenuto preferibile generalizzare a tutte le cooperative la soluzione più agile destinata alle s.r.l.

23. Come può avvenire ad esempio per le banche popolari; RICCIARDIELLO, *Banche popolari quotate: verso il definitivo superamento del tipo a favore del modello*, in *Giur. comm.*, 2015, 1080 ss.; BOSI, *La riforma delle banche popolari quotate*, in *Banca, impresa, società*, 2012, 233 ss.

24. E cioè dovrà contarsi almeno un revisore contabile rispettivamente fra i membri effettivi e supplenti e i restanti saranno scelti fra gli iscritti agli albi professionali individuati con decreto dal Ministero della giustizia e fra i professori universitari di ruolo in materie giuridiche o economiche.

25. È noto, infatti, che l'originario silenzio in tema di s.r.l., che aveva originato diverse interpretazioni, tutte comunque postulanti la impossibilità di applicare le disposizioni del controllo giudiziario ritenuta ora totale ora parziale e cioè ristretta alle s.r.l. non munite di collegio sindacale, è stato superato dal CCI (Codice della Crisi di Impresa), che ha fatto giustizia di tale articolato armamentario interpretativo espressamente consentendo l'accesso alla procedura in esame a tutte le s.r.l., e quindi, si deve ritenere pure a tutte le cooperative strutturate in forma di s.r.l.

controllo amministrativo, sancendo l'improcedibilità del ricorso ove sia già stato nominato un ispettore o un commissario dall'autorità di vigilanza.

Allargando il discorso agli altri sistemi di *governance*, monistico e dualistico introdotti con la riforma del 2003, norma di riferimento in materia di cooperative è l'art. 2544 c.c., che in primo luogo conferma, in via generale e quindi con riferimento a tutti modelli di *governance*, il divieto di delega gestoria *ex art.* 2381 c.c., per poi estenderne l'ambito, comprendendovi i poteri di ammissione dei nuovi soci, di decisione in merito al recesso e all'esclusione e comunque su tutte le materie destinate a incidere sui rapporti mutualistici<sup>26</sup>. Il senso del divieto va ravvisato nella scelta legislativa di riservare comunque al collegio, come garanzia di maggior ponderatezza delle valutazioni e quindi di maggior tutela verso i soci, le delibere che incidono sull'attivazione, la disciplina e la cessazione della gestione di servizio.

Si tratta di una tecnica che ritorna in altri contesti normativi: la collegialità è avvertita come necessario strumento di formazione, garantista oltre che (e forse anche prima che) democratico, della volontà dell'organo collettivo. In concreto, si ritiene che solo il confronto dei consiglieri, previamente riuniti (anche telematicamente) in un unico contesto di spazio e di tempo, valga a consentire l'assunzione della miglior delibera, senza

26. Si deve segnalare la posizione di chi (PRESTI, *Amministrazione e controllo delle società cooperative*, in *Liber amicorum G.F. Campobasso*, 4, cit., 985; VELLA, *Commento sub art. 2544*, in *Società cooperative/Comm. Marchetti*, cit., 351), traendo argomento dalla circostanza che in tema di esclusione lo statuto può devolvere la decisione all'assemblea (v. art. 2533 c.c.), sostiene che anche sull'ammissione e il recesso sarebbero possibili analoghe deleghe a favore dell'assemblea. Altri per contro (BONFANTE, *La società cooperativa*, in *Tratt. Cottino*, cit., 341) sottolinea come tale apertura appaia contraria all'opzione fatta propria dal d.lgs. n. 6/2003, di privilegiare una valutazione collegiale sulle menzionate tematiche, al di fuori di talune specifiche e circostanziate eccezioni insuscettibili di estensione ad altri ambiti. Del resto, altro è la delega gestoria *ex art.* 2381 c.c. destinata a incidere sull'organizzazione del solo consiglio di amministrazione, altro è un riassetto di competenze che trasferisce da un organo sociale all'altro determinate materie, che sembra per questo collocarsi al di fuori del perimetro dell'art. 2381 c.c.: tutto sta a allora a fissare il postulato preferito, quello del riparto rigido di competenze gestorie e non (sicuramente indefettibile nel modello azionario) di cui la formulazione dell'art. 2544 appare espressione, ovvero di una maggior "liquidità" e permeabilità tra le competenze degli organi (e che certo trova più agevole collocazione nel modello della s.r.l.). Si è già detto che appare maggiormente fondata la prima alternativa, e si può in questa sede ribadire che, sul piano interpretativo, analoga ricostruzione si è affermata con riferimento all'art. 2475, ultimo comma c.c. in tema di s.r.l., ove dall'affermata riferibilità delle materie ivi menzionate all'*organo amministrativo* si desume l'impraticabilità della decisione non collegiale, e a maggior ragione l'impossibilità di riservare le medesime materie alla decisione dei soci.

le scorciatoie di deleghe in ipotesi plenipotenziarie che attribuirebbero al singolo e non al *plenum* dell'organo le scelte più rilevanti per la gestione mutualistica della società<sup>27</sup>.

Un'ulteriore deroga mutualistica rispetto alla disciplina "capitalistica" del primo comma dell'art. 2409 *duodecies* c.c., ove in particolare si ammette che il consiglio di sorveglianza possa essere composto anche da non soci, impone che i componenti di quest'organo designati dai soci cooperatori siano *esclusivamente tratti dai soci cooperatori medesimi*. Tale allontanamento dalla disciplina generale è stato valutato criticamente dalla dottrina: ciò perché la partecipazione al consiglio di sorveglianza di rappresentanti di consumatori o lavoratori *non soci* sarebbe stata sicuramente apprezzabile, ad esempio nelle cooperative di consumo, quale strumento idoneo a valorizzare interessi *esterni* alla compagine e più generalmente riferibili alla categoria dei consumatori, a comunità locali, a classi di soggetti<sup>28</sup>.

Inoltre, se si collega il vincolo appena illustrato alla regola generale, *questa non derogata*, che un membro dello stesso collegio debba essere scelto fra gli iscritti al registro dei revisori legali, ne emerge una significativa restrizione operativa, dal momento che ben difficilmente un socio cooperatore possa conseguire l'iscrizione a tale registro; il che rende, *di fatto* prima che diritto, poco pratico estendere all'ambito mutualistico il modello di *governance* in esame<sup>29</sup>.

Per il resto, le norme sui modelli dualistico<sup>30</sup> e monistico sono riprese in blocco, e pressoché in blocco risultano applicabili alle cooperative.

27. Non senza qualche difficoltà operativa, di cui dà conto BONFANTE, *La società cooperativa*, in *Tratt. Cottino*, cit., 341 s.

28. V. in argomento F. MUCCIARELLI, *La governance delle società cooperative: gli amministratori*, in *La riforma delle società cooperative*, a cura di Genco, cit., 203; GENCO, *Il volto cooperativo della democrazia societaria*, in *Riv. Coop.*, 1999, f. 2, 15.

29. V. le considerazioni di BONFANTE, *Commento sub art. 2544*, in *Comm. Cottino*, cit., 2599 s.

30. Merita sottolineare che troverà applicazione anche (soprattutto) la regola che riserva al consiglio di sorveglianza la designazione dei componenti del consiglio di gestione, che si pone in contrasto con la regola posta dall'art. 2542 c.c. che prevede sia l'assemblea a nominare gli amministratori della cooperativa. Ove si ritenga che quest'ultima disposizione esprima un principio generale e indefettibile, si dovrebbe concludere che la disciplina mutualistica prevalga su quella del modello azionario richiamato e così la nomina dei consiglieri di spetti in ogni caso all'assemblea (M.C. TATARANO, *La nuova impresa cooperativa*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* già diretto da Cicu, Messineo, Mengoni, continuato da Schlesinger, Milano, 2011, 461). Si replica come tale rilettura finisca per obliterare del tutto lo schema del modello dualistico, che del resto appare esplicitamente esteso all'ambito cooperativo, sicché il taglio di compatibilità sarebbe già stato compiuto sul punto dal legislatore (come

Con riguardo al modello monistico, si segnala una difficoltà di armonizzazione, che non emerge dunque da deroghe speciali, ma direttamente dalla disciplina generale del modello di riferimento. Viene in evidenza, in particolare, il secondo comma dell'art.2409 *septiesdecies* c.c., in base al quale almeno un terzo dei componenti del consiglio di amministrazione dovrà possedere i requisiti di indipendenza stabiliti dell'art.2399 c.c.: condizione che, di nuovo, in concreto non sempre potrà essere agevolmente soddisfatta.

## 2. *La governance degli ETS. L'assemblea*

La disciplina dell'assemblea degli enti del terzo settore associativi e non offre ulteriori spunti di riflessione, in relazione agli elementi di connessione con le regole societarie che lascia emergere.

Un primo significativo momento di continuità è rappresentato dalla esplicita affermazione del principio democratico: come per le cooperative, così anche nelle assemblee degli enti del terzo settore ciascun associato ha diritto ad un solo voto. Il CTS canonizza dunque la regola in oggetto per le formazioni collettive che va a disciplinare<sup>31</sup>, lasciando all'interprete di sciogliere il nodo teorico se si tratti della conferma di un principio generale valido per tutte le associazioni anche esterne al Terzo settore<sup>32</sup>, oppure di una scelta che va in controtendenza rispetto alla disciplina generale, residualmente orientata nello stesso senso ma aperta alle diverse soluzioni suggerite dalla autonomia privata<sup>33</sup>. Anche ove si aderisse

dimostrerebbe anche il dato testuale, per cui sono gli amministratori a essere designati dall'assemblea *ex art.* 2542 c.c. e non già i consiglieri di gestione cui invece si allude all'art. 2544 c.c.). In argomento v. CARIELLO, *Il sistema dualistico. Vincoli tipologici e autonomia statutaria*, Milano, 2009, 134; Racugno, *La società cooperativa*, in *Tratt. Buonocore*, cit., 129; L. DE ANGELIS, *Amministrazione e controllo nelle società cooperative*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 859 ss.; BONFANTE, *La società cooperativa*, in *Tratt. Cottino*, cit., 342 s.

31. CEOLIN, *Codice del Terzo settore a norma dell'art. 1 comma 2 lettera b) della legge 6 giugno 2016*, n. 106, cit., 187.

32. Per la tradizionale affermazione che l'organizzazione di tutte le associazioni debba comunque esprimere regole improntate a un nucleo essenziale di democrazia interna, v. C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977, 16; PERLINGERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, 148.

33. BASILE, voce *Associazione*, III, *Associazioni non riconosciute*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. III, Roma, 1988, 5; secondo CEOLIN, *Codice del Terzo settore a norma dell'art. 1 comma 2 lettera b) della legge 6 giugno 2016*, n. 106, cit., 187 s. questa seconda sarebbe la corretta prospettiva di indagine. Il punto meriterebbe autonomo approfondimento impossibile in

a questa seconda tesi, l'enunciazione di principio contenuta nell'art. 24 CTS non sembra autorizzare l'individuazione di significative aperture per l'autonomia statutaria.

Un'ulteriore indicazione della vicinanza rispetto alle regole mutualistiche si può trarre dal comma 1° dell'art. 24 del codice del terzo settore, laddove, in simmetria con la prescrizione dell'art. 2538, comma 1 c.c.<sup>34</sup>, si prevede la spettanza del voto unicamente agli associati che da almeno tre mesi siano iscritti a libro soci. La giustificazione della regola, tratta dalla disciplina mutualistica, è come noto legata all'esigenza di evitare che gli amministratori, attraverso un uso opportunistico (se non spregiudicato) del loro potere di "aprire la porta" a nuovi aspiranti associati in prossimità delle riunioni assembleari, possano alterare il processo di formazione delle relative maggioranze<sup>35</sup>. Esistono peraltro talune differenze: sul piano formale, il codice civile riformato nel 2003, computa come di consueto in giorni (novanta, per la precisione) l'anzianità richiesta per poter esprimere il voto; al contrario il codice del terzo settore conteggia il termine in mesi, tre per la precisione.

Un altro elemento di difformità, questo maggiormente rilevante almeno nella sua astratta enunciazione, consiste nella previsione della derogabilità del vincolo del precedente possesso della partecipazione: l'art. 24 CTS fa salva, infatti, la diversa previsione dell'atto costitutivo. La portata della deroga è chiarita dall'interpretazione ministeriale<sup>36</sup>, secondo la quale il termine di legge non può essere ulteriormente prorogato rispetto al trimestre, ma soltanto ridotto nella sua durata, e al limite del tutto escluso<sup>37</sup>.

questa sede; la disciplina fiscale non aiuta a risolvere il quesito in quanto, nel riservare un trattamento di favore per gli enti che esplicitano tale carattere democratico, lascia irrisolto il problema se ciò sia una qualità intrinseca del modello organizzativo dell'associazione, ovvero se non presupponga invece l'esistenza di una seconda categoria di enti associativi, legittimamente privi di tale carattere e quindi non meritevoli del suddetto trattamento di favore.

34. L. DE ANGELIS, *La gestione delle assemblee nella riforma delle associazioni*, in *Gli enti del Terzo settore e il nuovo Registro unico*, cit., 83.

35. Sul punto v. CEOLIN, *Codice del Terzo settore a norma dell'art. 1 comma 2 lettera b) della legge 6 giugno 2016*, n. 106, cit., 188; TUCCARI, *La disciplina "democratica" delle associazioni non riconosciute tra codice del terzo settore e codice civile*, in *Resp. civ. prev.*, 2019, 446.

36. V. circolare del Ministero del Lavoro n. 20 del 27 dicembre 2018.

37. In tale prospettiva, l'esegesi proposta (che è antiletterale) legittima uno svuotamento anche totale della funzione antielusiva che esprime la norma. Resta solo da aggiungere che il nuovo iscritto che non abbia maturato anzianità sufficiente a esprimere il voto sarà

Un altro profilo della disciplina dell'assemblea dell'ente del terzo settore, che continua a guardare al modello mutualistico, attiene alla possibilità di attribuire un voto *plurimo* alle persone giuridiche partecipanti, in funzione della loro dimensione: le norme che vengono in evidenza sono l'art. 24, comma 2 CTS e l'art. 2538, comma 2 c.c. Si deve tuttavia sottolineare che, per l'associazione ETS, questa è l'unica deroga ammessa al voto capitaro altrimenti vincolante. Nelle cooperative, invece, si è visto<sup>38</sup> che è possibile disattendere la regola del voto capitaro anche in altre ipotesi: mediante l'attribuzione di voti in proporzione all'entità dello scambio mutualistico, in ragione della peculiare attività consortile svolta dalla cooperativa, piuttosto che di un determinato oggetto della delibera vale a dire la designazione dei membri dell'organo di controllo<sup>39</sup>; ulteriori eccezioni sono come noto ammesse in riferimento alla partecipazione dei soci finanziatori<sup>40</sup>, che valorizza la finalità lucrativa e la natura capitalistica dell'investimento pura avente come beneficiaria un'impresa mutualistica.

Il punto merita forse qualche precisazione. Il modello cooperativo, per una certa materia o in determinate circostanze specificamente individuate, ammette l'abbandono della regola del voto *pro capite* a favore di un criterio che attribuisce maggior peso specifico al voto del socio, il quale più e meglio di altri alimenta lo scambio mutualistico con la società. In linea di principio, si può dire che il legislatore, nelle cooperative come negli ETS, individua condizioni alle quali la deroga al voto capitaro non si traduce in una compressione inaccettabile del principio di democraticità. Il postulato è che il voto per testa esprime al meglio la virtuale parità di condizioni riservata ai partecipanti all'organo collegiale, ciascuno dei quali non è legittimato a influenzare gli altri in misura maggiore di quanto questi ultimi possano influenzare lui. Tale meccanismo, tipico delle società mutualistiche e dato per presupposto, pur mai esplicitato nella disciplina codicistica delle associazioni<sup>41</sup>, viene per la prima volta fatto oggetto di

comunque legittimato a esaminare il contenuto dei libri sociali, compreso il libro dell'organo di controllo (art. 15 CTS).

38. V. sopra, sezione 1, paragrafo 5.

39. In quest'ultimo caso, come si è visto, l'assegnazione di una pluralità di voti può anche essere parametrata, oltre che all'entità dello scambio, all'alternativo criterio, del tutto plutocratico, della misura del capitale sottoscritto e quindi dell'investimento eseguito.

40. V. in particolare CUSA, *Il socio finanziatore*, Milano, 2006.

41. Prima della riforma del 2017, la regola era principalmente prevista dell'art. 148, comma 8 lett. e) del TUIR, ove ai fini dell'applicazione delle agevolazioni fiscali ivi regolate, si richiede che lo statuto dell'associazione preveda il principio del "voto singolo" *ex art.* 2532 [vecchia numerazione *ante* riforma organica del d.lgs. n. 6/2003, oggi come noto il

specifica regolamentazione nel CTS, a conferma della attitudine democratica che esprime.

Il CTS non ammette però deroghe legate al perseguimento delle finalità dell'ente. Si tratta di formule non sconosciute alla prassi: ad esempio nell'ambito dell'attività di donazione volontaria del sangue, attività che in sé esprime una forte valenza solidaristica, talune associazioni, al fine di promuovere e valorizzare la raccolta di plasma tra gli associati inseriscono nei propri statuti clausole che, in sede di assemblea generale cui partecipano i rappresentanti delle sezioni territoriali, attribuiscono voti o frazioni di voti aggiuntivi a beneficio delle sezioni o dei gruppi che abbiano totalizzato la raccolta di maggiori quantitativi di sangue. L'obiettivo è evidentemente di valorizzare il voto dell'insieme di associati che, attraverso la propria attività di donazione volontaria, abbiano mostrato di essere maggiormente interessati al perseguimento delle finalità dell'ente cui partecipano (e col quale interagiscono). Il criterio democratico "puro" verrebbe quindi parzialmente corretto in base a un criterio "eticamente" orientato, in quanto tendente a valorizzare e migliorare il perseguimento delle finalità solidaristiche di interesse generale che l'associazione mira istituzionalmente a realizzare.

Tali modelli decisionali sino a ieri erano ritenuti implicitamente conciliabili con la silente disciplina codicistica: se mai si poneva il problema se la descritta eccezione alla regola democratica del voto singolo fosse compatibile oppure no con le agevolazioni previste dal TUIR. Oggi, alla luce della esplicita indicazione contenuta nell'art. 24 CTS e del molto limitato ambito delle deroghe ivi testualmente ammesse, risulta più problematico sostenere la legittimità di modelli deliberativi statutari, nei quali si introducano deroghe atipiche al meccanismo del voto pro capite. In linea di principio, anche qui non parrebbe fuori luogo postulare la astratta compatibilità col principio democratico "puro" di talune limitate deroghe che, sulla falsariga dello schema cooperativo, rafforzino il peso specifico del voto degli associati, i quali maggiormente si prodighino per il perseguimento delle finalità dell'associazione. Ciò invero richiederebbe un apposito adattamento della vigente disciplina dell'art. 24 CTS: un mero passaggio interpretativo parrebbe troppo ardito (se non acrobatico), a fronte di un dato normativo tanto esplicito nel chiudere la porta a deroghe

riferimento normativo corretto è rappresentato dall'art. 2538, comma 2] c.c. e l'osservanza di tale principio deve essere tuttora posta in evidenza nella compilazione del modello EAS: in argomento v. le considerazioni di DE ANGELIS, *La gestione delle assemblee nella riforma delle associazioni*, in *Gli enti del Terzo settore e il nuovo Registro unico*, cit., 83 s.

al voto capitario diverse rispetto a quella connessa alla partecipazione dell'ente collettivo<sup>42</sup>.

Anche l'intervento nell'assemblea dell'associazione ETS tramite delega presenta alcuni punti di contatto con l'analoga normativa in tema di cooperative: in entrambi i casi, infatti, si prevede che la procura possa essere conferita unicamente ad un altro membro dell'associazione o della società; inoltre si pone un limite stringente al numero di deleghe che possono essere conferite allo stesso partecipante, all'evidente scopo di evitare incette di procure che possano falsare l'esito della deliberazione assembleare. Precisamente, l'art. 2539 c.c. stabilisce che ciascun socio di cooperativa possa ricevere un massimo di dieci deleghe, l'art. 24 CTS abbassa quel limite a tre nelle associazioni con un numero di associati inferiore a cinquecento, e a cinque in quelle con un numero d'associati da cinquecento in su<sup>43</sup>. Sempre in sintonia con la disciplina societaria è da leggere il rinvio ai commi 4 e 5 dell'art. 2372 c.c., onde nelle assemblee delle associazioni del terzo settore gli enti collettivi potranno delegare unicamente un proprio dipendente o collaboratore e, soprattutto, è confermato il divieto di conferire deleghe ad amministratori e membri dell'organo di controllo dell'associazione stessa.

Diversamente che per le cooperative s.p.a., invece, lo statuto dell'ETS può rafforzare la personalizzazione dello svolgimento dei lavori assembleari, arrivando ad eliminare in modo espresso la facoltà di rilascio di procure di voto, come testualmente consente il primo periodo del comma

42. Sulla generale inderogabilità del principio del voto pro capite nella disciplina degli ETS, v. CEOLIN, *Codice del Terzo settore a norma dell'art. 1 comma 2 lettera b) della legge 6 giugno 2016, n. 106*, cit., 187 ss.; BUSANI - CORSICO, *Atto costitutivo, statuti e operazioni straordinarie degli enti del terzo settore*, cit., 201; CONSIGLIO NAZIONALE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI, *Riforma del Terzo Settore: elementi professionali e criticità applicative*, Circolare 19 aprile 2019, 76.

43. La *ratio* giustificatrice delle norme in esame è che mediante l'esclusione di estranei si mira a preservare il carattere personale della partecipazione, superando inoltre la generica prescrizione dell'art. 8 delle disp. att. c.c. che si limitava a richiedere che la delega fosse rilasciata ad altri associati ma senza limiti numerici, con rischio appunto di compromettere il carattere democratico della delibera. A ben vedere, se si intende evitare manovre elusive, lo statuto dell'ETS opportunamente dovrebbe prescrivere, in aggiunta e con approccio ancor più restrittivo rispetto alla disciplina del terzo comma dell'art. 24 CTS, che pure il delegato abbia anzitutto d'appartenenza all'ente almeno trimestrale richiesta dal primo comma dell'art. 24 CTS: in buona sostanza, potrà validamente spendere il voto altrui quale delegato unicamente chi sia ugualmente legittimato in proprio (sul tema v. DE ANGELIS, *La gestione delle assemblee nella riforma delle associazioni*, in *Gli enti del Terzo settore e il nuovo Registro unico*, cit., 85 s.).



3 dell'24 CTS<sup>44</sup>. Sembra da escludere invece che, in assenza di analogia previsionale derogatoria al comma 3, si possa accrescere il numero delle deleghe che il singolo associato può ricevere dagli altri.

## 2.1 *Nel dettaglio: le assemblee separate*

Quanto alle modalità di espressione del voto, si può dire che, se per un verso manca in sostanza un chiaro nesso tra la disciplina dei *quorum* costitutivi e deliberativi assembleari degli enti del terzo settore e quella delle cooperative<sup>45</sup>, per altro verso un assai significativo collegamento tra i due plessi normativi emerge laddove il quinto comma dell'art. 24 CTS, rifacendosi alle previsioni dell'art. 2540 c.c., dispone che l'atto costitutivo o lo statuto delle associazioni «che hanno un numero di associati non inferiore a cinquecento *possono prevedere e disciplinare*<sup>46</sup> la costituzione e lo svolgimento di assemblee separate, comunque denominate, anche rispetto a specifiche materie ovvero in presenza di particolari categorie di associati o di svolgimento dell'attività in più ambiti territoriali»<sup>47</sup>.

Questa espressa deroga al principio puramente maggioritario, in quanto consente di articolare il voto degli associati all'interno di formazioni intermedie, resta dunque circoscritta alle associazioni aventi una compagine estesa (almeno a cinquecento partecipanti) e una struttura complessa in funzione delle caratteristiche e delle qualità dei medesimi associati, e soprattutto dei diversi ambiti territoriali nei quali si sviluppa concretamente l'attività. Invero in questa sede l'allontanamento dal criterio del voto diretto del soggetto legittimato appare decisamente poco marcato: si parla in proposito di *democrazia indiretta*, nel senso che tutti

44. Ciò si legge nell'ampia formula in base alla quale se non è diversamente previsto nello statuto, ciascun associato può farsi rappresentare in assemblea da un altro associato: v. LOFFREDO, *Gli enti del terzo settore*, cit., 199; BUSANI - CORSICO, *Atto costitutivo, statuti e operazioni straordinarie degli enti del terzo settore*, cit., 203. Resta da dire che la scelta di impedire del tutto il rilascio di deleghe, se da un lato rende necessaria la partecipazione diretta all'evento assembleare dei soci favorendo così il loro immediato interessamento nelle vicende dell'ente, d'altro lato precludere qualsiasi forma di partecipazione del socio che, per quanto interessato, sia materialmente impossibilitato a partecipare.

45. Per le cooperative, come si è visto, la disciplina residuale è dettata in linea generale dal codice civile e le maggioranze appaiono tendenzialmente rafforzate rispetto a quelle lasciate all'autonomia negoziale.

46. Corsivo aggiunto.

47. Sul punto in generale v. DE ANGELIS, *La gestione delle assemblee nella riforma delle associazioni*, in *Gli enti del Terzo settore e il nuovo Registro unico*, cit., 92; BUSANI - CORSICO, *Atto costitutivo, statuti e operazioni straordinarie degli enti del terzo settore*, cit., 210 s.

gli associati sono comunque ammessi al voto, solo che ciò avviene in una pluralità di sotto-collegi destinati a designare i soggetti delegati, i quali a loro volta interverranno all'assemblea generale.

A dire il vero, la specie concreta che ammette l'attivazione di assemblee separate in un'associazione del terzo settore non si sovrappone esattamente alla normativa mutualistica. Le cooperative in effetti *possono* prevedere le assemblee separate anche unicamente con riguardo a specifiche materie o in presenza di particolari categorie di soci, ma *debbono* comunque istituirle ove la compagine sociale superi la soglia qualificata delle tremila unità e operi in un ambito territoriale che si estende a più province, ovvero la stessa compagine ecceda una soglia minore ma pur sempre rilevante (cinquecento soci) e realizzi una pluralità di gestioni mutualistiche; diversamente, per gli ETS *si tratta in ogni caso di una facoltà, non di un obbligo*, che si concretizza allorché siano soddisfatte la condizione del superamento di un numero minimo di associati (di nuovo cinquecento, come accennato in precedenza), e l'ulteriore requisito della diffusione sul territorio, qui rimodulato quale strumento di concreta articolazione della separazione, al pari delle "specifiche materie" da trattare o della "presenza di particolari categorie" di associati.

In tale evenienza, l'associazione ETS applicherà, in quanto compatibili, i commi dal terzo al sesto del citato art. 2540 c.c., vale a dire l'intero procedimento previsto per le cooperative. In primo luogo, pare opportuno sottolineare che il rinvio è omnicomprendente e si riferisce a tutte le fasi caratterizzanti lo svolgimento delle assemblee separate e pure di quella generale che chiude l'*iter*: sotto questo profilo il collegamento tra la democrazia indiretta mutualistica e quella concepita per gli enti del terzo settore pare strettissimo.

Ci si può semmai interrogare sul concreto significato della generica clausola di compatibilità che suggella il quinto comma dell'art. 24 CTS. E in effetti non sembra che in astratto si rendano necessari adattamenti significativi o complessi: principalmente il riferimento al concetto di "minoranza" dovrà essere filtrato dai diversi criteri di conteggio dei voti previsti per gli enti del terzo settore, e allo stesso modo il riferimento all'impugnativa dovrà essere adattato alla procedura dell'art. 23 c.c. piuttosto che seguire quella dell'art. 2377 c.c. richiamato al comma 5 dell'art. 2540 c.c.

Non sembra ci si debba spingere a ravvisare più complesse diversificazioni muovendo dalla relazione di accompagnamento al d.lgs. 117/2017. In particolare, non pare che gli elementi di decisiva differenziazione debbano ravvisarsi sul punto se il mandato dei delegati sia vincolante o no.

In effetti uno spunto sul tema potrebbe trarsi dalla Relazione al Codice del Terzo settore, ove si legge che le assemblee separate «eleggono i propri delegati che formano l'assemblea generale dei delegati, che opera in sostituzione dell'assemblea generale di tutti gli associati, di cui ha i relativi poteri», soprattutto per la precisazione secondo la quale «[i] delegati non necessariamente operano alla stregua di *nuncii* ma ad essi potrebbe anche essere accordata la discrezionalità nelle decisioni secondo le disposizioni statutarie».

In primo luogo, va detto che il tema evocato dalla Relazione, inerente alla vincolatività del mandato a votare, è assai discusso anche per le cooperative. Poi perché, come si detto, la riscrittura dell'art. 2540 c.c. dopo la riforma del diritto societario del 2003 può indurre a preferire la soluzione che si tratti di mandati aperti<sup>48</sup>. In tal senso, più che elementi di differenza, tra le due discipline (mutualistica e del terzo settore) emergerebbero allora punti di contatto, che non richiederebbero alcun propedeutico adattamento.

Il punto è che l'indicazione ritraibile dalla stessa Relazione, lungi dal fornire un criterio esegetico certo per la ricostruzione di disposizioni da sempre discusse, pare più semplicemente impartire un opportuno consiglio operativo: quello di provvedere comunque a regolamentare tale specifico aspetto nel testo statutario, quale che sia la soluzione concretamente adottata, perché solo in tale evenienza si potranno con certezza evitare contestazioni di sorta. Un po' troppo poco, pare, per indirizzare la soluzione interpretativa del tema generale della vincolatività per il delegato della preferenza espressa dal socio nell'assemblea periferica.

In tal modo l'invito a valutare la compatibilità della disciplina cooperativa con l'ordinamento dell'ETS, contenuto nell'ultimo comma dell'art. 24 del codice del terzo settore, potrebbe essere piuttosto apprezzato se riferito alla disciplina *concretamente* recepita nello statuto dell'ente, e non alla astratta portata precettiva delle norme in esame<sup>49</sup>. Ad esempio, se lo statuto prevedesse la necessità per il delegato di osservare il voto dato dal socio nell'assemblea separata, questa regola stabilita dall'autonomia

48. V. *supra*, par. 1.

49. Per una analoga ricostruzione dei limiti di compatibilità, pur se con riguardo alla diversa disciplina della compatibilità delle disposizioni dell'assemblea degli ETS con l'organo assembleare o di indirizzo delle fondazioni di partecipazione, v. MALTONI, *Organizzazione delle fondazioni del Terzo Settore e giudizio di compatibilità della disciplina delle associazioni richiamata in alcune norme del relativo codice*, Studio n. 13 della Commissione Terzo Settore del CNN, in *CNN Notizie*, 12 gennaio 2023.

negoziale sarebbe destinata a prevalere comunque sulla interpretazione a favore della non vincolatività che si ritenesse di dare alla disposizione in tema di cooperative.

Sul piano squisitamente legislativo, parrebbe in effetti problematico, a fronte del testuale e omnicomprensivo rinvio alla disciplina procedimentale delle assemblee separate delle cooperative, argomentare soluzioni esegetiche drasticamente diverse per gli ETS. Il quadro che emerge, in effetti, valorizza piuttosto gli elementi di continuità e collegamento dei “riti della democrazia assembleare indiretta” tra i due blocchi normativi, con l’importante conseguenza che in tal modo si legittimerebbe l’estensione agli enti del terzo settore dell’apparato interpretativo e pratico tratto dall’esperienza delle società cooperative. Senza dire che la soluzione di leggere “in concreto” il limite di compatibilità, alla luce della disciplina statutaria poi effettivamente adottata dalla singola associazione, esclude il rischio di creare, per via di una esegesi inutilmente innovativa, altri limiti che in realtà non emergono dal dato testuale.

## 2.2 *L’organo assembleare o di indirizzo nelle fondazioni di partecipazione*

Uno specifico approfondimento merita la disamina dell’organo assembleare o di indirizzo attivabile all’interno dello schema fondazionale. La figura che origina da tale “innesto”, nota come “fondazione di partecipazione”, ha una genesi atipica nella prassi negoziale<sup>50</sup>, e riceve per la prima volta esplicito e generale riconoscimento proprio negli articoli del Codice del Terzo settore. In realtà il codificatore del 2017 si è limitato a uno scarno trapianto di regole associative sull’ossatura tradizionale della fondazione<sup>51</sup>, lasciando emergere talune (inevitabili) lacune.

50. Come le fondazioni bancarie, quelle nate dalla dissoluzione degli enti lirici, talune fondazioni culturali: per ulteriori riferimenti v. MARASÀ, *Fondazioni, privatizzazioni e impresa: la trasformazione degli enti musicali in fondazioni di diritto privato*, in *Studium Iuris*, 1996, 1096 ss., e poi in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, Milano, 1998, vol. 2, 457 ss.; A. DI MAJO, *Le neofondazioni della lirica: un passo avanti e due indietro*, in *Corr. giur.*, 1997, I, 117.

51. Che come noto si caratterizza, nei suoi elementi essenziali, per il fatto che l’ente si rende autonomo dal fondatore mediante il distacco di una porzione patrimoniale idonea a perseguire lo scopo dell’ente medesimo, e per l’individuazione nella sua struttura interna di un unico organo amministrativo. Sul punto, in generale, v. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, II ed., 2006; BIANCA, *Diritto civile*, 1, *La norma giuridica. I soggetti*, II ed., Milano, 2002, 339 ss.; PONZANELLI, *Gli enti collettivi senza scopo di lucro*, Torino, II ed., 2000; RESCIGNO, voce “Fondazione (diritto civile)”, in *Enc. dir.*, vol. XVII, Milano, 1968, 791 ss.; TAMPONI, *Persone giuridiche*, in *Il Cod. Civ.*,

Talvolta le norme in tal modo (ri)assembleate appaiono neutre, sicché la loro interazione non genera significativi dubbi esegetici; in altri casi, invece, la ricomposizione appare più delicata, vuoi perché viene in evidenza una sovrapposizione di disposizioni diverse, vuoi perché invece le norme relative al tipo fondazionale e quelle del tipo associativo tacciono e si tratterà allora di ricostruire le regole di funzionamento del modello partecipativo della fondazione sulla base di indicazioni di principio. Anche in questa sede, diverse soluzioni dei problemi esaminati in merito al funzionamento dell'organo assembleare della fondazione presuppongono un confronto con la disciplina societaria in generale, e segnatamente delle cooperative.

In particolare, la fondazione di partecipazione si caratterizza per l'inserimento di una serie di elementi, ulteriori e in parte alternativi allo schema fondazionale<sup>52</sup>, quali precisamente: la presenza di una *pluralità di soggetti*, che prendono parte all'attività eseguendo un apporto di varia natura, idoneo al perseguimento dello scopo dell'ente; *l'intervento nella gestione* dell'ente medesimo, variamente declinato, *di tutti i fondatori o partecipanti*, che di regola comporta la creazione di una pluralità di organi interni destinati ad agevolare tale partecipazione diffusa alla fase gestionale; una *formazione del patrimonio* che, diversamente dalla figura tradizione della fondazione, non è circoscritta all'atto di dotazione, ma può essere anche *progressiva*, quindi suscettibile di accrescimento a seguito dell'adesione successiva di partecipanti nuovi e ulteriori rispetto ai

*Commentario* diretto da Schlesinger, Milano, 2018, sub art. 24, 384 ss.; ALPA, *Le Fondazioni. Tradizione e modernità. Materiali raccolti da Guido Alpa*, in *Quaderni di diritto comparato*, Padova, 1988; DE GIORGI, *Le persone giuridiche in generale. Le associazioni e le fondazioni*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da P. Rescigno, II.1, Torino, 1982, 193 ss.; BARALIS, *Enti no profit: profili civilistici*, in *Riv. not.*, 1999, V, 1091; GATTI, *L'impresa collettiva non societaria e la sua disciplina fallimentare*, in *Riv. dir. comm.*, 1980, 88 ss.; M. RESCIGNO, *Impresa e comunità (brevi note a margine di recenti interventi normativi)*, in *Liber amicorum Pietro Rescigno in occasione del novantesimo compleanno*, V.II, Napoli, 2018, 1663 ss.; PREITE, *La destinazione dei risultati nei contratti associativi*, Milano, 1988; BASILE, *Le persone giuridiche*, in *Trattato dir. priv.* diretto da Iudica e Zatti, Milano, 2014; DE GIORGI, *Il nuovo diritto degli enti senza scopo di lucro: dalla povertà delle forme codicistiche al groviglio delle leggi speciali*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, 287; ZOPPINI, *Le prospettive di riforma delle associazioni e delle fondazioni: considerazioni a margine della riforma del diritto societario*, in *Gli enti non profit tra codice civile e legislazione speciale*, a cura di Visintini, Napoli, 2003, 255; BARBA, *Associazione, fondazione e titolarità d'impresa*, Napoli, 1996.

52. V. in argomento MALTONI, *La fondazione di partecipazione: natura giuridica e legittimità*, in AA.VV., *Fondazioni di partecipazione*, Atti del Convegno di Firenze - 25 novembre 2006, Milano, 2007.

fondatori e non dunque limitata alla dotazione iniziale del fondatore. Nel dettaglio, il profilo organizzativo interno è di regola (ma non necessariamente) articolato su un duplice grado: un primo, che può coinvolgere tutti i partecipanti, chiamati in tale contesto a fissare i contenuti generali e programmatici dell'attività, a livello di mera consultazione piuttosto che con espressa competenza decisionale; un secondo grado, che invece va riferito all'esecuzione nel perimetro operativo dell'attività programmata e resta appannaggio dell'organo amministrativo dell'ente, diretta emanazione del fondatore o dei fondatori.

Se tale è la struttura nei suoi profili generali, numerose sono poi le sue concrete declinazioni operative, se è vero che, come si è correttamente sottolineato, risulta difficile trovare fondazioni di partecipazione tra loro esattamente identiche<sup>53</sup>. Questa duttilità appare del resto connessa alla natura neutra del modello legale della fondazione, che si limita ad indicare quale elemento essenziale e irrinunciabile l'enucleazione di un patrimonio autonomo, con impressa la destinazione del fondatore al perseguimento di uno scopo (di regola di pubblica utilità ma comunque non vincolato da alcuna disposizione di legge)<sup>54</sup>. Nessun altro elemento della disciplina tipica della fondazione appare immodificabile.

Se lo spunto iniziale alla creazione di questa forma alternativa di fondazione si collocava sul terreno dell'atipicità, con il CTS il panorama normativo si arricchisce di un espresso indice normativo favorevole al suo generale riconoscimento, che, pur senza arrivare a fornire una compiuta disciplina, nondimeno ne riconosce e regola espressamente taluni elementi distintivi. Vengono qui in evidenza alcune disposizioni del CTS che, dedicate alle associazioni del terzo settore (in particolare quelle riguardanti l'ammissione dei nuovi associati e il funzionamento dell'assemblea)<sup>55</sup>, sono estese alle fondazioni che del pari conseguano lo *status* di ETS e organizzino la partecipazione degli aderenti in autonomo organo assembleare o di indirizzo, salva la "verifica di compatibilità". Merita sottolineare l'approccio seguito dal codificatore del 2017, che nel

53. BELLEZZA, FLORIAN, *Le fondazioni di partecipazione*, Piacenza, 2006, 49.

54. Questo trova poi conferma nella prassi, che in tempi recenti ha giustapposto alla figura tradizionale varie altre – tra le quali appunto la fondazione di partecipazione – che, anche svolgendo attività diverse, se ne discostano significativamente e per questo richiedono adattamenti.

55. Sul tema generale della *governance* degli ETS, e dell'assemblea delle fondazioni in particolare nel CTS, v. FICI, *La riforma del terzo settore e le fondazioni di origine bancaria*, Capitolo 5 del volume *Fondazioni di origine bancaria - Ventitreesimo Rapporto Annuale, anno 2017*, Roma, 2018, 340.

limitarsi ad allargare il perimetro d'applicazione delle norme in oggetto alle fondazioni di partecipazione ETS, mostra di non considerare come eccezionale la struttura partecipativa della fondazione stessa, dandola per ormai acquisita e per questo si limita a regolamentarla<sup>56</sup>.

Ora si tratta di chiarire i concreti margini di ammissibilità di tale contaminazione: aver individuato un momento di flessibilità del tessuto normativo non vale infatti a risolvere il problema della determinazione del punto di non ritorno, della soglia varcata la quale da uno schema organizzativo si sconfinava nell'altro. Si è detto<sup>57</sup> che la risposta non può arrivare automaticamente dalla prevalenza dell'elemento personalistico della partecipazione, che indirizzerebbe verso la struttura associativa, piuttosto che quello patrimoniale, espressivo del modello della fondazione. L'alternativa appena menzionata, utile sul piano descrittivo, appare infatti meno rilevante in sede interpretativa, essendo individuabili figure di associazioni dedite all'amministrazione di un patrimonio ingente, piuttosto che fondazioni aperte alla partecipazione di una pluralità di soggetti che nel tempo ne incrementano il patrimonio<sup>58</sup>.

Si osserva allora che il profilo destinato a caratterizzare in modo decisivo l'associazione, distinguendola dalla fondazione, va piuttosto individuato nella natura indisponibile o meno dello scopo dell'ente. In una associazione, l'assemblea degli associati, improntata al metodo democratico del voto *pro capite*, ha attitudine e legittimazione a *fissare e modificare* lo scopo che concretamente intende perseguire la formazione collettiva, a prescindere dalle indicazioni in ipotesi predeterminate dal gruppo di coloro che hanno originariamente dato vita all'associazione stessa. Diversamente, lo scopo cui si indirizza l'attività della fondazione è già in tutto prefigurato, e in via definitiva, dal fondatore nell'atto istitutivo, né si prevede l'attivazione di organi d'indirizzo che possano farsi in futuro

56. Quella partecipativa integra certamente una variante rispetto al modello fondazionale di riferimento, dovendosi escludere che il CTS imponga che *tutte* le fondazioni in forma di ETS debbano munirsi dell'organo assembleare: v. sul punto MALTONI, *Organizzazione delle fondazioni del Terzo Settore e giudizio di compatibilità della disciplina delle associazioni richiamata in alcune norme del relativo codice*, Studio n. 13 della Commissione Terzo Settore del CNN, in *CNN Notizie*, 12 gennaio 2023.

57. ZOPPINI, *Profili evolutivi della fondazione nella moderna prassi e nella legislazione speciale*, in AA.Vv., *Fondazioni di partecipazione*, Atti del Convegno di Firenze - 25 novembre 2006, Milano, 2007.

58. MOSCATI, *Associazioni e fondazioni: finalità fiduciarie e loro rilevanza*, in AA.Vv., *Fiducia, Trust, Mandato ed Agency*, Milano, 1991, 221 ss.; G. IORIO, *Le fondazioni*, Milano, 1997, 212 ss.

portavoce e interpreti degli interessi del fondatore, per modificarli<sup>59</sup>: anche per quest'ultimo, non solo per i terzi, l'autonomia sul punto si consuma al momento del riconoscimento. In tal senso, la destinazione data al patrimonio di fondazione appare di regola immutabile, al precipuo fine di alimentare e sostenere la sua attività<sup>60</sup>. Se questo è vero, deve pertanto ritenersi inammissibile la dilatazione dell'autonomia negoziale, al punto di attribuire all'organo assembleare "aggiunto" la facoltà di modificare o adattare il vincolo di destinazione imposto al patrimonio di dotazione.

Altro profilo non privo di rilievo attiene alla qualificazione della parte che costituisce la fondazione di partecipazione. La tesi che risulta prevalente in dottrina valorizza la natura di contratto aperto della figura in oggetto, ponendo quindi l'accento sul momento organizzativo<sup>61</sup>. Altri invece ritengono, in coerenza con il tradizionale modo di qualificare l'atto istitutivo della fondazione, che esso mantenga struttura unilaterale, al più avente un'unica parte soggettivamente complessa<sup>62</sup>, idonea a ricomprendere in sé i diversi soggetti che abbiano preso congiuntamente l'iniziativa per enunciare il vincolo di fondazione su parti dei rispettivi patrimoni<sup>63</sup>.

59. Ad esempio adattandoli a situazioni sopravvenute.

60. Sul punto v. in particolare ZOPPINI, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, cit., 72 ss., 98 ss.

61. Che porta ad enunciare in statuto la disciplina dell'assemblea quale organo deliberativo o di indirizzo, per poi disciplinarne in concreto il funzionamento. Sul tema v. BELLEZZA - FLORIAN, *Le fondazioni di partecipazione*, Piacenza, 2006; MALTONI, *Le fondazioni di partecipazione: natura giuridica e legittimità*, cit.; MONTANI, *La trasformazione da associazione a fondazione: il consiglio di stato fa e disfa*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 471.

62. SUCCI, *Profili operativi della fondazione di partecipazione quale istituto idoneo alla gestione di servizi culturali alla luce della vigente situazione socio-economica*, in *Notariato*, 2014, 628 ss.; VIGLIONE, *Se siano ammissibili nel nostro ordinamento fondazioni a struttura associativa*, in *Studium iuris*, 2003, 1362.

63. Con qualche approssimazione, si può affermare che la genesi certamente unilaterale dell'ente in esame non vada a discapito della attitudine a formare un suo autonomo organo interno, in fase successiva rispetto alla costituzione, aperto all'ingresso di nuovi partecipanti che aderiscono alle finalità perseguite dall'ente. Un po' come avviene con le società per azioni o a responsabilità limitata che nascano unipersonali, ma poi restano aperte all'ingresso di nuovi soci: con la decisiva differenza, però, nel caso della fondazione, che l'enunciazione deriva sempre e comunque dal fondatore e solo nella successiva fase esecutiva, non in quella istitutiva, si può attivare il meccanismo d'apertura alla partecipazione di soggetti diversi dallo stesso fondatore, o dai più fondatori: il fatto che si tratti di parte semplice o complessa non sposta i termini del discorso, in quanto qui gli interessati all'adesione, che promettono il versamento futuro della quota (quindi autori di liberalità obbligatorie), differenziano la propria posizione dai veri e propri fondatori, che eseguono



Il punto è che, individuati i capisaldi tipologici della fondazione nella destinazione del patrimonio allo scopo, nella sua non modificabilità<sup>64</sup> nonché nella strumentalità ad esso dell'organizzazione dell'ente, *per il resto la struttura interna della fondazione appare sostanzialmente neutra rispetto alla propria scansione organizzativa*. Nel modello partecipativo, si osserva che la più significativa divaricazione strutturale rispetto alla disciplina del codice civile è rappresentata dall'attenuarsi della regola del virtuale allontanamento del fondatore dalle sorti dell'ente da lui istituito, proprio perché l'organo assembleare così istituito potrebbe consentire allo stesso fondatore di incidere in via indiretta e successiva sull'attuazione concreta di quello scopo da lui inizialmente enunciato: il che si traduce non già in una abusiva modifica dello scopo medesimo, bensì piuttosto in uno strumento di verifica successiva e sostanziale dell'effettivo suo perseguimento. La mancanza di deroghe decisive allo schema essenziale del tipo conferma che la fondazione partecipativa integra non già una figura totalmente atipica, ma una delle possibili declinazioni ammesse dello stesso tipo, sperimentandone anzi il massimo grado di flessibilità.

Un primo profilo della disciplina dell'assemblea di fondazione che viene in evidenza attiene all'ambito delle decisioni che possano essere validamente riservate alla competenza dell'organo "atipico". Si afferma in prima approssimazione che le funzioni in oggetto potranno esclusivamente concernere l'amministrazione del patrimonio. Il che vale a ritagliare uno spettro operativo non ristretto, destinato a comprendere decisioni riguardanti il compimento di atti gestionali, oltre all'approvazione dei bilanci, preventivi e consuntivi, la nomina degli amministratori. Il discorso pare si possa allargare a una complementare attività di verifica, controllo e informazione interna avente ad oggetto l'operato degli amministratori. Invero su questo profilo può emergere uno dei rari elementi di rigidità della disciplina del Terzo settore: l'attività di controllo potrà infatti essere attribuita all'organo "aggiunto", si è osservato<sup>65</sup>, solo laddove la creazione di uno specifico organo di controllo, gestionale o contabile, non sia imposta

invece l'atto di dotazione piuttosto assimilabile a una donazione, preventiva e immediatamente privativa per il patrimonio del disponente.

64. Fatta eccezione che per il caso dell'intervento della pubblica amministrazione: si vedano gli art. 27, 28, 2500-*octies* c.c. e da ultimo anche 42 *bis*: ma su quest'ultima norma v. subito *infra* nel testo.

65. Così giustamente MALTONI, *La fondazione di partecipazione: natura giuridica e legittimità*, cit.; ID., *Organizzazione delle fondazioni del Terzo Settore e giudizio di compatibilità della disciplina delle associazioni richiamata in alcune norme del relativo codice*, Studio n. 13 della Commissione Terzo Settore del CNN, in *CNN Notizie*, 12 gennaio 2023.

da legge. E ciò appunto avviene per le fondazioni ETS, secondo la rigorosa previsione dell'art. 31, comma 1 CTS. In tale evenienza, il vincolo legale sembra colorare di valenze pubblicistiche il controllo<sup>66</sup> e rende problematico introdurre deroghe statutarie al *corpus* normativo di riferimento; si potrebbe al più pensare alla creazione di un organo con funzione di comunicazione esterna destinato a garantire in tal modo la trasparenza dell'attività di gestione, chiamato quindi a svolgere funzioni *diverse e del tutto integrative* rispetto a quelle richieste da legge.

Un altro tema tanto rilevante quanto complesso attiene alla possibile individuazione di un criterio idoneo a indirizzare il riparto delle varie competenze gestorie tra gli organi concretamente attivati nella struttura interna della fondazione di partecipazione.

Allo scopo non pare fuori luogo che l'interprete rilegga la dialettica tra l'assemblea degli aderenti e l'organo amministrativo della fondazione tenendo conto, oltre che della più essenziale disciplina delle associazioni, anche di quella delle società. Come infatti si è inteso verificare in precedenza<sup>67</sup>, in questa materia la disciplina societaria, spesso filtrata dalla regolamentazione mutualistica, esprime connotati generali, riproponibili anche in altro contesto privo di autonoma articolazione normativa. Così è a proposito del riparto di competenze tra due organi diversi di un ente personificato, il primo che raggruppa tutti coloro che hanno aderito all'iniziativa per la quale è stato costituito l'ente e vi partecipano attivamente, il secondo invece specializzato nel compiere gli atti che in concreto dovrebbero condurre al perseguimento degli scopi che l'ente intende realizzare. Sotto questo profilo, anche solo al fine di completare l'indagine che si è svolta, il confronto con le dinamiche societarie potrà consentire talune precisazioni, non inutili alla definizione della questione.

In particolare, viene in evidenza il tema generale dell'*allocazione originaria* dei poteri gestori. Se si parte, come appare corretto, dalle disposizioni in materia di associazioni riconosciute, emerge nello schema legale una netta distinzione tra poteri connessi alla gestione dell'ente, riservati agli amministratori, e quelli attinenti ai profili organizzativi e d'indirizzo, di spettanza dell'organo assembleare raggruppante tutti gli associati. In proposito, un primo rilevante nodo da sciogliere è se l'autonomia statutaria possa devolvere talune competenze tipicamente gestorie alla decisione dell'organo assembleare. Il codice civile tace con riguardo alle associa-

66. DE ANGELIS, *Il Collegio sindacale ed il sindaco unico nelle associazioni e fondazioni del Terzo settore*, in *TNC*, 2017, 0, 30 ss.

67. V. *supra*, cap. I.

zioni riconosciute, pur lasciando intendere che sussisterebbe la accennata distinzione di ruolo tra amministratori e associati, che poi sarebbe un riflesso della responsabilità limitata dei secondi, per questo in linea di principio privati di poteri gestori; nulla dice sul punto con riguardo alle associazioni non riconosciute, il cui statuto organizzativo è definito, pur con qualche limite, dall'autonomia negoziale, come conferma la generica formulazione dell'art. 36 c.c.<sup>68</sup>.

Il punto nevralgico consiste nel chiarire se i poteri di amministrazione, nel modello atipico della fondazione di partecipazione, siano da attribuire, *ab origine* e virtualmente, a *tutti gli aderenti*, salvo poi limitarne il concreto esercizio solo ad alcuni "incaricati", e cioè i membri del direttivo; ovvero se, al contrario, si debba ritenere che il *plenum* dei poteri nasca radicato in capo ai soli amministratori, con conseguente impossibilità di riferire alcuno di tali poteri ad altri aderenti, da confinare al ruolo di soggetti esterni, al più meri finanziatori non partecipi della gestione.

A sciogliere questa alternativa soccorre in prima battuta l'indagine sul contenuto che concretamente assumono le clausole dedicate al funzionamento degli organi collegiale "aggiuntivi" delle fondazioni di partecipazione preesistenti e per questo estranee al CTS, per trarre il rilievo che verosimilmente possono coesistere entrambi i sub-modelli: (i) un primo, principalmente finalizzato al finanziamento<sup>69</sup>, ove i soggetti partecipanti all'organo "nuovo" altro non svolgono che mera attività di sovvenzione, contribuendo tempo per tempo a fornire la provvista necessaria al perseguimento degli scopi dello stesso ente, senza acquisire competenze gestionali ma neppure alcuna connessa responsabilità; (ii) un secondo, più propriamente partecipativo, ove tutti coloro ai quali è consentito l'ingresso all'organo suddetto non restano poi estranei ai procedimenti decisionali attinenti l'attività svolta.

In questa seconda prospettiva il discorso si fa più delicato, posto che la partecipazione a decisioni "amministrative" comporta di regola un im-

68. V. sul punto TAMBURRINO, *Persone giuridiche e associazioni non riconosciute. Comitanti*, in *Giur. sist. civ. comm.* Bigiavi, Torino, 1980, 439; anche LOFFREDO, *Le persone giuridiche e le organizzazioni senza personalità giuridica*, Milano, 2001, 168 ss.

69. Sono quelli di più diretta derivazione dal modello degli enti lirici: i partecipanti versano un contributo per finanziare l'ente e godere per contro di taluni benefits quali la possibilità di ottenere una prelazione nell'offerta di spettacoli di particolare interesse culturale (... o magari anche mondano) o l'acquisto di supporti registrati di opere prodotte dalla fondazione a prezzi di favore rispetto a quelli di mercato; e sul tema v. MARASÀ, *Fondazioni, privatizzazioni e impresa: la trasformazione degli enti musicali in fondazioni di diritto privato*, cit., 1097 ss.

portante riflesso in termini di responsabilità per chi vi prende parte, se le medesime decisioni risultano poi *vincolanti* per gli amministratori. E ciò sotto una molteplicità di profili: anzitutto quello dell'informazione, che deve essere garantita a soggetti estranei allo svolgimento dell'attività di amministrazione propriamente detta, ma chiamati a esprimere la loro preferenza su temi gestionali variamente impegnativi per l'ente, in osservanza all'obbligo generale di agire con la necessaria diligenza; quindi in relazione al metodo utilizzato per far esprimere quella preferenza, se a collegialità piena piuttosto che attenuata, o addirittura in forma non collegiale, ma comunque idonea a soddisfare l'accennato vincolo dell'agire informato; infine alla corretta definizione del regime di responsabilità di chi ha deciso (detto da un diverso angolo visuale, di vincolatività o non vincolatività di quella decisione per chi riveste funzione amministrativa dell'ente).

Precisato ancora che la gestione affonda le proprie radici strutturali nel rapporto di mandato, sembra corretta la deduzione che taluni importanti spunti ricostruttivi possano allora trarsi dai principi generali del diritto societario, più analitico nel costruire la disciplina del singolo tipo che variamente si appoggia sulle generali disposizioni del citato contratto di mandato<sup>70</sup>. Più propriamente, la prospettiva sarebbe quella dell'applicazione c.d. "transtipica"<sup>71</sup> delle norme in tema di società (opportunamente esplicitabili in apposite clausole dell'atto istitutivo). In simmetria con l'alternativa appena sopra prefigurata tratta dalla prassi statutaria delle fondazioni partecipative, il riferimento andrà ai criteri di riparto di competenze nelle s.p.a. piuttosto che delle s.r.l., società munite di personalità giuridica e strutturate per organi interni.

In particolare, i due tipi lucrativi richiamati vengono qui in evidenza per una diversa sintassi nell'attribuzione delle competenze. Quello azionario si caratterizza per la netta cesura tra l'organo di gestione, che decide

70. Che nel nostro sistema esprime appunto principi generali, comuni al diritto civile e commerciale e per questo idonei a informare la disciplina dei diversi enti collettivi qui considerati. V. su questi argomenti i suggestivi spunti di MONTALENTI, *Il diritto commerciale dalla separazione dei codici alla globalizzazione*, in *Impresa, società di capitali, mercati finanziari*, Torino, 2017, 6 ss., ove si nota che il nostro attuale codice civile ha "privatizzato", generalizzandole, elementi di disciplina del mandato "commerciale".

71. L'espressione è, come noto, stata introdotta da CAGNASSO, *La concessione di vendita. Problemi di qualificazione*, Milano, 1983, ove l'autore qualifica appunto come "trans-tipiche" il complesso di norme che vanno oltre i confini del tipo astratto, norme che cioè non identificano un nuovo contratto ma piuttosto servono da base per un duplice passaggio logico di astrazione e deduzione, a mezzo del quale da una disposizione normativa viene estratto un principio "trans-tipico" riferibile ad altre fattispecie concrete.

e attua gli atti d'impresa necessari a perseguire le finalità dell'ente collettivo, e l'organo assembleare che, riunendo tutti i partecipanti, è privato di qualsiasi potere di amministrazione ed è anzi chiamato ad approvare il rendiconto di tale attività in forma di bilancio, oltretutto a decidere le variazioni dei più generali profili organizzativi dell'attività stessa, modificando l'atto costitutivo della società o addirittura sancendone la cessazione. Al più, l'assemblea può essere chiamata a esprimere *pareri* su determinati atti gestori, che però non saranno vincolanti per gli amministratori. Le ragioni della scelta di tale assetto, che privilegia l'attivazione dei soli amministratori, vanno individuate nella maggior agilità di funzionamento dell'organo amministrativo rispetto a quello assembleare, soprattutto quando quest'ultimo raggruppi un numero significativo di soci; o anche nell'intento di prevenire il rischio che, ove la partecipazione risulti spezzettata in capo a una molteplicità di soggetti, questi per un verso possano essere disinteressati all'attività, per un altro si rivelino portatori di interessi propri, dunque in conflitto con il perseguimento dei fini dell'ente<sup>72</sup>. Ne deriva che la partecipazione al processo decisionale dell'assemblea, ininfluenza sulle scelte gestorie per le ragioni indicate, non possa in alcun caso comportare assunzione di responsabilità amministrativa.

Secondo la diversa soluzione adottata per il tipo non azionario della s.r.l., la prospettiva non è più quella del disinteresse dei soci, che anzi, come nelle società di persone, sono di numero di regola minore e, se non diversamente previsto dallo statuto, gli unici soggetti tra i quali potranno essere tratti coloro che svolgono funzione d'amministratori (v. art. 2475, comma 1 c.c.)<sup>73</sup>. Di qui un più diretto radicamento del potere gestorio sulla

72. ANGELICI, *La società per azioni*, vol. 1: *Principi e problemi*, in *Tratt. Dir. Civ. e Comm.* già diretto da Cicu, Messineo, Mengoni, continuato da Schlesinger, Milano, 2012, 349 ss.

73. Sul tema in generale v. CAGNASSO, *Commento sub art. 2475-2475 bis*, in *Il nuovo diritto societario. Commentario* diretto da Cottino, 2, cit., 1852; CIAN, *Le decisioni dei soci. I. Le competenze decisorie dei soci*, in *Le decisioni dei soci - Le modificazioni dell'atto costitutivo*, vol. IV del *Tratt. delle s.r.l.* diretto da Ibba e Marasà, Padova, 2009, 18 ss.; MOZZARELLI, *Riflessioni sul regime legale di nomina degli amministratori della s.r.l. alla luce della riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2004, 721.; OLIVERO, *Gli amministratori di s.r.l. - L'autonomia statutaria*, Torino, 2005, 3 ss.; FRANCONI, *L'ingerenza del socio nella gestione della s.r.l.: alcune riflessioni dopo il Codice della Crisi d'impresa*, in *Riv. dir. soc.*, 2018, 443 ss. La riforma del diritto concorsuale ha ribadito anche per il tipo s.r.l. (v. il novellato art. 2475 c.c.) che la competenza a gestire l'attività resta in capo agli amministratori: ciò che è *l'id quod plerumque accidit*. Ma questa affermazione di principio non vale a riscrivere le regole che ammettono la distribuzione ai soci di taluni poteri amministrativi (alcuni già per legge): sul tema v. variamente MONTA LENTI, *Gestione dell'impresa, assetti organizzativi e procedure d'allerta nella riforma Rordorf*, in *Il Nuovo diritto delle Società*, Torino, 2018,

qualità di socio, l'attenuazione delle ragioni che fanno preferire il netto riparto di competenze della s.p.a. e la conseguente apertura all'organo assembleare del potere di prendere alcune decisioni di natura direttamente gestoria. Ma con l'importante correttivo del *riconoscimento in capo a coloro che decidono della relativa responsabilità, allorché consti il loro intento di danneggiare la società*.

All'alternativa che emerge dal descritto controbilanciamento tra il potere d'incidere sull'amministrazione e quello unicamente attinente l'organizzazione, si può aggiungere una ulteriore soluzione per così dire intermedia, ispirata al modello di *dual governance* azionaria, laddove si preveda che le delibere riservate al *plenum* assembleare dei partecipanti non riguardino il diretto compimento di singoli atti amministrativi<sup>74</sup>, bensì piuttosto scelte strategiche e programmatiche di vertice<sup>75</sup>, destinate poi a

951 ss.; ATLANTE - MALTONI - RUOTOLO, *Il Nuovo articolo 2475. Prima lettura*, Studio n. 58/2019 del Consiglio Nazionale del Notariato, ove in particolare si osserva che la nuova disposizione dell'art. 2475 c.c. non comporti alcuna abrogazione delle norme precedenti, in quanto destinata a spiegare i suoi effetti solo sul piano organizzativo, onde la stessa norma deve leggersi in stretta correlazione con il disposto dell'art. 2086 c.c., che impone il dovere, per l'imprenditore che operi in forma societaria o collettiva, di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale: con la conseguenza che si deve distinguere il piano della organizzazione – la quale spetta esclusivamente agli amministratori – da quello della operatività della società (e qui la responsabilità dei soci della s.r.l. continua ad essere normata dall'art. 2476 c.c. settimo comma, che li sanziona solo per il caso di comportamenti dolosi). V. anche ABRIANI - ROSSI, *Nuova disciplina della crisi d'impresa e modificazioni del codice civile: prime letture*, in *Società*, 2019, 393 ss.; CAVALIERE, *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza - Le modificazioni del codice civile*, in *Giur. it.*, 2019, 1943 ss.

74. Sul punto, in generale CARIELLO, *Il sistema dualistico. Vincoli tipologici e autonomia statutaria*, cit.; SCHIUMA, *Il sistema dualistico. I poteri del consiglio di sorveglianza e del consiglio di gestione*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber Amicorum G.F., II, *Assemblea-Amministrazione*, Torino, 2006, 686; ASSONIME, *Il sistema dualistico di amministrazione e controllo*, Circolare n. 31/2008; C. MARCHETTI, *Il sistema dualistico: questioni e clausole statutarie (prima parte)*, in *Consiglio Nazionale del Notariato, Studi di impresa - studio n. 162*; PORTALE, *Amministrazione e controllo nel sistema dualistico delle società bancarie*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1, 10025; ID., *Il sistema dualistico: dall'Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch (1861) alla riforma italiana della società per azioni*, in *Banca, borsa*, 2008, II, 675.

75. La c.d. *alta gestione*. Così, con specifico riferimento a una possibile organizzazione delle fondazioni di partecipazione, v. ZOPPINI, *Profili evolutivi della fondazione nella moderna prassi e nella legislazione speciale*, cit.

fungere da linee guida per l'attività degli amministratori, che ne saranno anche gli unici responsabili. Ovviamente fuoriescono invece dal descritto ambito applicativo le decisioni alla modifica dello scopo dell'ente, che sarà sempre non disponibile e potrà evolvere solo nei casi consentiti da una espressa ed eccezionale disposizione di legge, previo conseguimento della valutazione positiva da parte del soggetto incaricato di controllo.

Un riscontro favorevole alla tesi sopra esposta, che appare particolarmente significativo, si può trarre dall'ultimo comma dell'art. 25 del Codice del Terzo Settore, in base al quale lo statuto delle fondazioni di partecipazione che siano altresì ETS può attribuire all'organo assembleare o d'indirizzo, la competenza a deliberare su uno o più degli oggetti riservati alla competenza dell'assemblea delle associazioni anch'esse del terzo settore<sup>76</sup>, nei limiti in cui ciò sia compatibile con la natura dell'ente quale fondazione e nel rispetto della volontà del fondatore<sup>77</sup>.

Ora, le competenze di regola inderogabili<sup>78</sup> dell'assemblea di un'associazione che sia Ente del Terzo Settore sono elencate al primo comma dello stesso art. 25 CTS<sup>79</sup>. Va da sé che il rinvio all'assemblea della fondazione, come detto operato dal terzo comma della norma, appare rilevante per più di un motivo. Anzitutto sul piano puramente contenutistico conferma

76. Sull'assemblea degli enti del terzo settore, anche con riguardo al tema dell'adeguamento statutario alla nuova disciplina del codice del terzo settore, RICCARDELLI, *Gli adeguamenti statutari degli Enti del Terzo settore*, cit., 1, 24 ss.; in generale v. anche CAVANNA, *Il nuovo Codice del Terzo Settore: prime considerazioni critiche*, cit., 23 s.

77. Sull'argomento, per un'indagine in termini generali, v. M. ROMANO, *I limiti all'autonomia statutaria nelle fondazioni di partecipazione alla luce della riforma del terzo settore*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, 345 ss.

78. Si deve peraltro tenere presente che gli atti costitutivi o gli statuti delle associazioni di maggiori dimensioni, che cioè hanno un numero di associati non inferiore a cinquecento, possono disciplinare le competenze dell'assemblea anche in deroga alle competenze altrimenti inderogabili subito infra indicate nel testo, ma nel rispetto dei principi di democraticità, pari opportunità ed eguaglianza di tutti gli associati e di elettività delle cariche sociali: questa previsione non appare testualmente riferibile alle fondazioni partecipative.

79. E precisamente: a) la nomina e la revoca di componenti degli organi sociali; b) la nomina e la revoca, quando previsto, del soggetto incaricato della revisione legale dei conti; c) l'approvazione del bilancio; d) la deliberazione sulla responsabilità dei componenti degli organi sociali e la promozione dell'azione di responsabilità nei loro confronti; e) la deliberazione sull'esclusione degli associati, se l'atto costitutivo o lo statuto non attribuiscono la relativa competenza ad altro organo eletto dalla medesima; f) la deliberazione sulle modificazioni dell'atto costitutivo o dello statuto; g) l'approvazione dell'eventuale regolamento dei lavori assembleari; h) la delibera sullo scioglimento, la trasformazione, la fusione o la scissione dell'associazione; i) la deliberazione sugli altri oggetti attribuiti dalla legge, dall'atto costitutivo o dallo statuto alla sua competenza.

la natura *organizzativa* delle deliberazioni dell'organo "comunque denominato" introdotto nel modello fondazionale, in simmetria con quanto avviene per l'assemblea associativa.

Resta all'interprete il compito, non agevole, di verificare di volta in volta gli eventuali elementi di incompatibilità. Così, ad esempio, nulla sembra ostare in astratto all'allargamento all'organo in oggetto delle competenze di nomina e revoca degli amministratori e di promozione dell'azione di responsabilità verso di loro, sempre che in concreto non emerga sul punto una diversa volontà del fondatore<sup>80</sup>.

Ci si potrebbe domandare se nella gerarchia delle diverse norme del CTS, sia proponibile una lettura per così dire sistematica dell'art. 26, primo comma CTS, che, come noto, pone il *vincolo di nomina* qui riservata all'assemblea, per tutti gli amministratori delle associazioni del Terzo settore, idonea in ipotesi a giustificare una corrispondente *riserva di designazione secondo la disciplina del modello fondazionale tipico*, con conseguente inderogabilità a favore dell'assemblea dei partecipanti, che al contrario è organo *facoltativo*. Invero non pare che sul punto sia legittimo un approccio del tutto rigido: in primo luogo laddove la designazione dell'assemblea sia stata espressamente voluta dal fondatore e recepita nel primo testo statutario. Poi va detto che l'ultimo comma dell'art. 26 CTS, pur nella sua complicata ricostruzione<sup>81</sup>, sembra appunto legittimare la designazione "integrativa" di amministratori da parte dell'assemblea nei casi previsti dai commi 4 e 5 dello stesso art. 26. Ma soprattutto sembra che, se è vero che l'art. 26 fissa una riserva di nomina in ambito associativo, lo stesso vincolo, di stretta interpretazione, non possa essere esteso alla fondazione che non ne presenta uno analogo. Anzi all'art. 25 testualmente si comprendono anche le competenze in esame tra quelle delegabili all'assemblea "aggiunta", fatto salvo il vaglio di compatibilità con l'intento del fondatore.

È chiaro che i dubbi in esame potrebbero essere fugati in partenza da una tecnica di redazione dello statuto analitica, che risolva cioè il dilemma della compatibilità con apposita prescrizione. Se però si ritenesse comun-

80. Che ad esempio, sussistendone i presupposti, abbia limitato a soggetti muniti di certe competenze o componenti di una determinata organizzazione esterna, la designazione di alcuni dei componenti del consiglio direttivo, i quali debbano avere anch'essi quelle stesse cognizioni: tale limite nella scelta dei soggetti designabili, sussistendone i presupposti di legge, dovrebbe valere anche per l'organo di indirizzo che non sarebbe dunque pienamente libero nel definire la propria scelta.

81. V. MALTONI, *Organizzazione delle fondazioni del Terzo Settore e giudizio di compatibilità della disciplina delle associazioni richiamata in alcune norme del relativo codice*, Studio n. 13 della Commissione Terzo Settore del CNN, in *CNN Notizie*, 12 gennaio 2023.



que preclusiva e limitante la formulazione del primo comma dell'art. 26, resterebbe pur sempre l'apertura per le assemblee (anche di fondazione) di maggiori dimensioni, contenuta nell'art. 25, comma 2 CTS.

Il fondatore stesso potrà inoltre prevedere, direttamente nell'atto che istituisce l'ente partecipativo, che una minoranza degli amministratori siano scelti tra gli appartenenti alle diverse categorie di soggetti ammessi all'organo di indirizzo – con ciò ad un tempo creando un vincolo alla libertà decisionale, ma favorendo l'emersione dei diversi interessi dei quali i partecipanti aderenti possono essere portatori.

Quanto all'attribuzione al suddetto organo della competenza a modificare l'atto di fondazione<sup>82</sup>, si tratta di chiarire se la suddetta competenza, ordinariamente riservata all'organo amministrativo, debba considerarsi inderogabile oppure no, e possa quindi essere attribuita all'organo assembleare o d'indirizzo. Anche qui l'interrogativo deve sciogliersi, pare, a favore della tesi meno rigida, alla luce della neutralità della disciplina normativa della fondazione, e dunque dell'assenza sul punto specifico di indicazioni vincolanti<sup>83</sup>. Ovviamente la modifica in esame non potrà spingersi alla variazione dello scopo dell'ente, trattandosi di una decisione che appare non compatibile con la natura dell'ente quale fondazione. Per contro la soluzione di ripartire tra organo amministrativo e d'indirizzo talune delle altre modifiche ammesse dell'atto di fondazione non sembrerebbe incompatibile con le disposizioni dell'art. 25 del CTS, che come sopra accennato testualmente prevede la *possibilità* di attribuire *alcune* delle competenze dell'assemblea associativa all'organo comune della fondazione, comprese dunque quelle modificative in oggetto<sup>84</sup>. Il

82. Ciò presuppone che si sia data risposta affermativa al preliminare interrogativo circa la astratta legittimità della modifica dello statuto della fondazione. Una volta che si conveda sulla ammissibilità di tale delibera (del resto confermata da chiari indici testuali stratificatisi successivamente alle scarse iniziali disposizioni del codice civile). Testuale e dirimente appare il riferimento alla modificabilità delle fondazioni contenuto nell'art. 2 del d.P.R. 361/2000, laddove all'ultimo comma prevede che «[p]er le fondazioni, alla domanda [da presentare il Prefettura per comunicare al registro delle persone giuridiche l'avvenuta trasformazione dell'ente] è allegata la documentazione necessaria a comprovare il rispetto delle disposizioni statutarie inerenti al procedimento di modifica dello statuto». Sullo stesso d.P.R. 361, v. DE GIORGI - PONZANELLI - ZOPPINI, *Il riconoscimento delle persone giuridiche*, Milano, 2001.

83. O magari si potrebbe prevedere che l'assemblea sia chiamata ad approvare le variazioni dello statuto che incidano sulla "parte disponibile" della disciplina del medesimo organo "aggiunto".

84. Posto che, nelle fondazioni non partecipative, le variazioni ammesse dell'atto di fondazione sono riservate alla decisione dell'organo amministrativo, non pare che in tale

tutto secondo una sorta di singolare delega che diversamente dal solito segue il contrario percorso dall'organo gestorio a quello che raggruppa la generalità dei partecipanti.

Il criterio di riparto di competenze, suggerito per le associazioni e poi esteso in via residuale alle fondazioni dal citato art. 25 CTS, pare a prima vista indicare una cesura tra la posizione dell'organo amministrativo e quello assembleare. A ben vedere, però, la previsione che riserva all'assemblea «altri oggetti attribuiti dalla legge, dall'atto costitutivo o dallo statuto alla sua competenza» (art. 25, comma 1, lett. *i* CTS) appare più flessibile dell'omologa disposizione dell'art. 2364, comma 1° n. 5 c.c., che, in tema di s.p.a., nel fare salva la responsabilità degli amministratori i quali abbiano agito previa autorizzazione dell'assemblea in conformità ad apposita previsione statutaria, fissa, in modo indiretto ma chiaro, una vera e propria riserva di competenza gestionale in capo all'organo amministrativo che con certezza resta l'unico responsabile dell'attività<sup>85</sup>. Riserva che le più neutre espressioni adoperate dall'art. 25 non confermano con riguardo all'organizzazione associativa in forma di ETS, e dunque neppure per quella fondazionale partecipativa sempre del Terzo settore.

In sintesi, se è vero che i poteri di gestione non risultano *ab origine* attribuiti a tutti i soggetti che partecipano all'assemblea, questa può vedersi riservare dallo statuto il potere di pronunciarsi anche in materia di amministrazione. Tale conclusione solleva il problema dell'allocazione della relativa responsabilità: che ancora valorizzando il referente societario quale espressione di principi generali andrà sciolto prudentemente

opera di riparto si possa recuperare qualche spunto dalla disciplina della s.p.a. ove invece la competenza residuale in materia è data all'organo di partecipazione assembleare, e quindi non pare appropriato ipotizzare, ad esempio, che lo stesso organo amministrativo della fondazione possa pronunciarsi unicamente sull'istituzione di sedi secondarie piuttosto che sugli adeguamenti dello stesso atto fondazionale richiesti da sopravvenuta legislazione (v. art. 2365 c.c.).

85. Sull'argomento, in termini generali, v. ABBADESSA - MIRONE, *L'assemblea. Le competenze*, in *Le nuove s.p.a., Trattato* diretto da Cagnasso e Panzani, Bologna, 2010, 588; CALANDRA BUONAURA, *Gestione dell'impresa e competenza dell'assemblea nella società per azioni*, Milano, 1985, 159; MONTEVERDE, *Le interferenze nella gestione e la responsabilità*, in *Diritto del governo delle imprese*, diretto da Irrera, Torino, 2016, 594 s.; PORTALE, *Rapporti fra assemblea e organo gestorio nei sistemi di amministrazione*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum G.F. Campobasso, II, Torino, 2006, 1 ss., 29 ss.; ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Padova, 2003, 94; MAUGERI, *Considerazioni sul sistema delle competenze assembleari nella s.p.a.*, in *Riv. soc.*, 2013, 406 ss.

riconnettendo al potere gestorio la relativa responsabilità<sup>86</sup>. Oltre a questi aspetti ricostruttivi, il testo del CTS dà anche una seconda, importante conferma, come si ricordava poc'anzi: vale a dire che la fondazione di partecipazione non cessa di essere una fondazione, tanto che dal ceppo originario essa si distingue unicamente per la presenza dell'assemblea; e che tale mutazione organizzativa guarda totalmente alla disciplina della associazione, alla quale si rinvia in modo espresso.

Snodo essenziale dell'indagine sulla disciplina generale della fondazione di partecipazione è allora quello riguardante il punto se tali diversi indici testuali debbano essere letti quali conferma d'un corrispondente principio generale, ovvero all'opposto come espressione di un nuovo ed eccezionale sentiero normativo, non esportabile al di fuori del Codice del Terzo Settore nel quale è concepito, dunque senza possibilità di condividere le soluzioni con gli enti esterni al Codice del terzo Settore<sup>87</sup>. Posto che si tratta di questione assai complessa, anche riprendendo alcuni spunti sopra anticipati<sup>88</sup>, si deve postulare la natura in linea di principio confermativa, non eccezionale, delle disposizioni in esame. Se infatti si prende in considerazione il dato testuale, l'art. 20 del CTS si muove esplicitamente in questa direzione laddove prevede che «[l]e disposizioni del presente titolo [cioè quella specificamente dedicate alle associazioni e fondazioni in generale dal CTS] si applicano a tutti gli enti del Terzo settore costituiti in forma di associazione, riconosciuta o non riconosciuta, o di fondazione». Tale assunto sembra infatti significare che tutti gli ETS acquisiscono un "tipo" di organizzazione preesistente allo stesso Codice del Terzo Settore e da quest'ultimo "modellato" attraverso varie disposizioni che seguono il citato articolo 20, talvolta ripetitive della disciplina del codice civile, talvolta (più frequentemente) "specificate" della medesima novella.

In altri termini, si trae l'indicazione che il CTS specifica e adatta il testo del codice civile, ma non lo sostituisce compiutamente, anzi ne presuppone i tipi e ad essi si appoggia per le parti basiche della normativa che disegna per il Terzo Settore. Parti queste ultime che in linea di principio risultano arricchite nei loro contenuti, non già necessariamente contraddette o smentite dallo stesso CTS. Basti pensare alla disciplina dell'acquisto

86. Per l'esame delle diverse specie capitalistiche v. *supra* nel testo del presente paragrafo. Si noti poi che il binomio potere amministrativo-responsabilità trova conferma in più luoghi della disciplina societaria, dall'art. 2267 c.c. per le società semplici alla disciplina della responsabilità per direzione e coordinamento.

87. Sul tema SICCHIERO, *Le fondazioni di partecipazione*, cit., 19 ss.

88. V. cap. I.

della personalità giuridica previsto dall'art. 22 CTS<sup>89</sup>, che si pone in alternativa al procedimento tradizionale regolato dal codice civile e completato dal decreto del Presidente della Repubblica 10 febbraio 2000, n. 361, senza però soppiantarne del tutto, limitandosi a delineare la via per l'incorporazione nel Terzo settore. Ancora, lo stesso codificatore delegato, pur proponendosi di regolare il funzionamento dei soli ETS, non prova disagio ad aggiungere alle disposizioni *generali* del libro I del codice civile l'art. 42 *bis* (v. art. 98 CTS), che viene per la prima volta a regolare trasformazione, fusione e scissione tra gli stessi enti associativi e fondazionali, *a prescindere dalla circostanza che appartengano o meno al Terzo settore*: riscontro inequivoco che, fuori o all'interno del CTS, non sussistono differenze strutturali decisive. Le stesse espressioni utilizzate dal testo normativo più recente vanno in tal senso, laddove evitano di riferirsi ai "tipi" limitandosi a considerare il caso specifico di fondazioni il cui statuto preveda la costituzione di un organo "aggiunto"<sup>90</sup>. Né sembra si possa trarre un decisivo argomento contrario dalla circostanza che il recente Codice parli di "fondazioni del terzo settore": l'inciso sembra piuttosto finalizzato a calare il discorso nel contesto di interesse, quello appunto degli enti operanti nel campo del socialmente utile, senza assumere alcuna ulteriore valenza sistematica di catalogazione per differenza rispetto alle fondazioni che invece ETS non siano.

La ricostruzione trova conferma del resto nella prassi statutaria, che va a innestare sullo scheletro della tradizionale fondazione erogativa un organo d'ispirazione assembleare, le cui competenze sono rimesse all'autonomia statutaria, nei limiti che si sono esaminati. Talora si tratta di semplici funzioni consultive (che si potrebbero ascrivere alla vera e propria "assemblea"); in altri casi, di poteri più rilevanti, aventi a oggetto ad esempio decisioni su dati profili organizzativi o gestionali, piuttosto che la nomina degli amministratori, se non anche il controllo sul loro

89. Sul tema generale v. IBBA, *La pubblicità degli enti del terzo settore*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2019, 622 ss., il quale nell'ambito di un'ampia disamina del nuovo regime pubblicitario presso l'istituendo registro unico nazionale del terzo settore osserva come la postulata facilitazione del nuovo procedimento volto al conseguimento della personalità giuridica non introduca una effettiva semplificazione, a causa del moltiplicarsi dei sistemi di pubblicità.

90. Se mai sarebbe stato più appropriato parlare della fondazione in oggetto quale "modello" alternativo rispetto a quello standardizzato recepito dal codice civile: v. in argomento MONTALENTI, *Le nuove forme organizzative dell'attività economica: il diritto societario dai "tipi" ai "modelli"*, in *Impresa, società di capitali, mercati finanziari*, Torino, 2017, 61 ss.

operato (da cui l'icastica definizione di "organo di indirizzo")<sup>91</sup>. La fondazione di partecipazione allora, pur con siffatti elementi di eccentricità, resta fedele al tipo ed è retta dalle norme del codice civile sulle fondazioni, che si completano con le corrispondenti disposizioni dettate per le assemblee delle associazioni, non senza influenze dell'omologo organo degli altri enti collettivi personificati. Il CTS ne completa la disciplina, con attitudine espansiva oltre il perimetro del Terzo Settore.

Si intende che, più che creare una netta cesura tra fondazioni-ETS e fondazioni estranee al Terzo settore<sup>92</sup>, le norme del codice del 2017 indicano un meccanismo basilico di funzionamento dell'ente, che non pare illogico configurare come paradigmatico e riferibile a tutte le fondazioni partecipative, soprattutto per la sua flessibilità, come emerge dall'utilizzo diffuso della clausola che fa salva la diversa previsione statutaria. Il punto è che le norme del CTS creano un modello, direttamente derivante dalla disciplina dell'associazione, che appare sicuramente compatibile con il vuoto normativo della fondazione di partecipazione estranea al CTS nella misura in cui si introducono vincoli sulla struttura organizzativa dell'ente che esprimono principi democratici e di buon funzionamento dell'organo facoltativo<sup>93</sup>. Ma, appunto, si tratta pur sempre di un organo facoltativo, e le regole in esame hanno una loro ragion d'essere nella misura in cui il fondatore intende conferire tale impronta, efficiente e democratica, all'assemblea "aggiunta". *Ciò non è una necessità, neppure per le fondazioni di partecipazione del terzo settore*, se è vero che l'ultimo comma degli artt. 23,

91. La maggiore o minore incisività del Consiglio di Indirizzo spesso dipende dalla sua composizione, più o meno rappresentativa dei soggetti della fondazione di partecipazione: alcuni statuti assicurano loro una pari rappresentanza, mentre altri riservano un peso maggiore ai fondatori, né si può escludere la partecipazione finisca per essere proporzionale alla qualità e quantità dei conferimenti. Di qui la censura che la democrazia della fondazione di partecipazione possa essere imperfetta: FUSARO, *La fondazione tra modello tradizionale e modello partecipativo quale strumento per la tutela delle categorie svantaggiate*, in *Vita not.*, 2011, 1093.

92. V. la diversa quanto suggestiva ricostruzione di SICCHIERO, *Le fondazioni di partecipazione*, cit., 19 ss. che non si intende qui contestare: le disposizioni del CTS possono certamente essere lette come vincolanti solo per gli enti del Terzo settore. Sembra di poter completare la ricostruzione suggerendo che l'intelaiatura del CTS valga come struttura dispositiva di riferimento.

93. Parla suggestivamente di funzione antielusiva delle disposizioni del CTS, per le fondazioni ETS, MALTONI, *Organizzazione delle fondazioni del Terzo Settore e giudizio di compatibilità della disciplina delle associazioni richiamata in alcune norme del relativo codice*, Studio n. 13 della Commissione Terzo Settore del CNN, in *CNN Notizie*, 12 gennaio 2023.

24 e 25<sup>94</sup> consente al fondatore di plasmare uno statuto non compatibile con le norme richiamate.

La conclusione, che sembra generalizzabile dall'ambito del Terzo settore a tutte le fondazioni di partecipazione, è che sono proponibili modelli diversi della suddetta partecipazione: alcuni "democratici", che valorizzano i vincoli della disciplina associativa, altri che relegano l'organo "aggiunto" in posizione subalterna e ancillare e quindi non necessitano tale garanzia. Starà al fondatore creare un assetto adeguato alla funzione dell'organo.

Quanto alle vicende delle riunioni dell'organo "aggiunto" di fondazione partecipativa, si deve anche qui muovere dall'osservazione che nel codice civile difettano norme dettate sulla fattispecie in oggetto: ciò è del resto inevitabile, dal momento che, come detto, lo stesso testo normativo non contempla la figura generale. Diversamente il CTS, con tecnica analoga a quella sopra descritta in materia di competenze, al sesto comma dell'art. 24 estende (come si è già accennato) le disposizioni riguardanti l'assemblea dell'associazione - ETS, dettate nei cinque commi precedenti, anche alle fondazioni di partecipazione sempre del terzo settore<sup>95</sup>, a condizione che le stesse siano compatibili con la disciplina dell'ente "di

94. Quest'ultimo con una formula in parte diversa rispetto ai primi due.

95. La norma da ultimo citata dispone che: «1. Nell'assemblea delle associazioni, riconosciute o non riconosciute, del Terzo settore hanno diritto di voto tutti coloro che sono iscritti da almeno tre mesi nel libro degli associati, salvo che l'atto costitutivo o lo statuto non dispongano diversamente. 2. Ciascun associato ha un voto. Agli associati che siano enti del Terzo settore l'atto costitutivo o lo statuto possono attribuire più voti, sino ad un massimo di cinque, in proporzione al numero dei loro associati o aderenti. Si applica l'articolo 2373 del codice civile, in quanto compatibile. 3. Se l'atto costitutivo o lo statuto non dispongono diversamente, ciascun associato può farsi rappresentare nell'assemblea da un altro associato mediante delega scritta, anche in calce all'avviso di convocazione. Ciascun associato può rappresentare sino ad un massimo di tre associati nelle associazioni con un numero di associati inferiore a cinquecento e di cinque associati in quelle con un numero di associati non inferiore a cinquecento. Si applicano i commi quarto e quinto dell'articolo 2372 del codice civile, in quanto compatibili. 4. L'atto costitutivo o lo statuto possono prevedere l'intervento all'assemblea mediante mezzi di telecomunicazione ovvero l'espressione del voto per corrispondenza o in via elettronica, purché sia possibile verificare l'identità dell'associato che partecipa e vota. 5. L'atto costitutivo o lo statuto delle associazioni che hanno un numero di associati non inferiore a cinquecento possono prevedere e disciplinare la costituzione e lo svolgimento di assemblee separate, comunque denominate, anche rispetto a specifiche materie ovvero in presenza di particolari categorie di associati o di svolgimento dell'attività in più ambiti territoriali. A tali assemblee si applicano le disposizioni di cui ai commi terzo, quarto, quinto e sesto dell'articolo 2540 del codice civile, in quanto compatibili».

importazione” e non siano derogate dallo statuto di quest’ultimo. Certo sono immediatamente adattabili le regole che impongono il voto per testa e pure il voto plurimo fino a un massimo di cinque voti in proporzione al numero di associati o aderenti degli enti partecipanti, che richiama analoga disposizione in tema di cooperative<sup>96</sup>.

Quanto alle modalità di espressione del voto, la rappresentanza (ricostruita anche per tramite del rinvio ai principi generali in tema di società), il voto per corrispondenza ed elettronico come pure la teleconferenza integrano un insieme di norme che sembra trascendere l’ambito societario nel quale sono state concepite e applicate, per costituire piuttosto un *corpus* di regole e principi di funzionamento democratico del collegio, che ben possono avere applicazione al di fuori del perimetro del libro quinto del codice civile, come si è detto in precedenza<sup>97</sup>. Sempre in ottica democratica va letta la disciplina delle assemblee separate, anche qui ispirata – con semplificazioni – alla normativa delle cooperative. Diverse dalle separate sono le assemblee speciali: delle quali non si potrebbe astrattamente escludere l’istituzione, laddove lo statuto della fondazione prevedesse una pluralità di partecipazioni destinate a trovare una sintesi nell’assemblea generale.

Le regole del CTS sembrano sufficientemente chiare nell’escludere forme di attivazione e funzionamento *non collegiali* dell’organo<sup>98</sup>, con riguardo agli enti del Terzo settore che assumano la struttura della associazione riconosciuta e della fondazione (comprese chiaramente quella di partecipazione). Si tratta di verificare se quelle stesse forme non collegiali debbano per questo ritenersi bandite anche per le fondazioni di partecipazione che ETS non siano<sup>99</sup>.

96. Su quest’ultima disposizione v. BONFANTE, *La società cooperativa*, in *Tratt. dir. comm.* diretto da Cottino, cit., 416 ss.; CUSA, *Commento sub art. 2538*, in *Società cooperative/Comm. Marchetti*, cit., 300.

97. V. cap. I.

98. Con ciò intendendo riferirsi al meccanismo decisionale di *default* nelle società di persone, piuttosto che alla disciplina della consultazione scritta e del consenso espresso per iscritto proprio, quando consentito dalla legge, nelle s.r.l.: in entrambi detti modelli si prescinde dal c.d. metodo collegiale. Quest’ultimo, come noto, al fine di giungere a una corretta manifestazione di volontà del relativo organo, richiede che si attivi un procedimento che passa inizialmente per la diffusione di un avviso di convocazione ove sono indicati il luogo, il giorno e l’ora in cui si tiene la riunione dei soggetti partecipanti, oltre che le materie oggetto di discussione e deliberazione (l’ordine del giorno), poi per la materiale riunione membri del collegio ai quali sono illustrati i temi all’ordine del giorno e la successiva deliberazione, da verbalizzarsi per iscritto e quindi depositare al registro delle imprese.

99. Sul tema v. *supra*, cap. III, par. 1.

Il punto di partenza della riflessione è che lo strumento di decisione referendaria, definitivamente consacrato all'indomani della riforma del diritto societario per le s.r.l. come alternativo alla deliberazione del collegio assembleare o consiliare<sup>100</sup>, nella prassi viene talvolta impiegato per regolare il funzionamento dell'organo amministrativo di fondazioni<sup>101</sup>. Una possibile ricostruzione del tema può muovere dalla considerazione delle ragioni che legittimano il superamento della forma collegiale e l'adozione delle descritte facilitazioni procedimentali nella disciplina delle società. In argomento si può anzitutto osservare che il vincolo di collegialità è posto per i soli tipi *azionari*, i quali per definizione possono raggruppare compagini più complesse e articolate, in relazione alla funzione di strumento di raccolta del risparmio che è loro istituzionalmente riconosciuta. Tutte le altre, dalle s.r.l. alle società di persone, *come pure le cooperative strutturate in forma di s.r.l.*, che a tale attività di collettore di pubblico risparmio non si aprono, ammettono invece modelli di decisione non collegiali<sup>102</sup>.

Sul punto si deve preliminarmente avvertire che i due schemi di decisione non collegiale evocati, quello proprio della (cooperative) s.r.l. e l'altro riferibile alle società personali, non appaiono tra loro esattamente coincidenti. Solo lo schema capitalistico, infatti, *presuppone* il diritto di partecipare alla decisione, e di conseguenza il diritto ad avere

100. Sul punto, in generale, CAGNASSO, *Le decisioni degli amministratori e dei soci di s.r.l. adottate mediante consultazione scritta o consenso espresso per iscritto: una semplificazione?*, in *Riv. soc.*, 2005, 149 ss.; ID., *Le decisioni degli amministratori e dei soci mediante consultazione scritta o consenso espresso per iscritto*, in *NDS*, 2008, vol. 6 f. 19, 24 ss.; DE ANGELIS, *Liceità delle deliberazioni mediante consultazione scritta nelle S.p.a.?*, in *Società*, 2006, 1331.

101. V. ad esempio la "Fondazione De André" onlus di Genova, destinata a preservare e diffondere la memoria dell'opera e del pensiero del noto poeta e cantautore nato nella stessa città, fondazione appunto strutturata in forma partecipativa, nel cui statuto si legge che «[l]e decisioni del Consiglio di Amministrazione possono anche essere adottate mediante consultazione scritta o sulla base del consenso espresso per iscritto. In tal caso dai documenti sottoscritti dai Consiglieri devono risultare con chiarezza l'argomento oggetto della decisione ed il consenso alla stessa».

102. Variamente modulati: e cioè direttamente alternativi al collegio assembleare per le decisioni dei soci di s.r.l., salvo alcune materie per le quali esiste una sorta di riserva di assemblea: le modifiche statutarie e le decisioni di compiere operazioni che comportano una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale determinato nell'atto costitutivo ovvero una rilevante modificazione nei diritti dei soci (v. art. 2479, comma 2 n. 5 c.c.). Ovvero quale prima opzione per i tipi personalistici, ove il modello collegiale appare del tutto obliterato e utilizzabile solo se in ipotesi previsto dai patti sociali.



una congrua informazione propedeutica e anteriore alla consultazione scritta o alla espressione del consenso scritto<sup>103</sup>. Quest'ultimo approccio appare preferibile, anzitutto perché la garanzia del coinvolgimento dei diversi membri partecipi dell'organo valorizza l'istanza democratica, implicita nel funzionamento di tutti gli enti del libro primo del codice civile. Tale istanza democratica pare ulteriormente preservata, se si aggiunge l'ulteriore garanzia che *ciascuno* dei medesimi partecipanti possa individualmente provocare la deliberazione in forma collegiale, proprio beneficiando della preventiva informazione che riceve: l'eliminazione della discussione degli interessati, convenuti nello stesso luogo e nello stesso tempo, prodotta dal metodo non collegiale, sarebbe il frutto di una indiretta quanto inequivoca e informata scelta tecnica degli stessi interessati.

In questi termini nella s.r.l. la scelta di imporre la forma collegiale in luogo di quella semplificata sarebbe da ricondurre sempre e soltanto al singolo partecipante: che ne potrebbe allora disporre consentendo alla forma extra-collegiale, fatta eccezione per il caso della modifica diretta o indiretta dell'oggetto sociale o di decisione atta a incidere sui diritti dei soci, valutando caso per caso le ragioni opportunità. Non tanto, dunque, per motivi connessi alla dimensione dell'attività o della compagine, ov-

103. Il tema appare piuttosto delicato: che non sia sufficiente la consultazione di una sola parte dei soci è posizione condivisa (v. CAGNASSO, *Le decisioni degli amministratori e dei soci di s.r.l. mediante consultazione scritta o consenso espresso per iscritto: una semplificazione?*, in *Riv. soc.*, 2005, 156 s.; NOTARI, *Le decisioni dei soci. Le decisioni non assembleari, in trattato delle società a responsabilità limitata*, diretto da Ibba e Marasà, IV, Padova, 2009, 115 ss.; MIRONI, *Le decisioni dei soci nella s.r.l.: profili procedurali*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum G.F. Campobasso*, diretto da Abbadessa e Portale, 3, Torino, 2007, 484 ss.; GUIZZI, *Le decisioni dei soci: profili tipologici*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, I, 1001 ss., il quale sottolinea come nella specie la decisione dei soci non rifletta la somma di una pluralità di volontà negoziali, ma piuttosto sintesi espressiva di un vero e proprio procedimento. Si è discusso se anche nel caso del decisione a seguito di *consenso espresso per iscritto* dai soci sia necessario che sia diffusa una proposta di decisione, come parrebbe implicito nella sollecitazione conseguente alla *consultazione scritta*: chi ha affrontato il tema osserva come il problema discenda dalla non puntuale ricezione nel nostro ordinamento del modello di riferimento straniero: v. RAINELLI, *Consenso e collegialità nella s.r.l.: le decisioni non collegiali*, Milano, 2011, 180 ss., per la precisazione che nel modello tedesco e francese l'alternativa è tra una consultazione *a maggioranza* e consenso dato *all'unanimità*: circostanza quest'ultima che, riservando a ciascun singolo socio il diniego bloccante, esclude la necessità di prevedere obbligatoriamente una forma di preventiva comunicazione. Quest'ultima, tra l'altro, è la prospettiva cui andrebbero ricondotte le decisioni all'unanimità delle nostre società di persone.

vero ancora per colorazioni pubblicistiche, o comunque riferibili a terzi, dell'interesse a scegliere le modalità della decisione<sup>104</sup>.

Se si condivide tale premessa derivante dalla comparazione con i tipi societari, si potrà allora concludere che la forma di decisione non collegiale riesca a trovare legittima collocazione nello schema di una fondazione anche partecipativa *non ETS*, in assenza di alcuna norma proibitiva, e soprattutto a fronte della tutela assicurata dalla introduzione di un'apposita clausola statutaria "correttiva", che consenta a ogni aderente interessato di poter chiedere la decisione collegiale. Il punto di maggior interesse potrebbe passare per la verifica se, stante la ricostruita natura residualmente disponibile del diritto a decidere in modo collegiale, l'unanimità dei consensi non possa legittimare, anche in una fondazione ETS, la decisione non assembleare, e questo nonostante il diverso tenore delle disposizioni del Codice del Terzo Settore che si sono appena sopra esaminate. L'argomento testuale in effetti induce a cautela, quasi a sottolineare che il profilo democratico implicito nel confronto dei partecipi in seno al collegio sia un elemento qualificante l'operatività dell'ente nell'ambito dell'art. 5 dello stesso CTS. Certo è che una lettura aperta a valorizzare la natura dispositiva delle regole richiamate agli ultimi commi degli artt. 23, 24 e 25 del CTS, unitamente alla preferenza in tal senso manifestata dal fondatore, ben potrebbe in effetti attenuare il rigore dell'opzione favorevole al collegio, che traspare dalle regole dettate per le associazioni del Terzo settore. Nulla per contro sembra impedire la generalizzata applicazione della semplificazione decisionale, seppur munita del correttivo che consente l'attivazione del collegio al di fuori del CTS.

Meno utile alla ricostruzione in oggetto potrebbe rivelarsi la diversa tesi, sempre elaborata con riguardo alla disciplina delle società, che giustifica la scelta a favore del metodo collegiale in relazione a esigenze di trasparenza e di tutela d'interessi complessi, in ipotesi anche riferibili a soggetti terzi<sup>105</sup>: tale prospettiva d'indagine sembra infatti evocare situazioni e problemi di regola ravvisabili solo nelle vicende delle strutture fondazionali più articolate.

104. Sul punto specificamente ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, in *Il cod. civ. Commentario* fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, Milano, 2011, 1288 ss.; S. ROSSI, *Diritto di discussione del socio e derogabilità del metodo assembleare*, in *Giur. comm.*, 2004, II, 272 ss.

105. V. ancora ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, cit., 1289 ss.

### 2.3 L'organo amministrativo

Se dall'assemblea si passa all'organo amministrativo, emergono altri elementi di contiguità con la disciplina societaria e cooperativa. Si può in primo luogo sottolineare che l'organo amministrativo è un organo *necessario* per tutti gli enti del Terzo settore (art. 26 CTS), non essendo dunque possibile evitarne la formazione, ad esempio devolvendo ogni potere gestorio all'assemblea dei soci<sup>106</sup>. Tale esplicita indicazione rappresenta una novità nel panorama normativo riservato agli enti associativi del primo libro del Codice civile: è noto infatti che, nella disciplina generale del codice civile, l'assenza di un'espressa indicazione in tal senso induce la maggioranza degli interpreti a ritenere che l'organo in esame sia facoltativo nelle associazioni non riconosciute, munite di una struttura organizzativa più flessibile che si presta ad essere semplificata dall'autonomia statutaria, attraverso la "concentrazione" in uno solo dei collegi gestorio e assembleare<sup>107</sup>.

Evidentemente la suddetta soluzione tradizionale non può essere estesa alle associazioni non riconosciute che siano enti del Terzo settore, come tali tenute a osservare il vincolo organizzativo di cui all'art. 26 CTS appena descritto, anche alla luce dell'obbligo di adottare adeguati assetti

106. Modello di *governance* oggi del tutto abbandonato per le società personificate, a seguito della abrogazione, ad opera della riforma del diritto societario di cui al d.lgs. n. 6/2003, della l. 7 agosto 1997 n. 266 che regolava la figura della "piccola società cooperativa" (sul tema v. SARALE, *Un nuovo tipo di società mutualistica: la piccola società cooperativa*, in *Giur. comm.*, 1998, I, 735), nella quale era prevista una *assemblea gestoria*. Nessuno dubita di tale abrogazione a partire dal 1° gennaio 2005, stante il chiaro regime transitorio della riforma; è invece discusso se poi possa continuarsi ad utilizzare nella ragione sociale l'espressione "piccola" con riferimento alla società cooperativa: per la soluzione negativa LOLLI, *Commento sub art. 2522*, in *La società cooperativa dopo la riforma*, a cura di L.F. Paolucci, Appendice, Padova, 2004, 43; TONELLI, *Commento sub art. 2519*, in *La riforma delle società*, a cura di Sandulli e Santoro, Torino, 2003, 58; possibilista invece PETRELLI, *Le cooperative nella riforma del diritto societario. Analisi di alcuni aspetti controversi*, in *Studi e materiali in tema di riforma delle società cooperative*, a cura del CNN, Milano, 2005, 85 ss.).

107. Per l'espressa affermazione che nelle associazioni non personificate sia possibile devolvere la decisione degli atti di gestione alla collegialità degli associati, v. Persico, voce "Associazioni non riconosciute", in *Enc. Dir.*, Milano, 1957, vol. III, 884; BUSANI - CORSICO, *Atto costitutivo, statuti e operazioni straordinarie degli enti del terzo settore*, cit., 214; v'è anche chi non esclude l'essenzialità dell'organo amministrativo, ma ammette la devoluzione all'assemblea: VACCA, *Le associazioni non riconosciute e i comitati*, in *Il diritto privato oggi* a cura di Cendon, Milano, 1999, 75 ss.

organizzativi, amministrativi e contabili<sup>108</sup>. Sotto questo profilo, pertanto, la struttura degli enti del terzo settore non è flessibile né modificabile e resta strettamente aderente a quella societaria.

Passando al tema della designazione degli amministratori, essa come anche per le associazioni di “diritto comune” è di competenza dell’assemblea, conformemente alla regola generale fissata dall’art. 25 CTS e come puntualmente ribadito dal primo comma dell’art. 26 CTS. Merita osservare che quest’ultima norma ha una formulazione simmetrica a quella dell’art. 2542, comma 1 c.c., risultando disallineato unicamente il gioco delle eccezioni<sup>109</sup>.

L’affermazione della regola che riserva alla competenza dell’assemblea la designazione dei consiglieri d’amministrazione impone un breve approfondimento riguardante la sostituzione dei medesimi amministratori. A tal proposito il Ministero del Lavoro con la nota n. 18.244 del 18 novembre 2021<sup>110</sup> ha drasticamente escluso che un’associazione ETS possa ricorrere all’istituto della *cooptazione*, di cui all’art. 2386 c.c.<sup>111</sup>.

Per giustificare la chiusura, rilevante anche sul piano operativo, la nota citata muove dal rinvio operato dall’art. 3 del CTS<sup>112</sup>, e afferma in linea generale la non legittimità dell’applicazione agli ETS delle soluzioni esegetiche elaborate nel diritto societario. In particolare, non essendo

108. Sul punto v. *infra*, par. 2.4.1.

109. E precisamente: per le società, cooperative l’ultimo comma dell’art. 2542 c.c. richiamato dal primo, si riferisce alla designazione riservata allo Stato o a enti pubblici, mentre l’art. 26 CTS rimanda alle deroghe di competenza ammesse dall’art. 25, comma 2 dello stesso CTS per le associazioni di maggiori dimensioni e nel rispetto dei principi di democraticità, pari opportunità ed eguaglianza di tutti gli associati e di elettività delle cariche sociali.

110. E quindi confermando la linea già indicata con la nota n. 9313 del 16 settembre 2020.

111. La *cooptazione*, si ricorda, è l’istituto per il quale, ove nel corso dell’esercizio venga a mancare un amministratore, gli altri provvedono alla sua sostituzione con delibera approvata dall’organo amministrativo e gli amministratori così nominati restano in carica fino alla successiva assemblea che provvederà sul punto, confermando oppure no la scelta degli amministratori. Sull’istituto, in generale, v. FRANZONI, *Società per azioni*, III. *Dell’amministrazione e del controllo*, in *Comm. Cod. Civ. Scialoja-Branca (artt. 2380-2396)*, Bologna-Roma, 2008, 260; CONFORTI, *Nomina e revoca degli amministratori di società*, Milano, 2007, 184; GHEZZI, *Commento sub art. 2386*, in *Amministratori/Comm. Marchetti*, a cura di Ghezzi, Milano, 2005, 257; DE CRESCIENZO, *Gli amministratori nel sistema tradizionale*, in *Le nuove s.p.a.* diretto da Cagnasso e Panzani, Bologna, 2010, 742 ss; anteriormente alla riforma BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1985, 53.

112. Che a dire il vero si limita a un generico rinvio alle norme del codice civile, formalmente non circoscritto a quelle in tema di associazioni e fondazioni.

espressamente richiamato dal CTS il meccanismo sostitutivo della cooptazione di cui all'art. 2386 c.c., come invece avviene per altri istituti del diritto societario, se ne dedurrebbe la sua non applicabilità. Disatteso pertanto qualsiasi automatismo nel richiamo normativo a norme societarie, la nota in oggetto disegna una ben precisa sintassi degli interessi in gioco. Deve ritenersi in ogni caso prevalente l'affermazione della democraticità della designazione degli amministratori sull'opposta istanza, tendente a valorizzare e per questo facilitare la ricomposizione dell'organo gestorio in caso di defezioni dei membri che inizialmente lo hanno formato. Ancora sul piano testuale, si trae argomento dall'art. 26 CTS, precisamente laddove prevede che la nomina degli amministratori spetti all'assemblea: ciò, si afferma, non lascerebbe margine alcuno a regole che, seppur solo temporaneamente, deviassero la designazione della carica in oggetto ad altro organo dell'ente (nella specie, lo stesso organo amministrativo)<sup>113</sup>.

La soluzione invero non convince del tutto. Non tanto per il motivo che la cooptazione, almeno nelle forme associative di maggiori dimensioni si possa rivelare strumento efficiente per superare situazioni di stallo: è un dato di comune esperienza che, a fronte della macchinosa riunione dell'assemblea, molto più agile e immediato appare l'intervento dell'organo amministrativo, di regola formato da un numero minore di membri. Appare invero altrettanto indiscutibile che quella appena espressa è una obiezione destinata a rilevare unicamente sul piano fattuale, e cioè solo se riferita a una determinata dimensione della compagine associativa, ma non idonea a trovare applicazione nelle realtà associative di minor entità.

In realtà si potrebbe piuttosto osservare che il richiamato meccanismo di sostituzione indirizzata dall'organo amministrativo non è mai stato avvertito come antidemocratico nell'organizzazione gestoria delle società cooperative, che pur si caratterizzano tradizionalmente per la natura democratica dei propri processi decisionali e nondimeno utilizzano l'istituto della cooptazione<sup>114</sup>. In sostanza, ci si può interrogare se davvero la preferenza consiliare, immediata e idonea a ricostituire, tra l'altro *in via solo provvisoria*, la pienezza del relativo organo collegiale, configuri un

113. Con l'ulteriore puntualizzazione che non sarebbe in ogni caso da ricondurre alla cooptazione la clausola che preveda la sostituzione del consigliere venuto meno con il primo escluso nella graduatoria al momento dell'ultima votazione; e che il tema si presenterebbe diversamente nel caso della fondazione, ove la regola della cooptazione sarebbe applicabile per effetto dell'introduzione di un'apposita clausola statutaria, ma non sarebbe destinata ad operare in difetto di tale esplicita previsione.

114. V. *supra* questo cap. III, paragrafo 1.1.

*vulnus* irreparabile alla competenza assembleare, oppure no: e già la stessa temporaneità della sostituzione, e la circostanza che l'assemblea non sarà quindi esautorata, induce a valutazioni meno rigide<sup>115</sup>.

Ma neppure convince l'argomento tratto dall'omesso gioco dei rinvii: altro, infatti, è il richiamo testualmente previsto da legge di una determinata disposizione legislativa; altro è il riscontro che, dalla disciplina disegnata dal CTS, emerga una disciplina dell'organo che si rivela per sé compatibile con il criterio di sostituzione "veloce" della cooptazione, che non taglia fuori l'assemblea ma al contempo evita che le complicazioni legate alla sua convocazione, magari perché vi partecipano molti associati o si rende necessario attivare una pluralità di collegi separati, perpetui per un lungo intervallo di tempo la situazione di incompiutezza del direttivo. Diversamente, si imporrebbe l'esigenza di contemperare in altro modo l'imperativo della competenza assembleare con la descritta necessità di agevolare il processo sostitutivo dell'amministratore venuto a mancare. Compromesso che forse potrebbe individuarsi attraverso la previsione di un criterio di sostituzione prefigurato già al momento della nomina assembleare dei primi componenti del collegio, che vincoli la loro eventuale successiva sostituzione alla preventiva e iniziale individuazione di altri amministratori "supplenti"<sup>116</sup>, al limite riservando al consiglio di amministrazione il solo potere di scegliere nel novero dei supplenti l'effettivo sostituto. Soluzione che se da un lato salva la regola della nomina assembleare, dall'altro segna un irrigidimento rispetto al meccanismo della cooptazione laddove non consente al medesimo consiglio di scegliere il soggetto che appaia più idoneo.

Anche la diversa regola che impone la diretta personalizzazione dell'organo amministrativo caratterizza ad un tempo la disciplina mutualistica e quella degli enti del terzo settore. In particolare, quanto all'*elettorato passivo* si prevede che il consiglio dovrà essere composto per la maggioranza da persone fisiche associate, ovvero indicate dagli enti

115. E questo, sembra, con una valenza generale riferibile a tutte le realtà associative, senza doverne circoscrivere l'ambito a quelle di maggior dimensioni che ai sensi dell'art. 25, comma CTS possono introdurre deroghe alle competenze deliberative assembleari. In sostanza, se la cooptazione è ritenuta possibile, ciò avviene non perché integri una vera e propria definitiva e irrevocabile devoluzione di competenza ad un organo diverso, ma piuttosto perché integra uno strumento di semplificazione che, alla fine, non priva l'assemblea della propria competenza. Altra cosa è se poi gli amministratori abusino dello strumento, ad esempio abusivamente convocando la suddetta assemblea in forte ritardo.

116. Introducendo così un sistema di nomina e sostituzione analogo a quello previsto per il collegio sindacale della s.p.a.

giuridici associati (v. art. 26, comma 2 CTS e art. 2542, comma 3 c.c.); quanto all' *elettorato attivo*, la designazione della maggioranza degli amministratori dovrà essere riservata all'assemblea (v. nuovamente in parallelo art. 26, comma 5 CTS e art. 2542 ultimo comma c.c.). Invero esistono pure elementi di parziale discontinuità: l'atto costitutivo o lo statuto dell'ETS, infatti, possono prevedere che uno o più amministratori siano scelti tra gli appartenenti alle diverse categorie di associati (art. 26, comma 4 CTS), ma, diversamente che nel modello mutualistico, per l'ente del terzo settore manca qualsiasi collegamento tra la nomina "indirizzata" alla categoria e l'interesse allo svolgimento dell'attività come anche – e inevitabilmente – il riferimento ad una specifica e tipizzata classe di associati finanziatori. Merita sottolineare che pure in questo caso è conservata la struttura basica della norma mutualistica, senza che siano però estese al terzo settore le relative peculiarità.

Deve quindi ritenersi ammessa, *a contrario*, la nomina ad amministratori di soggetti estranei alla compagine associativa (proprio come per le cooperative), in quanto il vincolo d'appartenenza (in via immediata o per derivazione) è riferito solo alla *maggioranza* dei componenti il direttivo. All'evidenza, lo scopo è, da un lato, di non aver la necessità di richiedere a soggetti muniti di particolari qualifiche di acquisire la partecipazione di associato all'ente, quale condizione per assumerne la carica, a rischio di privare il collegio del possibile loro coinvolgimento ove i medesimi non accettino<sup>117</sup>; dall'altro, di ribadire comunque che il controllo del medesimo collegio sia appannaggio degli associati, evitando derive a favore di soggetti in ipotesi estranei all'ente.

Una connessa questione attiene al tema spinoso e assai rilevante anche sul piano applicativo, se la qualifica d'amministratore possa essere attribuita oppure no a una persona giuridica (socia o esterna)<sup>118</sup>. Si può muovere dal dato testuale che, per gli ETS, prevede che *la maggioranza degli amministratori sia scelta tra le persone fisiche associate ovvero indicate dagli enti giuridici associati* (v. art. 26, comma 2 CTS). Sul punto si nota un elemento di differenza rispetto alla formulazione del terzo comma dell'art.

117. Così, in tema di cooperative, anche ragionando sul diverso regime vigente prima della riforma del diritto societario del 2003, ove si ammetteva l'ingresso nel consiglio di soggetti muniti di competenze tecniche, v. BONFANTE, *La nuova società cooperativa*, cit., 304 ss.

118. In argomento si veda l'attenta e condivisibile ricostruzione di BOGGIALI, *Enti amministratori di associazioni e fondazioni*, Studio n. 9-2022/CTS approvato dalla Commissione Terzo Settore del Consiglio Nazionale del Notariato in data 27 ottobre 2022, che ammette l'attribuzione a persone giuridiche della qualifica di amministratore di ETS.

2542 c.c. in tema di cooperative, ove si prevede che gli amministratori siano tratti, sempre in maggioranza, *da soci cooperatori o da persone indicate dai soci cooperatori persone giuridiche*. In effetti nella norma da ultimo citata manca l'espresso riferimento alle *persone fisiche* che assumono la carica di amministratori, esplicitato al secondo comma dell'art. 26 CTS.

In tal senso, l'uso dell'espressione "persona giuridica" per riferirsi al socio indicante e della più generica espressione "persona" per connotare il soggetto indicato, lasciano intendere che il legislatore non abbia inteso prendere posizione se non sul punto che la qualifica di amministratore debba essere riservata, per la maggioranza ivi contemplata, a un socio o a un soggetto, *al limite anche non socio, ma indicato da socio persona giuridica*<sup>119</sup>. Per contro, nulla di tale formulazione sembra lasciar trasparire l'intenzione di circoscrivere alle persone fisiche la qualifica d'amministratore, se non il più debole indizio derivante dalla formale contrapposizione tra la nomina (diretta) del socio e la designazione (indiretta)<sup>120</sup> della persona giuridica socia<sup>121</sup>. È chiaro che la figura di "socio" che si contrappone alla

119. La *ratio* della disposizione mutualistica viene indicata nell'esigenza di valorizzare la presenza personale del socio nel modello organizzativo adottato: l'esclusione di estranei dalla carica di amministratore esprime infatti l'intento legislativo di rendere l'organo di gestione il più idoneo interprete dei bisogni dei soci, mantenendo la gestione della società nell'ambito dell'attività mutualistica, intesa quale gestione del servizio a favore dei soci. Sul tema generale v. BASSI, *Delle imprese cooperative e delle mutue assicuratrici*, in *Il cod. civ. Commentario* diretto da Schlesinger, Milano, 1988, 732; VERRUCOLI, *La società cooperativa*, Milano 1958, 341; il punto è ancor più enfatizzato da BUONOCORE, *Diritto della cooperazione*, Bologna, 1997, 134 ss., secondo il quale, nelle società cooperative la partecipazione del socio alla gestione dell'attività d'impresa è indispensabile, affinché questa possa in concreto attuarsi.

120. Le "persone" sono soltanto "indicate dalle", non più "mandatarie delle" socie persone giuridiche: il che sta a significare che la loro nomina e revoca dovrà promanare dall'organo assembleare (o secondo la regola eventualmente in deroga): sul punto v. GUGLIELMO, *Riflessi della riforma sull'amministrazione delle società di persone*, par. 2, Studio d'Impresa 5618/I del CNN approvato in data 31 marzo 2005, in *CNN Notizie*.

121. Contrapposizione meglio apprezzabile in chiave storica pensando alla vecchia espressione utilizzata nel vecchio art. 2535 c.c. ("mandatari" di persone giuridiche socie), che in un contesto normativo completamente diverso dall'attuale indirizzava la prevalente dottrina a ritenere che una persona giuridica non potesse assumere la carica di amministratore di un altro ente collettivo: v. MINERVINI, *Gli amministratori di s.p.a.*, Milano, 1956, 88 ss. OPPO, *Sulla partecipazione di società a società personali*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, I, 1; FORTUNATO, *Partecipazione di società di persone ad altra società di persone e nomina dell'amministratore*, in *Riv. not.*, 1990, I, 83 ss.; CASELLI, *Vicende del rapporto di amministrazione*, in *Trattato delle s.p.a.* diretto da Colombo e Portale, IV, Torino, 1991, 27 ss.; ABBADESSA, *Il direttore generale*, in *Trattato delle s.p.a.* diretto da Colombo e Portale, IV, cit., 473.



“persona giuridica socia” potrebbe intendersi come una persona fisica (altrimenti perché differenziare?), ma al contrario non sembrano sussistere preclusioni a che il soggetto designato dal socio persona giuridica sia a sua volta una persona giuridica<sup>122</sup>.

Ad ogni modo, per gli enti del terzo settore il problema non si pone: la letterale formula impiegata dal codificatore del 2017 a favore della nomina di *persone fisiche* esclude che, *con riguardo alla maggioranza cui allude il secondo comma dell’art. 26 CTS*, il collegio possa aprirsi a persone giuridiche: la ragione andrebbe individuata nella volontà di avere una immediata riconducibilità del soggetto che svolge funzione gestoria all’organo che ne effettua la designazione<sup>123</sup>. Ci si rifà al tradizionale argomento, che invero l’individuazione di chi riceve il potere di amministrare esprimerà in tal caso non già una volontà direttamente riferibile all’ente di cui si sta componendo il consiglio di amministrazione, bensì quella della persona giuridica associata, che a sua volta andrà a designare, con il proprio apparato organizzativo, il soggetto o i soggetti che saranno chiamati a svolgere funzione amministrativa nel primo ente, aggirando quindi le regole di nomina di quest’ultimo.

Tuttavia la maggioranza *eletta* non deve necessariamente corrispondere con la maggioranza *di nomina assembleare*. Si intende sostenere che, in astratto, nel formare il consiglio d’amministrazione i soggetti che non sono associati in ipotesi potrebbero designare una persona fisica che inoltre possenga altresì la qualifica di associato (evenienza poco probabile ma certo non vietata dal CTS). Allo stesso modo non si potrebbe escludere che l’assemblea indichi una persona giuridica nella maggioranza a sé riservata, sul presupposto che sia comunque preservata, nel numero complessivi degli amministratori, la maggioranza delle persone fisiche. Ma si tratta ovviamente di casi peculiari, essendo ragionevole che un soggetto estraneo alla compagine associativa, avendone la facoltà, nomini quale ammini-

122. Si segnala la diversa lettura di PESCATORE, *Società di capitali amministratrice di altra società di capitali*, in *Giur. comm.*, I. 2009, 1158 ss.; ID., *L’amministratore persona giuridica*, Milano, 2012, 52 ss., secondo il quale il meccanismo previsto dall’art. 2542, comma 3 c.c., corrisponderebbe a quello dell’art. 2449 c.c. per le società a partecipazione pubblica. In realtà, come si è detto (v. la precedente nota 260), la nuova espressione utilizzata all’art. 2542 priva la persona giuridica socia di quel potere di revoca del soggetto amministratore, che invece permane a favore del socio pubblico, nelle società partecipate. Sul tema v. anche RIZZINI BISINELLI - LOPATRIELLO, *Amministratore di s.p.a. persona giuridica: spunti di riflessione*, in *Società*, 2000, 1174.

123. Sull’argomento v. TAMPONI, *Persone giuridiche*, art. 11-35, in *Il cod. civ. Commentario* fondato da Schlesinger e continuato da Busnelli, Milano, 2018, 272 e ivi riferimenti.

stratore un altro soggetto il quale a sua volta non sia associato. Stando perciò all'*id quod plerumque accidit*, si può affermare che l'assemblea andrà a designare la maggioranza dei consiglieri che le sono riservati tra le persone fisiche associate e quelle indicate dalle persone fisiche associate.

Ora, si tratta di chiarire se il precetto espresso dalle norme richiamate si presti ad essere letto come indicazione di un principio, in ambito mutualistico e nel Terzo settore, dal quale astrarre una regola che comunque imponga la designazione ad amministratore di una persona fisica. In realtà, pare si possa sostenere che rileva la circostanza se la persona fisica, che sola può assumere la qualifica di amministratore, sia socia o associata, oppure no, non quindi se ad amministrare possa essere chiamata una persona giuridica ovvero una persona fisica.

Seguendo un percorso alternativo al precedente, si potrebbe piuttosto enfaticamente interpretare testuale, legittimando *a contrario* la nomina di una persona giuridica nella minoranza prefigurata dal secondo comma dell'art. 26 CTS, e dal terzo comma dell'art. 2542 c.c. La preferenza per questa diversa prospettiva di ricostruzione non trova un riscontro testuale nella disciplina generale e speciale di associazioni e fondazioni<sup>124</sup>.

Ora, sembra che il discorso debba essere ricostruito muovendo dalle coordinate espresse dal dato normativo testuale. Il divieto a che un ente collettivo assuma la gestione di un altro, tradizionalmente oggetto di ampie discussioni, per le società lucrative è stato testualmente superato, si ritiene giustamente, a seguito della riforma del 2003. La lettura coordinata degli articoli 2361, 2° comma e 111 *duodecies* delle disp. att. c.c., ormai consolidata nell'interpretazione dottrinale e nella prassi, trae argomento dal dato letterale (e specifico) che la posizione di socio accomandatario possa essere assunta da una società di capitali<sup>125</sup>. Da ciò si trae una indicazione di

124. In questo senso BUSANI, CORSICO, *Atto costitutivo, statuti e operazioni straordinarie degli enti del terzo settore*, cit., 220 (che segnalano di aver in tal senso mutato opinione, rispetto all'edizione anteriore della stessa opera), anche per riferimenti; DE ANGELIS, *Il CdA delle associazioni: le nuove regole per nomina e attribuzioni*, cit., 27.

125. Sul tema in generale v. BARTALENA, *La partecipazione di società di capitali in società di persone*, in *Il nuovo diritto delle società per azioni*. Liber amicorum G.F. Campobasso, diretto da Abbadessa e Portale, vol. 1, Torino, 2006, 1, 123 ss.; GAMBINO, *Impresa e società di persone*, in *Fondamenti di Diritto commerciale*, a cura di Gambino, Torino, 2004, 147; REGOLI, *L'organizzazione delle società di persone*, in Aa.Vv., *Diritto delle società. Manuale breve*, Milano, 2006, 56; WEIGMANN, *Luci e ombre del nuovo diritto societario*, in *Società*, 2003, 270; DAGNINO, *La partecipazione di società di capitali in società di persone*, in *Giur. comm.*, 2005, II, 294; MIRONE, *Commento sub art. 2361*, in *Società di capitali. Commentario* diretto da Niccolini e Stagno d'Alcontres, I, Napoli, 2004, 421; CAVANNA, *Commento sub art. 2361, comma 2*, in *Comm. Cottino*, cit., 458.

principio più ampia, che trascende la disciplina dell'accomandita semplice e finisce per legittimare in via generale l'ente collettivo ad assumere la carica di amministratore di società<sup>126</sup>. Per le cooperative, come si è accennato, il dato testuale non appare univocamente interpretabile, ma certo si deve rimarcare che, quand'anche si opti per la lettura più rigida dell'art. 2542, comma 3 c.c., il vincolo a postulare comunque la nomina a consigliere di una persona *fisica* resta invero circoscritto, in modo formale e non contestabile, alla *maggioranza* dei membri dello stesso consiglio. Sotto questo profilo, sembra, il dubbio profilato per gli enti del terzo settore, vale a dire se la *minoranza* dei componenti dell'organo amministrativo possa comprendere anche enti collettivi, si pone negli stessi termini anche per le società cooperative<sup>127</sup>.

Ma allora la soluzione del complesso problema sembra che inevitabilmente passi per la verifica di un duplice assunto. In primo luogo, che le disposizioni dell'art. 2361, comma 2 c.c. e 111 *duodecies* disp. att. c.c. esprimano un principio generale ormai riferibile a tutte le società. E a questo interrogativo si ritiene di dare risposta affermativa, con l'unica precisazione che, per le cooperative, il discorso resterà circoscritto alla minoranza dei membri dell'organo amministrativo.

In secondo luogo, si renderà necessario sciogliere la connessa questione se la portata del principio delineato nell'ambito della disciplina societaria sia sufficientemente estesa, al punto da potersi riferire anche agli enti del terzo settore – i quali, qui come in altre occasioni, presentano una regolamentazione che richiama da vicino quella mutualistica. E la risoluzione dell'interrogativo dovrà essere positiva, se si ritiene di trarre argomento dalla comunanza *strutturale* tra i due blocchi normativi, mutualistico e del terzo settore, che si sta provando a ricostruire.

Altra similitudine tra cooperative ed enti del terzo settore in forma associativa, forse di minor complessità nella sua ricostruzione ma non di minor rilevanza sistematica e applicativa, sussiste in riferimento alla

126. Sul piano operativo questa soluzione è stata fatta propria dal notariato e ha trovato diverse applicazioni: v. ad esempio la risposta a quesito n. 5920/I, *Società di capitali amministratore di altra società dio capitali*, in CNN Notizie del 7 dicembre 2005.

127. Si deve sottolineare, infatti, come sia l'art. 2542, comma 3 sia l'art. 26 CTS indichino regole "personalizzanti" per la formazione dell'organo amministrativo solo con riguardo alla maggioranza dei membri degli stessi organi: il discorso, quindi, resta aperto, ove ci si interroghi sui soggetti che possano ricoprire la minoranza dei posti disponibili. In questi termini si ritiene di precisare l'opinione sinteticamente espressa in precedenza, nel contributo compreso nell'opera collettanea diretta da Irrera, *Diritto del governo delle imprese*.

composizione numerica dell'organo amministrativo: che sarà necessariamente pluripersonale, non monocratica.

Per le società mutualistiche si tratta di una esplicita disposizione recentemente aggiunta al secondo comma dell'art. 2542 c.c.<sup>128</sup>. Per le associazioni invece la regola è frutto di una ricostruzione interpretativa che non si appoggia ad alcun dato positivo<sup>129</sup>, ma asseconda il principio di democraticità, che ai fini della composizione dell'organo amministrativo dell'associazione si declina nella necessaria previsione di una pluralità dei membri che lo costituiscono.

Il punto è stato ed è attualmente discusso in dottrina e la tesi "pluralista"<sup>130</sup> è stata recentemente ripresa e precisata dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali<sup>131</sup>, con esclusivo riferimento alle associazioni ETS ma non alle fondazioni: per queste ultime, infatti, si è detto che la personalità del fondatore può validamente imporre una gestione monocratica e individuale, a discapito del pluralismo invece avvertito come coesistente alla struttura organizzativa dell'associazione ETS.

### 2.3.1 Segue. *Rappresentanza; responsabilità.*

Quanto ai poteri di rappresentanza attribuiti agli amministratori di un ETS, per un verso si registra un'importante coincidenza con le regole

128. Con precisazione che il collegio deve comprendere almeno tre membri, e che la durata del mandato non può eccedere il triennio: v. art. 1 comma 936 lettera b) legge 27 dicembre 2017, n. 205.

129. Sul punto del resto inesistente, essendo assai poco probante l'utilizzazione all'art. 26 CTS di espressioni declinate al plurale per indurre a ritenere che la composizione dell'organo debba essere necessariamente pluripersonale: v. in argomento LOFFREDO, *Gli enti del terzo settore*, Milano, 2018, 206; IBBA, *Codice del terzo settore e diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2019, 71 s., che tra l'altro osserva come nessuna disposizione del CTS imponga come obbligatoria la struttura collegiale dell'organo amministrativo.

130. Proposta da MORINO, *L'amministrazione di associazioni e fondazioni del terzo settore*, in *Gli enti del Terzo settore e il nuovo Registro unico*, cit., 98 ss.; sul tema v. anche il contributo di DE ANGELIS, *Il CdA delle associazioni: le nuove regole per nomina e attribuzioni*, cit., 28 s.; per riferimenti CAVANNA, *Il nuovo Codice del Terzo settore: prime considerazioni critiche*, in *Terzo settore, non profit e cooperative*, 2017, 24.

131. Nella nota n. 9913 del 16 settembre 2020, ove peraltro si ipotizza un'eccezione per il caso di associazioni con una compagine assai ristretta, nelle quali l'adozione di un organo amministrativo pluripersonale potrebbe tradursi nella necessità di assumere come amministratori tutti gli associati iniziali. Per evitare tali complicazioni operative, «un organo di amministrazione monocratico potrebbe costituire una eventualità percorribile sia pure per un periodo limitato previsto comunque nell'atto costitutivo».

dettate per le società di capitali e le cooperative, laddove in particolare si prevede che tale potere abbia portata *generale*.

Per altro verso, si rileva invece un momento di discontinuità in merito alla disciplina delle limitazioni eventualmente apposte al medesimo potere rappresentativo e introdotte in via statutaria (non legale): non viene qui riproposta, infatti, la regola della loro generale irrilevanza, a meno che non si riesca a dimostrare l'intento fraudolento del terzo (c.d. *exceptio doli*).

Sulla scia dell'art. 2298 c.c.<sup>132</sup>, è infatti inserita la regola della generalizzata opponibilità ai terzi una volta che si sia curata l'iscrizione presso il competente Registro unico nazionale del Terzo settore dei limiti medesimi; ovvero, in difetto di pubblicità, se non si prova che i terzi ne fossero a conoscenza<sup>133</sup>.

Si segnala la peculiarità che la regola appena descritta è destinata a trovare applicazione con riferimento non solo alle associazioni riconosciute e alle fondazioni ETS, munite di personalità giuridica, ma anche alle associazioni *non* riconosciute che assumano qualifica di ente del terzo settore e per questo comunque iscritte nel registro unico nazionale: diversamente che per le associazioni ordinarie, il mancato riconoscimento non fa delle associazioni del terzo settore enti privi di pubblicità, e pertanto le regole in esame troveranno applicazione anche per loro<sup>134</sup>.

Nulla si dice a proposito degli atti c.d. *ultra vires*, compiuti cioè eccedendo le finalità o l'oggetto dell'associazione o della fondazione. Rifacendosi alla disciplina delle società di capitali e cooperative, bisogna muovere dall'osservazione che la riforma del d.lgs. n.6/2003 ha abrogato la norma che specificamente regolava la sorte degli atti eccedenti l'ambito

132. Sul tema v. MORINO, *L'amministrazione di associazioni e fondazioni del terzo settore*, in *Gli enti del Terzo settore e il nuovo Registro unico*, cit., 106 s.; DE ANGELIS, *Il CdA delle associazioni ETS*, in *La riforma del no profit*, Italia Oggi, 2 ottobre 2020, 71 ss.; ID., *Il CdA delle associazioni: le nuove regole per nomina e attribuzioni*, in *Terzo settore, non profit e cooperative*, 2018, f. 1, 34 s.

133. V. BUSANI - CORSICO, *Atto costitutivo, statuti e operazioni straordinarie degli enti del terzo settore*, cit., 225; AMATO, *Ordinamento e amministrazione*, in *Il codice del terzo settore. Commento al Decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117*, a cura di Gorgoni, Pisa, 2018, 252.

134. Diversamente da quanto avviene per le società di capitali e le società di persone regolarmente iscritte al registro delle imprese, ove l'opponibilità dei limiti ai poteri di rappresentanza è differenziata (detti limiti, infatti, nelle società personali saranno comunque rilevanti per i terzi una volta che siano pubblicati, e in assenza di pubblicazione si dovrà dimostrare che i terzi stessi ne fossero a conoscenza; nelle società di capitali, invece, i suddetti limiti rilevano solo ove si dimostri l'intento fraudolento), il CTS non introduce alcuna distinzione nel descritto regime pubblicitario trattando allo stesso modo fondazioni, associazioni riconosciute e non.

dell'oggetto sociale<sup>135</sup>, contestualmente introducendo la precisazione che gli amministratori di s.p.a. (come quelli degli ETS) sono muniti di poteri *generali*. La dottrina ha affermato che tale duplice intervento legislativo mira a ricondurre, non senza qualche forzatura<sup>136</sup>, i vincoli operativi espressi dall'oggetto sociale ai limiti statutari ordinariamente posti ai poteri di rappresentanza: come tali destinati a non rilevare nei confronti dei terzi, con l'unica e residuale eccezione dell'*exceptio doli*<sup>137</sup>.

Ora, se si prova a ribaltare nell'ambito degli enti del terzo settore la costruzione concepita per le società di capitali, appare evidente che manca un elemento fondamentale a sorreggere la simmetria, vale a dire la regola che rende rilevanti i limiti in oggetto solo se si riesce a dimostrare la *participatio fraudis* del terzo. Proprio quest'ultima disposizione, che come noto ha matrice comunitaria<sup>138</sup> e, lungi dal voler proteggere amministratori spregiudicati, mira invece ad assicurare stabilità agli scambi e quindi agevolare le dinamiche del mercato<sup>139</sup>, dà un contenuto concreto alla regola della generalità della rappresentanza. Così la violazione dei limiti connessi all'oggetto sociale, certo avente valenza *interna*<sup>140</sup>, vede significativamente ridotta (per non dir nella sostanza obliterare) la propria rilevanza *esterna*, in considerazione della problematicità della prova dell'intento fraudolento dei terzi contraenti.

Il punto è che, nel caso degli ETS, difetta proprio questo strumento, *legale*, di contenimento della valenza esterna dei limiti ai poteri di

135. Come noto, la riforma del d.lgs. n. 6/2003 ha abrogato l'art. 2384 *bis* c.c. che rendeva inopponibili ai terzi di buona fede i vincoli operativi impliciti nell'oggetto sociale; sul punto in generale v. CALANDRA BUONAURA, *Il potere di rappresentanza degli amministratori di società per azioni*, in *Il nuovo diritto delle società per azioni*. Liber amicorum G.F. Campobasso, diretto da Abbadessa e Portale, vol. 2, Torino, 2006, 661.

136. V. in argomento CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 2, *Diritto delle società*, cit., 376.

137. Sul tema CALANDRA BUONAURA, *op. loc. ult. cit.*; PRESTI - RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale*, cit., 481 (vol. unico); in giurisprudenza sottolinea la rilevanza interna del limite implicito nell'oggetto sociale Trib. Milano, 29 gennaio 2013, in *Società*, 2013, 347.

138. V. sul punto BERTOLOTI (CERRATO), *Costituzione della società, pubblicità, poteri di rappresentanza e nullità*, in MONTALENTI (a cura di), *Le società*, vol. IV del *Tratt. Dir. Priv. dell'Unione Europea* diretto da Ajani e Benacchio, Torino, 2022, 165 ss. e ivi riferimenti.

139. Sul punto in generale v. FRANZONI, *Società per azioni*, III. *Dell'amministrazione e del controllo*, in *Comm. Scialoja-Branca*, cit., 218, NAZZICONE, *La riforma del diritto societario (artt. 2380-2396)*, a cura di Lo Cascio, Milano, 2003, 59.

140. Valenza che in ogni caso esiste, ed è certamente apprezzabile ai fini dell'esercizio dell'azione risarcitoria nei confronti dell'amministratore che ha agito: v. sul punto BUSANI - CORSICO, *Atto costitutivo, statuti e operazioni straordinarie degli enti del terzo settore*, cit., 107.

rappresentanza. Anzi, qui la regola generale è esattamente rovesciata, applicandosi il più rigido meccanismo della pubblicità dichiarativa. E allora, si dovrà in primo luogo considerare la *ratio* della norma, cui si è sopra accennato, da riferire al regime accolto dall'art. 2384 c.c. allo scopo di assicurare la stabilità agli scambi commerciali. Poi si potrà osservare che tale situazione fattuale difficilmente appare replicabile con riguardo all'attività di un ETS che non svolga attività di impresa. In tal senso, non dovrebbero sussistere i presupposti per importare nella disciplina degli ETS il meccanismo dell'*exceptio doli* tipico delle società di capitali, dovendosi invece preferire l'applicazione della regola generale per l'ambito normativo di riferimento, portata appunto al settimo comma dell'art. 26 CTS<sup>141</sup>, che non valorizza l'apparenza incolpevole a discapito delle ragioni dell'ente collettivo rappresentato, ma premia al contrario il comportamento diligente di chi da una parte iscrive tempestivamente gli atti dell'ente medesimo e dall'altra consulta le risultanze del registro unico nazionale per verificarne l'organizzazione.

In dottrina si è osservato che tale regime apparirebbe inappropriato in riferimento al caso degli enti del terzo settore che esercitano la propria attività esclusivamente o principalmente in forma di impresa commerciale e per questo sono soggetti all'iscrizione nel registro delle imprese ai sensi del comma 2 dell'art. 11 CTS<sup>142</sup>. Per tali ETS, infatti, il regime pubblicitario dovrebbe trovare applicazione "cumulativa" presso ciascun registro, col rischio di ingenerare una comunicazione poco chiara e trasparente per i terzi in ragione non solo del moltiplicarsi dei registri ma anche (soprattutto) delle diverse tempistiche di aggiornamento dei medesimi registri e del conseguente rischio che il ritardo nelle variazioni dei dati pubblicati possa tradursi in temporanee pericolose discordanze di informazioni<sup>143</sup>.

Si deve avvertire in via preliminare che lo svolgimento in via esclusiva di attività di impresa da parte dell'ente del terzo settore non comporta per sé il mutamento genetico in impresa sociale, né l'automatica ricompressione dell'attività svolta nell'ambito dell'art. 6 del CTS: ciò che rileva appare il fine di utilità generale e la mancanza dello scopo di lucro, non le concrete modalità di svolgimento dell'attività medesima, che per espressa previ-

141. IBBA, *Codice del terzo settore e diritto societario*, cit., 75 ss.

142. Da sottolineare che non si tratta delle imprese sociali, per le quali l'iscrizione nell'apposita sezione del Registro delle imprese soddisfa il requisito dell'iscrizione al registro unico nazionale del terzo settore (art. 11, comma 3 CTS).

143. BARILLÀ, *Enti del Terzo settore e diritto societario*, cit., 100 ss.; IBBA, *La pubblicità degli enti del terzo settore*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, I, 622.

sione dell'art. 4 CTS ben possono consistere nella produzione e scambio di beni e servizi<sup>144</sup>. A queste figure di ETS propriamente detti, dunque, e non alle imprese sociali si riferisce l'art. 11, 2° comma del CTS: per esse si porrà effettivamente il problema della moltiplicazione degli adempimenti pubblicitari, presso il RUNTS e il registro delle imprese.

In considerazione del loro concreto ambito di attività, e delle interazioni con altri soggetti imprenditori in cui esso si sviluppa, si può sostenere che il meccanismo puramente dichiarativo della pubblicità potrebbe apparire inadeguato, o meglio non allineato con la disciplina – come detto di ascendenza comunitaria – che connota lo svolgimento dell'attività delle società di capitali. In tal senso in dottrina si è suggestivamente proposto di ricuperare per questi ETS imprenditori la regola dell'*exceptio doli* dell'art. 2384 c.c., non direttamente ma richiamandosi ai principi generali in tema di apparenza qualificata della pubblicità. In buona sostanza, il terzo che si affida alle risultanze di un registro, ad esempio del RUNTS (il cui aggiornamento è per legge meno tempestivo potendosi realizzare nei sessanta giorni successivi all'istanza) e non a quelle di un altro (ad esempio il registro delle imprese, modificato di regola in tempi più brevi), potrebbe non avere notizia di un nuovo vincolo ai poteri rappresentativi dell'amministratore già apparsi sul secondo registro, ma non ancora sul primo<sup>145</sup>. Con l'unica osservazione che tale soluzione si imporrebbe forse più per un difetto di coordinamento sistematico tra sistemi pubblicitari, che per la natura imprenditoriale dell'attività svolta, come parrebbe dimostrare la circostanza che nelle società di persone l'opponibilità delle limitazioni ai poteri rappresentativi segue in tutto il regime dichiarativo della pubblicità, e non la regola dell'*exceptio doli*, che piuttosto entra in pista in relazione alle (presunte) maggior complessità e dimensioni del mercato, sul presupposto che in ogni caso si tratta di attività di impresa.

Veniamo infine alla responsabilità degli amministratori, che è una delle materie ove più marcata appare, nell'ambito del codice del terzo settore, la matrice societaria della disciplina riservata ad associazioni e fondazioni. Diversamente dalla stringata regolamentazione contenuta negli artt. 18 e 22 c.c. per gli enti “di diritto comune” del libro I del Codice civile, qui è importato nella sua interezza il *corpus* normativo riguardante

144. CEOLIN, *Codice del Terzo settore a norma dell'art. 1 comma 2 lettera b) della legge 6 giugno 2016, n. 106*, in *Comm. cod. civ. e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di De Nova, cit., 47 ss.

145. V. ancora BARILLÀ, *Enti del Terzo settore e diritto societario*, cit., 100 ss.; IBBA, *La pubblicità degli enti del terzo settore*, cit., 630.



la responsabilità delle società per azioni (che si applicano anche alle società cooperative<sup>146</sup>). Ciò sta a significare che, come per le s.p.a., anche qui s'individua una triplice canalizzazione della responsabilità<sup>147</sup>: anzitutto (a) verso l'ente e (b) verso i relativi creditori, che in entrambi i casi origina dalla diminuzione del patrimonio associativo o della fondazione conseguente agli atti di *mala gestio* ascrivibili agli amministratori; un terzo profilo (c), sempre mutuato dalla disciplina societaria, lega la responsabilità in oggetto all'illecito degli amministratori che ingiustamente incide in via diretta sul patrimonio (non dell'ente ma) del soggetto associato o del terzo.

Ora, premesso che tale ultima fattispecie appare attivabile anche da coloro che partecipano all'organo associativo o di indirizzo istituito all'interno di una fondazione partecipativa<sup>148</sup>, appare corretta l'osservazione che non sempre è agevole prefigurare ipotesi di danno diretto procurato ad associati o a terzi, causalmente derivanti dalla cattiva condotta degli amministratori.

Si può pensare ai soggetti erogatori, che siano mossi a liberalità a favore dell'ente con il precipuo obiettivo di finanziare progetti presentati, analiticamente illustrati e ampiamente pubblicizzati dagli amministratori, i quali però ben conoscevano sin dall'inizio l'impossibilità di una loro realizzazione, onde l'attività svolta avrebbe finanziato altre attività, magari non allineate con gli scopi che l'ente dichiara di perseguire.

Il tema appare piuttosto delicato, in quanto l'esecuzione di una liberalità (donativa formale o anche indiretta o manuale) presuppone comunque l'esistenza dell'*animus donandi* in capo a chi esegue la prestazione, vale a dire la volontà di arricchire il destinatario, e lascia in secondo piano i motivi che muovono a quel gesto gratuito, soprattutto ad essere eseguita senza presupporre alcuna attribuzione sinallagmatica, sicché sul piano puramente civilistico può essere non del tutto agevole individuare un nesso di causalità tra la condotta degli amministratori e il danno causato.

146. Se si accetta l'assunto che, sul piano strutturale, anche le cooperative che adottano la disciplina residuale della s.r.l. applicano sul punto disposizioni che, tralasciando la regolamentazione di dettaglio, nei profili generali e sul piano strutturale, paiono sostanzialmente compatibili con quelle dettate per il tipo azionario. V. in argomento MARANO, *L'organo di amministrazione*, in *La cooperativa - s.r.l. tra legge e autonomia statutaria*, a cura di Cusa, cit., 439 ss.

147. In argomento v. CAVANNA, *Il nuovo Codice del Terzo settore: prime considerazioni critiche*, in *Terzo settore, non profit e cooperative*, cit., 24; MORINO, *L'amministrazione di associazioni e fondazioni del terzo settore*, in *Gli enti del Terzo settore e il nuovo Registro unico*, cit., 118 ss.

148. Sulla fondazione di partecipazione v. questo cap. III, par. 2.2.

Per far emergere con maggior chiarezza i motivi dell'intento liberale, e conseguentemente le responsabilità degli amministratori dell'ente beneficiario che li disattendono, potrebbe essere assai opportuno (se non necessario), apporre un onere all'attribuzione donativa medesima, che la canalizzi a favore di una data iniziativa, così da rendere maggiormente tracciabile l'attività del gestore, i relativi esiti e l'obiettivo divisato dal donante, compresi i motivi individuali che l'hanno indirizzato e i relativi profili patrimoniali<sup>149</sup>.

In termini più generali, merita di essere sottolineata la scelta del codificatore del 2017 di aver optato, a fianco della descritta maggior articolazione procedimentale e sempre in simmetria con la disciplina societaria, per un irrigidimento del parametro di valutazione della diligenza, che si presuppone debba osservare l'amministratore di un ente del terzo settore nell'esecuzione del proprio incarico. Il riferimento all'art. 2392 c.c. consente infatti di superare in modo testuale e definitivo il parametro tradizionale della diligenza dell'uomo medio cui sembra alludere l'art. 18 c.c. nella disciplina di diritto comune, a favore del criterio improntato a *perizia* che deve osservare chi è in possesso di idonee competenze e delle necessarie cognizioni tecniche per poter assumere correttamente le decisioni attinenti alla gestione dell'ente<sup>150</sup>.

149. È opportuno ricordare che taluno ha criticato la scelta legislativa di non dettare sul punto una disciplina maggiormente analitica, per meglio circostanziare la responsabilità sia verso i soggetti donatori, sia verso coloro che, in funzione delle finalità che si propone di perseguire l'ente, possono ricevere determinati vantaggi di natura patrimoniale. Sottolinea in proposito l'opportunità di rafforzare la tutela di soggetto oblatori e beneficiari, magari attraverso la previsione di poter svolgere una specifica attività di vigilanza sulle relative attività Cons. Stato, parere 14 giugno 2017 n. 1405, richiamato adesivamente da BUSANI - CORSICO, *Atto costitutivo, statuti e operazioni straordinarie degli enti del terzo settore*, cit., 228.

150. DE ANGELIS, *Il CdA delle associazioni ETS*, in *La riforma del no profit*, cit., 75 ss.; DINACCI, *La responsabilità degli amministratori degli Enti del terzo settore*, in *Terzo settore, non profit e cooperative*, 2018, f. 3, 8; MORINO, *L'amministrazione di associazioni e fondazioni del terzo settore*, in *Gli enti del Terzo settore e il nuovo Registro unico*, cit., 119. Sul punto si segnala la posizione critica di BARILLÀ, *Enti del Terzo settore e diritto societario*, cit., 56, che in sostanza afferma l'inadeguatezza del modello societario di responsabilità in quanto troppo rigido, a fronte della attività tipica degli ETS, meno articolata e complessa di quella imprenditoriale. Ora, al di là del rilievo che lo stesso argomento è utilizzato dall'Autore per sostenere, in prospettiva che pare ribaltata, la inopportunità della scelta legislativa di non estendere l'*exceptio doli* al rappresentante dell'ETS che svolga attività d'impresa, parrebbe che i parametri elaborati dalla pluriennale esperienza del diritto societario siano abbastanza flessibili da consentire di introdurre adeguate differenziazioni a seconda delle dimensioni

### 2.3.2 Segue. *Doveri degli amministratori e assetti adeguati*

I doveri degli amministratori di associazioni e fondazioni del terzo settore si specificano, arricchiscono e adattano, rispetto a quelli di agire in modo diligente, informato, prudente tradizionalmente previsti in tema di società, in ragione delle peculiarità della disciplina e della struttura dei suddetti enti.

Così ad esempio l'obbligo di vigilare sulla situazione contabile della società e convocare tempestivamente l'assemblea ove emergano perdite che eccedano il terzo del capitale o lo riducano al di sotto del minimo legale (o lo annullino nel caso delle cooperative)<sup>151</sup> si traduce nell'obbligo di verificare che il patrimonio dell'associazione personificata piuttosto che della fondazione non sia inferiore di oltre un terzo rispetto alle soglie minime indicate dall'art. 22 CTS (come noto, euro 15.000 per le associazioni ed euro 30.000 per le fondazioni)<sup>152</sup>.

A seguito del superamento dei suddetti limiti, sempre gli amministratori saranno tenuti ad attivarsi affinché l'organo competente provveda a ricostituire il patrimonio al minimo, piuttosto che di progettare la sua fusione o scissione o anche la sua trasformazione, e nel caso delle associazioni la prosecuzione dell'attività in forma non riconosciuta, ovvero ancora il suo scioglimento (e la devoluzione dell'eventuale patrimonio residuo).

dell'ente, della loro attività, della diligenza normalmente osservata da altri operatori che svolgano funzione amministrativa nello stesso ambito territoriale per ETS simili.

151. Sul punto in generale, v. CUSA, *La riduzione di capitale nelle società cooperative*, in *Riv. soc.*, 2010, 471 ss.

152. Si tratta di una disposizione del tutto peculiare: la soglia "di allerta" del terzo è infatti riferita non già al patrimonio effettivo, in ipotesi maggiore dei minimi pari a euro 15.000 o 30.000 dell'ETS, bensì proprio a quei minimi. Per così dire, un sorta di sintesi e contrazione delle due ipotesi previste dall'art. 2446 c.c. (che come noto impone la tempestiva convocazione dell'assemblea in caso di perdite eccedenti il terzo dell'effettivo capitale della società, affinché si possano assumere gli opportuni provvedimenti salva la possibilità di rinvio delle perdite a nuovo, con conseguente obbligo di riduzione se nel frattempo la perdita non è diminuita e il capitale risalito sopra la soglia del terzo) e quella dell'art. 2447 (che vincola alla ricostituzione immediata del capitale al minimo se questo viene ridotto al di sotto di tale minimo per effetto di perdite sempre eccedenti il terzo; in difetto di tale ricostituzione, la società dovrà trasformarsi o fondersi, oppure estinguersi aprendo la propria liquidazione). E di nuovo, pure in questa materia si ravvisano maggiori elementi di continuità con la disciplina delle cooperative: l'art. 2545 *duodecies* c.c. prevede infatti tra le cause di scioglimento la *perdita dell'intero capitale*: del resto, qui non ci si potrebbe riferire ad un minimo né ad una sua frazione, in quanto formalmente tale minimo non esiste, e dunque il richiamo all'intero capitale appare quasi inevitabile.

Grava, inoltre, sugli amministratori di associazioni e fondazioni del terzo settore l'obbligo di non distribuire utili, né in forma diretta né indiretta. Esiste in tal senso un vincolo di destinazione del patrimonio dell'ente a beneficio dell'attività di interesse generale svolta: in forza di tale vincolo, tutti i proventi, gli avanzi di gestione, le rendite e le entrate *comunque denominate* saranno reimpiegati per il perseguimento delle finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale perseguite. Di tale precetto si deve dare una lettura del tutto sostanzialistica, come suggerisce l'art. 8, comma 2 CTS, onde il divieto si allarga anche ad attribuzioni di denaro "anomale" e indirette, che possono assumere forme giuridiche diverse (ad esempio compensi di lavoratori, amministratori, collaboratori, se non proporzionati all'attività esercitata ovvero eccedenti in modo significativo gli standard usualmente osservati).

Infine, ulteriore profilo di responsabilità, in compartecipazione con i liquidatori, attiene alla devoluzione del patrimonio in caso di scioglimento dell'ente.

Precisati in tal modo i contenuti degli obblighi, e confermato il criterio di maggior rigore, perché qualificato dalla perizia, con il quale se ne dovrà apprezzare l'osservanza, anche per gli ETS varrà la regola operativa, da tempo consolidata in ambito societario, secondo la quale l'esito economicamente pregiudizievole dell'operazione non varrà in sé a dimostrare automaticamente il comportamento negligente dell'amministratore. Si dovrà piuttosto accertare se, applicando la diligenza qualificata di cui si è detto, sarebbe stato possibile, per un amministratore di ETS normalmente operante in quel settore di attività e munito delle competenze che è logico ritenere che possieda chi svolge incarichi del genere, prevedere un esito sfavorevole all'iniziativa con la conseguente perdita patrimoniale, oppure no.

Solo nel primo caso la prognosi postuma testé descritta varrà a configurare una responsabilità del gestore: lo schema pare evidentemente ripreso e adattato dalla c.d. *business judgment rule*<sup>153</sup>, secondo la definizione ereditata dal diritto societario anglosassone.

153. Con l'ovvia avvertenza che qui il riferimento al "Business" è solo descrittivo e indennificativo della regola, ma lontano dai contenuti dell'attività che viene valutata. Sul tema, in ambito societario, v. ANGELICI, *Diligentia quam suis e Business Judgment Rule*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, I, 675; BONELLI, *Gli amministratori di S.p.A. A dieci anni dalla riforma del 2003*, Torino, 2013, 116; AMATUCCI (a cura di), *Responsabilità degli amministratori di società e ruolo del giudice*, Milano, 2014; MARINELLI - SABATINI, *Il nuovo art. 2086 e la Business Judgment Rule*, Rimini, 2022; ALVARO - CAPPARIELLO - GENTILE - IANNAOCO-

L'iter ricostruttivo dei doveri degli amministratori è destinato a essere ulteriormente articolato. L'art. 30 comma 6, CTS, prevede infatti che l'organo di controllo debba vigilare, oltre che sull'osservanza della legge e dello statuto dell'ETS e sui principi di corretta amministrazione, anche sulla *adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile* dell'ente e sul suo corretto funzionamento<sup>154</sup>. La norma sta a significare, in modo forse implicito ma chiaro, che a monte del dovere imposto all'organo di controllo, si individua l'obbligo di curare tale adeguatezza strutturale dell'ente, da porre a carico degli amministratori in via interpretativa<sup>155</sup>.

In un ETS adeguatamente funzionante gli amministratori dovranno stabilire una corretta organizzazione gerarchica, che identifichi le funzioni e i compiti gestori, e di conseguenza anche le responsabilità interne, che inoltre individui i processi decisionali e i soggetti che li possono attivare; soprattutto dovranno tracciare un adeguato procedimento per la gestione dei rischi attinenti allo svolgimento delle attività di interesse generale perseguite dall'ente, unitamente all'efficace acquisizione e canalizzazione dei flussi informativi, che dovranno essere attendibili e completi, e coinvolgere nei relativi scambi anche altri enti e società controllati dall'ETS di riferimento. La formazione e la specializzazione del personale che opera all'interno dell'ETS e l'aggiornamento periodico delle procedure completa il quadro dell'attività organizzativa e direttiva dell'organo gestorio. Sotto questo profilo, rilevanza decisiva acquisiscono le procedure interne di controllo che gli amministratori dovranno calibrare in modo che rischi e inefficienze siano tempestivamente segnalati al *plenum* dell'organo collegiale, affinché adotti altrettanto tempestivamente i correttivi ritenuti più idonei. Si tratta di un *modus agendi* che si rifà da vicino alla disciplina societaria: ancora una volta emerge la vicinanza con la cooperativa,

NE - MOLLO - NOCELLA - VENTORUZZO, *Business Judgment Rule e mercati finanziari*, in *Consob, Quaderni Giuridici*, novembre 2016;

154. Sul tema, anche per le implicazioni generali e i rapporti con la disciplina societaria, v. PRESTI - RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale*, cit., 20.

155. Certo tale obbligo non è logico che investa in via diretta i membri dell'organo di controllo, poiché in tal caso non si comprenderebbe con quale efficienza essi potrebbero svolgere l'attività di verifica, dal momento che essa avrebbe ad oggetto attività svolta dai medesimi controllori. Al tempo stesso non pare logico investire di tale attività l'assemblea associativa: i singoli associati non sono provvisti né dei poteri, né delle competenze necessarie a svolgerla e tantomeno hanno assunto una carica organica che tutto ciò presupponga. Allo stesso modo, e a maggior ragione, nelle fondazioni di partecipazione non pare possibile riservare l'attività in oggetto all'organo associativo o di indirizzo. Non resta dunque che l'organo amministrativo, presente necessariamente tanto nel modello associativo che in quello fondazionale.

nella parte in cui emerge che le attività in oggetto vengono finalizzate al perseguimento delle finalità mutualistiche che essa persegue, sempre sul presupposto che pure qui dovranno essere assicurati adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili.

Anche a questo proposito si è rinnovata la critica che il trapianto dal diritto societario delle regole appena richiamate, lungi dall'agevolare il funzionamento dell'ente, dovrebbe piuttosto provocare crisi di rigetto, dovute al fatto che il codificatore del 2017 avrebbe configurato un sistema sanzionatorio dell'illecito civile troppo rigido e sproporzionato rispetto alla tipologia di attività ordinariamente posta in essere da un ordinario ente del terzo settore. In sostanza, le regole dedicate alla società di capitali presuppongono che gli amministratori posseggano un più elevato livello di diligenza e conseguentemente ne aggravano i corrispondenti profili di responsabilità<sup>156</sup>. La stessa scelta di richiedere assetti adeguati finirebbe per introdurre una disciplina "sin troppo rigorosa" per gli ETS, per quanto coerentemente costruita sull'applicazione sistematica delle regole di condotta gestoria tratte dal Codice della Crisi d'Impresa<sup>157</sup>.

A ben vedere, pare che la scelta di fondo del 2017 sia quella di definire il comportamento diligente degli amministratori in base alla connessione che esiste tra le *finalità* perseguite dall'ente e le *dimensioni e l'articolazione* dell'ente medesimo, e della sua concreta attività. Ove le dimensioni e la complessità operative siano minori, l'ente potrà perseguire i propri obiettivi anche munendosi di una struttura più scarna e semplificata, e le responsabilità degli amministratori dovranno essere valutate con rigore più attenuato. Allorché la dimensione si accresce, si rende necessario provvedere all'ente una struttura più efficiente e articolata dei processi interni e predisporre il monitoraggio. Ciò a maggior ragione, laddove l'ETS svolga attività d'impresa, alla luce della specifica indicazione contenuta nell'art. 2086 c.c. e riferita a tutte le imprese collettive, e più in generale delle linee guida tracciate dal CCI, cui sopra si è accennato. In tal senso, l'adeguatezza degli assetti dovrà dunque essere verificata non solo in funzione dello svolgimento dell'attività

156. V. in argomento BARILLÀ, *Enti del Terzo settore e diritto societario*, cit., 19 ss., che anche sulla scorta della disciplina applicata in altri ordinamenti, segnatamente quello tedesco, indica nell'art. 18 in tema di associazioni e fondazioni di "diritto comune", parametrato alla diligenza media *ex art.* 1710 c.c., il più lineare regime di responsabilità degli amministratori di enti non commerciali.

157. V. ancora BARILLÀ, *Enti del Terzo settore e diritto societario*, cit., 73 ss.

d'interesse generale che persegue finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale, ma anche degli elementi di imprenditorialità che possono accedere alla prima<sup>158</sup>.

Ciò che deve destare attenzione, a mio modo di vedere, è non tanto il segmento di disciplina in sé, esportato al di fuori del proprio ambito tradizionale d'applicazione<sup>159</sup>, quanto piuttosto il rischio che a tale estensione segua l'asettica riproposizione dei criteri interpretativi elaborati sinora con riguardo alle imprese collettive di matrice societaria. Soluzione che potrebbe anche avere una giustificazione, laddove l'ente del terzo settore in concreto svolga anch'esso attività di interesse generale avente natura imprenditoriale e abbia un patrimonio cospicuo<sup>160</sup>, ma certo sarebbe assai difficilmente adattabile alla diversa fattispecie di una associazione operante a livello locale senza disporre di significative contribuzioni. In sostanza ciò che potrebbe apparire inappropriato è non tanto il rinvio alla rigorosa disciplina della responsabilità, ma la poca attenzione nel differenziare le fattispecie concrete e calibrarne i conseguenti adattamenti. Né d'altro canto pare fuori luogo la scelta di politica legislativa di elevare i parametri di riscontro della diligenza degli amministratori, anche in funzione della loro attitudine a fissare adeguati assetti operativi. Qui, infatti, il codificatore del 2017 ritaglia un segmento di disciplina e operatività qualificato per gli enti associativi e fondazionali del terzo settore, cui accede l'attribuzione di una serie di rilevanti agevolazioni tributarie e di altro genere<sup>161</sup>. Sotto questo profilo il virtuale rafforzamento dei parametri di riscontro della responsabilità degli amministratori rispetto alla disciplina di diritto comune<sup>162</sup> appare coerente con tale scelta: se l'ente ambisce ad avere un trattamento più favorevole rispetto ad altre omologhe forme organizzative, ciò avviene perché dimostra di svolgere un'attività di interesse generale tipizzata, va soggetta a una specifica vigilanza, e anche per questo (o proprio per

158. O in qualche caso, meno frequente, costituisce una specificazione della prima: v. ad esempio art. 5 comma 1 lett. o), CTS.

159. Si tratta comunque di una scelta di tecnica legislativa, neppure ignota ad altri ordinamenti (si pensi, per la Germania, all'applicazione in regime di responsabilità tipico della GmbH: v. BARILLÀ, *Enti del Terzo settore e diritto societario*, cit., 35).

160. Ai sensi dell'art. 4 CTS: v. *supra*, nota 284 e testo relativo.

161. Qui nuovamente emerge una decisiva simmetria con la disciplina delle società cooperative, che siano a mutualità prevalente.

162. Che giustamente rimane coerente con quella adottata in altri ordinamenti. V. le considerazioni comparatistiche di BARILLÀ, *Enti del Terzo settore e diritto societario*, cit., 28 ss.

questo?) i suoi amministratori sono chiamati a rispondere civilmente secondo standard più rigidi<sup>163</sup>.

In un contesto così delineato, pare poco appropriato che l'art. 26 CTS non riconosca espressamente all'organo amministrativo la facoltà di rilasciare deleghe gestorie individuali o collegiali, sul modello dell'art. 2381 c.c. L'attribuzione di tali deleghe appare, infatti, lo strumento più agevolmente utilizzabile per ricreare a livello apicale, quell'articolazione delle competenze gestorie che favorisce l'attivare di procedimenti operativi, di coordinamento e condivisione delle informazioni nonché di verifica e segnalazione delle eventuali criticità.

Ma la stessa ragione, in base alla quale si desume, sempre nel silenzio dell'art. 26 CTS, che gli amministratori siano provvisti del potere di definire assetti adeguati (vale a dire l'attribuzione all'organo di controllo di corrispondenti poteri di verifica), legittima alla conclusione che il consiglio d'amministrazione di un ETS potrà comunque rilasciare a propri componenti deleghe aventi valenza gestoria ed esterna, sulla falsariga del citato art. 2381 c.c.<sup>164</sup>. In tal senso resta in ogni caso impregiudicata la possibilità di attribuire deleghe c.d. interne come pure ordinarie procure speciali.

#### 2.4 *Pubblicità e disciplina contabile: simmetrie imperfette*

È comune la constatazione che il sistema pubblicitario dedicato agli ETS tutto incentrato sull'attivazione del Registro Unico Nazionale del Terzo Settore (RUNTS), al di là delle specificità che caratterizzano la natura dei suoi controlli, che sono concepiti in un contesto tipicamente amministrativistico e non giurisdizionale, nonché dei profili procedurali e delle concrete modalità di aggiornamento telematico<sup>165</sup>, ricupera alcuni elementi essenziali della disciplina del registro delle imprese previsto per le società di capitali.

163. Secondo un percorso logico seguito anche dal legislatore penale, che già con la legge 231/2001 valorizza l'adeguatezza di determinati assetti come quale condizione per scandire la responsabilità dell'ente collettivo, *societario e non*, da quella del singolo suo rappresentante che abbia agito e materialmente posto in essere la condotta penalmente sanzionata.

164. Analoga conclusione con motivazione in parte diversa, in BUSANI - CORSICO, *Atto costitutivo, statuti e operazioni straordinarie degli enti del terzo settore*, cit., 214.

165. Sul tema, analiticamente, RICCARDELLI, *Il procedimento di iscrizione degli ETS nel decreto attuativo del RUNTS*, in *Terzo settore, non profit e cooperative*, 2020, f. 4, 20 ss.



In particolare, il RUNTS, entrato in funzione il 23 novembre 2021<sup>166</sup>, è il “luogo virtuale” ove tale pubblicità si compie. L’esecuzione della formalità dell’iniziale iscrizione costituisce la condizione per poter acquistare lo *status* di “ente del terzo settore”, rilevante non solo sul piano propriamente civilistico ma anche ai fini del conseguimento delle agevolazioni tributarie. Ciò emerge da una pluralità di norme: l’art. 4 del Codice, che nell’individuare nominativamente le diverse tipologie di enti, prevede che essi formalmente divengono ETS *solo* a seguito dell’iscrizione del registro unico; non meno significativamente, l’art. 47 CTS dispone che gli uffici del Registro provvedono alla successiva verifica della sussistenza dei requisiti affinché detta qualifica venga poi mantenuta<sup>167</sup>. Inoltre, ove sussistano i presupposti sostanziali di cui all’art. 22 CTS e si sia compiuto il controllo propedeutico<sup>168</sup> anche di natura contabile<sup>169</sup>, all’esecuzione della formalità pubblicitaria consegue altresì l’acquisto della personalità giuridica<sup>170</sup>.

Si può osservare che effetti costitutivi della pubblicità in esame si richiamano a ma non corrispondono esattamente con quelli derivanti dalla pubblicità presso il registro delle imprese. Gli elementi di similitudine certo esistono: anche in materia commerciale, infatti, l’iscrizione dell’atto costitutivo delle società di capitali e delle cooperative (anche consortili) è idonea a determinare la venuta ad esistenza della società e a procurarle l’acquisto della personalità giuridica.

Diversamente da quanto accade nel RUNTS, invece, l’iscrizione nel registro delle imprese non fa acquisire una condizione qualificata unitaria,

166. Data individuata dal decreto Direttoriale n. 561 del 16 ottobre 2021 con comunicazione su *Gazz. Uff.* n. 269 del giorno 11 novembre 2021.

167. POLETTI, *Costituzione e forme organizzative*, in *Il codice del terzo settore. Commento al Decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117*, a cura di Gorgoni, cit. 211; BUSANI - CORSICO, *Atto costitutivo, statuti e operazioni straordinarie degli enti del terzo settore*, cit., 88 s.; NOCERA, *Il registro unico e il regime pubblicitario degli enti del Terzo settore (artt. 45-54)*, in *Il codice del Terzo settore*, a cura di Donati, Sanchini, cit., 215 ss.

168. V. *supra* Capitolo Secondo, Paragrafo 1.2.

169. AVAGLIANO, *Iscrizione al RUNTS degli Enti del Terzo Settore e situazione patrimoniale aggiornata*, Studio n. 11-2022/CTS approvato dalla Commissione Terzo Settore del CNN in data 1 dicembre 2022; SIRONI, *Attestazione della sussistenza del patrimonio minimo degli ETS*, Studio n. 10-2022/CTS approvato dalla Commissione Terzo Settore del CNN in data 27 ottobre 2022.

170. RIVETTI, *Il registro unico nazionale del Terzo settore*, in *Gli enti del Terzo settore e il nuovo Registro unico*, cit., 129; ATLANTE - SEPIO - SIRONI, *Atto costitutivo e statuto, nuovo sistema per il riconoscimento della personalità giuridica e pubblicità degli enti del Terzo settore*, Studio del Consiglio Nazionale del Notariato; BUSANI - CORSICO, *Atto costitutivo, statuti e operazioni straordinarie degli enti del terzo settore*, cit., 89.

cui sia associato un determinato regime legislativo, assimilabile al concetto trasversale di ETS<sup>171</sup>. Piuttosto vale l'opposto rilievo che nel registro delle imprese l'*esecuzione dell'adempimento pubblicitario sia costitutiva del tipo particolare di società*, lucrativa personale o di capitali, piuttosto che mutualistica, in modo che, una volta perfezionata l'iscrizione, non si rende più possibile riqualificare diversamente la fattispecie, ad esempio traendo spunto da talune clausole statutarie introdotte in statuto ma non compatibili con lo stesso tipo prescelto e indicato in sede d'iscrizione<sup>172</sup>.

Riemerge invece un'importante simmetria con la disciplina del registro delle imprese (e in particolare con l'art. 2448 c.c.), laddove l'art. 52 CTS prevede che gli atti per i quali si impone l'iscrizione, l'annotazione ovvero il deposito al RUNTS sono *opponibili* ai terzi solo a seguito dell'esecuzione della formalità pubblicitaria, a meno che l'ente provi che i terzi ne erano a conoscenza, con l'ulteriore precisazione che l'*effetto dichiarativo della pubblicità non si realizza appieno se non dopo il quindicesimo giorno dall'iscrizione*. Sino a tale data, i terzi saranno in ogni caso legittimati a dimostrare di essere stati nell'impossibilità di averne conoscenza<sup>173</sup>.

Il momento di più marcata differenza rispetto alla disciplina societaria sembra da indicare nella mancata riproposizione di norme che associno all'esecuzione di determinate formalità l'effetto sanante dei vizi. Evidentemente il codificatore del 2017 ha ritenuto che il diverso ambito operativo degli ETS, di regola non imprenditoriale, non giustifichi ulteriori deviazioni rispetto alla disciplina generale della validità dei contratti. Il CTS dunque tace per il caso che il testo statutario dell'ETS presenti difetti invalidanti e tale silenzio rende necessario attivare il procedimento estintivo con devoluzione del patrimonio secondo la procedura vigilata dall'autorità amministrativa. A sottolineare – sembra – che in questa materia le anomalie e i vizi non possono essere emendate direttamente dagli interessati attraverso la correzione del vizio stesso e l'esecuzione della relativa pubblicità, ma presuppongono in ogni caso il blocco dell'attività, che potrà essere riattivata solo sotto il controllo dell'autorità amministrativa, a seguito della devoluzione del patrimonio.

171. Si potrebbe sostenere che dall'iscrizione come società derivi l'applicazione di un dato regime tributario.

172. V. *supra*, nella Premessa.

173. Si tratta di una regola che si giustifica anche per la necessità di eseguire, relativamente alla stessa fattispecie, ulteriori adempimenti pubblicitari presso altri pubblici registri (il registro delle imprese o il pubblico registro delle persone giuridiche. V. *supra*, in questo capitolo, par. 2.4.1.

Anche la disciplina contabile degli ETS segna un momento di parziale allontanamento rispetto alle regole dettate per le società. Il blocco normativo riguardante la disciplina del bilancio di s.p.a., infatti, costituisce la disciplina di riferimento per tutte le società commerciali e mutualistiche<sup>174</sup>, salva l'introduzione di elementi di semplificazione per le realtà socio-economiche di dimensioni minori o minimali, che comunque si innestano sulle disposizioni generali *sub specie* di loro deroghe<sup>175</sup>.

Nel caso degli ETS invece il panorama risulta maggiormente diversificato. Una prima indicazione (art. 13 CTS) riguarda gli enti che *non* esercitano la propria attività principalmente in forma di impresa commerciale: tra questi, si distingue ulteriormente tra enti aventi ricavi, rendite, proventi o entrate comunque denominate inferiori a euro 200.000,00, i quali possono predisporre il bilancio in forma di rendiconto per cassa, e quelli che eccedono il suddetto limite, per i quali diversamente scatta l'obbligo di redigere il bilancio d'esercizio formato da stato patrimoniale, rendiconto gestionale e relazione di missione. Il Ministero del Lavoro, in attuazione della delega prevista dal comma 3 dell'art. 13 del Codice del Terzo settore ha predisposto con proprio Decreto del 5 marzo 2020 la modulistica necessaria alla redazione dei menzionati prospetti<sup>176</sup>.

Quanto agli enti del terzo settore che esercitino la propria attività esclusivamente o principalmente in forma di impresa commerciale (art. 13, comma 4 CTS), questi debbono tenere le scritture contabili previste dall'art. 2214 c.c. e dovranno predisporre e depositare presso il registro delle imprese il bilancio di esercizio, redatto ai sensi degli artt. 2423 c.c. e seguenti, 2435 *bis* c.c. (in forma abbreviata) ovvero 2435 *ter* c.c. (per micro-imprese), in quanto compatibili<sup>177</sup>.

Ne emerge un sistema che, pur imponendo a tutti gli enti del Terzo settore l'obbligo di restituire una fotografia contabile delle proprie vicende gestionali, richiede una messa fuoco diversificata in funzione dell'attività

174. DI SABATO, *Società in generale. Società di persone*, in *Tratt. dir. civ.* a cura del Consiglio Nazionale del Notariato, diretto da Perlingieri, Napoli, 2004, 151 ss.

175. C.d. bilancio in forma abbreviata ovvero bilancio delle micro-imprese: in argomento v. CAGNASSO, *Commenti sub artt. 2435 bis e 2435 ter*, in CAGNASSO - DE ANGELIS - RACUGNO, *Il bilancio d'esercizio*, volume compreso in *Il codice civile. Commentario* fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, Milano, 2018, 787 ss.

176. BOZZA, *Il nuovo bilancio degli enti del terzo settore*, in *Terzo settore, non profit e cooperative*, f. 2, 2020, 100 ss.; POZZOLI, *Il bilancio degli enti del terzo settore*, *Fondazione Nazionale di Ricerca dei Commercialisti*, 2020.

177. DE ROSA, *Il bilancio degli enti del Terzo settore*, in *Gli enti del Terzo settore e il Nuovo Registro Unico*, cit., 206 ss.

svolta: tanto maggiore è il patrimonio e tanto più complessa sarà l'attività, allora tanto più definita e precisa dovrà essere la fotografia. Tale differenza passa per la predisposizione di *prospetti contabili distinti* tra loro, *non* attraverso *mere semplificazioni* e raggruppamenti di voci o visioni sintetiche *di un medesimo apparato documentale* che però mantenga la stessa fisionomia.

Ciò che conferma l'ipotesi sopra avanzata, in merito alla necessità di ricostruire in modo differenziato tanto l'articolazione degli assetti degli enti del Terzo settore, quanto il regime di responsabilità dei loro amministratori, evitando generalizzazioni fuorvianti per concentrarsi sulla fattispecie concreta.

Sempre in considerazione della dimensione dell'attività si pone l'obbligo di nominare l'organo di controllo interno piuttosto che un revisore contabile.

## Capitolo IV

# Dalla decolorazione alla neutralizzazione dello scopo di lucro

SOMMARIO: 1. “Interferenze” lucrative sulla disciplina cooperativa: un riepilogo. – 2. La definitiva neutralizzazione dello scopo lucrativo. Riflessioni finali sul *Corporate purpose*.

### 1. “Interferenze” lucrative sulla disciplina cooperativa: un riepilogo

Può essere utile a questo punto provare a riepilogare le dinamiche del tessuto normativo che emerge dall'apparentemente neutro rinvio operato dall'art. 2519 c.c.

L'esigenza di reindirizzare il tipo al profilo causale mutualistico rende necessario introdurre un blocco organico di disposizioni, del tutto assenti nella struttura normativa delle società lucrative, attinenti allo scambio mutualistico, vale a dire il rapporto, ulteriore a quello partecipativo tradizionale, che il socio va ad articolare con la cooperativa, in considerazione dell'oggetto che costituisce l'attività concretamente svolta<sup>1</sup>. Questo primo

1. Si tratta evidentemente dell'attività lavorativa, piuttosto che dell'acquisto dei beni di consumo o della fruizione dei servizi erogati dalla cooperativa: sul tema in generale v. BUONOCORE, *Rapporto mutualistico e parità di trattamento*, in *Il nuovo diritto societario. Liber amicorum Gian Franco Campobasso* diretto da Abbadessa e Portale, 4, cit., 587; BONFANTE, *La società cooperativa*, cit., 136; CAVAZZUTI, *Il socio lavoratore tra disciplina speciale e codice civile*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 229 ss.; CASALE, *Scambio e mutualità nella società cooperativa*, Milano, 2005, 59 ss.; DE LUCA, *Il socio-lavoratore di cooperativa: la nuova normativa (l. 3 aprile 2001, n. 142)*, in *Foro. it.*, 2001, V, 233 ss.; ALLEVA, *La nuova disciplina del socio lavoratore di cooperativa*, in *Società*, 2001, 641; NOGLER - TREMOLADA - ZOLI (a cura di), *La riforma della posizione giuridica del socio lavoratore di cooperativa*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2002, 339 ss.; L. DE ANGELIS, *Il lavoro nelle cooperative dopo la l. n. 142 del 2001: riflessioni a caldo su alcuni problemi processuali*, in *Lav. Giur.*, 2001, 813. Variamente è articolato il rapporto di scambio rispetto a quello societario. V'è chi, traendo spunto dall'esegesi letterale del testo originario dell'art. 1 l. n. 142/2001, che definiva il rapporto di lavoro come “ulteriore e distinto”, ne deduce la reciproca indifferenza (DE ANGELIS, *op. loc. ult. cit.*); altri sostiene che lo scambio mutualistico sarebbe connesso a quello

insieme di norme attiene principalmente al rapporto che lega il socio alla società: le disposizioni riguardanti i soci cooperatori, e così i requisiti che questi debbono possedere per poter alimentare lo scambio mutualistico, le regole del loro ingresso nella società culminanti nel consenso espresso dall'organo amministrativo (ed eventualmente richiesto anche all'assemblea), l'eventuale periodo di prova propedeutico a quell'ingresso, la circolazione delle partecipazioni con il gradimento *ex lege* riservato all'organo amministrativo, il recesso in caso sia previsto un divieto statutario di cessione delle partecipazioni, la disciplina dell'esclusione.

Sul piano strutturale e finanziario, il codice non fissa una espressa nozione di mutualità, sottintesa piuttosto che enunciata<sup>2</sup>, esplicitandone diversi corollari quali ad esempio: (a) la valorizzazione del rapporto mutualistico che lega i soci alla cooperativa, in funzione della prevalenza dell'attività che i soci stessi (non i terzi) svolgono con essa, e la analitica fissazione dei criteri per la quantificazione della prevalenza<sup>3</sup>; (b) la re-

societario: più precisamente, tra i due rapporti giuridici sussisterebbe un collegamento genetico e bilaterale, che determinerebbe reciproche influenze dell'un vincolo sull'altro. A ciascuno schema negoziale sarebbe quindi applicabile la disciplina sua propria, che però risentirebbe delle modifiche subite dall'altro: di qui la sostanziale equiparazione dei due rapporti negoziali [COSTI, *Il socio lavoratore fra contratto di società e rapporto di lavoro*, in MONTUSCHI - TULLINI (a cura di), *Lavoro e cooperazione tra mutualità e mercato*, Torino, Giappichelli, 2002, 11 ss.; DE LUCA, *Il socio-lavoratore di cooperativa: la nuova normativa (l. 3 aprile 2001, n. 142)*, cit., 241; ALLEVA, *I profili*, cit., 357 ss.]; altra parte della dottrina afferma piuttosto la natura unilaterale del collegamento che lega i due rapporti, associativo e mutualistico, nel senso che il secondo sarà condizionato dal primo, mentre non è dato di riscontrare nel dato normativo un'influenza analoga e inversa (PALLINI, *Il rapporto di lavoro del socio di cooperativa dopo le riforme del 2003*, in *Riv. giur. lav.*, 2004, 208; CASALE, *Scambio e mutualità nella società cooperativa*, cit., 69 s.; v. anche BONFANTE, *La riforma della cooperazione*, in *Società*, 2002, 334).

2. Sul tema v. ampiamente MARASÀ, *Problemi attuali della società cooperativa e soluzioni della riforma*, in *La riforma di società, cooperative, associazioni e fondazioni. Scritti*, Padova, 2005, 156; BASSI, *Profili generali della riforma delle cooperative*, in *Il nuovo diritto societario. Liber amicorum Gian Franco Campobasso* diretto da Abbadessa e Portale, 4, cit., 565; CASALE, *Scambio e mutualità nella società cooperativa*, cit., 86; PRESTI, *Cooperative e modellismo giuridico*, in *Gli statuti delle imprese cooperative dopo la riforma del diritto societario*, a cura di Vella, cit., 1; optano invece per una puntuale descrizione del concetto di mutualità in termini di gestione di servizio il regolamento della SCE e gli ordinamenti di altri paesi europei (Spagna, Portogallo, Francia, Finlandia, Norvegia): v. CRACOGNA - FICI - HENRY, *International Handbook of Cooperative Law*, Springer, 2013.

3. In argomento v. IENGO, *La mutualità cooperativa*, in *La riforma delle società cooperative*, a cura di Genco, cit., 7 ss.; ROCCHI, *Commento sub artt. 2512-2513-2514 e 2545-octies*, in *Società cooperative/Comm. Marchetti*, cit., 36 ss.; BONFANTE, *La nuova società cooperativa*, cit., 62 ss.; CHIUSOLI, *La riforma del diritto societario per le cooperative*, in *Coop. Cons.*,

gola del capitale variabile, tendente ad agevolare l'ingresso di nuovi soci mediante l'emissione di nuove azioni o quote senza necessità di attivare il procedimento di modifica formale dello statuto; (c) il meccanismo di riparto degli avanzi di gestione, che valorizza la partecipazione allo scambio mutualistico (attraverso l'attribuzione di ristorni) in luogo dell'investimento (mediante il riparto dei dividendi); (d) la generale previsione che ammette l'ingresso in società di soci c.d. finanziatori, interessati non già allo scambio mutualistico, ma unicamente alla remunerazione dell'investimento eseguito acquisendo la partecipazione, unitamente alla regola che impone il mantenimento, per questa categoria di soci, di una posizione del tutto subalterna nei processi decisionali della società, attraverso la mancata assegnazione di qualsiasi diritto di voto ovvero l'attribuzione di un voto "proporzionato alla minoranza"<sup>4</sup> e destinato a limitare in ogni caso al terzo dei suffragi che si possono esprimere in assemblea quelli complessivamente riservati ai medesimi finanziatori, in principio pur non soggetti alla regola del voto *pro capite*.

Queste disposizioni costituiscono la declinazione soggettiva e oggettiva del nucleo centrale e non modificabile della disciplina mutualistica, destinata ad avere un duplice profilo di rilevanza: sul piano positivo, per il contenuto direttamente precettivo che le norme esprimono; sul piano sistematico, perché, stante la loro centralità nel sistema, sono idonee: da un lato a indirizzare l'interpretazione delle disposizioni nate in ambito lucrativo e importate nel mondo mutualistico con adattamenti e, dall'altro, anche a precludere l'applicazione di quelle frontalmente incoerenti (il rinvio alle disposizioni della s.p.a. e della s.r.l. è ammesso in quanto esse siano "compatibili", come espressamente riferisce l'art. 2519 c.c.).

La questione esegetica si concentra dunque sul diverso possibile atteggiarsi del coordinamento delle disposizioni lucrative richiamate. Una prima serie di norme si prestano a essere linearmente inserite nel tessuto normativo cooperativo, senza necessità di subire significativi adattamenti o riletture in funzione dell'attività mutualistica svolta dall'ente beneficiario del richiamo. Si pensi ad esempio alle disposizioni riguardanti la fase costitutiva, o all'esecuzione dei conferimenti (senza allargare evidentemente il discorso alla sostanziale formazione del capitale, almeno riferendosi al caso della s.p.a. ove esiste un capitale minimo che mantiene una sua con-

supplemento 4/2003, 17; CAPO, *Commento sub art. 2513*, in *Codice civile commentato* a cura di Alpa e Mariconda, Milano, 2009, 2600.

4. Sul punto v. CUSA, *Il socio finanziatore nelle cooperative*, cit., 437. CAVANNA, *Fusione e scissione delle società cooperative*, cit., 129 ss.

sistenza, pur se del tutto disancorata da valutazioni di adeguatezza rispetto all'attività). O ancora alle regole, espresse dall'art. 2331 c.c. e destinate a disciplinare il compimento di atti da imputare alla costituenda cooperativa ma compiuti anteriormente alla sua venuta ad esistenza; ovvero alla intera disciplina della nullità, che invero rappresenta una costante per la disciplina di tutte le società personificate, lucrative e mutualistiche<sup>5</sup>.

In altri casi il richiamo presuppone adattamenti. Questi possono essere per così dire tecnici: ad esempio, il modo nel quale la partecipazione viene rappresentata non si può pianamente appoggiare al modello capitalistico. Ciò per la diversa funzione che essa esprime (vale a dire l'adesione allo scambio mutualistico, piuttosto che la partecipazione ad un'operazione di investimento o raccolta del risparmio, sussistendone i presupposti anche finalizzata a incidere sulle sue modalità), ma anche (soprattutto) perché,

5. ANGELICI, *La società nulla*, Milano, 1975, 171 ss., 182 ss.; BORGIOI, *La nullità della società per azioni*, Milano, 1977, 54 ss.; BERTUZZI, *Commento sub art. 2332*, in *La riforma del diritto societario. Società per azioni - Costituzione, patti parasociali, conferimenti*, diretto da Lo Cascio, 3, Milano, 2003, 98; PALMIERI, *Simulazione e nuova disciplina della nullità delle s.p.a.*, in *Giur. comm.*, 1991, I, 67; ID., *La nuova disciplina delle nullità della società per azioni*, in *Riv. soc.*, 2003, 848 ss.; ID., *La nullità delle società per azioni*, in *Trattato delle s.p.a.*, diretto da Colombo e Portale, I, 1, Torino, 2004, 505 ss. La giurisprudenza della Suprema Corte in talune occasioni non ha esitato a dichiarare l'inesistenza della s.p.a. simulata: v. Cass., 1° dicembre 1987, n. 8939, in *Giur. it.*, 1988, I, 1, 1578, con nota di RICARDI, *Trasferimento del fondo mediante cessione del pacchetto azionario e prelazione agraria*; in *Giust. civ.*, 1989, I, 1200, solo massima, con nota critica di D'ALESSANDRO, *Contratto sociale simulato e "superamento" della personalità giuridica in una sentenza della Corte Suprema*; in *Giur. comm.*, 1988, II, 495, con nota di IOZZELLI, *S.p.a. simulata e comunione dissimulata*; in *Riv. dir. comm.*, 1989, II, 159, con nota di MARASÀ, *Comunione di mero godimento in forma di società per azioni, simulazione e nullità*; Cass., 13 dicembre 1993, n. 12260, in *Giur. comm.*, 1997, II, 443, con nota di M. CIAN, *Società di mero godimento tra azione in simulazione e Durchgriff*. Si segnala l'orientamento giurisprudenziale che ha negato la qualifica di cooperativa a società, già iscritte come tali nel registro delle imprese, quando l'attività svolta dalle stesse si fosse di fatto orientata a scopi speculativi e non mutualistici: Trib. Firenze, 2 giugno 1989, Id., 19 febbraio 1990, Id., 10 dicembre 1990, in *Giur. comm.*, 1992, II, 132 e segg., con nota di TOMBARI, *Pseudo cooperative e fallimento*; tesi peraltro contrastata da Cass., 14 maggio 1992, n. 5735, in *Giur. comm.*, 1993, II, 461. Più recentemente si sono registrate prese di posizione contrarie all'ammissibilità della simulazione del contratto di società: Cass., 28 aprile 1997, n. 3666, in *Giur. comm.*, 1998, II, 193, con nota di GUIDOTTI, *Questioni in tema di simulazione e società di capitali*; in *Giust. civ.*, 1997, I, 2127, con nota di SALAFIA, *È ammissibile la simulazione delle società di capitali?*; Cass., 6 luglio 1994, n. 6515, in *Giur. comm.*, 1995, II, 625; in modo più interlocutorio Cass., 1997, n. 2465, in *Giur. it.*, 1998, 90, con commento di LUONI, *Note in tema di simulazione del contratto di società di capitali*.



nella disciplina speciale delle cooperative, azioni e quote sono indicate dallo stesso legislatore come strumenti partecipativi tra loro fungibili<sup>6</sup>.

Di qui la deduzione che nella stessa società tali due tecniche descrittive dei diritti dei soci possano coesistere, con la conseguenza che il criterio astratto matematico attributivo delle partecipazioni non sarà una prerogativa del solo modello azionario, nel senso che non si può escludere che si individui una quota minima anche come unità di misura della partecipazione esattamente come azione per la singola azione: diversamente infatti, se il criterio astratto matematico non fosse condiviso, non sarebbe chiaro come poter far coesistere e “dialogare” i due modelli, laddove si trattasse di contemplare partecipazioni munite di voto plurimo<sup>7</sup>, in una cooperativa strutturata in forma di s.p.a. In tal senso, il testuale richiamo delle disposizioni capitalistiche deve lasciare in posizione predominante le esigenze di flessibilità della disciplina cooperativa, legittimandone i necessari adattamenti, alla luce della implicita e fondamentale differenza funzionale: quote e azioni sottoscritte dai cooperatori sono strumento di partecipazione allo scambio mutualistico e non di raccolta del risparmio. Nel dettaglio, ciò si traduce nella scelta interpretativa di rendere maggiormente elastiche e tra loro fungibili le regole di descrizione delle azioni e delle quote, agevolandone l’assimilabilità.

In altri casi l’adattamento si risolve in un ridimensionamento della rilevanza teorica e applicativa dell’istituto, che per quanto diffuso e variamente articolato in ambito lucrativo, perde decisamente di *appeal* in ambito mutualistico. Basta pensare alla complessa disciplina dei vincoli statuari alla circolazione delle partecipazioni, *inter vivos* e *mortis causa*: posto che in materia assume un ruolo preordinato la regola che impone il gradimento *ex lege* all’ingresso di un nuovo socio cooperatore, appare evidente che in tale prospettiva non potrà che registrarsi una sostanziale perdita di interesse per le relative clausole. Di talché i vincoli in esame

6. ZOPPINI - SALVINI, *Il valore nominale delle azioni di società cooperative ai sensi del nuovo art. 2525*, in *Contr. Impr.*, 2003, 1031; SPERANZIN, *La forma e il trasferimento della partecipazione sociale, La cooperativa - s.r.l tra legge e autonomia statutaria*, a cura di Cusa, cit., 351 ss., per l’osservazione che, mentre in una cooperativa s.p.a. le partecipazioni potrebbero essere rappresentate indifferentemente da azioni o quote, in una cooperativa s.r.l. l’unica forma rappresentativa ammessa sarà quella della quota.

7. V. ancora ZOPPINI - SALVINI, *Il valore nominale delle azioni di società cooperative ai sensi del nuovo art. 2525*, cit., 1031. In generale sul tema DOLMETTA, *Cooperative con “applicazione necessaria” della (compatibile) disciplina delle s.p.a. ex art. 2519 c.c. e struttura delle partecipazioni sociali*, in *Riv. soc.*, 2005, 187 ss.

(in ipotesi prelazione, riscatto, trascinamento), appaiono, per così dire, assorbiti dalla regola dell'art. 2531, comma 1 c.c.<sup>8</sup>.

Diversamente avviene nel caso dei soci finanziatori, per i quali non vale il meccanismo del gradimento legale e quindi la specifica previsione, statutaria o parasociale, dei citati limiti alla circolazione delle azioni o quote potrà trovare un autonomo margine di rilevanza.

Un discorso ancor più articolato va svolto in riferimento all'organo assembleare. In parte si deve qui ripercorrere il ragionamento appena richiamato in materia di partecipazioni. Se infatti la tentazione potrebbe essere quella di ricuperare, *in via residuale*, l'intera disciplina del modello capitalistico di riferimento e colmare così gli spazi vuoti (non pochi), lasciati dalle norme mutualistiche, invero la specificità di queste ultime non autorizza siffatto approccio. Si rende cioè necessario anche in questa sede valorizzare il principio sovraordinato, quello di democraticità, che assiste il voto dei soci cooperatori<sup>9</sup>. Esso sin dalle iniziali esperienze mutualistiche costituisce il riflesso organizzativo della regola di parità di trattamento, caratterizzante la posizione dei soci interessati allo scambio mutualistico. Né non potrebbe essere diversamente: se è vero infatti che la gestione di servizio diviene strumento di emancipazione sociale, non sarebbe ammissibile e tantomeno coerente con le stesse finalità che hanno portato alla creazione dell'ente collettivo, che il controllo dell'organo assembleare destinato a riunire tutti i suoi partecipanti possa essere autonomamente

8. Va detto che la natura della partecipazione mutualistica non consente frequentemente di individuare autonomi margini di interesse per la sua negoziazione, ad esempio tramite acquisizione da un soggetto già socio in capo a un acquirente esterno, il quale potrebbe semplicemente attivare la procedura *ex art.* 2528 c.c. e disquisire con la cooperativa emittente sull'entità del sovrapprezzo e della tassa d'ammissione, piuttosto che ragionare con cedente di un valore di mercato della stessa partecipazione. A maggior ragione, appare assai dubbio che residui uno specifico margine di interesse per l'esercizio del diritto di prelazione, se in ogni caso l'iniziativa di chi intende cedere la partecipazione risulta paralizzata dal diniego dell'organo amministrativo che ritenga di non concedere il *placet* alla cessione ad soggetto estraneo alla compagine sociale. Sul punto, in generale, v. CALVOSA, *La circolazione della partecipazione cooperativa*, in *Il nuovo diritto societario*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso diretto da Abbadessa e Portale, 4, cit., 879; CHIEFFI, *Commento sub art.* 2530, in *Società cooperative/Comm. Marchetti*, cit., 261.

9. In argomento v., in generale, BONFANTE, *La società cooperativa*, in *Tratt. dir. comm.* diretto da Cottino, cit., 35 ss. e 311 ss.; CUSA *Il procedimento assembleare nella società cooperativa e il principio democratico*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 854; M. CASTELLANO, *Socio cooperatore, struttura democratica e finanziamento dell'impresa*, in *Finanziamento e organizzazione della cooperativa nella legge n.59 del 1992*, a cura di Buttaro, Milano, 1998, 52.

indirizzato da chi, ad esempio, abbia investito maggiori risorse economiche nell'iniziativa, come in una qualunque società anonima.

Ma, lo si deve rimarcare, l'ottica egualitaria del legislatore non ha neppure indotto un semplice correttivo del criterio maggioritario lucrativo, ad esempio sancendo la prevalenza "amministrativa" dei soci che in misura quantitativamente e qualitativamente maggiore alimentino lo scambio mutualistico<sup>10</sup>. La democraticità si estrinseca nella regola del voto *pro capite*<sup>11</sup> che generalizza la totale equiparazione tra soci cooperatori nell'esercizio dei poteri c.d. amministrativi associati alla loro partecipazione, a prescindere dall'entità degli scambi mutualistici, dalla misura dei conferimenti o di qualunque altro elemento di natura patrimoniale idoneo a introdurre differenziazioni nel peso specifico del voto assembleare.

In tale prospettiva vanno pertanto lette le norme cooperative, e anche i silenzi che esse introducono. Si pensi ad esempio al tema dei *quorum* costitutivi e deliberativi: il laconico rinvio alle previsioni statutarie potrebbe astrattamente autorizzare la conclusione che l'autonomia riservata ai soci incontri un limite nelle soglie minime di maggioranza indicate per le società per azioni e per le società a responsabilità limitata, quasi queste costituissero una sorta di sbarramento, un *plafond* minimo al di sotto del quale non sia comunque consentito scendere nel quantificare i *quorum* statutari<sup>12</sup>. Non sembra che questa sia però la corretta integrazione delle norme in esame.

Altro, infatti, è sostenere (correttamente) che, nel silenzio dello statuto, ci si debba rifare alle maggioranze fissate dal codice civile per il tipo capitalistico di riferimento, previo adattamento del criterio di conteggio delle maggioranze (dalla percentuale di capitale di cui i soci votanti sono tito-

10. Ciò è invero consentito, ma in via di mera eccezione, ai fini della designazione dei membri dell'organo di controllo, se così prevede l'atto costitutivo, ovvero nelle cooperative consorzio, con ambito d'applicazione anche più esteso e sempre che ciò sia previsto da apposita clausola dello statuto.

11. Pur non priva di qualche eccezione, come è noto: v. artt. 2538, commi 3 e 4, nonché l'art. 2543, comma 2 c.c. Sul voto c.d. plurimo nelle cooperative e le relative eccezioni, v. ad esempio DI CECCO, *La governance delle società cooperative: l'assemblea*, in *La riforma delle società cooperative*, a cura di Genco, cit., 133 ss.; VELLA, *Commento sub art. 2543*, in *Società cooperative/Comm. Marchetti*, cit., 346 ss.; COSTI, *Il governo delle società cooperative: alcune note esegetiche*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 245; alla luce delle più recenti novità legislative in tema di società capitalistiche, v. MARASÀ, *Voto plurimo, voto maggiorato e cooperative*, in *Banca borsa*, 2016, 1 ss.

12. V. in argomento CUSA, *Commento sub art. 2538*, in *Società cooperative/Comm. Marchetti*, cit., 306; ID., *Il procedimento assembleare nella società cooperativa e il principio democratico*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 854.

lari, al numero dei voti che essi possono complessivamente esprimere)<sup>13</sup>. Altro è invece riservare a tali disposizioni una valenza ulteriore, quella dell'inderogabilità, che la legge testualmente non attribuisce loro e che non appare necessario ricostruire in via interpretativa.

Chi afferma il contrario, pone un elemento di necessaria connessione tra il principio di democraticità, l'obiettivo di allargare al più esteso numero di soci la partecipazione al procedimento assembleare e la individuazione di una adesione minima in sede di esecuzione del medesimo procedimento, al di sotto della quale si dovrebbe predicare una carenza di rappresentatività dell'organo e la conseguente invalidità della relativa deliberazione<sup>14</sup>. Il che, si potrebbe replicare, finirebbe per tradursi, in caso di conclamata disaffezione della maggior parte dei soci ai formalismi assembleari, nella impossibilità, per i soci interessati, di assumere determinate deliberazioni, tutte le volte che non si riuscisse a conseguire la soglia minima di cui si diceva appena sopra. Di qui la ragione teorica, ma anche applicativa, che rende preferibile introdurre, almeno in seconda convocazione e per ogni tipologia di assemblea, la clausola che dia via libera alla maggioranza comunque costituitasi.

In sostanza, la formulazione apparentemente generica adottata dal legislatore intende lasciare ai soci, in sede di fissazione delle regole statutarie di funzionamento dell'adunanza assembleare, di decidere se questa debba comunque rappresentare una determinata e minima percentuale della compagine sociale, a questo modo garantendo (*rectius* imponendo) una *minima partecipazione allargata*, come avviene nelle società di capitali; ovvero se il valore da garantire e salvaguardare, quale espressione di democraticità del funzionamento dell'organo, non sia piuttosto la *facilità deliberativa*, affinché nelle convocazioni successive alla prima, in sede ordinaria piuttosto che straordinaria<sup>15</sup>, le deliberazioni possano essere prese a maggioranza (dei voti) dei soci che si sono presentati.

13. Secondo alcuni, il riferimento dovrebbe comunque andare al numero di soci, in tal modo però trascurando le eccezioni pur ammesse al voto capitaro; non appare invece riproponibile, quale criterio generale, quello elaborato con riferimento alla percentuale minima di capitale che può promuovere l'azione volta a sancire l'annullamento di una delibera assembleare (art. 2377 c.c.), che ammette la equipollenza dei criteri rispettivamente della partecipazione al capitale e del numero di soci (v. *supra*, cap. III, par. 2).

14. In questi termini CUSA, *Commento sub art. 2538*, in *Società cooperative/Comm. Marchetti*, cit., 306, il quale ricorda il caso della decisione di una assemblea cooperativa presa da un solo socio cooperatore intervenuto (peraltro validamente secondo App. Catania, 18 aprile 1991, in *Società*, 1529, chiamata a giudicare della legittimità della fattispecie).

15. Trattandosi di s.r.l., a prescindere dai contenuti della delibera, sia esso attinente al funzionamento della società e alla composizione, alla rinnovazione e alla fissazione del

Sembra di poter sostenere che la valutazione se seguire l'una o l'altra strategia sia di mera opportunità, legata a circostanze fattuali come, ad esempio, il numero dei soci cooperatori che compongono la compagine sociale, a seconda che esso sia minimo, ridotto, esteso o estremamente ampio. Valutazione quindi utilmente riservata alla scelta discrezionale espressa dai soci, appunto in sede di preliminare definizione o successivo aggiornamento delle relative clausole statutarie (segnatamente, quelle relative alle maggioranze necessarie ad assumere le deliberazioni assembleari). In buona sostanza, la previsione di strumenti idonei ad agevolare la partecipazione dei soci alle dinamiche assembleari si realizza attraverso altri strumenti: si pensi al voto per corrispondenza, alla videoconferenza, non prevista dal codice civile ma specificamente regolata dalla legislazione emergenziale<sup>16</sup> e ormai generalizzata dalla prassi<sup>17</sup>, alle assemblee separate di cui subito dopo si dirà in dettaglio.

Sin qui si è seguito un percorso simile a quello in precedenza svolto in materia di circolazione delle partecipazioni dei soci, volto a rileggere in chiave mutualistica le disposizioni aventi genesi lucrativa di volta in volta richiamate. In realtà, la disciplina assembleare appare di interesse rilevante anche per un profilo ulteriore, connesso all'introduzione nel tessuto cooperativistico di talune disposizioni che non rappresentano un semplice *adattamento* all'area mutualistica di regole concepite per le riunioni collegiali dei soci di s.p.a. e s.r.l., bensì una *aggiunta* innovativa rispetto a quel complesso di norme. Una aggiunta che è legata alle peculiarità del funzionamento delle riunioni dei soci nelle società cooperative, aventi tipicamente compagini sociali di maggiori dimensioni ovvero operanti in un ambito territoriale particolarmente esteso.

Il riferimento va ovviamente alla possibilità, ovvero all'obbligo di istituire assemblee *separate*, nelle quali si decide sui temi da sottoporre poi all'assemblea generale e si designano i soggetti delegati a esprimere

compenso dei suoi organi (riconducibili all'assemblea ordinaria della s.p.a.), ovvero alla modificazione del contenuto dello statuto e/o dell'atto costitutivo sociale e alla messa in liquidazione della società (riconducibili all'assemblea straordinaria della s.p.a.).

16. In argomento v. IRRERA, *Le assemblee (e gli altri organi collegiali) delle società ai tempi del Coronavirus (con una postilla in tema di associazioni e fondazioni)*, in *Il diritto dell'emergenza: profili societari, concorsuali, bancari e contrattuali*, Quaderni di RES n. 3, Torino, 2020, 62; BUSANI, *Assemblee e Cda in audio-video conferenza durante e dopo COVID-19*, in *Società*, 2020, 393 ss.; v. anche la *massima* 11.03.2020, n. 187 del Consiglio Notarile di Milano, oltre alle FAQ di Assonime 2 del 19.06.2020.

17. V. ad esempio la *massima* n. 200 del 23 novembre 2021 elaborata dal Consiglio notarile di Milano.

le preferenze raccolte<sup>18</sup> in quest'ultima sede. Ancora, nel silenzio del testo codicistico, le ordinarie disposizioni attinenti al funzionamento della assemblea (generale) lucrativa dovranno essere adattate e rilette per dare

18. È discusso, e ricco di implicazioni, il tema se le assemblee separate abbiano ad oggetto (o possano avere ad oggetto) unicamente la designazione dei delegati che dovranno pronunciarsi in sede di assemblea generale, ovvero se la deliberazione non debba comunque vertere sul tema generale sotteso alla nomina del delegato – se, in buona sostanza, le assemblee separate siano una sorta di sezione elettorale, propedeutiche allo svolgimento dell'assemblea generale, ovvero una anticipazione della stessa assemblea generale che sullo stesso ordine del giorno è chiamata a pronunciarsi. Il tema è stato ampiamente discusso, prima e dopo l'entrata in vigore della riforma del d.lgs. n. 6/2003: e certo la scelta del più recente legislatore delegato di omettere dalla formulazione dell'art. 2540 c.c. la precisazione – già contenuta nel vecchio testo dell'art. 2533 c.c. – che le assemblee separate debbono deliberare sulle materie che formano oggetto della assemblea generale lascerebbe intendere che la decisione separata si risolva nella designazione del delegato, quasi fosse una sezione elettorale della assemblea generale (e per l'individuazione di ulteriori argomenti tratti dalla legge delega, dalla giurisprudenza e dallo statuto della SCE, v. CUSA, *Commento sub art. 2540*, in *Società Cooperative/Comm. Marchetti*, cit., 330. Detto che la dottrina tradizionalmente segue la ricostruzione più rigorosa, che vede nell'assemblea separata un organo deliberante sulle stesse questioni sulle quali è poi chiamata a pronunciarsi l'assemblea generale (GALGANO, *Diritto commerciale, Le società*, Bologna, 2004, 486; PIRAS, *Le società cooperative*, in ALLEGRI et al., *Diritto commerciale*, Bologna, 2004, 350; anteriormente alla riforma GATTI, *La rappresentanza del socio nell'assemblea*, Milano, 1975, 150; F. CAVAZZUTI, *Le assemblee separate*, in *Riv. soc.*, 1965, 606 ss.; di opposto avviso MIRONI, *Il procedimento deliberativo delle società di persone*, Torino, 1998, 74 ss.; CUSA, *Commento sub art. 2540*, in *Società cooperative/Comm. Marchetti*, cit., 329 ss.; si segnala la posizione di BEUTHIEN, *Genossenschaftsgesetz*, Monaco, 2004, 561, che privilegiando – sulla base della legislazione dell'ordinamento tedesco – la prospettiva della designazione dei delegati, per decisioni di maggior rilevanza quali quelle riguardanti fusione scissione, trasformazione o scioglimento della società, ritiene comunque necessario un doppio espresso pronunciamento in assemblea separata e generale), sembra di poter osservare in primo luogo che la decisione sulla designazione dei delegati non esclude affatto la contestuale, esplicita o inespressa ma immanente e contestuale deliberazione sul tema rispetto al quale i delegati si pronunceranno in assemblea. Se mai si pone un problema diverso, quello della vincolatività del mandato: che pare necessario riconoscere, posto che diversamente il rischio sarebbe di rendere superflua l'intera procedura, pur ammettendo il correttivo dell'art. 1711 c.c. In tale prospettiva, l'indicazione desumibile dalla mancata previsione che l'assemblea separata si pronunci sulla stessa materia della generale potrà essere apprezzata sul piano formale: se si tratta infatti di deliberazioni finalizzate alla designazione dei delegati, esse dovranno osservare la disciplina sostanziale dell'assemblea ordinaria o straordinaria cui si riferiscono (nel senso dell'osservanza dei quorum eventualmente rafforzati), ma non quella formale (ad esempio, trattandosi di una delibera di modifica statutaria, se l'assemblea speciale designa il delegato, la verbalizzazione non dovrà obbligatoriamente rivestire la forma dell'atto pubblico e il controllo propedeutico all'iscrizione sarà eseguito sulla deliberazione dell'assemblea generale).

un completamento (sistematico e applicativo) a questa parte “integrativa mutualistica” di regolamentazione dell’organo<sup>19</sup>.

Un’ulteriore considerazione merita di essere svolta sui profili di compatibilità delle disposizioni, comprese nella disciplina di richiamo della s.r.l. e riguardanti forme di decisione non collegiali<sup>20</sup>. Il tema potrebbe essere subito liquidato escludendone la praticabilità, sul presupposto che siffatte forme decisionali appaiano di per sé inidonee a restituire quella democraticità di funzionamento dell’organo collettivo che invece dovrebbe essere la regola, in ambito cooperativo. La conclusione sarebbe allora che le scorciatoie procedurali della consultazione scritta dei soci e della procedura per l’acquisizione del loro consenso scritto siano consentite allorché si tratti di un particolare modello di società personificata *lucrativa* – la s.r.l. appunto – ma non nel caso della cooperativa che sia plasmata sul modello di quest’ultima società.

Il discorso in realtà appare più complesso. Si deve infatti osservare che, almeno in materia assembleare, anche la disciplina mutualistica ammette forme di espressione della volontà dei soci che prescindono dalla collegialità pura: il riferimento può andare al voto per corrispondenza<sup>21</sup> o ad altro mezzo di trasmissione elettronica del suffragio, ove i soci sono chiamati ad esprimere la propria volontà *fuori e anticipatamente* rispetto alla formazione del collegio assembleare e allo svolgimento della sua attività, sulla base di una proposta di delibera preconstituita e trasmessa a loro in anteprima.

19. Sul punto in generale, v. CUSA, *La nuova disciplina delle assemblee separate*, cit., 799; BALZANO, *L'assemblea*, in *Le cooperative prima e dopo la riforma del diritto societario*, a cura di Marasà, cit., 563; VELLA, *la nuova disciplina dell'organo assembleare nelle cooperative*, in *Il nuovo diritto societario*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso diretto da Abbadessa e Portale, 4, cit., 958; BONFANTE, *La società cooperativa*, in *Tratt. dir. comm.* diretto da Cottino, cit., 323.

20. Il tema, con specifico riferimento alla s.r.l. lucrativa, è stato oggetto di ampio approfondimento in dottrina (cui forse non ha trovato corrispondenza un diffuso accoglimento a livello applicativo, forse per la problematicità di talune soluzioni teoriche?). Si vedano, *ex multis*, ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, in *Il cod. civ. Commentario* fondato da Schlesinger, diretto da Busnelli, Milano, 1271 ss.; CAGNASSO, *Le decisioni degli amministratori e dei soci di srl adottate mediante consultazione scritta o consenso espresso per iscritto: una semplificazione?*, in *Riv. Soc.*, 2005, 149 ss.; RAINELLI, *Consenso e collegialità nella s.r.l.: le decisioni non assembleari*, Milano, 2011; SCARPA, *Processi decisionali, controllo e tutela dei soci nella srl*, Padova, 2011.

21. O altro mezzo di comunicazione elettronica: sul punto v. CUSA, *Commento sub art. 2538*, in *Società cooperative/Comm. Marchetti*, cit., 309, che giustamente estende al voto elettronico l’intera disciplina del sesto comma dell’art. 2538 (come noto dedicato invece al voto epistolare).

Ora, si è già detto che pare consentito trovare uno specifico margine applicativo per le richiamate procedure referendarie non collegiali, se le stesse vengono ricostruite sul piano teorico quale strumento di proceduralizzazione della espressione per corrispondenza della volontà del socio, adattandole al perimetro del voto epistolare al fine di assicurare a ciascun socio le garanzie espresse dall'art. 2538 c.c. – quindi, segnatamente, di poter comunque imporre di procedere con la votazione collegiale<sup>22</sup>. Di nuovo, la regolamentazione lucrativa è adattata alle dinamiche di funzionamento delle cooperative mediante un elemento di integrazione (in questo caso meno marcato, ma certo rilevante) che guarda alla facilitazione dell'intervento diretto al dibattito assembleare.

Emerge quindi un quadro composito, che enfatizza le disposizioni mutualistiche lasciando sullo sfondo l'importante ossatura organizzativa delle società di capitali assunte a paradigma di riferimento.

Le disposizioni che valorizzano lo scambio mutualistico ora sostituiscono, direttamente piuttosto che indirettamente, quelle di matrice lucrativa, ora ne richiedono un adattamento causalmente orientato alla mutualità, ora vanno a integrare, sempre in via diretta o con adattamenti, gli spazi che le disposizioni di settore omettono di regolare. Ma è fuori discussione che il profilo *strutturale* della cooperativa sarà completato trovando la sua naturale collocazione sistematica proprio nel quadro normativo che il legislatore definisce con la disciplina delle società per azioni e a responsabilità limitata. Il che, si noti, non vale a obliterare le differenze tra i diversi modelli organizzativi, lucrativo e mutualistico, ma piuttosto a giustificare l'innestarsi di quelle differenze su un tronco di disciplina che appare comune.

## 2. *La definitiva neutralizzazione dello scopo lucrativo. Riflessioni finali sul Corporate purpose.*

Sembra possibile svolgere qualche considerazione di sintesi. Come si è rilevato, emergono evidenti elementi distintivi delle finalità che caratterizzano l'attività degli enti del Terzo settore, rispetto alle società (in generale)

22. Lo spunto che coglie il nodo di razionalità è di BONFANTE, *Commento* sub art. 2519, in *Comm. Cottino*, cit., 2427 ss.; v. anche la complessa rilettura di PIETROBONI, *La collettività dei soci*, in *La cooperativa - s.r.l. tra legge e autonomia statutaria*, a cura di Cusa, cit., 373 ss. Per ulteriori riferimenti, v. sopra, cap. III, par. 1.



e alle cooperative (in dettaglio). Ma altrettanto chiaro si rivela lo stretto collegamento della disciplina degli ETS rispetto a quella mutualistica, per alcuni profili strutturali delle fattispecie esaminate. Se si guarda ad esempio alla partecipazione, viene in primo piano il tema dell'accesso dei nuovi associati: la "porta", come per le cooperative, anche per gli enti del terzo settore rimane formalmente aperta, pur se non totalmente spalancata e libera in funzione del perseguimento delle finalità istituzionali.

Quanto alle dinamiche assembleari, esse valorizzano, in entrambi gli ambiti normativi considerati, l'intervento diffuso dei partecipanti interessati, attraverso il vincolo di presenza personale e (soprattutto) la possibile attivazione di assemblee separate. La *ratio* di tali disposizioni è che tanto maggiore appare il coinvolgimento degli associati e dei soci nelle decisioni assembleari, tanto migliore sarà l'attitudine del processo deliberativo a individuare le soluzioni che meglio valorizzano l'interesse generale (per gli ETS) e lo scopo mutualistico (nelle cooperative). In particolare, si vuol rendere possibile una partecipazione quanto possibile allargata all'organo assembleare: se l'obiettivo da perseguire è diffuso e comune, la visione e le decisioni riferibili all'organo saranno tanto più efficaci quanto maggiore sarà il numero dei soggetti decidenti. Nella quantità, infatti, si stemperano le eventuali posizioni egoistiche individuali<sup>23</sup>. Tanto più se ogni partecipante alla deliberazione sarà munito di un solo suffragio: anche qui, ETS e cooperative condividono il ricorso al principio del voto *pro capite*.

Quanto alla formazione e al funzionamento degli organi, altro significativo elemento di collegamento tra i blocchi normativi in esame si ravvisa nel vincolo che siano in maggioranza i partecipanti all'ente a comporre il consiglio di amministrazione e nella simmetrica (e riproporzionata) regolamentazione della responsabilità. Pare opportuno precisare che la regola che favorisce l'assunzione della carica di amministratore in capo agli associati non sia per sé sinonimo di democraticità partecipativa, ma rifletta piuttosto la volontà legislativa di coinvolgere nella gestione i diretti interessati, di nuovo allo scopo di assicurare una migliore rispondenza delle loro deliberazioni agli interessi dell'organo.

Quella del coinvolgimento del singolo partecipante nella gestione dell'ente collettivo è regola sicuramente compatibile con lo svolgimento di attività diverse da quelle proprie degli enti del terzo settore. Basti pensare alla disciplina delle società personali, segnatamente della società semplice

23. V. subito dopo, per il legame con l'acquisto della carica d'amministratore.

e in nome collettivo<sup>24</sup> ove se non è diversamente stabilito nei patti sociali i poteri di amministrazione spettano a tutti i soci, o alla s.r.l. ove la carica di amministratore, in assenza di difforme previsione statutaria, è riservata unicamente ai soci. In tale contesto, il socio che ha eseguito i conferimenti più consistenti vorrà indirizzare le scelte dell'organo gestorio cui partecipa al fine di soddisfare il proprio interesse di natura egoistica e lucrativa.

Diverso appare però il risultato se si coniuga – come avviene per gli ETS, ancora in simmetria con la regolamentazione mutualistica – la regola del coinvolgimento diretto nell'amministrazione degli associati con il principio del voto *pro capite*, che mira a sterilizzare il collegamento tra l'attribuzione dei poteri di gestione con un vantaggio immediato e personale dell'associato incaricato. La composizione necessariamente collegiale e non monocratica favorirà così valutazioni allargate e oggettive, auspicabilmente riferibili a una pluralità di soggetti interessati al perseguimento di un interesse che, non potendo essere particolare, più probabilmente assumerà i caratteri della generalità divisata dall'art. 4 del CTS.

Elementi ulteriori di contiguità si ravvisano nella scelta legislativa di estendere a tutte le associazioni e fondazioni<sup>25</sup>, e quindi anche a quelle del Terzo settore, l'applicazione della disciplina societaria di trasformazione, fusione e scissione. Ciò a significare che la relativa disciplina di matrice societaria, piuttosto articolata e improntata a trasparenza nell'informazione, è ritenuta idonea anche a realizzare le omologhe modifiche organizzative e patrimoniali degli enti del terzo settore, salvaguardando gli interessi dei partecipanti e dei terzi coinvolti nell'operazione. La scelta di estendere non solo agli ETS bensì a tutti gli enti del primo libro del codice civile l'insieme delle disposizioni riguardanti le tali operazioni straordinarie appare particolarmente significativa e conferma l'esistenza di importanti elementi di omogeneità nella struttura di tutti gli enti

24. Il discorso può certamente essere riferito anche ai soci accomandatari dell'accomandita semplice, che non sono amministratori di diritto ma assumono tale carica se non se diversamente disposto nell'atto costitutivo.

25. Il rinvio in esame è stato infatti inserito nell'art. 42 *bis* c.c. e vale per tutte le associazioni anche non regolate dal CTS: sul punto v. SPERANZIN, *Le operazioni straordinarie e il terzo settore*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, 1239 ss.; MAGLIULO, *Fusione e scissione di associazioni riconosciute e fondazioni*, Studio 77/2020/I approvato dalla Commissione Studi di impresa del CNN in data 23 aprile 2020; Id., *Limiti statutari e legali alla possibilità per gli enti del primo libro di operare trasformazioni, fusioni e scissioni*, Studio 76/2020/I approvato dalla Commissione Studi di impresa del CNN in data 23 aprile 2020; CIRIANNI, *Trasformazione di associazioni riconosciute e fondazioni*, Studio 78/2020/I approvato dalla Commissione Studi di impresa del CNN in data 23 aprile 2020.

associativi e fondazionali, a prescindere che essi appartengano o meno al Terzo settore, e delle società.

Un'ulteriore conferma dell'elevato grado di omogeneità strutturale esistente tra organizzazioni del Terzo settore e modelli societari emerge dalla regola che impone all'organo di controllo di associazioni e fondazioni ETS di verificare l'adeguatezza degli assetti organizzativo, amministrativo e contabile – verifica che, come in precedenza accennato<sup>26</sup>, prefigura il corrispondente dovere di attivazione dell'organo amministrativo. Qui la struttura dell'ente viene nuovamente in evidenza, in quanto se ne richiede il costante adeguamento alle concrete modalità operative, a seconda delle dimensioni e della complessità dell'attività concretamente svolta, proprio come avviene per le società, e a prescindere dalla circostanza che l'ETS eserciti un'impresa. Tale dovere di conformazione organizzativa alle esigenze operative concrete dell'ente, si collega all'opzione legislativa favorevole a un controllo interno ad assetto "variabile", che diviene obbligatorio e più stringente solo se si superano determinate soglie dimensionali<sup>27</sup>.

Merita ribadire che in questa materia non si assiste ad alcun fenomeno di ridefinizione o adattamento della "causa" che persegue l'ETS allo scopo mutualistico. Gli ambiti operativi e soprattutto gli obiettivi perseguiti dai diversi enti restano molto nettamente distinti: una cosa è l'auto-aiuto qualificante l'identità cooperativa, di regola indirizzata *internamente* al beneficio dei soci e della loro categoria di appartenenza.

Altro è invece l'interesse *generale*, per definizione *esterno*, aperto a soggetti terzi interessati o bisognosi, che guida l'attività dell'ETS. Comune invero appare l'elemento che porta a creare un vincolo di indisponibilità e reinvestimento sul patrimonio, che in tal modo rimane cristallizzato allo scopo di finanziare l'attività, degli ETS e della cooperativa, in funzione: a) per gli ETS, del *venir meno* dello scopo di lucro, tassativamente escluso anche nelle forme distributive indirette; b) per le cooperative, del *rimodularsi* dello stesso scopo di lucro (soggettivo) nel concetto di mutualità, intesa come gestione di servizio a favore dei soggetti che alimentano lo scambio mutualistico e nella misura in cui ciò avviene. Sul piano *organizzativo* ciò converge nella scelta, di nuovo comune a EST e cooperative, di prevedere l'adozione di forme partecipative *democratiche*, destinate a coinvolgere i partecipanti prescindendo dalla valorizzazione di loro particolari interessi economici: l'interesse comune e condiviso di soci e associati si persegue meglio se la decisione non consente al singolo

26. V. sopra cap. III, par. 2.3.2.

27. V. sopra cap. III, paragrafo 2.4.

di influenzare in modo decisivo o anche solo indirizzare autonomamente la destinazione del patrimonio.

Questa convergenza tra mutualità cooperativa e cura dell'interesse generale tipica degli ETS sembra produrre sulle regole di funzionamento degli ETS medesimi una vera "curvatura", *non causale bensì strutturale*, per i profili che si sono messi in evidenza. È qui ripresa e adattata l'espressione<sup>28</sup> che tradizionalmente allude all'influenza che esercita il rapporto societario cooperativo, plurilaterale con comunione di scopo, sul diverso rapporto negoziale, bilaterale, destinato ad alimentare lo scambio in funzione degli interessi mutualistici del socio. Nel nostro caso, invece, la neutralizzazione della causa si è compiuta, onde non resta che ragionare sulle consonanze della struttura organizzativa di enti diversi, nella prospettiva della definizione di regole comuni per gli enti che declinano in chiave mutualistica o più marcatamente altruistica la propria attività. *Stat rosa pristina nomine, nomina nuda tenemus*<sup>29</sup>: dove la nostra "rosa", cui riferirci per provare a rileggere le norme generali dedicate dal CTS agli enti del terzo settore, è non già un mero *nomen*, ma piuttosto la struttura funzionale e partecipativa dell'ente collettivo, *di derivazione mutualistica*.

28. Impiegata da VERRUCOLI, *La società cooperativa*, Milano, 1958, 69, 103, 135, 262; in argomento v. BONFANTE, *Imprese cooperative*, in *Comm. Scialoja-Banca*, cit., 98 ss.; PETRELLI, *I profili della mutualità nella riforma delle società cooperative*, in *Studi e materiali in tema di riforma delle società cooperative*, cit.; CASALE, *Scambio e mutualità nella società cooperative*, cit., 35 ss.; PIRAS, *Rapporto mutualistico e poteri dei soci*, in *Gli statuti delle imprese cooperative dopo la riforma del diritto societario*, a cura di Vella, cit., 44.

29. Qui invece è Umberto Eco che dà voce all'erudito Adso da Melk nell'epilogo de *Il nome della rosa*.

## Bibliografia

- AA.Vv., *La riforma delle società cooperative*, a cura di Genco, Milano, 2003.
- AA.Vv., *La riforma delle società. Commentario* a cura di Sandulli e Santoro, Torino, 2003.
- AA.Vv., *Le cooperative prima e dopo la riforma del diritto societario*, a cura di Marasà, Padova, 2004.
- AA.Vv., *Il nuovo diritto societario*, Commentario diretto da Cottino, Bonfante, Cagnasso e Montalenti, Bologna, 2004.
- AA.Vv., *Società di capitali*, Commentario a cura di Niccolini e Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004.
- AA.Vv., *Il nuovo diritto delle società, Commento sistematico al D.lgs. 17 gennaio 2003*, a cura di Maffei Alberti, Padova, 2005.
- AA.Vv., *Commentario alla riforma delle società*, diretto Marchetti, Bianchi, Ghezzi e Notari, Milano, 2004-2016.
- AA.Vv., *Il nuovo diritto societario*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da Abbadessa e Portale, Torino, 2007.
- AA.Vv., *La cooperativa - s.r.l. tra legge e autonomia statutaria*, a cura di Cusa, Padova, 2008.
- AA.Vv., *Gli enti del Terzo settore e il nuovo Registro unico*, Torino, 2021.
- ABBADESSA, *Il direttore generale*, in *Trattato delle s.p.a.*, diretto da Colombo e Portale, Torino, 1991.
- ABBADESSA, MIRONI, *L'assemblea. Le competenze*, in *Le nuove s.p.a.*, Trattato, diretto da Cagnasso e Panzani, Bologna, 2010, 588.
- ABRIANI, ROSSI, *Nuova disciplina della crisi d'impresa e modificazioni del codice civile: prime letture*, in *Società*, 2019.
- ALBANESE, *La verifica notarile di legalità sulle società: primi problemi interpretativi*, in *Contr. Impr.*, 2001.
- ALLEVA, *La nuova disciplina del socio lavoratore di cooperativa*, in *Società*, 2001.
- ALPA, *Le Fondazioni. Tradizione e modernità. Materiali raccolti da Guido Alpa*, in *Quaderni di diritto comparato*, Padova, 1988.
- ALVARO, CAPPARIELLO, GENTILE, IANNACCONE, MOLLO, NOCELLA, VENTORUZZO, *Business Judgment Rule e mercati finanziari*, in *Consob, Quaderni Giuridici*, novembre 2016.
- AMATO, *Ordinamento e amministrazione*, in *Il codice del terzo settore. Commento al Decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117*, a cura di Gorgoni, Pisa, 2018.

- AMATUCCI (a cura di), *Responsabilità degli amministratori di società e ruolo del giudice*, Milano, 2014.
- AMATUCCI, *Società e comunione*, Napoli, 1971.
- ANGELICI, *La società nulla*, Milano, 1975.
- *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Padova, 2003.
  - *Note in tema di procedimento assembleare*, in *Riv. not.*, 2005.
  - *Diligentia quam suis e Business Judgment Rule*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, I, 675.
  - *La società per azioni*, vol. 1: *Principi e problemi*, in *Tratt. Dir. Civ. e Comm.*, già diretto da Cicu, Messineo e Mengoni, continuato da Schlesinger, Milano, 2012.
- ARINCI, *Disposizioni generali, costituzione, ordinamento e amministrazione delle associazioni e fondazioni del terzo settore*, in *Il codice del Terzo settore*, a cura di Donati e Sanchini, Milano, 2019.
- ASCARELLI, *Cooperative e società. Concettualismo giuridico e magia delle parole*, in *Riv. soc.*, 1957.
- ASSONIME, *Il sistema dualistico di amministrazione e controllo*, Circolare n. 31/2008.
- ATLANTE, MALTONI, RUOTOLO, *Il Nuovo articolo 2475. Prima lettura*, Studio n. 58/2019 del Consiglio Nazionale del Notariato.
- ATLANTE, SEPIO, SIRONI, *Atto costitutivo e statuto, nuovo sistema per il riconoscimento della personalità giuridica e pubblicità degli enti del Terzo settore*, Studio del Consiglio Nazionale del Notariato n. 104-2020.
- AVAGLIANO, *Iscrizione al RUNTS degli Enti del Terzo Settore e situazione patrimoniale aggiornata*, Studio n. 11-2022/CTS approvato dalla Commissione Terzo Settore del CNN in data 1 dicembre 2022.
- BALZANO, *L'assemblea, in Le cooperative prima e dopo la riforma del diritto societario*, a cura di Marasà, cit.
- BARALIS, *Enti no profit: profili civilistici*, in *Riv. not.*, V, 1999.
- BARBA, *Associazione, fondazione e titolarità d'impresa*, Napoli, 1996.
- *Commento sub art. 2332*, in *Comm. Sandulli, Santoro*, cit.
- BARILLÀ, *Enti del Terzo settore e diritto societario*, Torino, 2022.
- BARTALENA, *La partecipazione di società di capitali in società di persone*, in *Il nuovo diritto delle società per azioni. Liber amicorum G.F. Campobasso*, diretto da Abbadessa e Portale, vol. 1, cit., 2006.
- *Commento sub art. 2519*, in *Soc. Cooperative/Comm. Marchetti*, cit.
- BASILE, voce *Associazione*, III, *Associazioni non riconosciute*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. III, Roma, 5, 1988.
- *Le persone giuridiche*, in *Trattato dir. priv.*, diretto da Iudica e Zatti, Milano, 2014.
- BASSI, *Le società cooperative*, in *La riforma del diritto societario*, a cura di Buonocore, Torino, 2003.
- *Commento sub art. 2511*, in *Società cooperative*, volume a cura di Presti compreso nel *Comm. alla riforma delle società*, diretto da Marchetti, Bianchi, Ghezzi e Notari, Milano, 2007.

- *Delle imprese cooperative e delle mutue assicuratrici*, in *Il cod. civ. Commentario*, diretto da Schlesinger, Milano.
  - *Profili generali della riforma delle cooperative*, in *Il nuovo diritto societario. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da Abbadessa e Portale, 4, cit.
- BELLEZZA, FLORIAN, *Le fondazioni di partecipazione*, Piacenza, 2006.
- BENAZZO, PIETROBONI, *La riduzione del capitale per perdita nella cooperativa-s.p.a.: applicabilità dell'art. 2446?*, in *Riv. dir. impr.*, 2010.
- BERTOLOTTI (CERRATO), *Costituzione della società, pubblicità, potrei di rappresentanza e nullità*, in MONTALENTI (a cura di), *Le società*, vol. IV del *Tratt. Dir. Priv. dell'Unione Europea*, diretto da Ajani e Benacchio, Torino, 2022.
- BERTUZZI, *Commento sub art. 2332*, in *La riforma del diritto societario. Società per azioni - Costituzione, patti parasociali, conferimenti*, diretto da Lo Cascio, 3, Milano, 2003.
- BEUTHIEN, *Genossenschaftsgesetz*, Monaco, 2004.
- BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977.
- *Diritto civile*, 1, *La norma giuridica. I soggetti*, II ed., Milano, 2002.
- BIONE, *Le categorie speciali di azioni nelle società cooperative*, in *Studi in onore di Gastone Cottino*, I, Padova, 1997.
- BLANDINI, *L'intervento e il voto in assemblea: il voto per corrispondenza e le assemblee separate*, in *Le società cooperative*, a cura di Montagnani, Cassino, 1999.
- BOGGIALI, *Enti amministratori di associazioni e fondazioni*, Studio n. 9-2022/CTS approvato dalla Commissione Terzo Settore del Consiglio Nazionale del Notariato in data 27 ottobre 2022.
- BOLOGNESI (GRIPPO), *La società in accomandita semplice*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, 2011.
- BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1985.
- *Gli amministratori di S.p.A. A dieci anni dalla riforma del 2003*, Torino, 2013.
- BONFANTE, *La legislazione cooperativa*, Milano, 1984.
- *Commento sub art. 2516*, in *Comm. Cod. Civ. Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, Bologna-Roma, 1999.
  - *Imprese cooperative*, in *Commentario cod. civ. Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, Bologna-Roma, 1999.
  - *La riforma della cooperazione*, in *Società*, 2002.
  - *Art. 2538*, in *Il nuovo diritto societario. Commentario* diretto da Cottino, Bonfante, Cagnasso e Montalenti, Bologna, 2004.
  - *Commento sub art. 2519*, in *Il nuovo diritto societario. Commentario* diretto da Cottino, Bonfante, Cagnasso, Montalenti, Bologna, 2004.
  - *Commento sub. art. 2528*, in *Comm. Cottino*, III, Bologna, 2004, 2501.
  - *La nuova società cooperativa*, Bologna, 2010.
  - *La società cooperativa*, in *Tratt. dir. comm.*, diretto da Cottino, V, 3, Padova, 2014.
- BORGIOI, *La nullità della società per azioni*, Milano, 1977.
- BOSI, *La riforma delle banche popolari quotate*, in *Banca, impresa, società*, 2012.

- BOZZA, *Il nuovo bilancio degli enti del terzo settore*, in *Terzo settore, non profit e cooperative*, f. 2, 2020.
- BUONOCORE, *Le situazioni soggettive dell'azionista*, Napoli, 1967.
- *Diritto della cooperazione*, Bologna, 1997.
  - *Rapporto mutualistico e parità di trattamento*, in *Il nuovo diritto societario*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso diretto da Abbadessa e Portale, 4, cit.
- BUSANI, *Assemblee e Cda in audio-video conferenza durante e dopo COVID-19*, in *Società*, 2020.
- BUSANI, CORSICO, *Atto costitutivo, statuti e operazioni straordinarie degli enti del terzo settore*, Milano, 2021.
- BUSI, *Le decisioni non assembleari dei soci nella s.r.l.*, Studio n. 5489/I approvato dalla Commissione Studi d'Impresa del Consiglio nazionale del Notariato in data 28 gennaio 2005.
- CAGNASSO, *La concessione di vendita. Problemi di qualificazione*, Milano, 1983.
- *Le decisioni degli amministratori e dei soci di s.r.l. adottate mediante consultazione scritta o consenso espresso per iscritto: una semplificazione?*, in *Riv. soc.*, 2005.
  - *Le decisioni degli amministratori e dei soci mediante consultazione scritta o consenso espresso per iscritto*, in *NDS*, vol. 6, f. 19, 2008.
  - *Commenti sub artt. 2435 bis e 2435 ter*, in CAGNASSO, DE ANGELIS, RACUGNO, *Il bilancio d'esercizio*, volume compreso in *Il codice civile. Commentario* fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, Milano, 2018.
  - *Commento sub art. 2475-2475 bis*, in *Il nuovo diritto societario. Commentario* diretto da Cottino, 2, cit.
- CALANDRA BUONAURA, *Gestione dell'impresa e competenza dell'assemblea nella società per azioni*, Milano, 1985.
- *Il potere di rappresentanza degli amministratori di società per azioni*, in *Il nuovo diritto delle società per azioni*. Liber amicorum G.F. Campobasso, diretto da Abbadessa e Portale, vol. 2, Torino, 2006.
- CALVOSA, *La circolazione della partecipazione cooperativa*, in *Il nuovo diritto societario*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso diretto da Abbadessa e Portale, 4, cit.
- CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 2, *Diritto delle società*, VI ed., a cura di M. Campobasso, Torino, 2006.
- CAPECCHI, *Evoluzione del terzo settore e disciplina civilistica*, Padova, 2005.
- CAPO, *Strumenti finanziari e società cooperative*, in *Profili patrimoniali e finanziari della riforma*, a cura di Montagnani, Milano 2004.
- *Commento sub art. 2513*, in *Codice civile commentato*, a cura di Alpa e Mariconda, Milano, 2009, 2600.
- CARBONI, *Le imprese cooperative e le mutue assicuratrici*, in *Tratt. dir. ptiv.* diretto da Rescigno, 17, Torino, 1985.
- CARIELLO, *Il sistema dualistico. Vincoli tipologici e autonomia statutaria*, Milano, 2009.
- CASALE, *Scambio e mutualità nella società cooperativa*, Milano, 2005.



- CASELLI, *Vicende del rapporto di amministrazione*, in *Trattato delle s.p.a.*, diretto da Colombo e Portale, IV, Torino, 1991.
- CASTELLANO, *Socio cooperatore, struttura democratica e finanziamento dell'impresa*, in *Finanziamento e organizzazione della cooperativa nella legge n.59 del 1992*, a cura di Buttarò, Milano, 1998.
- CASTORINA, *Il disegno di legge di riforma del Terzo settore: i profili costituzionali e l'impatto con l'ordinamento europeo*, in *Non profit paper*, 3/2014.
- CATALANO, *Il registro Unico Nazionale e il riconoscimento della personalità giuridica degli enti del terzo settore*, in D. DI SABATO, NOCERINO, *Il terzo settore. Profili critici della riforma*, Napoli, 2019.
- CAVALIERE, *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza - Le modificazioni del codice civile*, in *Giur. it.*, 2019.
- CAVANNA, *Appunti sulla nuova disciplina del socio in prova di società cooperativa*, in *Giur. comm.*, I, 2007
- *Commento sub art. 2332*, in *Comm. Cottino*, cit.
  - *Commento sub art. 2521*, in *Comm. Cottino*, cit.
  - *Fusione e scissione delle società cooperative*, Milano, 2010.
  - *Il nuovo Codice del Terzo settore: prime considerazioni critiche*, in *Terzo settore, non profit e cooperative*, 2017.
  - *Trasformazione delle società cooperative*, in *Tratt. Omnia*, diretto da Donativi, vol. IV, Milano, 2022.
- CAVAZZUTI, *Le assemblee separate*, in *Riv. soc.*, 1965.
- *Il socio lavoratore tra disciplina speciale e codice civile*, in *Giur. comm.*, I, 2004.
- CEOLIN, *Codice del Terzo Settore*, a norma dell'articolo 1, comma 2 lettera b) della legge 6 giugno 2016, n. 106, in *Commentario del codice civile e dei codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di De nova, Bologna-Roma, 2023.
- CESARO, *Contratto aperto e adesione del terzo*, Napoli, 1979.
- CHIEFFI, *Commento sub art. 2528*, in *Soc. Cooperative/Comm. Marchetti*, cit.
- *Commento sub art. 2530*, in *Società cooperative/Comm. Marchetti*, cit.
- CHIUSOLI, *La riforma del diritto societario per le cooperative*, in *Coop. Cons.*, supplemento, 17, 4/2003.
- CIAN, *Le decisioni dei soci. I. Le competenze decisorie dei soci*, in *Le decisioni dei soci - Le modificazioni dell'atto costitutivo*, vol. IV del *Tratt. delle s.r.l.*, diretto da Ibbà e Marasà, Padova, 2009.
- CINTIOLI, *Disciplina pubblicistica e corporate governante delle società partecipate da enti pubblici*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).
- CIRIANNI, *Trasformazione di associazioni riconosciute e fondazioni*, Studio 78/2020/I approvato dalla Commissione Studi di impresa del CNN in data 23 aprile 2020.
- CLARICH, *Società di mercato e quasi-amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2009.
- COLANTONIO, *Gruppo cooperativo paritetico*, in Comitato Regionale Notarile della Sicilia, *Atti del Convegno di Taormina del 2-3 aprile 2004*.

- CONFORTI, *Nomina e revoca degli amministratori di società*, Milano, 2007.
- CONSORTI, GORI, ROSSI, *Diritto del Terzo settore*, Bologna, 2018.
- CORVESE, *Commento sub art. 2545 novies*, in *Comm. Sandulli, Santoro*, cit.
- COSTI, *Fondazione e impresa*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1968.
- *I profili patrimoniali del nuovo diritto della cooperazione, Relazione al Convegno “Il nuovo diritto societario tra società aperte e società private”*, Varese, 20-21.9.2002.
  - *Il governo delle società cooperative: alcune note esegetiche*, in *Giur. comm.*, I, 2003.
  - *Autonomia statutaria e nuove modalità di finanziamento delle imprese cooperative*, in *Gli statuti delle imprese cooperative dopo la riforma del diritto societario*, a cura di Vella, Torino, 2004.
  - *Il mercato mobiliare*, Torino, 2020.
- COTTINO, WEIGMANN, *Le società di persone*, in *Tratt. dir. comm.* diretto da Cottino, III, Padova, 2004.
- CRACOGNA, FICI, HENRY, *International Handbook of Cooperative Law*, Springer, 2013.
- CUSA, *Il procedimento assembleare nella società cooperativa e il principio democratico*, in *Giur. comm.*, I, 2004.
- *La nuova disciplina delle assemblee separate*, in *Riv. dir. priv.*, 2004;
  - *Art. 2519*, in *Società cooperative* a cura di Presti, Milano, 2006.
  - *Commento sub art. 2538*, in *Comm. Marchetti/Società coop.*, Milano, 2006.
  - *Il socio finanziatore nelle cooperative*, Milano, 2006.
- D'IMPERIO, *La disciplina del socio in prova*, in *Cooperative e enti non profit*, f. 7, 2018.
- DAGNINO, *La partecipazione di società di capitali in società di persone*, in *Giur. comm.*, II, 2005.
- DANOVI, IRRERA SERVATO, *Elementi di bilancio e finanza aziendale per giuristi*, Padova, 2011.
- DE ANGELIS, *Il lavoro nelle cooperative dopo la l. n. 142 del 2001: riflessioni a caldo su alcuni problemi processuali*, in *Lav. Giur.*, 2001.
- *Amministrazione e controllo nelle società cooperative*, in *Giur. comm.*, I, 2004.
  - *Liceità delle deliberazioni mediante consultazione scritta nelle S.p.a.?*, in *Società*, 2006.
  - *Il Collegio sindacale ed il sindaco unico nelle associazioni e fondazioni del Terzo settore*, in *TNC*, 2017.
  - *Il CdA delle associazioni: le nuove regole per nomina e attribuzioni*, in *Terzo settore, non profit e cooperative*, f. 1, 2018.
  - *Il CdA delle associazioni ETS*, in *La riforma del no profit*, Italia Oggi, 2 ottobre 2020.
  - *La gestione delle assemblee nella riforma delle associazioni*, in *Gli enti del Terzo settore e il nuovo Registro unico*, cit.;
  - *Lo scopo consortile, lo scopo di lucro e l'oggetto sociale nelle società consortili*, in *Cooperative, consorzi e società consortili, 2 - Consorzi e società consortili: tipologie e operazioni sul capitale*, Milano, 2019.
- DE CRESCIENZO, *Gli amministratori nel sistema tradizionale*, in *Le nuove s.p.a.*, diretto da Cagnasso e Panzani, Bologna, 2010.

- DE GIORGI, *Le persone giuridiche in generale. Le associazioni e le fondazioni*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, II.1, Torino, 1982.
- *Il nuovo diritto degli enti senza scopo di lucro: dalla povertà delle forme codicistiche al groviglio delle leggi speciali*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1999.
  - *Le associazioni riconosciute*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, I, 2, Torino, 2005.
- DE GIORGI, PONZANELLI, ZOPPINI, *Il riconoscimento delle persone giuridiche*, Milano, 2001.
- DE LUCA, *Il socio-lavoratore di cooperativa: la nuova normativa (l. 3 aprile 2001, n. 142)*, in *Foro. it.*, V, 2001.
- DE ROSA, *Il bilancio degli enti del Terzo settore*, in *Gli enti del Terzo settore e il Nuovo Registro Unico*, cit.
- DESANA, *L'impresa tra tradizione e innovazione*, Torino, 2018.
- DI CECCO, *La governance delle società cooperative: l'assemblea*, in *La riforma delle società cooperative*, a cura di Genco, Milano, 2003.
- DI FRANCIA, *L'impresa mutualistica e le strutture associative fra diritto e realtà*, in *Dir. fall.*, I, 1976.
- DI MAJO, *Le neofondazioni della lirica: un passo avanti e due indietro*, in *Corr. giur.*, I, 1997.
- DI SABATO, *Società in generale. Società di persone*, in *Tratt. dir. civ.*, a cura del Consiglio Nazionale del Notariato, diretto da Perlingieri, Napoli, 2004.
- DINACCI, *La responsabilità degli amministratori degli Enti del terzo settore, in Terzo settore, non profit e cooperative*, f. 3, 8, 2018.
- DOLMETTA, *Cooperative con "applicazione necessaria" della (compatibile) disciplina delle s.p.a. ex art. 2519 c.c. e struttura delle partecipazioni sociali*, in *Riv. soc.*, 2005.
- DOLZANI, *La costituzione, in La cooperativa - s.r.l. tra legge e autonomia statutaria*, a cura di Cusa, cit.
- DONATIVI, *La riforma sull'omologazione: profili istruttori e procedurali*, in *Riv. soc.*, 2001.
- FERRETTI, *Osservazioni in tema di disciplina delle società consortili*, in *Riv. dir. ind.*, I, 1982.
- FERRI, *Le società*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1987.
- FERRI JR., *Profili di responsabilità notarile*, *Riv. soc.*, 2001.
- FERRO LUZZI, *I contratti associativi*, Milano, 1976;
- FICI, *La riforma del terzo settore e le fondazioni di origine bancaria*, cap. 5 del vol. *Fondazioni di origine bancaria - Ventitreesimo Rapporto Annuale, anno 2017*, Roma, 2018.
- *La riforma delle società cooperative. Prime note esegetiche*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it).
- FORTUNATO, *Partecipazione di società di persone ad altra società di persone e nomina dell'amministratore*, in *Riv. not.*, I, 1990.
- *Dall'omologazione alla verifica notarile*, in *Giur. comm.*, I, 2001.
- FRANCESCHELLI, *Consorzi costituiti in forma di società per azioni*, in *Riv. dir. comm.*, II, 1941.
- FRANZONI, *Società per azioni, III Dell'amministrazione e del controllo*, in *Comm. Cod. Civ. Scialoja-Branca (artt. 2380-2396)*, Bologna-Roma, 2008.
- *L'ingerenza del socio nella gestione della s.r.l.: alcune riflessioni dopo il Codice della Crisi d'impresa*, in *Riv. dir. soc.*, 2018.

- FUSARO, *La fondazione tra modello tradizionale e modello partecipativo quale strumento per la tutela delle categorie svantaggiate*, in *Vita not.*, 2011.
- GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati (Art. 36-42)*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna, 1967.
- *La società in generale. La società di persone*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* già diretto da Cicu e Messineo, continuato da Mengoni, XXVIII, Milano, 1982.
  - *Diritto commerciale, Le società*, Bologna, 2004.
  - *Delle persone giuridiche*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, II ed., 2006.
  - *Delle persone giuridiche, Artt. 11-35*, in *Comm. Cod. Civ. Scialoja-Branca* a cura di Galgano, Bologna-Roma, 2006.
- GALLETTI, *Il finanziamento delle imprese nel contesto delle reti: problemi e prospettive di regolamentazione*, in *Reti di imprese tra regolazione e norme speciali. Nuove sfide per diritto ed economia*, Bologna, 2004.
- GAMBINO, *Impresa e società di persone*, in *Fondamenti di Diritto commerciale*, a cura di Gambino, Torino, 2004.
- GATTI, *La rappresentanza del socio nell'assemblea*, Milano, 1975.
- *L'impresa collettiva non societaria e la sua disciplina fallimentare*, in *Riv. dir. comm.*, 1980.
- GENCO, *Il volto cooperativo della democrazia societaria*, in *Riv. Coop.*, f. 2, 1999.
- *Gruppi cooperativi e gruppo cooperativo paritetico*, in *Giur. comm.*, 2005, I, 413.
  - *Il governo dell'impresa cooperativa*, in *Giur. comm.*, I, 2006.
  - *La disciplina societaria delle cooperative: recenti sviluppi giurisprudenziali* (dattiloscritto citato da DI CECCO, *Il capitale e le altre forme di finanziamento*, in *Le cooperative prima e dopo la riforma del diritto societario*, a cura di Marasà, cit.).
- GHEZZI, *Commento sub art. 2386*, in *Amministratori/Comm. Marchetti*, a cura di Ghezzi, cit.
- GORI, *Terzo settore e Costituzione*, Torino, 2022.
- GRAZIADEI, *Le fondazioni di partecipazione nel prisma della comparazione*, in *Giur. It.*, 2021.
- GRISOLI, *Un diritto del socio all'ingresso in una cooperativa?*, in *Riv. dir. comm.*, 1958.
- GUGLIELMO, *Riflessi della riforma sull'amministrazione delle società di persone*, par. 2, Studio d'Impresa 5618/I del CNN approvato in data 31 marzo 2005, in *CNN Notizie*.
- GUIZZI, *Le decisioni dei soci: profili tipologici*, in *Riv. dir. comm.*, I, 2004.
- IBBA, *Il sistema della pubblicità d'impresa oggi*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2005.
- *Codice del terzo settore e diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2019.
  - *La pubblicità degli enti del terzo settore*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, I.
- IENGO, *La mutualità cooperativa*, in *La riforma delle società cooperative*, a cura di Genco, cit.
- IORIO, *Le fondazioni*, Milano, 1997.
- IRRERA, *Le assemblee (e gli altri organi collegiali) delle società ai tempi del Coronavirus (con una postilla in tema di associazioni e fondazioni)*, in *Il diritto dell'emergenza: profili societari, concorsuali, bancari e contrattuali, Quaderni di RES n. 3*, Torino, 2020.
- LA SALA, *La costituzione delle cooperative*, in *Il nuovo diritto societario. Liber amicorum Gian Franco Campobasso* diretto da Abbadessa e Portale, 4, cit.

- LAMANDINI, *La riforma della struttura finanziaria delle cooperative: azioni e ibridi verso la quotazione?*, in *Gli statuti delle imprese cooperative dopo la riforma del diritto societario*, a cura di Vella, Torino, 2004.
- LAUDONIO, *Aspetti organizzativi adeguati e prevenzione della crisi negli enti del terzo settore (interrogativi sull'adeguatezza del legislatore di fronte alla crisi)*, Relazione all'XI Convegno di Orizzonti del Diritto commerciale, Roma, 14 febbraio 2020.
- LOFFREDO, *Economicità e impresa*, Torino, 1999.
- *Le persone giuridiche e le organizzazioni senza personalità giuridica*, Milano, 2001.
  - *Gli enti del terzo settore*, Milano, 2018.
- LOLLI, *Commento sub art. 2522*, in *La società cooperativa dopo la riforma*, a cura di L.F. Paolucci, Appendice, Padova, 2004.
- LUBRANO DI SCORPANIELLO, *Irregolarità nel procedimento di ammissione di nuovi soci*, in *Liber amicorum G.F. Campobasso*, 4, cit.
- MAGGIOLO, *Clausole di apertura e "porta aperta" nei procedimenti di adesione a contratti plurilaterali*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2010.
- MAGLIULO, *Fusione e scissione di associazioni riconosciute e fondazioni*, Studio 77/2020/I approvato dalla Commissione Studi di impresa del CNN in data 23 aprile 2020.
- *Limiti statutari e legali alla possibilità per gli enti del primo libro di operare trasformazioni, fusioni e scissioni*, Studio 76/2020/I approvato dalla Commissione Studi di impresa del CNN in data 23 aprile 2020.
- MALTONI, *La fondazione di partecipazione: natura giuridica e legittimità*, in AA.Vv., *Fondazioni di partecipazione*, Atti del Convegno di Firenze - 25 novembre 2006, Milano, 2007.
- *Società cooperative e trasformazione*, in MALTONI, TASSINARI, *La trasformazione delle società*, Milano, 2005.
  - *Organizzazione delle fondazioni del Terzo Settore e giudizio di compatibilità della disciplina delle associazioni richiamata in alcune norme del relativo codice*, Studio n. 13 della Commissione Terzo Settore del CNN, in *CNN Notizie*, 12 gennaio 2023.
- MARANO, *Commento sub art. 2540*, in *Comm. c.c. Alpa Mariconda*, Milano, 2013.
- *Commento sub art. 2545*, in *La riforma delle società*, a cura di Sandulli e Santoro, Torino, cit.
  - *L'organo di amministrazione*, in *La cooperativa - s.r.l. tra legge e autonomia statutaria*, a cura di Cusa, cit.
- MARASÀ, *Società senza scopo di lucro*, Milano, 1984.
- *Poteri e requisiti di eleggibilità degli amministratori di società cooperative*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1989.
  - voce *Società speciali e società anomale*, in *Enc. Giur.*, XXIX, Roma, 1993.
  - *Fondazioni, privatizzazioni e impresa: la trasformazione degli enti musicali in fondazioni di diritto privato*, in *Studium Iuris*, 1996.
  - *Prime note sulle modifiche dell'atto costitutivo della s.p.a. nella riforma*, in *Giur. comm.*, I, 2003.

- *Problemi attuali della società cooperativa e soluzioni della riforma*, in *La riforma di società, cooperative, associazioni e fondazioni*. Scritti, Padova, 2005.
  - *Voto plurimo, voto maggiorato e cooperative*, in *Banca borsa*, 2016.
  - *Appunti sui requisiti di qualificazione degli enti del terzo settore: attività, finalità, forme organizzative e pubblicità*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018.
  - *Impresa, scopo di lucro ed economicità*, in OLIVIERI, PRESTI (a cura di), *Cinquanta sfumature di impresa*, 33 ss.
- MARCHETTI, *Il sistema dualistico: questioni e clausole statutarie (prima parte)*, in *Consiglio Nazionale del Notariato, Studi di impresa - studio n. 162*.
- MARINELLI, SABATINI, *Il nuovo art. 2086 e la Business Judgment Rule*, Rimini, 2022.
- MARTORANO, *Imprese mutualistiche*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954.
- MAUGERI, *Considerazioni sul sistema delle competenze assembleari nella s.p.a.*, in *Riv. soc.*, 2013.
- MINERVINI, *Gli amministratori di s.p.a.*, Milano, 1956.
- MIRONE, *Commento sub art. 2361*, in *Società di capitali. Commentario diretto da Niccolini e Stagno d'Alcontres*, I, cit.
- MIRONE, *Il procedimento deliberativo delle società di persone*, Torino, 1998.
- *Le decisioni dei soci nella s.r.l.: profili procedimentali*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum G.F. Campobasso*, diretto da Abbadessa e Portale, 3, Torino, 2007.
- MONTAGNANI, *Commento sub art. 2524*, in *Comm. Sandulli-Santoro*, cit.
- MONTAGNANI, PACIELLO, *Commento sub art. 2521*, in *La riforma delle società*, a cura di Sandulli e Santoro, cit.
- MONTALENTI, *La riforma delle omologazioni: una postilla*, in *Società*, 2000.
- *Il diritto commerciale dalla separazione dei codici alla globalizzazione*, in *Impresa, società di capitali, mercati finanziari*, Torino, 2017.
  - *Impresa, società di capitali, mercati finanziari*, Torino, 2017.
  - *Le nuove forme organizzative dell'attività economica: il diritto societario dai "tipi" ai "modelli"*, in *Impresa, società di capitali, mercati finanziari*, Torino, 2017.
  - *Gestione dell'impresa, assetti organizzativi e procedure d'allerta nella riforma Rordorf*, in *Il Nuovo diritto delle Società*, Torino, 2018.
- MONTANI, *La trasformazione da associazione a fondazione: il consiglio di stato fa e disfa*, in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 2015.
- MONTEVERDE, *Le interferenze nella gestione e la responsabilità*, in *Diritto del governo delle imprese*, diretto da Irrera, Torino, 2016.
- MONTUSCHI, TULLINI (a cura di), *Lavoro e cooperazione tra mutualità e mercato*, Torino, 2002.
- MORANDI, *Le associazioni di azionisti nelle società quotate*, Padova, 2003.
- MORINO, *L'amministrazione di associazioni e fondazioni del terzo settore*, in *Gli enti del Terzo settore e il nuovo Registro unico*, cit.
- MOSCATI, *Associazioni e fondazioni: finalità fiduciarie e loro rilevanza*, in AA. VV., *Fiducia, Trust, Mandato ed Agency*, Milano, 1991.

- MOZZARELLI, *Riflessioni sul regime legale di nomina degli amministratori della s.r.l. alla luce della riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2004.
- MUCCIARELLI, *La governance delle società cooperative: gli amministratori*, in *La riforma delle società cooperative*, a cura di Genco, cit.
- NAPOLITANO, *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, in *Riv. soc.*, 2006.
- NAZZICONE, *La riforma del diritto societario (artt. 2380-2396)*, a cura di Lo Cascio, Milano, 2003.
- NIGRO, *Le scritture contabili*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, diretto da Galgano, 1978.
- NOCERA, *Il registro unico e il regime pubblicitario degli enti del Terzo settore (artt. 45-54)*, in *Il codice del Terzo settore*, a cura di Donati, Sanchini, Milano, 2019.
- NOGLER, TREMOLADA, ZOLI (a cura di), *La riforma della posizione giuridica del socio lavoratore di cooperativa*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2002.
- NOTARI, *Le decisioni dei soci. Le decisioni non assembleari, in trattato delle società a responsabilità limitata*, diretto da Ibba e Marasà, IV, Padova, 2009.
- OLIVERO, *Gli amministratori di s.r.l. - L'autonomia statutaria*, Torino, 2005.
- OPPO, *L'essenza della cooperativa e gli studi recenti*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1959.
- *Sulla partecipazione di società a società personali*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1976.
- PACIELLO (a cura di), *Il controllo notarile sugli atti societari*, Milano, 2001.
- *Commento sub art. 2524*, in *Soc. Cooperative/Comm.* Marchetti, cit.
- in *Diritto delle società di capitali*, Manuale breve, Milano, 2006.
- PALLINI, *Il rapporto di lavoro del socio di cooperativa dopo le riforme del 2003*, in *Riv. giur. lav.*, 2004.
- PALMIERI, *Simulazione e nuova disciplina della nullità delle s.p.a.*, in *Giur. comm.*, 1991, I, 67.
- *La nuova disciplina della nullità della società per azioni*, in *Riv. soc.*, 2003.
- *La nullità delle società per azioni*, in *Trattato delle s.p.a.*, diretto da Colombo e Portale, I, 1, Torino, 2004.
- PAOLINI, *Il gruppo paritetico*, in *Cont. Impr.*, 2003.
- PAOLUCCI, *Commento sub art. 2518*, in *Comm.* diretto da Maffei Alberti, cit.
- *Norme applicabili*, in *Il nuovo diritto delle società. Commentario sistematico* diretto da Maffei Alberti, IV, cit.
- PAVONE LA ROSA, *Il controllo degli atti societari per l'iscrizione nel Registro delle imprese*, in *Riv. dir. civ.*, II, 2001.
- PELLEGRINO, *La nuova disciplina della rappresentanza dell'azionista nelle società quotate*, Milano, 2002.
- PELLIZZI, *La ricorrente morfologia della porta aperta*, in *Riv. dir. civ.*, I.
- PERLINGERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972.
- PERNA, *Public company e democrazia societaria, Voto per delega e governo delle imprese nel capitalismo statunitense*, Bologna, 1998.
- PERONE, *Connotati essenziali del tipo società per azioni e clausole statutarie incompatibili*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1998.
- PERSICO, voce "Associazioni non riconosciute", in *Enc. Dir.*, vol. III, Milano, 1957.

- PESCATORE, *Società di capitali amministratrice di altra società di capitali*, in *Giur. comm.*, I, 2009.
- *L'amministratore persona giuridica*, Milano, 2012.
- PETRAZZINI, *Commento sub artt. 136-140*, in *La Legge Draghi e le società quotate in Borsa*, diretto da G. Cottino, UTET, Torino, 1999.
- PETRELLI, *I profili patrimoniali e finanziari nella riforma delle società cooperative*, in *Studi e materiali in tema di riforma delle società cooperative*, a cura del C.N.N., Milano, 2005.
- *Le cooperative nella riforma del diritto societario. Analisi di alcuni aspetti controversi*, in *Studi e materiali in tema di riforma delle società cooperative*, a cura del CNN, Milano, 2005.
- PETRUCCI, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina dei soci finanziatori nella società cooperativa*, in *Coop. e consorzi*, 2003.
- PIETROBONI, *La collettività dei soci*, in *La cooperativa - s.r.l. tra legge e autonomia statutaria*, a cura di Cusa, cit.
- PINNA, *Commento sub art. 2321*, in *Comm.*, diretto da Maffei Alberti, cit.
- PIRAS, *Le società cooperative*, in ALLEGRI et al., *Diritto commerciale*, Bologna, 2004.
- *Rapporto mutualistico e poteri dei soci*, in *Gli statuti delle imprese cooperative dopo la riforma del diritto societario*, a cura di Vella, Torino, 2004.
- POLETTI, *Costituzione e forme organizzative*, in *Il codice del terzo settore. Commento al Decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117*, a cura di Gorgoni, Pisa, 2021.
- PONZANELLI, *Gli enti collettivi senza scopo di lucro*, Torino, 2000, II ed.
- PORTALE, *Rapporti fra assemblea e organo gestorio nei sistemi di amministrazione*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum G.F. Campobasso, II, Torino, 2006.
- *Il sistema dualistico: dall'Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch (1861) alla riforma italiana della società per azioni*, in *Banca, borsa*, II, 2008.
- *Amministrazione e controllo nel sistema dualistico delle società bancarie*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2013.
- POZZOLI, *Il bilancio degli enti del terzo settore*, Fondazione Nazionale di Ricerca dei Commercialisti, 2020.
- PREITE, *La destinazione dei risultati nei contratti associativi*, Milano, 1988;
- *Lo scopo consortile*, in *Cooperative, consorzi e società consortili, 2 - Consorzi e società consortili: tipologie e operazioni sul capitale*, Milano, 2019.
- PRESTI, *Amministrazione e controllo delle società cooperative*, in Liber amicorum G.F. Campobasso, 4, cit., 985.
- PRESTI, RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale*, Bologna, 2019.
- PRESTI, *Riforma della s.p.a. e scalini normativi*, in *Società*, 2003.
- PRESTI, VELLA, MARINO, STEFANINI, OLIVIERI, COFFARI, LEVORATO, *nella Tavola rotonda*, in *AGE*, 2/2008.
- QUATTROCCHIO, *Le scritture contabili e il bilancio*, in *Le nuove società di persone*, diretto da Cottino e Cagnasso, Torino, 2014, I.



- RACUGNO, *La società cooperativa*, in *Tratt. dir. comm.*, diretto da Buonocore, IV, 9, Torino, 2006.
- RAINELLI, *Consenso e collegialità nella s.r.l.: le decisioni non collegiali*, Milano, 2011.
- RANUCCI, *La pubblicità degli enti del terzo settore: il registro unico nazionale (e parallelismi inevitabili con il registro delle imprese)*, in *Foro it.*, V, 2018.
- REALMONTE, *L'adesione di altre parti al contratto aperto*, in *Il contratto in generale*, vol. XIII, II, del *Trattato di dir priv.* diretto da Bessone, Torino, 2000.
- REGOLI, *L'organizzazione delle società di persone*, in *Aa.Vv., Diritto delle società. Manuale breve*, Milano, 2006.
- RESCIGNO, voce "*Fondazione (diritto civile)*", in *Enc. dir.*, vol. XVII, Milano, 1968.
- *Impresa e comunità (brevi note a margine di recenti interventi normativi)*, in *Liber amicorum Pietro Rescigno in occasione del novantesimo compleanno*, VII, Napoli, 2018.
  - *Strumenti finanziari emessi da società cooperative*, in *Liber amicorum G.F. Campobasso*, 4, cit.
- REVIGLIONE, *Il controllo di iscrivibilità sugli atti societari: profili sostanziali e procedurali*, in *Riv. soc.*, 2001.
- RICARDI, *Trasferimento del fondo mediante cessione del pacchetto azionario e prelazione agraria*; in *Giust. civ.*, I, 1989.
- RICCARDELLI (a cura di), *Il controllo sugli atti societari e la legge n. 340/2000*, Torino, 2002.
- *Il procedimento costitutivo*, in *Le cooperative prima e dopo la riforma del diritto societario*, a cura di Marasà, Padova, 2004.
  - *Gli adeguamenti statutari degli enti del terzo settore*, in *Terzo settore, non profit e cooperative*, 1/2018.
  - *Il procedimento di iscrizione degli ETS nel decreto attuativo del RUNTS*, in *Terzo settore, non profit e cooperative*, f. 4, 2020.
  - *L'adesione agli enti del terzo settore e il c.d. "principio della porta aperta"*, in *Riv. not.*, 2022, 893 ss.
- RICCIARDELLI, *Banche popolari quotate: verso il definitivo superamento del tipo a favore del modello*, in *Giur. comm.*, 2015.
- RIVARO, *La nuova corporate governance delle associazioni del terzo settore*, in *Callegari, Cerrato, Desana (a cura di), Governance e mercati - studi in onore di Paolo Montalenti*, III, Torino, 2022.
- RIVETTI, *Gli elementi strutturali degli enti del terzo settore*, in *Gli enti del Terzo settore e il nuovo Registro unico*, cit.
- RIZZINI BISINELLI, LOPATRIELLO, *Amministratore di s.p.a. persona giuridica: spunti di riflessione*, in *Società*, 2000.
- ROCCHI, *Commento sub art. 2518*, in *Soc. Cooperative/Comm.* Marchetti, cit.
- ROCCHI, *Commento sub artt. 2512-2513-2514 e 2545-octies*, in *Società cooperative/Comm.* Marchetti, cit.
- ROMANO, *I limiti all'autonomia statutaria nelle fondazioni di partecipazione alla luce della riforma del terzo settore*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019.

- ROSSI, *Diritto di discussione del socio e derogabilità del metodo assembleare*, in *Giur. comm.*, II, 2004.
- SANGIOVANNI, *Il diritto di voto plurimo nella cooperativa tedesca. Cenni di comparazione con la riforma italiana*, in *Società*, 2005.
- SANTAGATA, *Commento sub art. 2545 septies* in *Soc. Cooperative/Comm.* Marchetti, cit.
- SANTINI, *Tramonto dello scopo lucrativo nelle società di capitali*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1973.
- SANTORO, *Patti parasociali, cooperative e banche popolari*, in *Studi in onore di A. Pavone La Rosa*, Milano, 1999.
- SARALE, CAVANNA (a cura di), *Le professioni protette, dagli studi associati alle società*, in *Giur. it.*, 2020.
- SARALE, *Un nuovo tipo di società mutualistica: la piccola società cooperativa*, in *Giur. comm.*, I, 1998.
- *Consorzi e società consortili*, in COTTINO, WEIGMANN, SARALE, *Società di persone e consorzi*, vol. III, del *Tratt.dir.Comm.*, diretto da Cottino, Padova, 2004.
- SCARPA, *Processi decisionali, controllo e tutela dei soci nella srl*, Padova, 2011.
- SCHIRÒ, *Commento sub art. 2521*, in *La riforma del diritto societario*, a cura di Lo Cascio, X, Milano, 2003.
- SCHIRÒ, in CECCHERINI, SCHIRÒ, *Società cooperative e mutue assicuratrici*, in *La riforma del diritto societario*, a cura di Lo Cascio, Milano, 2003.
- SCHIUMA, *Il sistema dualistico. I poteri del consiglio di sorveglianza e del consiglio di gestione*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber Amicorum G.F., II, *Assemblea-Amministrazione*, Torino, 2006.
- SCIUTO, *La nullità della società*, in *Il nuovo diritto delle società per azioni*. Liber amicorum G.F. *Campobasso*, diretto da Abbadessa e Portale, vol. 1, cit.
- SCOGNAMIGLIO, *Le fusioni e le scissioni "semplificate" nella riforma del diritto societario*, in *Riv. not.*, I, 2003.
- SCORDINO, *La società cooperativa*, Napoli, 1970.
- SIRONI, *Attestazione della sussistenza del patrimonio minimo degli ETS*, Studio n.10-2022/CTS approvato dalla Commissione Terzo Settore del CNN in data 27 ottobre 2022.
- SPADA, *La tipicità delle società*, Padova, 1974.
- SPERANZIN, *La forma e il trasferimento della partecipazione sociale, La cooperativa - s.r.l tra legge e autonomia statutaria*, a cura di Cusa, cit.
- *Le operazioni straordinarie e il terzo settore*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019.
- SPOLIDORO, *Le società consortili*, Milano, 1984.
- *Note critiche sulla "gestione dell'impresa" nel nuovo art. 2086 c.c. (con una postilla sul ruolo dei soci)*, in *Riv. soc.*, 2019.
- SUCCI, *Profili operativi della fondazione di partecipazione quale istituto idoneo alla gestione di servizi culturali alla luce della vigente situazione socio- economica*, in *Notariato*, 2014.
- TAMBURRINO, *Persone giuridiche e associazioni non riconosciute. Comitanti*, in *Giur. sist. civ. comm.* Bigiavi, Torino, 1980.

- TAMPONI, *Persone giuridiche, art. 11-35*, in *Il cod. civ. Commentario* fondato da Schlesinger e continuato da Busnelli, Milano, 2018.
- TAMPONI, *La governance degli enti del Terzo settore dopo la riforma: i soci e l'assemblea*, relazione al convegno "La governance degli enti del terzo settore dopo la riforma", Roma, 23.9.2021, LUISS "Guido Carli" (atti pubblicati in *Luiss law review*, 2021, p. 90).
- TATARANO, *La nuova impresa cooperativa*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* già diretto da Cicu, Messineo e Mengoni, continuato da Schlesinger, Milano, 2011.
- TERRANOVA, *L'impresa nel sistema del diritto commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, I, 2009.
- TONELLI, *Commento sub art. 2519*, in *La riforma delle società*, a cura di Sandulli e Santoro, cit.
- *Commento sub art. 2528*, in *La riforma delle società*, a cura di Sandulli e Santoro, cit.
- TORINO, *L'istituzionalizzazione delle minoranza azionarie. Le associazioni di azionisti in Francia ed in Italia*, in *Riv. soc.*, 1998.
- TRIMARCHI, *Redazione e adeguamento degli statuti delle società cooperative: prime riflessioni*, in *Notariato*, 2003.
- *Le nuove società cooperative*, Milano, 2004.
- TUCCARI, *La disciplina "democratica" delle associazioni non riconosciute tra codice del terzo settore e codice civile*, in *Resp. civ. prev.*, 2019.
- VACCA, *Le associazioni non riconosciute e i comitati*, in *Il diritto privato oggi*, a cura di Cendon, Milano, 1999.
- VELLA, *Amministrazione e controllo nelle cooperative s.p.a. e s.r.l.*, in *Gli statuti delle imprese cooperative dopo la riforma del diritto societario*, a cura di Vella, Torino, 2004.
- *Commento sub art. 2543*, in *Società cooperative/Comm. Marchetti*, cit.;
  - *Commento sub art. 2544*, in *Società cooperative/Comm. Marchetti*, cit.;
  - *La nuova disciplina dell'organo assembleare nelle cooperative*, in *Il nuovo diritto societario. Liber amicorum Gian Franco Campobasso* diretto da Abbadessa e Portale, 4, cit.
- VERCELLONE, voce «Cooperazione e imprese cooperative», in *Novissimo Dig.*, IV, Torino, 1959.
- VERRUCOLI, *La società cooperativa*, Milano, 1958.
- voce *Cooperative (imprese)*, in *Enc. Dir.*, 1962.
- VIGLIONE, *Se siano ammissibili nel nostro ordinamento fondazioni a struttura associativa*, in *Studium iuris*, 2003.
- VITALI, *Commento sub art. 2332*, in *Costituzione, conferimenti*, a cura di Notari, compreso nel *Comm. Marchetti*, cit.
- VOLPE PUTZOLU, *Mutualità cooperativa e mutualità consortile: i consorzi di cooperative*, in *Riv. dir. comm.*, 1978, I.
- WEIGMANN, *Luci e ombre del nuovo diritto societario*, in *Società*, 2003.
- ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, in *Il cod. civ. Commentario* fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, Milano, 2011.
- ZOPPINI, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, Napoli, 1995.

ZOPPINI, *Le prospettive di riforma delle associazioni e delle fondazioni: considerazioni a margine della riforma del diritto societario*, in *Gli enti non profit tra codice civile e legislazione speciale*, a cura di Visintini, Napoli, 2003.

ZOPPINI, *Profili evolutivi della fondazione nella moderna prassi e nella legislazione speciale*, in AA.VV., *Fondazioni di partecipazione*, Atti del Convegno di Firenze - 25 novembre 2006, Milano, 2007.

ZOPPINI, SALVINI, *Il valore nominale delle azioni di società cooperative ai sensi del nuovo art. 2525*, in *Contr. Impr.*, 2003.



STAMPATO IN ITALIA  
nel mese di giugno 2023  
da Rubbettino print  
88049 Soveria Mannelli (Catanzaro)



L'opera è dedicata all'analisi della riforma degli Enti del Terzo Settore e intende proporre un'inedita chiave di lettura per la ricostruzione delle fattispecie di associazione e fondazione delineate dal Codice del Terzo Settore, muovendo dagli elementi di continuità con la disciplina societaria e, in particolare, mutualistica, dove le assonanze via via individuate trovano riscontro, senza mai completamente annullarsi, sia nella legislazione generale che speciale.

**Maurizio Cavanna**, Professore associato di Diritto commerciale presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Torino, ove è co-titolare degli insegnamenti di Diritto commerciale (sedi di Torino e d Cuneo), di Diritto della cooperazione e del no profit e di Diritto notarile; notaio, referente del centro studi di Diritto Notarile presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Torino, membro della Commissione Studi di Impresa e Terzo Settore del Consiglio Nazionale del Notariato; fa parte del Comitato di Redazione della Rivista Giurisprudenza Italiana; è autore di numerose pubblicazioni (monografie e articoli) dedicate al diritto societario e agli enti del terzo settore.

ISBN 978-88-7590-261-2



9 788875 902612

€ 18,00