

La nuova *corporate governance* delle associazioni del terzo settore

The new corporate governance of third sector associations

Rossella Rivaro *

ABSTRACT:

Il d.lgs. n. 117/2017 settore ha riformato la disciplina degli enti del terzo settore, indicando tra gli obiettivi perseguiti la realizzazione di un nuovo sistema di welfare in cui agli enti non profit sia affidata una funzione di affiancamento dello Stato nella prestazione dei servizi socio-assistenziali. Interessi sempre maggiori e rilevanti sono dunque destinati a essere coinvolti. E in questa prospettiva sembra spiegarsi la trasposizione, in particolare, alle associazioni di diverse norme dettate per la *governance* delle società azionarie. L'operazione ha dato luogo, tuttavia, a non poche incertezze interpretative, che necessitano di essere indagate e chiarite.

Parole chiave: terzo settore; associazioni; *corporate governance*

The legislative decree 117/2017 reformed the regulation of third sector organizations and indicated among its objectives the creation of a new system in which non-profit entities are entrusted with a function of supporting the State in the provision of welfare services. It will follow probably the involvement of ever growing and relevant interests. This paper argues that in this perspective could be explained the transplant, to associations of various provisions concerning corporate governance. However, this operation has given rise to many ambiguities, which need to be further investigated and clarified.

Keywords: *third sector; associations; corporate governance*

SOMMARIO:

1. L'ascesa del terzo settore: dal nuovo al vecchio continente. – 2. *Corporation*, società per azioni ed enti non profit. – 3. La “societarizzazione” delle regole organizzative degli enti nel

* Ricercatrice di diritto commerciale, Politecnico di Torino; e-mail: rossella.rivaro@polito.it. Lo scritto è destinato al volume degli studi in onore di Paolo Montalenti (Giappichelli Editore).

Codice del Terzo settore (d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117). – 4. Il rapporto fra assemblea degli associati e amministratori. – 5. La responsabilità gestoria nelle associazioni.

1. *L'ascesa del terzo settore: dal nuovo al vecchio continente.*

In base all'ultima rilevazione Istat, le istituzioni non profit attive in Italia sono 359.574 e, complessivamente, impiegano 853.476 dipendenti; dal 2001 il numero è aumentato con tassi di crescita medi annui, sostanzialmente costanti nel tempo, pari al 2%. I campi di attività prevalente sono quello della cultura, dello sport e della ricreazione, seguito dal settore dell'assistenza sociale, della protezione civile e delle relazioni sindacali e poi, a distanza, dai settori della società, dell'istruzione e della ricerca e dell'ambiente¹. Nell'Unione europea il non profit occupa circa 11,9 milioni di lavoratori retribuiti, il 13% della forza lavoro complessiva, venendo soltanto dopo i settori manifatturiero e commerciale che contano, rispettivamente, 32 e 30,7 milioni di dipendenti², e rappresenta in media circa il 7% del prodotto interno lordo degli Stati nazionali (il 5% in Italia)³.

Il terzo settore è dunque in rapida crescita, in Italia come nel resto d'Europa. Ed è immaginabile che un ulteriore stimolo possa derivare dalla pandemia da Covid-19, che, come noto, ha avuto non soltanto conseguenze sanitarie ma anche economiche e sociali, determinando un ampliamento delle aree di povertà materiale⁴ ed educativa⁵. Da più parti si sono così levate voci che

¹ Istat, *Struttura e profili del settore non profit*, 9 ottobre 2020, reperibile in www.istat.it.

² L.M. SALAMON, W. SOKOLOWSKI, *The Size and Composition of the European Third Sector*, in B. ENJOLRAS, *The Third Sector as a Renewable Resource for Europe*, Cham, Palgrave Macmillan, 2018, 49 ss., 54.

³ SRM (Centro studi e ricerche per il Mezzogiorno), *I nuovi scenari economici di fronte alla sfida del Covid-19*, https://www.sr-m.it/wp-content/uploads/woocommerce_uploads/2020/07/Rapporto-Covid-Economia-Sociale.pdf, 7 s.; H. ANHEIER, S. TOEPLER, *Definition und Phänomologie der Nonprofit-Organisation*, in K.J. HOPT, T. VON HIPPEL, W.R. WALZ, *Nonprofit-Organisationen in Recht, Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2005, 17 ss., 22.

⁴ Cfr. il rapporto Istat, 4 marzo 2021, reperibile in www.istat.it, dove si legge che «le stime preliminari del 2020 indicano valori dell'incidenza di povertà assoluta in crescita sia in termini familiari (dal 6,4% del 2019 al 7,7%), con oltre due milioni di famiglie, sia in termini di individui (dal 7,7% al 9,4%) che si attestano a 5,6 milioni. Nell'anno della pandemia si azzerano i miglioramenti registrati nel 2019».

⁵ Cfr. il rapporto di *Save the children, Riviviamo il futuro. L'impatto del coronavirus nella povertà educativa*, 2020, <http://53.savethechildren.it/public/files/uploads/pubblicazioni/limpat>

hanno rilevato l'incapacità delle misure pubbliche di far fronte da sole a questi drammatici effetti e hanno sollecitato un maggiore coinvolgimento proprio del terzo settore⁶. Ma, come detto, da anni il non profit è in sensibile ascesa: un fenomeno che si spiega con il progressivo ridimensionamento che ha segnato il ruolo dello Stato nel soddisfacimento e nel miglioramento delle condizioni di vita della collettività e, al tempo stesso, con l'inadeguatezza – e per certi versi l'impossibilità – del mercato di supplire da solo al vuoto lasciato dai governi nazionali⁷.

Negli Stati Uniti – caratterizzati, come noto, da un sistema liberale di welfare – il settore non profit ha trovato terreno fertile sin dalla seconda metà del XIX secolo, assistendo, poi, a partire dagli anni '50 del Novecento, ad una vera e propria esplosione di “*commercial non-profits*”, ossia di enti non lucrativi non più interamente supportati da donazioni ma in grado di finanziare la propria attività filantropica attraverso la parallela prestazione di servizi a pagamento⁸. Qui risalgono ai primi anni Ottanta le riflessioni di Henry Hansmann sui fattori che hanno determinato il maggior successo delle organizzazioni non profit rispetto alle società lucrative (*corporation* e *partnership*) nel condurre alcune tipologie di attività di impresa, nel campo, specialmente, dei servizi sanitari, educativi e socio-assistenziali⁹. La principale ragione è stata individuata nella c.d. *contract failure theory*, secondo cui gli enti non profit sarebbero preferiti alle organizzazioni lucrative in tutti i settori in cui i meccanismi di contrattazione individuale non forniscono ai consumatori e agli utenti strumenti di controllo sui servizi acquistati, relegandoli così in posizioni di forte asimmetria informativa. Grazie al divieto di distribuzione degli utili (*non distribution constraint*) gli amministratori degli enti non profit avrebbero infatti

to-del-coronavirus-sulla-poverta-educativa_0.pdf, nonché il rapporto dell'Osservatorio nazionale per l'infanzia e l'adolescenza. Gruppo emergenza COVID-19, coordinato da Chiara Saraceno, *Contrastare l'impatto della pandemia su bambine/i e adolescenti*, <http://famiglia.governo.it/media/2160/contrastare-limpatto-della-pandemia-su-bambine-i-e-adolescenti.it>.

⁶ Si veda, in particolare, SRM (Centro studi e ricerche per il Mezzogiorno), (nt. 3), 15 ss.

⁷ Cfr. C. BORZAGA, S. LEPRI, *Oltre a Stato e Mercato: il «terzo sistema»*, in *Servizi sociali*, 1988, 1 ss., nonché, in prospettiva europea, K.J. HOPT, *The board of nonprofit organizations: some corporate governance thoughts from Europe*, in K.J. HOPT, T. VON HIPPEL, *Comparative Corporate Governance of Non-Profit Organizations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, 532 ss., 534.

⁸ Sull'evoluzione del settore non profit nell'ordinamento statunitense si veda, per tutti, H.B. HANSMANN, *The Evolving Law of Nonprofit Organizations: Do Current Trends Make Good Policy*, in *Case W. Res. L. Rev.*, 1989, 807 ss., 808 s. e 812 ss.

⁹ H.B. HANSMANN, *The Role of Nonprofit Enterprise*, in *Yale L. J.*, 1980, 835 ss.; ID., *The economics of nonprofit organizations*, in K.J. HOPT, T. VON HIPPEL, (nt. 7), 60 ss.

minore incentivo a massimizzare i profitti a discapito dei servizi prestati ai consumatori. E sebbene l'assenza di uno scopo lucrativo non sia sufficiente a impedire agli amministratori di tenere comportamenti opportunistici dannosi per gli utenti, questo rischio sarebbe più ridotto che nelle organizzazioni lucrative in ragione del fatto che quegli incentivi a condurre una sana gestione dell'attività economica che vengono definiti "a bassa potenza", quali l'orgoglio personale, l'altruismo, la condivisione degli ideali perseguiti dall'ente, non sarebbero soffocati da altri tipicamente, invece, "high powered", primo fra tutti la prospettiva di trarre extraprofitti dalla prestazione di servizi di bassa qualità ogni qual volta una spiccata asimmetria informativa impedisca il corretto funzionamento del meccanismo regolatore del mercato¹⁰.

Nell'Europa continentale – come si è anticipato – è stata invece più tarda l'assegnazione agli enti non profit di una funzione (quantomeno) di affiancamento degli Stati nazionali nella prestazione dei servizi socio-assistenziali, determinata dal graduale ridimensionamento in questo campo del ruolo dello Stato e dei relativi oneri: oneri che hanno non di rado condotto a una espansione della spesa pubblica con disavanzi di bilancio e incremento della pressione fiscale e che con il passare degli anni sono stati quindi giudicati via via sempre meno compatibili con il tasso di crescita economica e in particolare con quello molto basso di natalità dei Paesi industrialmente avanzati.

In questo quadro si colloca la riforma che in Italia ha dato vita nel 2017 al Codice del Terzo settore, fra i cui obiettivi è appunto espressamente indicata la costruzione «di un nuovo Welfare partecipativo, fondato su una governance sociale allargata alla partecipazione dei singoli, dei corpi intermedi e del terzo settore al processo decisionale attuativo delle politiche sociali, al fine di ammodernare le modalità di organizzazione ed erogazione dei servizi del welfare, rimuovere le sperequazioni e ricomporre il rapporto tra Stato e cittadini, tra pubblico e privato, secondo i principi di equità, efficienza e solidarietà sociale»¹¹.

¹⁰ H.B. HANSMANN, *The economics*, (nt. 9), 60 ss., 61 s.

¹¹ Così le Linee guida che hanno accompagnato la consultazione avviata dal Governo tra il 13 maggio e il 13 giugno 2014 in previsione dell'approvazione del disegno di legge delega, <http://cdn.fiscoetasse.com/upload/Linee-Guida-Riforma-Terzo-settore-Renzi.pdf>. In generale, sugli obiettivi della riforma del Terzo settore in Italia si vedano G. PONZANELLI, *Terzo settore: la legge delega di riforma*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 726 ss.; L. BOZZI, *Terzo settore: osservazioni a "prima lettura" su una riforma culturale prima che giuridica*, in *Contr. impr.*, 2017, 1253 ss.

2. Corporation, società per azioni ed enti non profit.

Con una riflessione meno azzardata di quanto possa apparire, l'ascesa del terzo settore è stata equiparata a quella di cui è stata protagonista la società per azioni nel corso della seconda metà del XIX secolo¹². Il processo di industrializzazione portò con sé il bisogno di investimenti che solo la struttura azionaria avrebbe consentito di raccogliere e gestire in modo efficiente: di qui la diffusa richiesta di legislazioni più favorevoli allo sviluppo dell'economia, alla quale gli Stati fecero seguito anzitutto attraverso la progressiva abolizione del sistema di controllo pubblico autorizzativo delle società per azioni e delle altre forme di sindacato statale sulla vita societaria¹³. Naturalmente, a questo arretramento degli Stati fecero presto da contraltare, in chiave compensativa, nuove norme a tutela dei soci esterni al gruppo di controllo, dei creditori sociali e, in prospettiva macroeconomica, del mercato in generale. Ed è noto il ruolo assolutamente centrale che a questo scopo, nel diritto azionario moderno, occupano le regole di *corporate governance*, dirette come sono a garantire una gestione equilibrata dell'impresa attraverso la previsione di strumenti che direttamente o indirettamente consentano l'esercizio di un controllo adeguato sull'operato degli amministratori da parte di quei soggetti – azionisti, creditori, mercato – che, pur coinvolti, ne sarebbero altrimenti incapaci¹⁴.

Ebbene, un analogo problema di carenza di controlli si riscontra nelle organizzazioni non profit, dove non ci sono all'evidenza soci capaci o anche soltanto interessati a vigilare sulla gestione dell'ente e dunque sulle relative prospettive di guadagno né tantomeno un mercato in grado di supplirvi; solo nell'eventualità che l'associazione o la fondazione eserciti attività di impresa po-

¹² K.J. HOPT, T. VON HIPPEL, *Preface*, in K.J. HOPT, T. VON HIPPEL, (nt. 7), xxxviii.

¹³ V., per tutti, G. COTTINO, *Introduzione al trattato. Il diritto commerciale tra antichità, medioevo e tempo presente: una riflessione critica*, in G. BONFANTE, G. COTTINO, *L'imprenditore*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. COTTINO, I, Padova, Cedam, 2001, 359 ss., e P. MARCHETTI, *La regolamentazione delle società quotate*, in AA.VV., *Dall'Unità ai giorni nostri: 150 anni di Borsa in Italia*, Roma, 2011, <https://www.consob.it/web/area-pubblica/150-unita-d-italia>.

¹⁴ Cfr. J. ARMOUR, H. HANSMANN, R. KRAAKMAN, M. PARGENDLER, *What is Corporate Law?*, in AA.VV., *The Anatomy of Corporate Law*, Oxford, Oxford University Press, 2017, 1 ss., 13 ss., nonché J. ARMOUR, H. HANSMANN, R. KRAAKMAN, *Agency Problems and Legal Strategies*, *ivi*, 29 ss.; e, per l'ordinamento italiano, *ex multis*, P.G. JAEGER, P. MARCHETTI, *Corporate governance*, in *Giur. comm.*, 1997, I, 625 ss.; P. MONTALENTI, *Corporate Governance: raccomandazioni Consob e prospettive di riforma*, in *Riv. soc.*, 1997, 713 ss.; L.A. BIANCHI, *Corporate governance. Considerazioni introduttive*, *ivi*, 1996, 405 ss.

trebbe semmai provenire dal mercato concorrenziale in cui siano offerti i prodotti o i servizi un incentivo ad una gestione efficiente¹⁵.

Questa situazione non ha, negli anni, destato particolare preoccupazione, probabilmente in ragione della ritenuta marginalità del fenomeno. Ma ricollocata nel disegno di modello partecipativo di welfare delineato (anche) dal nostro legislatore, la prospettiva è destinata a cambiare. L'incremento della consistenza degli investimenti pubblici (anche sotto forma di agevolazioni fiscali) e privati, il più frequente ricorso all'attività di impresa e dunque il coinvolgimento di interessi maggiori e diversificati sono infatti elementi tali da giustificare una decisa intensificazione dei controlli.

La questione è nota da tempo negli Stati Uniti, dove in passato, in particolare, è stata stigmatizzata la scarsità di “*accountability constraints*” proprio in un settore, come quello del non profit, in cui la misura delle elargizioni pubbliche e private ne avrebbero addirittura richiesto di più rigorosi (c.d. *paradox of non-profit corporate governance*)¹⁶. La soluzione è stata però individuata piuttosto agevolmente: in un ordinamento in cui la *corporation* è forma organizzativa che può essere impiegata *for profit* o meno e la grande maggioranza di organizzazioni non lucrative è rappresentata proprio da *non profit corporation*, a queste sono state estese sostanzialmente le stesse regole di *corporate governance* previste per le *business corporation*. In estrema sintesi, dunque, anche gli amministratori di società non profit sono chiamati ad agire con diligenza nell'espletamento del loro incarico (*duty of care*), fondando la loro gestione su informazioni delle quali abbiano accertato l'attendibilità ed esercitando attenta sorveglianza sull'attività gestoria che non abbiano condotto in prima persona; e sono altresì tenuti al *duty of loyalty*, che anzitutto impone loro di informare analiticamente il *board* e di sottoporre alla sua approvazione tutte le operazioni rispetto alle quali siano portatori di interessi per conto proprio o altrui. L'amministratore che abbia assunto una decisione in modo disinteressato e ragionevolmente informato potrà poi beneficiare della *business judgment rule* e pertanto essere chiamato a rispondere dei danni che ne siano derivati alla società soltanto qualora se ne dimostri l'irrazionalità¹⁷.

¹⁵ Cfr. H. GOLDSCHMID, *The Fiduciary Duties of Nonprofit Directors and Officer: Paradoxes, Problems, and Proposed Reforms*, in *J. Corp. Law*, 1988, 631 ss.

¹⁶ H. GOLDSCHMID, (nt. 15), 631 ss., 632.

¹⁷ H. GOLDSCHMID, (nt. 15), 638 ss.; H. HANSMANN, *A Reform Agenda for the Law of Nonprofit Organizations*, in K.J. HOPT, D. REUTER, *Stiftungsrecht in Europa*, Hamburg, Heymanns, 2001, 241 ss., 255 ss.; T.L. HAZEN, L.L. HAZEN, *Punctilios and Nonprofit Corporate Governance - A Comprehensive Look at Nonprofit Directors' Fiduciary Duties*, in *Penn. J. Bus. L.*, 2012, 347 ss.

La tutela così apprestata, in verità, non è apparsa ancora del tutto soddisfacente. Pur non negandosi che negli enti non profit gli affari conclusi con gli stessi amministratori offrono di solito condizioni più vantaggiose di quelle praticate sul mercato – ragion per cui sono ancor più frequenti di quanto non lo siano nelle *business corporation* –, non si è potuto constatare che le armi a disposizione dei soci per reagire alle condotte infedeli degli amministratori sono assai spuntate dal momento che a costoro difetta la capacità, ma ancor più spesso – assente il pungolo dell’aspettativa di guadagno – mancano l’interesse e la convenienza a vigilare sull’operato gestorio e ad agire contro gli amministratori¹⁸. Per queste ragioni è parso più efficace far slittare, almeno in parte, la tutela dell’interesse sociale sul piano del diritto tributario, che oggi prevede sanzioni severe, sino alla revoca delle esenzioni fiscali, qualora gli amministratori abbiano posto in essere operazioni in conflitto di interessi dannose per la società senza la preventiva autorizzazione e analitica motivazione da parte del *board*¹⁹.

3. La “societarizzazione” delle regole organizzative degli enti nel Codice del Terzo settore (d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117).

Collocata in questa prospettiva appare allora meno eccentrica e più comprensibile la “societarizzazione”²⁰ che il d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117 (Codice del Terzo settore, di qui anche c.t.s.) ha operato delle regole organizzative degli enti del terzo settore e, in particolare, delle associazioni, oggetto di questo studio.

Il catalogo delle norme importate dal diritto societario è lungo.

L’art. 27 c.t.s. stabilisce che al conflitto di interessi degli amministratori si applica l’art. 2475-ter c.c. mentre l’art. 28 c.t.s. dispone che «gli amministratori, i direttori generali, i componenti dell’organo di controllo e il soggetto in-

¹⁸ Cfr. H. HANSMANN, (nt. 17), 261.

¹⁹ T.L. HAZEN, L.L. HAZEN, (nt. 17), 363 ss.; J.J. FISHMAN, *Nonprofit organizations in the United States*, in K.J. HOPT, T. VON HIPPEL, (nt. 7), 129 ss., 158 ss.

²⁰ Parla di “societarizzazione” della disciplina C. IBBA, *Codice del terzo settore e diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2019, 62 ss. Di qui, rileva M.V. DE GIORGI, *Enti del primo libro e del terzo settore*, Pisa, Pacini, 2021, 341 s., una «robusta e in gran parte inderogabile disciplina» che costringe gli enti del terzo settore a pagare un «alto prezzo normativo», per il quale tuttavia «non occorre scandalizzarsi o turbarsi o inveire contro il legislatore che ha cercato di normare uno scenario stratificato [...] come è spesso quello cui si rivolgono le c.d. leggi speciali, che inseguono il futuro e devono essere lette con occhio asciutto e privo di rimpianto».

caricato della revisione legale dei conti rispondono nei confronti dell'ente, dei creditori sociali, del fondatore, degli associati e dei terzi, ai sensi degli artt. 2392, 2393, 2393-*bis*, 2394, 2394-*bis*, 2395, 2396 e 2407 del codice civile e dell'art. 15 del d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 39, in quanto compatibili».

L'art. 26, settimo comma, c.t.s., dopo aver affermato – similmente all'art. 2384, primo comma, c.c. – il carattere generale del potere di rappresentanza degli amministratori, prevede che le limitazioni del potere di rappresentanza non sono opponibili ai terzi se non sono iscritte nel registro delle imprese o se non si prova che i terzi ne erano a conoscenza.

L'art. 13 c.t.s. obbliga alla redazione del bilancio, almeno nella forma del rendiconto per cassa, prevedendo che il bilancio delle associazioni che esercitano attività d'impresa in via esclusiva o principale sia addirittura depositato presso il registro delle imprese, come prescritto per le società per azioni. L'art. 15 c.t.s. (rubricato “Libri sociali obbligatori”) dispone che debbano essere tenuti il libro degli associati, il libro delle adunanze e delle deliberazioni delle assemblee e il libro delle adunanze e delle deliberazioni dell'organo di amministrazione e dell'organo di controllo, autorizzando inoltre gli associati ad esaminare tutti i libri sociali secondo le modalità previste nell'atto costitutivo e nello statuto.

L'art. 30 c.t.s. stabilisce la nomina obbligatoria di un organo di controllo, anche monocratico, in possesso dei requisiti fissati per i sindaci di s.p.a., allorché siano superati due dei tre limiti indicati, e precisamente: a) totale dell'attivo dello stato patrimoniale pari a 110.000 euro; b) ricavi, rendite, proventi, entrate comunque denominate pari a 220.000 euro e dipendenti occupati pari a cinque unità. Soglie dimensionali, a ben vedere, di molto inferiori a quelle previste dall'art. 2477 c.c. per le società a responsabilità limitata. L'eventuale organo di controllo è chiamato poi a vigilare «sull'osservanza della legge e dello statuto e sul rispetto dei principi di corretta amministrazione, anche con riferimento alle disposizioni del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, qualora applicabili, nonché sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile e sul suo concreto funzionamento» (art. 30, sesto comma, c.t.s.) nonché a esercitare «compiti di monitoraggio dell'osservanza delle finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale» (art. 30, settimo comma, c.t.s.). Esso può inoltre svolgere la funzione di revisione legale dei conti quando prescritta (artt. 30, sesto comma, e 31 c.t.s.); ed è in ogni caso legittimato «in qualsiasi momento, a procedere, anche individualmente, ad atti di ispezione e di controllo» e a «chiedere agli amministratori notizie sull'andamento delle operazioni sociali o su determinati affari» (art. 30, ottavo comma, c.t.s.).

L'art. 29 c.t.s., infine, legittima ciascun associato a denunciare all'organo

di controllo i fatti che ritenga censurabili e riconosce altresì ad almeno un decimo degli associati, all'organo di controllo, al soggetto incaricato della revisione legale dei conti ovvero al pubblico ministero i quali sospettino il compimento di gravi irregolarità nella gestione degli amministratori il diritto di denunciare i fatti al Tribunale ai sensi dell'art. 2409 c.c.

La decisione di estendere questa complessa disciplina di matrice societaria a tutte le associazioni – e non solo a quelle riconosciute o comunque esercenti attività d'impresa – e di limitarne l'operatività a quelle operanti nel terzo settore, con esclusione degli enti del libro I del codice civile, ha ingenerato numerose perplessità sia di legittimità che di opportunità. Non si è mancato infatti di ricordare che la legge delega, da un lato, imponeva di «disciplinare, nel rispetto del principio di certezza nei rapporti con i terzi e di tutela dei creditori, il regime di responsabilità limitata *degli enti riconosciuti come persone giuridiche* e la responsabilità, tenendo anche conto del rapporto tra patrimonio netto e il complessivo indebitamento degli enti medesimi» (art. 3, lett. b), l. 6 giugno 2016, n. 106) mentre, dall'altro lato, stabiliva di «prevedere che alle associazioni e alle fondazioni *che esercitano stabilmente e prevalentemente attività d'impresa* si applichino le norme previste dai titoli V e VI del libro V del codice civile, in quanto compatibili» (art. 3, lett. d), l. 6 giugno 2016, n. 106). Il legislatore delegante avrebbe così espresso una chiara opzione per la sottoposizione alle più rigorose regole di *governance* societaria di tutte e soltanto le fondazioni e associazioni (riconosciute e non) esercenti attività d'impresa, nella consapevolezza che si tratti pur sempre di norme «pensate e scritte per regolare enti esercenti attività d'impresa»²¹.

In realtà, però, di là dai profili di eventuale illegittimità costituzionale²², la scelta del legislatore delegato di scostarsi dalle linee tratteggiate nella legge delega sembrerebbe meno inappropriata di quanto possa apparire *prima facie*; parrebbe infatti riflettere la necessità di adottare una disciplina di *governance* gradatamente più rigorosa, a tutela di associati, creditori e terzi, ogniqualvolta possano venire in considerazione rapporti giuridici ed economici di una certa rilevanza e complessità che necessitino di garanzie ulteriori rispetto a quella offerta dal solo patrimonio dell'ente (e del soggetto agente nel caso di associazioni non riconosciute). Il che normalmente accade in conseguenza dell'esercizio dell'attività d'impresa ma – per le ragioni già esposte – potrebbe essere

²¹ C. IBBA, (nt. 20), 63; e v. anche E. QUADRI, *Il terzo settore fra diritto speciale e diritto generale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 708 ss., 713.

²² Cfr. C. IBBA, (nt. 20), 64; L. GORI, *Il sistema delle fonti nel diritto del terzo settore*, reperibile in www.osservatoriosullefonti.it, 1/2018, 17 ss.

destinato a verificarsi con frequenza via via maggiore anche nelle ipotesi di attività puramente erogative o miste, sempre più sovente destinatarie di altrui erogazioni liberali di ammontare considerevole e rivolte ad ampie ed eterogenee platee di beneficiari. In altre parole, la complessità dell'attività esercitata da associazioni e fondazioni – sia essa imprenditoriale o meno – può essere oggi tale da far nascere in capo ad associati, oblatori e beneficiari dei servizi erogati interessi qualificati²³. Interessi, patrimoniali e non, ai quali le norme di *corporate governance* importate dal Codice del Terzo settore possono accordare speciale protezione: sia attraverso la predisposizione di strumenti rafforzati di autotutela, e si pensi in particolare all'attribuzione della legittimazione ad agire contro gli amministratori anche a una minoranza di associati e all'organo di controllo, al diritto attribuito a ciascun associato di esaminare tutti i libri sociali o, ancora, al riconoscimento dei poteri di denuncia *ex artt.* 2408 e 2409 c.c.; sia tramite l'imposizione, in positivo, di precisi doveri di corretta e leale amministrazione, incluso quello di predisporre adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili, indipendentemente – parrebbe – dall'esercizio di attività d'impresa²⁴.

Se quanto sin qui detto fosse coretto, risulterebbe allora ulteriormente confermata l'idea che il diritto societario, in generale, e delle società di capitali, in particolare, offra oggi modelli organizzativi disciplinati da regole molte delle quali transtipiche e pertanto applicabili anche a modelli diversi da quelli per i

²³ Scrive che «evidentemente il codice del terzo settore ha ritenuto indispensabili, a tutela di tutti gli interessi generali coinvolti dall'ente, andare oltre le poche norme del codice civile, limitando in termini rigidi il ruolo dell'autonomia privata» R. COSTI, *Le linee portanti dell'ordinamento del terzo settore*, in *AGE*, 2018, 11 ss., 14.

²⁴ L'obbligatoria istituzione di adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili, indipendentemente dall'esercizio di attività imprenditoriale, parrebbe discendere, più precisamente, dalla previsione, contenuta all'art. 30, sesto comma, c.t.s., secondo cui l'organo di controllo vigila, oltre che «sull'osservanza della legge e dello statuto e sul rispetto dei principi di corretta amministrazione» anche «sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile e sul suo concreto funzionamento». Al più ci si potrebbe interrogare se il legislatore, menzionando l'obbligo solo indirettamente nell'ambito di una norma dedicata ai doveri dell'organo di controllo, abbia inteso circoscriverlo ai casi in cui sia necessaria la stessa nomina dell'organo di controllo, e dunque nelle sole associazioni del terzo settore in cui «siano superati per due esercizi consecutivi due dei seguenti limiti: a) totale dell'attivo dello stato patrimoniale: 110.000,00 euro; b) ricavi, rendite, proventi, entrate comunque denominate: 220.000,00 euro; c) dipendenti occupati in media durante l'esercizio: 5 unità» (art. 30, secondo comma, c.t.s.). Al contrario, sembrerebbe limitare l'obbligo alle ipotesi in cui gli enti del terzo settore esercitino attività di impresa, in linea con la recente previsione dell'art. 2086 c.c., A. FUSARO, *La revisione della disciplina degli enti del libro primo del codice civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 1358 ss., 1361.

quali sono state originariamente pensate²⁵. Nel caso del terzo settore è direttamente il legislatore a valorizzare questa transtipicità, estendendo ad enti non lucrativi e, soprattutto, non necessariamente imprenditoriali regole pensate in origine per società lucrative e normalmente esercenti attività d'impresa. Non può negarsi tuttavia che l'operazione di "trapianto" appare quanto mai complicata e dà luogo a non poche incertezze interpretative, anche sotto il profilo della complessiva coerenza sistematica della disciplina degli enti collettivi. Al tentativo di dipanare almeno qualcuno di questi nodi sono dedicate le prossime pagine.

4. Il rapporto fra assemblea degli associati e amministratori.

Già la prima disposizione che il Codice del Terzo settore dedica all'organo amministrativo, l'art. 26, laddove prescrive che «nelle associazioni, riconosciute o non riconosciute, del Terzo settore deve essere nominato un organo di amministrazione», è stata oggetto di opposte letture, che oscillano dal riconoscere carattere di sostanziale superfluità²⁶ al dedurvi l'inderogabile pluripersonalità e collegialità dell'organo²⁷.

Nessuna di queste interpretazioni sembra però condivisibile. Non quella secondo cui l'art. 26, primo comma, c.t.s. escluderebbe, a un tempo, sia la nomina di un amministratore unico sia l'operatività non collegiale dell'organo, trattandosi queste di soluzioni da sempre ritenute ammissibili negli enti associativi e che di per sé non possono ritenersi vietate dal riferimento alla necessaria presenza di «organo» – si badi, non un «consiglio» – di amministrazione²⁸. E neppure convince l'affermazione che il legislatore si sarebbe limitato a esplicitare una soluzione già pacifica. Da un lato, infatti, è controverso se l'art. 36, primo comma, c.c., nel rimettere integralmente agli accordi degli associati l'ordinamento interno e l'amministrazione delle associazioni non riconosciute lasci libera l'autonomia privata anche di escludere la presenza dell'organo amministrativo o addirittura di optare per una forma associativa di tipo personalistico altresì priva di una vera e propria assemblea²⁹. D'altro lato, poi, non

²⁵ P. MONTALENTI, *Il diritto societario dai "tipi" ai "modelli"*, in *Giur. comm.*, 2016, I, 420 ss.

²⁶ C. IBBA, (nt. 20), 71 s.

²⁷ Cfr. C. AMATO, *Ordinamento e amministrazione*, in *Il codice del terzo settore*, a cura di M. GORGONI, Pisa, Pacini, 2021, 255 ss.

²⁸ Cfr. anche C. IBBA, (nt. 20), 71.

²⁹ Ritengono che in assenza di un indice normativo chiaro e dell'ampia autonomia ricono-

sembra trascurabile il fatto che oggi allo stesso statuto della società a responsabilità limitata in molti riconoscono la possibilità di muoversi in logica personalistica e di riservare quindi «qualsiasi materia, dunque anche gestoria, alla collettività dei soci, riuniti o meno in assemblea, sottraendola ad altri organi come appunto quello amministrativo»³⁰.

In questo quadro l'art. 26, primo comma, c.t.s. assume dunque il preciso significato di imporre nelle associazioni del terzo settore, siano o meno riconosciute, l'articolazione interna per organi, ciascuno dotato di funzioni e competenze proprie, nell'ambito di un sistema che non vede più l'organizzazione corporativa, quantomeno nella sua versione più rigorosa, come *pendant* essenziale della personalità giuridica³¹.

sciuta agli statuti sia legittima la costituzione di associazioni di stampo “personalistico” prive di un'organizzazione corporativa e dunque di entrambi gli organi – assembleare e amministrativo – o anche soltanto di uno di essi F. FERRARA sen., *Le persone giuridiche*, in *Trattato di diritto civile*, fondato da F. VASSALLI, Torino, Utet, 1958, 77; G. VOLPE PUTZOLU, *La tutela dell'associato in un sistema pluralistico*, Milano, Giuffrè, 1977, 95; M. BASILE, *Gli enti di fatto*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, II, 1, Torino, Utet, 1999, 499. Viceversa, sostengono l'assoluta inderogabilità della presenza di un'assemblea e di un organo amministrativo, monocratico o pluripersonale, G. PERSICO, *Sui poteri degli organi delle associazioni non riconosciute*, in *Riv. dir. civ.*, 1962, II, 84 ss.; F. GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. SCIALOJA, G. BRANCA, Bologna-Roma, Zanichelli-II Foro Italiano, 1976, 37 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile. I. La norma giuridica. I soggetti*, Milano, Giuffrè, 1990, 388, secondo cui, stante l'unitarietà del contratto associativo, l'art. 38 c.c. fonderebbe la necessità di un'organizzazione di tipo corporativistico anche nell'associazioni non riconosciute; salva, tuttavia, la configurabilità di forme associative atipiche soggette, in materia di organizzazione interna, alla disciplina dettata per le società di persone (cfr., in particolare, F. GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, cit., 31 ss.).

³⁰ G. ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, II, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da P. SCHLESINGER e diretto da F.D. BUSNELLI, Milano, Giuffrè, 2010, 927 ss., 933.

³¹ R. WEIGMANN, *Le società di persone*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. COTTINO, III, Padova, Cedam, 2004, 26; A. GAMBINO, *Limitazione di responsabilità, personalità giuridica e gestione societaria*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. ABBADESSA, G.B. PORTALE, I, Torino, Utet Giuridica, 2006, 43 ss.; A. MIRONE, *La società per azioni. Il sistema tradizionale: l'assemblea*, in *Diritto commerciale*, a cura di M. CIAN, Torino, Giappichelli, 2014, 362. Sostengono l'ammissibilità della devoluzione integrale delle competenze gestorie ai soci senza la necessaria compresenza di un organo amministrativo G. ZANARONE, (nt. 30), 938; BENAZZO, *Competenze di soci e amministratori nelle s.r.l.: dall'assemblea fantasma all'anarchia?*, in *Società*, 2004, 808 ss., 810; M. CIAN, *Le decisioni dei soci. Le competenze decisorie dei soci*, in *Trattato delle società a responsabilità limitata*, diretto da C. IBBA, G. MARASÀ, IV, Padova, Cedam, 2009, 35 ss., il quale ritiene però che i medesimi obiettivi possano essere più semplicemente realizzati mediante l'assegnazione a tutti i soci dell'incarico di ammini-

Nelle associazioni del terzo settore il legislatore avrebbe dunque avuto speciale riguardo per «l'interesse all'efficienza (intesa come combinazione delle esigenze di professionalità, coerenza, rapidità, ponderazione ed anche segretezza) della gestione»³² cui tipicamente si riconnette l'imperatività dello schema corporativo; senza tuttavia giungere al rigore che caratterizza la distribuzione delle competenze fra gli organi delle società azionarie. Nel Codice del Terzo settore manca infatti una disposizione che, come fa l'art. 2380-*bis* c.c. per le società per azioni, riservi in via esclusiva la gestione dell'ente all'organo amministrativo, e d'altro canto, come accade invece per le s.r.l., l'art. 25 c.t.s., dopo aver indicato alcune prerogative affidate inderogabilmente agli associati, prevede che l'assemblea deliberi sugli altri oggetti attribuiti dall'atto costitutivo o dallo statuto alla sua competenza. Con il risultato – a prima vista – di ammettere il diretto coinvolgimento degli associati nella gestione dell'ente, al pari di quanto oggi ammesso, appunto, nelle società a responsabilità limitata. Non sembrerebbe, tuttavia, che questa conclusione possa trovare identica applicazione a tutte le associazioni. Non può infatti trascurarsi che relativamente alle associazioni non riconosciute l'art. 38 c.c. dispone che, per le obbligazioni assunte dalle persone che rappresentano l'ente, i terzi possono far valere i loro diritti sul fondo comune ma anche sul patrimonio personale di coloro che hanno agito in nome e per conto dell'associazione, che tipicamente ne sono gli amministratori. Ragion per cui non sembra possibile ritenere che gli amministratori, senza poterne sindacare l'opportunità, siano tenuti ad osservare direttive e ad eseguire operazioni delle quali essi stessi – e non l'organo deliberante – siano responsabili sotto il profilo patrimoniale *ex art.* 2740 c.c.³³.

stratori; R. LENER, *Le competenze legali e statutarie dei soci*, sub art. 2479, in *S.r.l. Commentario*, a cura di A.A. DOLMETTA, G. PRESTI, Milano, Giuffrè, 2011, 786 ss., 789. *Contra*, G.C.M. RIVOLTA *I regimi di amministrazione nella società a responsabilità limitata*, in *Libera amicorum Gian Franco Campobasso*, cit., 3, 517 ss., 537 ss.; L. SALVATORE, *L'organizzazione corporativa nella nuova s.r.l.: amministrazione, decisioni dei soci e il ruolo dell'autonomia statutaria*, in *Contr. impr.*, 2003, 1342 ss., 1346; O. CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. COTTINO, V, Padova, Cedam, 2014, 219.

³² A. MIRONE, *La società per azioni. Il sistema tradizionale: l'assemblea*, in *Diritto commerciale*, (nt. 31), 362.

³³ F. GALGANO, (nt. 29), 43 ss.; ID., *Le persone giuridiche*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, a cura di F. GALGANO, Bologna-Roma, Zanichelli-II Foro Italiano, 2006, 262; G.B. BARILLÀ, *Poteri di gestione e poteri di rappresentanza degli amministratori di enti non profit*, Torino, Giappichelli, 2020, 61 s.; V. MONTANI, sub art. 36, in *Le associazioni non riconosciute*, a cura di G. PONZANELLI, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. SCHLESINGER e diretto da F.D. BUSNELLI, Milano, Giuffrè, 2016, 83.

In senso contrario non pare neppure decisivo il richiamo che l'art. 18 c.c. fa alle regole sul mandato e l'eventuale qualificazione degli amministratori in termini di mandatari dell'associazione³⁴ siccome in virtù della disciplina generale del mandato con rappresentanza non può accadere che l'atto resti a carico del mandatario, neppure nel caso (opposto) in cui questi si sia discosto dalle istruzioni del mandante o abbia ecceduto i limiti impostigli. E del resto, anche in ordinamenti, come il tedesco, in cui gli amministratori delle associazioni sono ritenuti mandatari e dunque soggetti alle direttive vincolanti degli associati, essi mai possono essere chiamati a rispondere delle obbligazioni assunte in nome e per conto dell'ente³⁵; al più si ritiene che trovi loro applicazione l'*Existenzvernichtungsverbot*, istituto trasversale alla disciplina delle persone giuridiche che, nel tentativo di controbilanciare la responsabilità limitata al fondo comune per le obbligazioni dell'ente, prevede che gli amministratori e gli associati siano responsabili a titolo risarcitorio nei confronti dei creditori per quegli atti che abbiano condotto a minare le basi economico-patrimoniali dell'associazione. Con il corollario che il *Vorstand* resta in ogni caso libero di disattendere quelle direttive che possano essere ritenute tali da condurre in modo ragionevolmente prevedibile all'insolvenza dell'ente, ferma restando peraltro la libertà dello statuto di assicurare agli amministratori dell'associazione un'autonomia decisionale finanche pari a quella propria del *Vorstand* delle *Aktiengesellschaften*³⁶.

Non dissimile da quello tedesco è l'assetto organizzativo che sembrerebbe allora caratterizzare in Italia le associazioni riconosciute (anche) del terzo settore. Come già detto, manca nel Codice del Terzo settore e nel codice civile una disposizione che espressamente qualifichi la gestione come prerogativa esclusiva degli amministratori e neppure, dopo le radicali innovazioni di cui è stata protagonista la s.r.l., può ancora dirsi che la rigida distribuzione delle competenze tra gli organi rappresenti un inderogabile contrappeso sistemico ai benefici della personalità giuridica e della responsabilità limitata. Cade così il principale argomento della tesi secondo cui l'interprete che abbia a cuore una visione unitaria dei problemi degli enti collettivi deve concludere che «anche nelle associazioni riconosciute, al pari che in quelle non riconosciute, deve trovare realizzazione l'esigenza di una responsabile

³⁴ F. FERRARA sen., (nt. 29), 417; D. RUBINO, *Le associazioni non riconosciute*, Milano, Giuffrè, 1952, 417.

³⁵ Cfr., *ex multis*, L. LEUSCHNER, § 27, in *Münchener Kommentar zum BGB*, München, Beck Verlag, 2018, Rn. 35 ss.

³⁶ L. LEUSCHNER, (nt. 35), Rn. 49.

amministrazione e che anche agli amministratori di associazioni riconosciute deve ritenersi concessa – come il soddisfacimento di questa esigenza postula per ogni corporazione – una originaria ed esclusiva competenza ad amministrare»³⁷.

Al contrario, è proprio da una visione complessiva della disciplina degli enti collettivi che oggi può dedursi la legittimità di un maggior coinvolgimento degli associati nella gestione dell'ente; come del resto parrebbe indirettamente confermato dal riconoscimento in capo a ciascun associato, come al socio di s.r.l. ma non di s.p.a., del diritto di esaminare i libri sociali, incluso il libro delle adunanze e delle delibere degli amministratori (art. 15 c.t.s.).

Certo, però, è innegabile che una più chiara e precisa presa di posizione del legislatore sarebbe stata auspicabile. Anzitutto, sarebbe stata utile a individuare l'assetto organizzativo applicabile nel silenzio dello statuto, e cioè a chiarire se in tal caso la gestione spetti inderogabilmente all'organo amministrativo o se gli associati possano, come i soci di s.r.l., avocare a sé singole decisioni o ancora se gli stessi amministratori siano sempre liberi di sottoporre all'approvazione dell'assemblea tutte le questioni sulle quali ritengano opportuna una diretta ponderazione degli associati. In secondo luogo, una regolamentazione più compiuta dei rapporti fra associati e amministratori avrebbe consentito di definire meglio anche i contorni della responsabilità gestoria. Da un lato, come si dirà nel prossimo paragrafo, il rinvio che l'art. 28 c.t.s. fa agli artt. 2392 e seguenti del codice civile consente di ritenere gli amministratori responsabili anche direttamente verso i creditori dell'associazione e i terzi e pertanto di riconoscere loro la libertà di disattendere quelle direttive che ritengano possano tradursi in operazioni dannose per l'associazione e potenzialmente foriere di una loro personale responsabilità risarcitoria. D'altro lato, però, proprio perché ad essere richiamate sono le sole norme dettate per le società per azioni e non quelle previste per la s.r.l., resta di per sé esclusa la diretta applicabilità dell'art. 2476, ottavo comma, c.c., che come contropartita del loro potere gestorio, sancisce la responsabilità solidale con gli amministratori dei soci che abbiano intenzionalmente deciso o

³⁷ F. GALGANO, (nt. 33), 265; nonché G.B. BARILLÀ, (nt. 33), 62, secondo il quale la disciplina applicabile a questo riguardo alle associazioni non riconosciute si dovrebbe «estendere anche alle associazioni riconosciute, data l'identità del tipo contrattuale, posto che se è pacifico il principio per cui le disposizioni legislativamente previste per le associazioni riconosciute valgono, salva diversa disposizione espressa, per le associazioni non riconosciute, non può non valere anche il procedimento inverso, della integrazione della disciplina delle associazioni riconosciute per il tramite di principi desumibili dalla disciplina delle prime»: una tesi, questa, che però, per le ragioni illustrate nel testo, non pare condivisibile.

autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi. Di questa norma potrebbe essere nondimeno ipotizzata un'applicazione analogica, anche se le valutazioni circa un eventuale coinvolgimento dei membri di un'associazione senza scopo di lucro nella responsabilità gestoria degli amministratori meritano forse una cautela ancora maggiore di quella che già normalmente circonda le considerazioni degli interpreti in merito alla posizione dei soci gestori di s.r.l.

5. La responsabilità gestoria nelle associazioni.

L'eventualità che anche gli associati possano essere chiamati a rispondere per gli atti di *mala gestio* che abbiano concorso a decidere è solo una delle numerose questioni che il Codice del Terzo settore lascia aperte in tema di responsabilità gestoria.

Il trapianto degli artt. 2392, 2393, 2393-*bis*, 2394, 2395 e 2407 c.c. operato dall'art. 28 c.t.s. nel campo delle associazioni appare delicato, e in particolar modo complessa si dimostra la verifica di compatibilità cui è condizionata l'estensione alle associazioni delle disposizioni che presiedono alla responsabilità degli organi di amministrazione e controllo delle società per azioni. A cominciare dal rinvio che l'art. 28 c.t.s. opera all'art. 2392, primo comma, c.c., in base al quale «gli amministratori devono adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze».

A questo proposito si è rilevato che il Codice del Terzo settore avrebbe assoggettato gli enti interessati ad una disciplina piuttosto severa e diversa da quella stabilita dall'art. 18 c.c., che regola la responsabilità degli amministratori delle associazioni e delle fondazioni del libro I del codice civile con il rinvio alle norme sul mandato: si tratterebbe pertanto di una soluzione poco giustificata sul piano sistematico e comunque di difficile attuazione nel mondo del non profit, dove spesso l'assunzione della carica di amministratore avviene a titolo gratuito³⁸. Il timore è che la previsione di uno standard di diligenza più rigoroso di quello fissato dall'art. 18 c.c. possa disincentivare l'impegno di volontari nella direzione delle organizzazioni del terzo settore e al tempo stesso implichi una sottovalutazione delle competenze richieste dalla gestione degli enti collettivi del libro I del codice civile – si pensi, in particolare, ai partiti

³⁸ Cfr. G.B. BARILLA, (nt. 33), 272 s.

politici, alle associazioni sindacali e alle fondazioni industriali³⁹. La preoccupazione è senz'altro condivisibile, ma forse non necessariamente destinata a concretizzarsi.

La distonia fra il contenuto dell'art. 2392, primo comma, c.c. e quello dell'art. 18 c.c. sembrerebbe infatti, a ben vedere, più apparente che reale.

Da tempo si è fatta strada una lettura dell'art. 18 c.c. che molto si avvicina a quella di cui è stato oggetto l'art. 2392 c.c. prima del d.lgs. n. 6/2003⁴⁰, poi uscita sostanzialmente confermata dalla riforma. Il rinvio alle norme del mandato varrebbe soltanto a precisare che «l'obbligo degli amministratori di associazioni e fondazioni è, al pari di quello del mandatario, una obbligazione di mezzi, e non un obbligo di risultato»⁴¹, con la conseguenza che la diligenza che si richiede all'amministratore ex art. 18 c.c. non sarebbe semplicemente parametrata all'uomo medio, ma sarebbe quella normale in relazione all'incarico ricevuto, da valutarsi con diverso rigore a seconda delle circostanze, in particolar modo quando l'attività gestoria sia prestata a titolo gratuito. Come si vede, dunque, un grado di diligenza non molto dissimile da quello che oggi l'art. 2392 c.c. pretende dagli amministratori di società per azioni e che l'art. 28 c.t.s. estende ai gestori di associazioni e fondazioni del terzo settore, la cui definizione dipende tanto dalle caratteristiche oggettive dell'ente, quali il tipo, le dimensioni, l'articolazione organizzativa e il settore di attività, quanto dalla posizione concretamente assunta dall'amministratore. In questo quadro, lo scopo non lucrativo dell'ente così come l'eventuale gratuità e il carattere non professionale dell'incarico potrebbero quindi guidare verso un'attenuazione della diligenza esigibile⁴². Viceversa, le rilevanti dimensioni, la specificità del settore di attività, il ricorso a considerevoli finanziamenti così come il possesso di particolari competenze potrebbero imporre all'amministratore uno standard di diligenza più elevato e forse maggiormente consoni ai compiti più gravosi cui il terzo settore potrebbe essere chiamato in un futuro prossimo. In definitiva, dunque, il solo disalli-

³⁹ G.B. BARILLÀ, (nt. 33), 272; nonché C. IBBA, (nt. 20), 74 s.

⁴⁰ Cfr., per tutti, F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori*, Milano, Giuffrè, 1992, 47 ss., nonché R. WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, Torino, Giappichelli, 1974, 143 ss.

⁴¹ F. GALGANO, (nt. 33), 295.

⁴² C. IBBA, (nt. 20), 74 s., il quale ritiene che «il parametro di diligenza enunciato nell'art. 2392 c.c., una volta inserito nel sistema del terzo settore, possa condurre a risultati pratici diversi da quelli cui esso conduce nel diritto azionario, favorendo un'attenuazione della responsabilità là dove si riscontri la connotazione non professionale degli amministratori e/o la gratuità del loro incarico».

neamento tra il parametro fissato dall'art. 18 c.c. e quello stabilito dall'art. 2392 c.c., richiamato dall'art. 28 c.t.s., sembrerebbe ridursi alla circostanza che oggi l'art. 2392 c.c., quale parametro di valutazione dell'operato gestorio, aggiunge le specifiche competenze di cui sia in possesso l'amministratore, introducendo così un criterio di giudizio soggettivo, la cui possibilità di impiego era per lo più negata, quando, prima del 2003, nel diritto societario il riferimento era alla semplice diligenza del mandatario, al pari di quanto ancora si legge nell'art. 18 c.c.⁴³.

Il dovere di diligenza degli amministratori è funzionale al perseguimento dello scopo associativo al pari del dovere di non agire in conflitto di interessi. A questo proposito, l'art. 30, settimo comma, c.t.s. assegna all'organo di controllo (eventualmente presente) specifici compiti di monitoraggio sull'osservanza delle finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mentre l'art. 27 c.t.s. prevede che si applichi la disciplina stabilita per la s.r.l. dall'art. 2475-ter c.c., che regola la possibilità di invalidare contratti e decisioni assunte dagli amministratori in conflitto di interessi, senza spingersi ad introdurre – come invece fa l'art. 2391 c.c. per le società per azioni – analitici doveri informativi e di motivazione delle decisioni assunte in presenza di un qualsiasi interesse degli amministratori. All'indomani della riforma, questa differenza di disciplina era stata spiegata a partire dalla considerazione che la presenza di interessi degli amministratori in ordine a operazioni gestorie rivestirebbe particolare importanza e delicatezza «là dove agli interessi dei soci attivi, cioè di soci imprenditori, di soci di riferimento, di minoranze qualificate, di soci insomma “presenti e consapevoli”, si aggiungono gli interessi del risparmio diffuso che necessitano di una più intensa protezione», interessi che sarebbero invece assenti nella società a responsabilità limitata⁴⁴. Di là dalla considerazione che forse oggi questa spiegazione già con riferimento alla stessa s.r.l. parrebbe vacillare alla luce dell'apertura al mercato che ha coinvolto in misura sempre maggiore anche questo tipo sociale⁴⁵, è chiaro che la mancata previsione di specifici doveri di astensione e *disclosure* in capo all'amministratore interessato di associazione del terzo settore non può trovare giustificazione nel nor-

⁴³ Cfr., *ex multis*, F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. Dopo la riforma delle società*, Milano, Giuffrè, 2004, 179 ss.; A. ROSSI, *sub art. 2392*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. MAFFEI ALBERTI, Padova, Cedam, 2005, 791 ss.

⁴⁴ P. MONTALENTI, *Il conflitto di interessi nella riforma del diritto societario*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 243 ss., 249.

⁴⁵ Per una recente e interessante lettura dell'evoluzione della disciplina della s.r.l., si veda, in particolare, P. AGSTNER, A. CAPIZZI, P. GIUDICI, *Business Angels, Venture Capital e la nuova s.r.l.*, in questa *Rivista*, 2020, 353 ss.

male coinvolgimento degli associati nella gestione dell'ente. Perché, se è vero che gli associati possono essere chiamati a pronunciarsi anche in materia gestoria e hanno finanche il diritto di controllare i libri sociali, incluso quelle delle delibere e delle adunanze dell'organo gestorio, non può certamente dirsi normale la loro diretta partecipazione all'amministrazione dell'associazione, anzi. E quindi il richiamo che l'art. 27 c.t.s. fa all'art. 2475-ter c.c. sembra piuttosto rispondere alla più concreta volontà di sollevare gli amministratori degli enti del terzo settore dalla osservanza di obblighi procedurali che, soprattutto nelle realtà di minori dimensioni, potrebbero risultare eccessivamente onerosi. Ciò, tuttavia, non esclude che nelle associazioni, nelle quali l'organo di controllo potrebbe non essere presente e gli associati non essere interessati né incentivati a vigilare sull'operato gestorio, l'osservanza di doveri di trasparenza potrebbe assolvere un'importante funzione preventiva. Ma del resto nemmeno il silenzio dell'art. 2475-ter c.c. è stato ritenuto insuperabile: con la conseguenza che, al pari di quanto prospettato con riguardo alle s.r.l., anche negli enti del terzo settore, a seconda delle dimensioni e dell'assetto organizzativo dell'ente nonché della natura e del valore dell'operazione, l'obbligo dell'amministratore in conflitto di interessi di comunicare la sua posizione agli altri amministratori e all'eventuale organo di controllo potrebbe nondimeno farsi discendere dal generale dovere di diligenza⁴⁶.

Allo stesso modo, gli amministratori di enti del terzo settore devono ritenersi equiparati a quelli di società a responsabilità limitata sotto il profilo della soggezione al divieto di concorrenza; e ciò nonostante in entrambe le discipline sia assente una previsione analoga a quella dettata dall'art. 2390 c.c. in materia azionaria e nemmeno vi si faccia espresso rinvio. Anche il dovere di non svolgere attività concorrenziale – salvo espressa autorizzazione dell'ente – può infatti trarsi dai più generali doveri di diligenza e di non agire in conflitto di interessi⁴⁷ che fanno capo agli amministratori di s.r.l. così come di associazioni e di fondazioni del terzo settore. L'amministratore concorrente non e-

⁴⁶ Cfr., per tutti, M. PERRINO, *Il conflitto d'interessi degli amministratori nella s.r.l.*, in *Libri amicorum Gian Franco Campobasso*, (nt. 31), 3, 559 ss., 565; G. ZANARONE, (nt. 30), 1025, e O. CAGNASSO, (nt. 31), 245.

⁴⁷ Cfr., P. MONDINI, *La responsabilità degli amministratori nei confronti della società: profili sostanziali*, sub art. 2476, in *S.r.l. Commentario*, (nt. 31), 629 ss., 634; *contra*, però, M. PERRINO, (nt. 46), secondo il quale il mancato richiamo dell'art. 2390 c.c. dovrebbe leggersi «in chiave di consapevole ed intenzionale ribaltamento regolativo» cosicché nella s.r.l. dovrebbe essere l'assemblea a vietare espressamente l'esercizio di attività concorrente all'amministratore, siccome «non soltanto tipicamente socio, e socio imprenditorialmente attivo; bensì anche, sovente, egli stesso imprenditore, o comunque professionalmente impegnato in attività d'impresa *altre* da quella sociale».

spressamente autorizzato potrà dunque essere revocato, essere chiamato a risarcire il danno cagionato e, ancor prima, finanche essere chiamato in via inibitoria a cessare l'attività in concorrenza: un rimedio, quest'ultimo, che potrebbe rivelarsi particolarmente utile nel campo del terzo settore, in cui l'esercizio da parte dell'amministratore di attività concorrente, soprattutto rispetto a quella non lucrativa di interesse generale esercitata dall'ente, potrebbe gettare ombra sulla stessa reputazione dell'ente, screditandolo in particolare agli occhi dei finanziatori⁴⁸.

Il Codice del terzo settore torna, infine, ad assimilare le associazioni – non alle s.r.l. bensì – alle società per azioni quanto ai soggetti legittimati a far valere la responsabilità degli amministratori che contravvengano ai loro doveri di diligenza, correttezza e lealtà.

A questo proposito, l'intervento del legislatore ha anzitutto il pregio di esplicitare una soluzione alla quale, non senza qualche difficoltà, si era già giunti in via interpretativa prima della riforma del 2017: il richiamo che l'art. 28 c.t.s. opera degli artt. 2394 e 2395 c.c., oltre che dell'art. 2393 c.c., non lascia oggi adito ad alcun dubbio sul fatto che gli amministratori rispondono non solo nei confronti dell'associazione (o fondazione) ma anche dei creditori (i quali abbiano visto violati i doveri di conservazione dell'integrità del patrimonio dell'ente e così pregiudicate le loro *chances* di soddisfacimento) nonché dei singoli soci e terzi direttamente danneggiati dalla loro azione⁴⁹.

Al contrario ha senz'altro portata innovativa il rinvio alle norme che nelle società per azioni legittimano a decidere l'esercizio dell'azione di responsabilità contro gli amministratori, in aggiunta all'assemblea degli associati, anche il collegio sindacale e una minoranza qualificata di associati che rappresenti almeno un quinto – naturalmente non del capitale sociale ma, deve ritenersi, – dei voti esprimibili in assemblea⁵⁰.

⁴⁸ Sulla possibilità di agire in via inibitoria contro l'amministratore che si trovi in concorrenza con la società M.S. SPOLIDORO, *Il divieto di concorrenza per gli amministratori di società di capitali*, in *Riv. soc.*, 1983, 1314 ss., 1374.

⁴⁹ E dunque, anche sotto questo profilo, parrebbe trovare applicazione identica disciplina alle associazioni del terzo settore e del libro I del codice civile: cfr. F. GALGANO, (nt. 33), 296 ss. e 300 ss., secondo cui la legittimazione dei creditori delle associazioni, dei singoli associati e dei terzi di far valere la responsabilità risarcitoria degli amministratori può farsi discendere dall'estensione analogica degli artt. 2394 e 2395 c.c. o comunque, almeno per quanto riguarda l'azione dei creditori sociali, dall'applicazione del generale principio sancito dall'art. 2043 c.c., che ammette la risarcibilità anche del danno derivante da lesione del credito (e su questo tema, per tutti, F.D. BUSNELLI, *La lesione del credito da parte di terzi*, Milano, Giuffrè, 1964, *passim*).

⁵⁰ V. anche C. IBBA, (nt. 20), 73; *contra*, G.B. BARILLÀ, *La responsabilità degli amministratori di fondazioni tra diritto societario e Codice del Terzo Settore*, in *Riv. soc.*, 2019, 1046 ss.,

È qui chiaro l'intento di incrementare le possibilità di *enforcement* dei doveri degli amministratori, tanto più se a questa previsione si aggiunge quella – più volte menzionata – che attribuisce direttamente a ciascun associato il diritto di accedere ai libri sociali nonché quella che estende nelle associazioni del terzo settore la possibilità di ricorrere agli strumenti di denuncia di cui agli artt. 2408 e 2409 c.c.

L'art. 29, secondo comma, c.t.s. stabilisce, infatti, che «ogni associato, ovvero almeno un decimo degli associati nelle associazioni, riconosciute e non riconosciute, che hanno più di 500 associati, può denunciare i fatti che ritiene censurabili all'organo di controllo, se nominato, il quale deve tener conto della denuncia nella relazione all'assemblea». Nel caso poi, più grave, in cui vi sia fondato sospetto che gli amministratori abbiano compiuto gravi irregolarità nella gestione potenzialmente dannose per l'associazione, almeno un decimo degli associati, l'organo di controllo, il soggetto incaricato della revisione legale dei conti ovvero il pubblico ministero possono denunciare i fatti direttamente al tribunale.

La societarizzazione degli strumenti di cui gli associati possono servirsi per reagire alla *mala gestio* degli amministratori potrebbe inoltre avere l'effetto di tradursi in una maggiore, seppur ancora indiretta, tutela di interessi da sempre tenuti in considerazione ma mai ritenuti meritevoli di una protezione immediata, vale a dire gli interessi di finanziatori e beneficiari. Per questi il Consiglio di Stato, durante le consultazioni aperte sul progetto di legge delega, aveva addirittura auspicato il riconoscimento della «legittimazione ad agire per l'invalidazione delle scelte distrattive dei gestori delle risorse ovvero per la condanna degli stessi al compimento di azioni positive»⁵¹. A tanto non si è arrivati, ma il complesso di doveri imposti agli amministratori di associazioni del terzo settore dovrebbe comunque servire non solo a impedire, in negativo, azioni dannose ma anche a incrementare il perseguimento attivo delle finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale nell'interesse degli associati così come dei finanziatori e degli stessi beneficiari dei servizi prestati. E se certamente non può negarsi il rischio che, al pari dei piccoli azionisti risparmiatori, anche gli associati si rivelino incapaci o disinteressati ad esercitare una vigilanza

1070, secondo cui l'art. 2393-*bis* c.c. sarebbe stato dettato «per un contesto giuridico-economico completamente diverso da quello pensato per le (associazioni e) fondazioni, a partire dal naturale richiamo al capitale sociale, che negli enti senza scopo di lucro è del tutto inappropriato».

⁵¹ Cons. St., ad. spec., 31 maggio 2017, n. 1405/2017, https://www.giustizia-amministrativa.it/portale/pages/istituzionale/visualizza?nodeRef=&schema=consul&nrg=201700927&nomeFile=201701405_27.html&subDir=Provvedimenti.

significativa, chissà che la nuova *corporate governance* pensata per gli enti del terzo settore non possa comunque contribuire a una nuova forma di “attivismo associazionistico”, il cui esercizio è oggi reso possibile proprio dagli strumenti messi a disposizione dal Codice del Terzo settore; un equipaggiamento che per identiche ragioni forse non parrebbe allora sconveniente estendere anche alle associazioni del libro I del codice civile, soprattutto se si pensa alle note vicende di infedeltà gestoria che negli anni hanno visto coinvolti anche i partiti politici⁵².

⁵²Sul complesso dibattito, a metà tra il diritto privato e il diritto costituzionale, relativo all’opportunità di un intervento legislativo riguardo ai partiti politici si veda, in particolare, M.V. DE GIORGI, (nt. 20), 279 ss.