



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
FIRENZE

FLORE

Repository istituzionale dell'Università degli Studi di Firenze

Commento agli artt, 2, 16, 17, 18, D. lgs. 24 marzo 2006, n. 155, Disciplina dell'impresa sociale, a norma della legge 13 giugno 2005,

Questa è la Versione finale referata (Post print/Accepted manuscript) della seguente pubblicazione:

Original Citation:

Commento agli artt, 2, 16, 17, 18, D. lgs. 24 marzo 2006, n. 155, Disciplina dell'impresa sociale, a norma della legge 13 giugno 2005, n. 118 / A. Bucelli. - STAMPA. - (2007), pp. 78-115.

Availability:

The webpage <https://hdl.handle.net/2158/609064> of the repository was last updated on

Publisher:

Cedam

Terms of use:

Open Access

La pubblicazione è resa disponibile sotto le norme e i termini della licenza di deposito, secondo quanto stabilito dalla Policy per l'accesso aperto dell'Università degli Studi di Firenze (<https://www.sba.unifi.it/upload/policy-oa-2016-1.pdf>)

Publisher copyright claim:

La data sopra indicata si riferisce all'ultimo aggiornamento della scheda del Repository FloRe - The above-mentioned date refers to the last update of the record in the Institutional Repository FloRe

(Article begins on next page)

Art. 16
(Funzioni di monitoraggio e ricerca)

1. Il Ministero del lavoro e delle politiche sociali promuove attività di accordo degli uffici competenti, coinvolgendo anche altre amministrazioni dello Stato, l'Agenzia per le organizzazioni non lucrative di utilità sociale e le parti sociali, le agenzie tecniche e gli enti di ricerca di cui normalmente si avvale o che siano soggetti alla sua vigilanza, e le parti sociali, al fine di sviluppare azioni di sistema e svolgere attività di monitoraggio e ricerca.

2. Il Ministero del lavoro e delle politiche sociali, avvalendosi delle proprie strutture territoriali, esercita le funzioni ispettive, al fine di verificare il rispetto delle disposizioni del presente decreto da parte delle imprese sociali.

3. In caso di accertata violazione delle norme di cui al presente decreto o di gravi inadempienze delle norme a tutela dei lavoratori, gli uffici competenti del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, assunte le opportune informazioni, diffidano gli organi direttivi dell'impresa sociale a regolarizzare i comportamenti illegittimi entro un congruo termine, decorso inutilmente il quale, applicano le sanzioni di cui al comma 4.

4. In caso di accertata violazione delle norme di cui agli articoli 1, 2, 3 e 4, o di mancata ottemperanza alla intimazione di cui al comma 3, gli uffici competenti del Ministero del lavoro e delle politiche sociali dispongono la perdita della qualifica di impresa sociale. Il provvedimento è trasmesso ai fini della cancellazione dell'impresa sociale dall'apposita sezione del registro delle imprese. Si applica l'articolo 13, comma 3.

5. Il Ministero del lavoro e delle politiche sociali svolge i propri compiti e assume le determinazioni di cui al presente articolo sentita l'Agenzia per le organizzazioni non lucrative di utilità sociale.

Commento di ANDREA BUCELLI

SOMMARIO: 1. Controlli sugli enti non lucrativi e sull'impresa sociale. - 2. Funzioni e poteri del Ministero del lavoro e delle politiche sociali. - 3. L'Agenzia per le Onlus. Considerazioni conclusive.

1. - Divenuto anacronistico e perciò in larga parte superato il c.d. di-

ritto di polizia ⁽¹⁾, dettato dal c.c. del 1942, la principale *sedes materiae* degli attuali controlli sugli enti del libro I è la legislazione speciale a carattere promozionale. Controlli – questi – che, pur senza attenersi ad un disegno organico e sistematico, riferibile all'attività dell'intera categoria degli enti non lucrativi ⁽²⁾, si riconnettono alle politiche di sostegno di volta in volta divise ⁽³⁾ e, dunque, tanto più estese risultano le misure incentivanti, tanto più quelli si fanno stringenti, al fine evidente di scongiurare e, se del caso, reprimere eventuali abusi.

L'art. 16 in esame non si discosta sostanzialmente da una logica di tal genere, benché il decreto che lo ospita risulti (al momento in cui si licenzia questo commento) pressoché del tutto sprovvisto del consueto pacchetto di agevolazioni ⁽⁴⁾.

Nondimeno, l'esigenza di un idoneo sistema di controlli, a cominciare da quella modalità diffusa che discende dalla « conoscibilità » ⁽⁵⁾ dell'attività degli enti, sussiste a prescindere dall'imperativo di accertare l'effettiva destinazione di risorse pubbliche ⁽⁶⁾; semmai, il problema che oggi si pone è di individuare le forme più adeguate ⁽⁷⁾.

⁽¹⁾ Espressione efficace di RESCIGNO, *Le fondazioni: prospettive e linee di riforma*, ora in *Persona e comunità: saggi diritto privato*, Padova, 1999, III, p. 259; non meno incisiva l'altra di CASSESE, *Le persone giuridiche e lo Stato*, in *Fondazioni e Associazioni. Proposte per una riforma del primo libro del Codice Civile*, a cura del Gruppo di Studio Società e Istituzioni, Rimini, 1995, p. 54, che scrive di Stato « padrone » delle persone giuridiche private. Con attenzione alle motivazioni dei controlli amministrativi cui, storicamente, sono assoggettati gli enti del libro I, le fondazioni in particolar modo, cfr. la monografia di CAPOZZI, *I controlli amministrativi sulle persone giuridiche private*, Napoli, 1991; del coordinamento ex art. 26 c.c., BIANCA, *Diritto civile*², Milano, 2002, I, p. 353, propone una rilettura in chiave costituzionale: « è tutta l'attività economica privata che può essere indirizzata e coordinata a fini sociali (art. 41, comma 3° Cost.) ».

⁽²⁾ Così QUARANTA, *Acquisti degli enti non profit e sistema dei controlli*, Napoli, 2002, pp. 137, 149, che sottolinea come, a fronte del superamento di un controllo per singoli « atti » di acquisto, permanga « l'esigenza, già avvertita nella legislazione speciale, di un articolato sistema di controlli sulla complessiva "attività" (patrimoniale) da essi svolta ».

⁽³⁾ BASILE, *Le persone giuridiche*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2003, p. 213, scrive di

« funzionalizzazione dei controlli agli aiuti da assegnare, o assegnati, per sostenere l'attività degli enti, c/o al rilievo sociale di questa (in specie se inserita in un rapporto collaborativo con un ente pubblico) ». Sul problema, DE GIORGI, *Il controllo sull'amministrazione delle fondazioni*, nota di commento a Trib. Salerno 27 gennaio 1999, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, I, p. 789; più di recente, EAD., *Le fondazioni da Erode a Pilato*, nota a Cass., sez. un., 26 febbraio 2004, n. 3892, *ivi*, 2004, I, p. 444.

⁽⁴⁾ Cfr., *infra*, il commento all'art. 18.

⁽⁵⁾ DE GIORGI, *La scelta degli enti privati: riconoscimento civilistico e/o registrazione speciale?*, in *Il riconoscimento delle persone giuridiche*, a cura di De Giorgi, Ponzanelli e Zoppini, Milano, 2001, p. 23 ss., pubblicato anche in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, II, p. 86.

⁽⁶⁾ Le nuove forme di controllo « vengono giustificate con obiettivi di garanzia del possesso dei requisiti necessari per godere dei benefici previsti a loro favore, della qualità dei servizi resi, e della correttezza della gestione di risorse e mezzi patrimoniali di provenienza pubblica o collettiva », osserva ancora BASILE, *Le persone giuridiche*, *cit.*, p. 214.

⁽⁷⁾ PONZANELLI, *ONLUS e riforma del libro primo del codice civile*, in *Le ONLUS tra codice civile e legislazione speciale*, a cura di Labriola, Napoli, 2000, p. 21: « il controllo sulla corretta realizzazione delle finalità dell'ente non può es-

Anche nel caso di specie, dunque, sussistono ragioni più che sufficienti per adottare un consono sistema di monitoraggio: lo reclamano, da un verso, la separazione tra soggetti decisori e beneficiari, in assenza dei classici investitori, com'è tipico delle organizzazioni *non profit* e, dall'altro, un'impresa che produce beni e servizi di utilità sociale, che cioè opera in settori caratterizzati da asimmetrie informative tra produttore e consumatore, per cui quest'ultimo non è di regola in grado di valutare la qualità delle prestazioni ricevute. Dal che il delicato problema di monitorare, nell'ottica della sussidiarietà e tramite opportuni indicatori, i risultati⁽⁸⁾. Senza dir poi che la stessa dimensione imprenditoriale – quale che sia il modello d'impresa cui si faccia riferimento⁽⁹⁾ – esige di per sé un corredo di strumenti (contabili, documentali e pubblicitari), atti a misurarne economicità ed equilibrio finanziario e patrimoniale.

sere attribuito solo ad un'amministrazione inefficiente o a corti già appesantite da eccessivi compiti, ma dev'essere assicurata una qualche forma diretta a protezione dei cosiddetti beneficiari», ossia e più esplicitamente, *Id.*, *Onlus e riforma del codice civile*, in *Regolazione e controllo sulle organizzazioni non profit*, a cura di Barbetta e Schena, Bologna, 2000, p. 90, « un'autorità di vigilanza che abbia a cura la verifica della realizzazione delle finalità del mondo *non profit* e svolga, al tempo stesso, un'opera di promozione del settore ». La carente tutela dei beneficiari dell'attività è condivisa da QUARANTA, *Acquisti*, cit., pp. 151 s., 159, 162, che però sottolinea la « maggiore funzionalità del (vigente) controllo amministrativo rispetto al (proposto) controllo giudiziario ».

⁽⁸⁾ CAFAGGI, *Prefazione. I controlli sulle organizzazioni non profit*, in *Regolazione e controllo sulle organizzazioni non profit*, a cura di Barbetta e Schena, Bologna, 2000, p. 9; RIGANO, *La libertà assistita. Associazionismo privato e sostegno pubblico nel sistema costituzionale*, Padova, 1995, p. 290 ss.: specie nel caso dei servizi sociali sottoporre l'ente a controlli serve, non solo per verificare la corretta destinazione di eventuali incentivi, ma anche per tutelare i terzi beneficiari. Questi ultimi, infatti, sono penalizzati da quello che la dottrina statunitense definisce *contract failure*: « i potenziali acquirenti di servizi, nell'impossibilità di monitorare efficacemente il livello qualitativo delle prestazioni offerte, riporranno una maggiore fiducia nella qualità dei servizi offerti da enti che – secondo quanto controllato rigidamente dall'ordinamento

– non perseguano scopo di lucro soggettivo o, ancor più, siano animati da spirito di solidarietà » (così, anche per riferimenti, STALTERI, *Riflessioni su un recente modello di legislazione sulle non profit organizations: la legge quadro sul volontariato (L. n. 266/1991)*, in *Gli enti « non profit » in Italia*, a cura di Ponzanelli, Padova, 1994, p. 133). Ne consegue la centralità di « quanto controllato rigidamente dall'ordinamento », anche in tema di impresa sociale, ambito in cui STCA, *Modelli culturali e giuridici del non profit: l'Agenzia per le Onlus*, in *Non profit, persona, mercato*, a cura di Zambrano, Milano, 2005, p. 153, avverte come « il tema dei controlli diventi allora decisivo ». Il problema della non agevole verificabilità delle prestazioni è segnalato come di particolare momento nella produzione di servizi di utilità sociale da BORZAGA, *Sull'impresa sociale*, working paper 19, www.is-san.info/it/pdf/wp_19.pdf.

⁽⁹⁾ Con riferimento ai vari modelli d'impresa, VELO, *Quale impresa e quale controllo per l'economia globale*, in *Queste istituzioni*, 2005, nn. 136-137, p. 144, osserva che: « In un ordine fondato sulla sussidiarietà, i controlli sono destinati a moltiplicarsi, in quanto destinati a crescere gli interessi da tutelare e i soggetti aventi la capacità di svolgere un proprio ruolo come *stakeholder*. Il problema è dare ordine a questa crescita di forme di controllo; esso ha, in ultima analisi, carattere costituzionale, nel senso materiale del termine ». Quanto all'impresa esercitata da organizzazioni *non profit*, cfr. CAFAGGI, *Prefazione*, cit., p. 16.

La legge delega 13 giugno 2005, n. 118, prefigurava perciò un *corpus* di norme volte a definire tipologie e strumenti differenziati di controllo ⁽¹⁰⁾.

Ne è derivata una soluzione articolata: obblighi formali, contabili e pubblicitari, un apposito organo di sorveglianza interno, mutuato – sia pure in termini semplificati – dalla disciplina delle società di capitali.

In un'ampia accezione del concetto di controllo può farsi rientrare quello (di legalità) sotteso al vincolo formale di cui all'art. 5, comma 1°; e può guardarsi pure al modello di organizzazione c.d. *multistakeholder* coniato dall'art. 12 ⁽¹¹⁾, che affida all'autonomia statutaria la definizione di « forme di coinvolgimento » di lavoratori e destinatari delle attività. Finalizzato a valorizzare il ruolo di tali categorie in modo da consentire di « esercitare un'influenza sulle decisioni », nell'esplicitare il concetto di coinvolgimento, quell'articolo allude a « qualsiasi meccanismo, ivi comprese l'informazione, la consultazione o la partecipazione »: formula tanto indeterminata ed ampia da potersi tradurre in un ricco ventaglio di soluzioni statutarie. E se tra l'informare ed il consultare, da un lato, la partecipazione alla formazione delle deliberazioni, dall'altro, lo scarto può essere vistoso, indubitabile è che quanto esula dai procedimenti decisionali non può che ricondursi alla diversa sfera del controllo dell'amministrazione dell'ente ⁽¹²⁾.

Occorre poi tener conto degli specifici assetti organizzativi di cui l'impresa sociale può giovare in base all'art. 1, comma 1° ⁽¹³⁾: in particolare associazioni riconosciute e fondazioni saranno assoggettate a quel che resta

⁽¹⁰⁾ Nell'unico articolo della legge si veda la lett. b), nn. 4 e 9, mentre al n. 12 sono previste disposizioni dirette a sanzionare l'« inosservanza delle prescrizioni relative ai requisiti dell'impresa sociale e dalla violazione di altre norme di legge »; alla successiva lett. c), al legislatore delegato è demandato di definire meccanismi di « verifica della qualità delle prestazioni rese dalle imprese sociali », da subito aggiungendo la soluzione dei controlli amministrativi.

⁽¹¹⁾ Ancorché – osserva giustamente ALLEVA, *retro*, nel relativo commento – « nella disciplina minima dell'art. 12 è presente una lacuna difficilmente colmabile e cioè la mancata previsione di un coinvolgimento dei destinatari nel monitoraggio e nel controllo della qualità dei beni e dei servizi prodotti o erogati, che possa anche sfociare in eventuali reclami ed istanze di sanzioni governative ». Gli argomenti richiamati nel testo sono oggetto degli artt. 5, 10, 11 e 12: rinvio perciò ai commenti, rispettivamente, di AN, FUSARO, BAGNOLI, SCHIANO DI PEPE, BANO, CAPECCHI.

⁽¹²⁾ Evidenziato il tendenziale declino dei

controlli esterni sugli enti non lucrativi, rileva il distinguo di cui nel testo e motiva la preferenza per la « partecipazione diretta, e non solo con funzione di controllo, delle diverse categorie di soggetti interessati alle vicende gestionali dell'impresa sociale », CAPECCHI, *Evoluzione del terzo settore e disciplina civilistica. Dagli enti non lucrativi alla « impresa sociale »*, Padova, 2005, pp. 105, 116, 199. Secondo CASSESE, *Le persone giuridiche e lo Stato*, cit., p. 63, « una nuova normativa, se deve disconoscere un interesse dello Stato nell'ordinamento delle persone giuridiche non può non tener conto della esistenza di due specie di interessi pubblici riflessi: il primo a garantire l'ordinamento della plurisoggettività, nell'interesse diretto della collettività; il secondo ad assicurare un adeguato sistema di *checks and balances* interni alla persona giuridica, in modo da disintermediare lo Stato e da garantire i partecipanti delle persone giuridiche e i fruitori dei servizi che essi rendono ».

⁽¹³⁾ Sugli specifici controlli cui sono assoggettati gli enti ecclesiastici, v. FUCILLO nel commento dell'art. 1, comma 3°.

del sistema di vigilanza amministrativa di cui al libro I ⁽¹⁴⁾; il monitoraggio di cui al d. lgs. 4 dicembre 1997, n. 460 ⁽¹⁵⁾ continuerà ad investire le imprese sociali-Onlus; per le cooperative si applicherà ora il d. lgs. 2 agosto 2002, n. 220 ⁽¹⁶⁾; per non parlare delle regole societarie, di recente ridisegnate ⁽¹⁷⁾. In mancanza di norme di coordinamento tra disciplina dell'impresa sociale e relative forme organizzative, duplicazioni e sovrapposizioni in punto di controlli configurano un rischio pressoché inevitabile, con quel che può derivarne in termini di inefficienza ed incertezza ⁽¹⁸⁾.

A tutto ciò che precede, l'art. 16 aggiunge un (almeno sulla carta) penetrante regime di controlli esterni di tipo amministrativo, evitando così di generalizzare per le imprese sociali (che non siano società di capitali) la previsione di cui all'art. 2409 c.c., come era stato prospettato in una recente proposta di riforma del libro I del codice ⁽¹⁹⁾.

2. – La legge delega tracciava almeno due traiettorie lungo le quali si sarebbe dovuto muovere il legislatore delegato, richiedendo da un lato di fissare le « conseguenze sulla qualificazione e la disciplina dell'impresa socia-

⁽¹⁴⁾ Ossia i controlli amministrativi sulla gestione, trasformazione, fusione ed estinzione dell'ente (per la cui analisi rinvio a CAPOZZI, *I controlli amministrativi*, cit., p. 122 ss.), mentre i restanti profili di controllo – com'è noto – sono stati riformati dalle più recenti innovazioni in punto di riconoscimento che, da concessorio qual era, è ora di tipo normativo (v., per tutti, DE GIORGI, *La riforma del procedimento per l'attribuzione della personalità giuridica agli enti regolati nel primo libro c.c.*, in questa *Rivista*, 2000, p. 1321 ss.), mentre sui controlli inerenti l'attività negoziale, cfr. EAD., *L'abrogazione degli artt. 600 e 786 c.c. e la modifica dell'art. 475 c.c.*, in *Studium iuris*, 2000, I, p. 1190 ss.

⁽¹⁵⁾ Cfr. GOLA, *L'organismo di controllo degli enti non commerciali e delle ONLUS nella legge n. 662/1996*, in *Non profit e volontariato. Profili giuridico istituzionali*, a cura di Carinci, Milano, 1999, p. 91 ss.; PASTORI, *L'organismo di controllo delle ONLUS. Considerazioni introduttive*, in *Regolazione e controllo sulle organizzazioni non profit*, cit., p. 73 ss.; VELLA, *I poteri di vigilanza sulle ONLUS*, *ivi*, p. 91 ss.

⁽¹⁶⁾ Per un quadro ed ampi riferimenti, cfr. TEDESCHI, *I controlli*, in *Le cooperative prima e dopo la riforma del diritto societario*, a cura di Marasà, Padova, 2004, p. 717 ss.; RAGAZZINI, *Nuove norme in materia di società cooperative*,

Commento alla legge 31 gennaio 1992, n. 59, Bologna, 2001, p. 670 ss.

⁽¹⁷⁾ Cfr. CORSI, *Le nuove società di capitali*, Milano, 2003, p. 87 (« A seguito della riforma il quadro dei controlli è notevolmente cambiato »); DI SABATO, *Diritto delle società*, Milano, 2003, p. 319 s.; FORTUNATO, *I « controlli » nella riforma del diritto societario*, in *La riforma del diritto societario*, Atti del convegno, Courmayeur 27-28 settembre 2002, Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, Milano, 2003, p. 155 ss.

⁽¹⁸⁾ Con riguardo alle organizzazioni non profit, sottolinea l'esigenza di un coordinamento, in una prospettiva di unificazione dei controlli pubblici, in concorso con quelli privati, CAFAGGI, *Prefazione*, cit., pp. 20, 31 s., 44 ss.

⁽¹⁹⁾ Il riferimento è all'art. 17 della proposta di revisione elaborata dalla Commissione Rovelli, istituita dal Ministro di grazia e giustizia, su cui offre indicazioni la *Guida alla lettura delle innovazioni legislative proposte*, a cura di Visintini, che si può leggere in *Associazioni e fondazioni. Dal codice civile alle riforme annunciate*, a cura di Carusi, Milano, 2001, p. 170, dove tra l'altro il rilievo secondo cui « il controllo sul modello dell'art. 2409 c.c. nell'ambito del diritto societario ha dato buoni frutti ». Si noti, al riguardo, che tale controllo può ben coesistere con la vigilanza ministeriale, come risulta dall'art. 2545 *quinquiesdecies* c.c.

le » per il caso di inosservanza delle norme di legge (art. 1, lett. b, n. 12), dall'altro – alla successiva lett. c) – di « attivare, presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali, funzioni e servizi permanenti di monitoraggio e di ricerca necessari alla verifica della qualità delle prestazioni rese dalle imprese sociali ».

Tali principi e criteri trovano svolgimento nell'art. 16 che, invertendo l'ordine della delega, definisce prima le competenze ministeriali circa la « verifica della qualità delle prestazioni », per poi disporre l'accertamento delle violazioni di legge e, quale unica conseguenza, la perdita della qualifica di impresa sociale e la conseguente cancellazione dal registro delle imprese. L'amministrazione centrale – senza oneri aggiuntivi, ai sensi dell'art. 18 – dovrebbe promuovere « attività di raccordo » degli uffici competenti, coinvolgendo una serie di non meglio precisati soggetti ed organismi, comprese le parti sociali, che nel linguaggio delle relazioni industriali identificano i sindacati dei lavoratori e le organizzazioni degli imprenditori. A loro volta, le menzionate attività di raccordo sono rivolte « al fine di sviluppare azioni di sistema e svolgere attività di monitoraggio e ricerca ».

Nell'articolo in esame il legislatore dell'impresa sociale ha compiuto scelte che sollevano non poche perplessità.

Soltanto per le « azioni di sistema », almeno in termini logici, può risultare plausibile una guida accentrata e concertata, una « regia » dal centro insomma, sempre che l'espressione alluda ad iniziative finalizzate a sviluppare e promuovere il complessivo movimento dell'imprenditoria sociale. Del resto in un ambito affine, allorché si discorre di mutualità « di sistema » – che, pur operando con tutt'altri strumenti anche finanziari, si avvale dei fondi mutualistici ex artt. 11 e 12, l. 31 gennaio 1992, n. 59, al fine della promozione e dello sviluppo del movimento cooperativo – si fa comunque riferimento ad un'azione condotta su scala nazionale.

Ma, per quanto concerne le « funzioni e servizi permanenti di monitoraggio e di ricerca », l'aver avvocato all'amministrazione centrale ogni competenza è opzione assai discutibile, se è vero che il Ministero « non ha né le competenze né la struttura »⁽²⁰⁾ per adempiere a tali nuove funzioni, tanto più se si considera il limite di cui all'art. 18. A tali riserve se ne possono aggiungere altre: ad esempio la commistione in capo ad una stessa amministrazione di funzioni diverse (di promozione, monitoraggio, ricerca e controllo) appare a dir poco inopportuna. Il fatto poi che già in passato le strut-

⁽²⁰⁾ Così BORZAGA, *Introduzione*, in *Impr. soc.*, 2005, n. 2, p. 26; sull'art. 16, in cui ravvisa un « modo antiquato » di concepire il « ruolo del regolatore pubblico nella vigilanza sull'osservanza delle norme », cfr. SACCONI, *La legge sul-*

l'impresa sociale come selettore di organizzazioni con motivazioni necessarie all'efficienza: quasi un'occasione mancata, in *Impr. soc.*, 2006, n. 3, p. 61.

ture ministeriali avessero dato cattiva prova nel garantire livelli pur minimi di supervisione dell'attività esercitata da organizzazioni non lucrative ⁽²¹⁾ avrebbe dovuto consigliare soluzioni diverse, ma evidentemente così non è stato. Inoltre – altra censura da più parti avanzata – attività del genere previsto dall'art. 16 sono svolte a livello locale sin dagli anni settanta ⁽²²⁾, periodo cui risale – è appena il caso di ricordare – la delega (art. 14 d.P.R. 24 luglio 1977, n. 616) alle Regioni delle funzioni amministrative di organi centrali e periferici dello Stato concernenti le persone giuridiche private operanti esclusivamente nelle materie di cui all'art. 117 Cost., demandate alla competenza legislativa regionale, con finalità statutarie che si esauriscono nell'ambito di una sola Regione. Il successivo evolversi dell'ordinamento, nel senso del decentramento e della sussidiarietà, avrebbe dovuto a maggior ragione consigliare una soluzione diversa da quella che in nessun modo coinvolge gli enti locali, forse più idonei ai fini del monitoraggio e della ricerca di quanto non possano esserlo gli uffici ministeriali.

Inoltre, se si considera la sopra accennata esigenza, a dir poco fondamentale ⁽²³⁾, di una sostanziale verifica della qualità delle prestazioni rese dalle imprese sociali, data anche l'estrema eterogeneità delle materie elencate dall'art. 2, sorprende il silenzio sul punto dell'art. 16. E mi spiego: ove, per esempio, si tratti di valutare la qualità del servizio offerto e l'efficienza di un presidio ospedaliero, presumibilmente occorrerà costituire un'apposita commissione medica e tecnica; se così è, non può che lasciare perplessi una disposizione che ometta di dare la benché minima indicazione sugli organismi preposti al controllo, la loro composizione ed i requisiti di professionalità ed indipendenza dei controllori. D'altra parte uno sguardo anche sommario ai sistemi di controllo ideati dalle varie leggi speciali ⁽²⁴⁾, ad esempio in tema di volontariato od associazioni di promozione sociale, dà conto di norme minuziose che, a differenza di questo stringato art. 16, istituiscono osservatori di livello nazionale e regionale, regolano composizione, funziona-

⁽²¹⁾ Come « testimoniato, ad esempio, dai problemi esistenti in merito all'effettivo rispetto del vincolo di non distribuzione dei profitti, alla trasparenza sulla gestione finanziaria e all'effettiva erogazione di servizi ai destinatari » (BARBETTA e SCHENA, *Profili organizzativi e finanziari di un organismo di controllo del settore non profit*, in *Regolazione e controllo sulle organizzazioni non profit*, cit., p. 164).

⁽²²⁾ V. art. 4 dello Statuto di autonomia della provincia autonoma di Bolzano del 31 agosto 1972, n. 670: così *Parere sullo schema di decreto legislativo recante disciplina dell'impresa sociale a norma della legge 13 giugno 2005*, n.

118, p. 2, parere negativo espresso dalla Conferenza Stato-Regioni sul testo di decreto legislativo approvato dal Consiglio dei ministri del 2 dicembre 2005.

⁽²³⁾ Basti considerare il rilievo che la qualità dei servizi assume nella l. n. 328/2000 (BORZAGA e FAZZI, *Il ruolo del terzo settore*, in *La riforma dei servizi sociali in Italia. L'attuazione della legge 328 e le sfide future*, a cura di Gori, Roma, 2004, p. 131 s.).

⁽²⁴⁾ Una ricognizione è in QUARANTA, *Acquisti*, cit., p. 135 ss.; un'altra in CAFAGGI, *Prefazione*, cit., p. 25 ss.

mento ed attribuzioni degli organi di controllo, e via dicendo. Suppongo inoltre, sul piano logico, che senza prestabiliti *standards* cui raffrontare il livello qualitativo delle prestazioni effettivamente erogate, un vero e proprio controllo non sia neppure pensabile⁽²⁵⁾. Ma neppure su questo punto il legislatore offre criteri e riferimenti almeno ad eventuali normative che, in singoli settori, già stabiliscono *standards* e parametri di raffronto.

Inoltre, senza individuare – come pure si era supposto⁽²⁶⁾ – le specifiche regole, la cui violazione avrebbe dovuto comportare la perdita della qualifica di impresa sociale, l'articolo in esame prevede un controllo di legittimità ad ampio spettro.

Di quest'ultimo è ancora gravata l'autorità ministeriale, che potrà avvalersi delle strutture periferiche per svolgere le funzioni ispettive⁽²⁷⁾ le quali, fornendo i mezzi di indagine e conoscenza necessari, possono porsi come prodromiche rispetto al vero e proprio controllo.

Con formule non dissimili da quelle che hanno sollevato interrogativi in altra materia⁽²⁸⁾, dal comma 2° dell'art. 16 (« al fine di verificare il rispetto delle disposizioni del presente decreto da parte delle imprese sociali ») il controllo si dilata all'accertamento della « violazione delle norme di cui al presente decreto o di gravi inadempienze delle norme a tutela dei lavoratori » (comma 3°). Il più puntuale riferimento, nel successivo comma 4°, agli artt. 1, 2, 3 e 4 del decreto, subito appresso si diluisce di nuovo nell'inosservanza di qualsivoglia disposizione del medesimo provvedimento.

L'accertata violazione dei primi quattro articoli del decreto legittima di per sé l'autorità di vigilanza ad adottare le conseguenti determinazioni; la violazione delle restanti norme invece richiede la preliminare diffida. Atto, quest'ultimo, che presuppone la trasgressione di specifici obblighi⁽²⁹⁾, la

⁽²⁵⁾ Seppur in altro contesto, GINESTRA, *Le sezioni regionali di controllo della Corte dei conti dopo la l. 5 giugno 2003, n. 151 (legge La Loggia)*, in *Funzione pubbl.*, 2004, p. 39, chiarisce che la funzione di controllo configura un sindacato consistente in un confronto tra fattispecie concreta (atti o attività) e parametri predeterminati, da cui consegue un giudizio ed una misura (sanzionatoria, collaborativa o persuasiva).

⁽²⁶⁾ Cfr. FICI, *Nozione e disciplina dell'« impresa sociale »*, in *Impr. soc.*, 2005, n. 2, p. 50.

⁽²⁷⁾ Nella disciplina profondamente rivisitata dall'incisiva riforma di cui al d. lgs. 25 aprile 2004, n. 124, attuativo della delega di cui all'art. 8 della l. 14 febbraio 2003, n. 30 (c.d. Legge Biagi), su cui cfr. *La riforma dei servizi ispettivi in materia di lavoro e previdenza sociale. Commentario al decreto legislativo 25 aprile 2004, n.*

124, a cura di Monticelli e Tiraboschi, Milano, 2004. In particolare sulla funzione di vigilanza ed ispettiva di cui è investito lo stesso Ministero in materia di cooperative, si vedano gli artt. 1, 10, 11, d. lgs. C.P.S. 14 dicembre 1947, n. 1577, c.d. legge Basevi.

⁽²⁸⁾ Per la precisione su contenuti e limiti del controllo omologatorio, in riferimento alla formula « verificato l'adempimento delle condizioni stabilite dalla legge », ora reperibile nell'art. 2436, comma 1°, c.c., cfr. MORERA, *Dall'« omologazione » del tribunale all'« omologazione » del notaio: prime riflessioni sull'art. 32, l. n. 340/2000*, in *Statuti societari e controllo di legalità*, a cura di Alessi e Galeotti Flori, Torino, 2002, p. 82.

⁽²⁹⁾ BRANCASI, voce *Diffida nel diritto amministrativo*, in *Digesto IV ed., Disc. pubbl.*, Torino, 1990, V, p. 78 s.

cui individuazione, nella specie, dovrà procedere attraverso un'accurata ricognizione delle norme del decreto n. 155, oltre che di quelle poste a tutela dei lavoratori, purché suscettibili di originare inadempienze gravi.

In proposito è il caso di rilevare che, ai fini dell'accertamento in parola, nella disciplina sull'impresa sociale, cui fa rinvio l'art. 16, non tutte le norme si prestano ad un'agevole lettura: si pensi in particolare agli artt. 12, comma 4°, 14, comma 3°, che dispongono il « coinvolgimento » di talune categorie di *stakeholder*, lavoratori *in primis* ⁽³⁰⁾. Dal lessico legislativo non è dato arguire alcunché di preciso, se non che l'autonomia privata potrà dispiegarsi lungo la « non esaustiva sequenza informazione-consultazione-partecipazione », sì da moltiplicare le forme di coinvolgimento. Ma se la critica che, giustamente, si è rivolta al legislatore delegato è di aver indicato nel coinvolgimento un elemento identificante la fattispecie, senza averne poi definito in modo stringente l'oggetto ⁽³¹⁾, difficile è comprendere in base a quali parametri possa mai effettuarsi il controllo ⁽³²⁾; sarà cioè tutt'altro che immediato stabilire se vi sia stata o meno adesione al precetto normativo. Se poi si dovesse accedere alla tesi che a tal fine reputa soddisfacente il riconoscimento di un qualche diritto di informativa ⁽³³⁾, allora la verifica sul punto potrebbe davvero risolversi nel riscontro formale di un *minimum* indefettibile e, al contempo, liberamente determinabile per statuto. A prescindere dal contenuto dei diritti di volta in volta riconosciuti a destinatari dell'attività e lavoratori, il controllo potrà esercitarsi nel senso di verificare l'osservanza di « termini » e « modalità » di cui all'art. 14, comma 3° ⁽³⁴⁾.

Quanto poi alle norme – gli artt. 1 (« Nozione »), 2 (« Utilità sociale »), 3 (« Assenza dello scopo di lucro ») e 4 (« Struttura proprietaria e disciplina dei gruppi ») – la cui violazione è avvertita come insanabile, tanto da legittimare gli uffici a « disporre » la perdita della qualifica di impresa sociale senza preventiva diffida, da un lato la menzionata tipizzazione evita le incertezze che ad esempio si sono manifestate in materia di cooperative ⁽³⁵⁾; d'altra parte – qui come sopra – l'accertamento dell'illecito può riservare elementi

⁽³⁰⁾ Sulle norme citate, *retro* v. i commenti di ALLEVA e BANO.

⁽³¹⁾ NOGLER, *Il « coinvolgimento » dei lavoratori nell'impresa sociale*, in *Impr. soc.*, 2006, n. 3, pp. 68, 74; FAZZI, *Quale impresa sociale per quale Welfare? Quale Welfare per quale impresa sociale?*, *ivi*, pp. 213, 215.

⁽³²⁾ Cosa che invece ipotizza KROGH, *L'impresa sociale. Prime riflessioni sul d. lgs. 24 marzo 2006, n. 155*, studio n. 429-2006/C, approvato dalla Commissione studi civilistici del 14 luglio 2006, del Consiglio Nazionale del Notariato, p. 38.

⁽³³⁾ Come ritiene FICI, *Brevi note sulla partecipazione dei lavoratori nelle cooperative (e nelle imprese sociali)*, in *Impr. soc.*, in corso di pubblicazione.

⁽³⁴⁾ Anche BANO, *retro* a commento dell'art. 12, pur riconoscendo un « disegno » senz'altro « ambizioso », ne rileva i contorni « quanto mai generici, per non dire indefiniti », sì da lasciare « aperto un amplissimo ventaglio di possibilità, dalle forme partecipative più istituzionalizzate, a quelle più blande e informali di "ascolto" degli *stakeholders* ».

⁽³⁵⁾ TEDESCHI, *I controlli*, *cit.*, p. 724 s.

di dubbio. Mi chiedo infatti: quando mai potrà ritenersi disattesa la clausola della « finalità di interesse generale », di cui all'art. 1, comma 1°⁽³⁶⁾, se è vero che tutte le sue implicazioni avrebbero dovuto dispiegarsi nei decreti delegati? Ma, anche ammesso⁽³⁷⁾ un controllo basato su una simile clausola generale, giocoforza il margine di discrezionalità conferito all'autorità governativa rischia di dilatarsi eccessivamente.

Ad ogni modo, in caso di accertata inosservanza della legge, con o senza diffida, il comma 3° dell'art. 16 prevede nell'ordine: la perdita della qualifica di impresa sociale, seguita senz'altro dalla cancellazione dall'apposita sezione del registro delle imprese e, infine, la devoluzione del patrimonio residuo, ai sensi dell'art. 13, comma 3°.

Come si vede, non vi è alcuna graduazione della sanzione, in ogni caso consistente nella perdita della qualifica di impresa sociale, con la conseguente cancellazione dal registro delle imprese, né è prevista l'ipotesi più tenue della sola sospensione della cancellazione. L'unico elemento di progressione si rinviene soltanto nell'aver imposto, in via residuale, la diffida.

Il meccanismo sanzionatorio, a ben vedere, non ricalca *in toto* quello tipico delle leggi premiali⁽³⁸⁾, in cui l'iscrizione in appositi albi o registri ha carattere costitutivo, è cioè condizione necessaria per accedere ai benefici, sicché la cancellazione importa la perdita dello *status* privilegiato e, dunque, un vero e proprio nocumento costituito dalla decadenza dal regime di favore: il trasgressore non si può avvantaggiare della c.d. sanzione positiva⁽³⁹⁾. Da questo punto di vista, la caducazione dalla qualifica di impresa sociale opera in modo anomalo e tutt'altro che dissuasivo verso comportamenti opportunistici: proprio perché la disciplina non prevede (*rebus sic stantibus*) agevolazioni non può conseguirne alcunché di negativo in termini direttamente patrimoniali. Ma, se di sanzione si vuol proprio discorrere⁽⁴⁰⁾, è indubitabile che – similmente a numerose sanzioni civili – anche qui si verifica una qualche reazione nei casi di inosservanza della legge.

Da evidenziare l'ultima parte del comma 3°: « Si applica l'articolo 13,

⁽³⁶⁾ BOMBARDELLI, *L'impresa sociale e la realizzazione di finalità di interesse generale*, in *Impr. soc.*, 2005, n. 2, p. 105 s.

⁽³⁷⁾ Così, ancora, KROGH, *L'impresa sociale*, cit., p. 30.

⁽³⁸⁾ V., ad esempio, l'art. 8, comma 4°, l. 7 dicembre 2000, n. 383; art. 6, comma 2°, l. 11 agosto 1991, n. 266; art. 11, comma 3°, d. lgs. 4 dicembre 1997, n. 460. Su quest'ultima disposizione, che è stata integrata dal d.m. 18 luglio 2003, n. 266, cfr. Comm. trib. prov. Ancona, 27 settembre 2004, n. 106, con nota di CAPELLO, *Anagrafe delle Onlus: effetti dell'iscrizione*

e della cancellazione, in *Dir. prat. trib.*, 2006, n. 1, p. 56 ss.

⁽³⁹⁾ Cfr. MARRA, voce *Sanzione*, in *Digesto IV ed.*, *Disc. priv.*, Sez. civ., XVIII, Torino, 1998, p. 160 s.

⁽⁴⁰⁾ FICI, *La nozione di impresa sociale e la finalità della disciplina*, in *Impr. soc.*, 2006, n. 3, p. 25, configura obblighi non suscettibili di violazione né di sanzione. A me sembrano oneri nel senso tecnico del termine (TORRENTE e SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*¹⁶, Milano, 1999, p. 71).

comma 3 », da cui emerge l'assimilazione della perdita della qualità di impresa sociale alla cessazione della medesima. Analogamente dovrebbe aprirsi una fase liquidatoria, finalizzata alla devoluzione del patrimonio residuo ad Onlus, associazioni, comitati, fondazioni ed enti ecclesiastici, secondo le norme statutarie e salvo quanto stabilito in tema di cooperative (art. 13, comma 3^o) (41). C'è da chiedersi se questo debba comportare, necessariamente, l'estinzione dell'ente, la cui continuazione invero è prevista dalla legislazione speciale in più ipotesi e nonostante la perdita di *status* privilegiati (42).

Se si ammette la cessazione dell'impresa sociale all'esito del controllo, oltre che la più ampia libertà di fuoriuscire dal regime in esame, senza che al contempo si estingua l'ente nel suo complesso, è da ritenere che la devoluzione del patrimonio dell'organizzazione superstite rimanga assoggettata alla norma di diritto comune (ad esempio, art. 29 ss. c.c.), a meno che non subentri la disciplina speciale relativa ad un altro *status* (società cooperativa, Onlus od altro), tale da imporre un controllo sulla destinazione finale di un patrimonio alimentato da risorse pubbliche, ovvero dal risparmio di spesa dovuto ad un qualche regime d'incentivi (43).

3. – Infine, l'ult. comma dell'art. 16 è dedicato all'Agenzia per le Onlus, ripetutamente coinvolta dal decreto, anche se in compiti esclusivamente consultivi. Si conferma perciò, sia pur timidamente (44), l'odierna tendenza – dai più auspicata per l'impresa sociale non meno che per il controllo sul terzo settore in genere (45) – di affidare competenze di controllo e

(41) Su tale disposizione v., *retro*, il commento di CETRA.

(42) Ad esempio, a proposito di fondazioni del settore musicale o per le organizzazioni di volontariato, cfr. DE GIORGI, *Le vicende estintive e modificative*, in BASILE, *Le persone giuridiche*, cit., p. 426 ss.

(43) Sul problema, cfr. CAFAGGI, *Prefazione*, cit., p. 35 s.

(44) Impostazione che stenta ad affermarsi se, nei rapporti con l'Agenzia delle entrate, l'Agenzia per le Onlus è confinata al ruolo di « consulente fiscale del fisco in materia di *non profit* » (MACONI, *Impr. soc.: il punto di vista dell'Agenzia per le Onlus*, in *Enti non profit*, 2006, n. 7, p. 431).

(45) Un'Autorità indipendente di controllo era ad esempio prevista nell'art. 9 della progetto di legge *Delega al Governo per la riforma delle persone giuridiche e delle associazioni non riconosciute disciplinate dal libro primo del codice civile*, c.d. Vietti. Nello specifico dell'impresa so-

ciale, GIORGETTI, *Per uno statuto dell'impresa sociale*, 2002, www.cenpro.unige.it, considera che una definizione di impresa sociale impostata – come nel decreto *de quo* – sui beni o servizi prodotti, anziché sui fini perseguiti, possa originare equivoci, come il dare « per scontato (ammesso che sia così, ma ne dubitiamo) che i servizi “di particolare rilievo sociale” siano comunque prodotti con forti contenuti relazionali (...) anche in assenza di un forte controllo (ad es. da parte di una *Autorità* forte ed autorevole) ». Propongono un'autorità terza rispetto all'autorità politica, tra gli altri, PASTORI, *L'organismo di controllo*, cit., p. 76 s.; BARBETTA e SCHENA, *Profili organizzativi e finanziari di un organismo di controllo del settore non profit*, cit., p. 174; BORZAGA, *Introduzione*, cit., p. 26; SACCONI, *La legge sull'impresa sociale*, cit., p. 61 s.

Per il crescente rilievo delle autorità indipendenti ai fini della regolazione dei rapporti economici, cfr. *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, a cura di G. Gitti, Bologna, 2006.

regolazione di ambiti nevralgici della vita sociale ed economica ad autorità tecnocratiche indipendenti.

Oltre ai pareri di cui agli artt. 10 (sulle linee guida per la redazione del bilancio sociale), 13, comma 2° (sulle linee guida in tema di trasformazione, fusione, scissione e cessione), 13, comma 5° (per l'efficacia degli atti), la norma in commento (commi 1° e 5°) prescrive da un verso il « coinvolgimento » dell'Agenzia, da parte del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, nelle « attività di raccordo », promosse « al fine di sviluppare azioni di sistema e svolgere attività di monitoraggio e ricerca », dall'altro il parere (non vincolante) ⁽⁴⁶⁾ che il Ministero è tenuto a richiedere nello svolgimento dei « compiti » e nell'assunzione delle « determinazioni di cui al presente articolo »: « compiti » che attengono alle azioni di sistema, alle attività di ricerca e monitoraggio di cui al comma 1°; « determinazioni » consistenti nella diffida ed eventualmente nel provvedimento che commina la perdita della qualifica di impresa sociale (commi 3° e 4°).

Dinanzi a questa fitta serie di prerogative, che rimpolpano un già nutrito elenco di « Attribuzioni » (v. art. 3 d.p.c.m. 21 marzo 2001, n. 329, « Regolamento recante norme per l'Agenzia per le organizzazioni non lucrative di utilità sociale »), c'è da domandarsi se l'Agenzia sia ad oggi in grado di assolvere ai nuovi compiti.

Ne esce rafforzato, inoltre, un più generale – da tempo irrisolto – problema: quello di ridefinire l'esatta fisionomia ed il ruolo di un'Agenzia che, conformata sulla categoria fiscale delle Onlus e già dalle origini di assai incerta sistemazione ⁽⁴⁷⁾, conquista ora più ampie competenze sul terreno civilistico ⁽⁴⁸⁾.

Molte, in conclusione, sono le considerazioni che possono formularsi. Intanto va sottolineato che il legislatore non si è minimamente preoccupato della sovrapposizione dei molteplici sistemi di controllo propri di altri regimi agevolativi ed ordinari, con prevedibili conseguenze in termini di inevitabili maggiori costi (per controllante e controllato) ed incertezze per l'organizzazione controllata. Il più volte invocato principio di sussidiarietà avrebbe, poi, dovuto suggerire – come si è accennato, *retro*, al par. 2 – una diversa dislo-

⁽⁴⁶⁾ In tal senso la relazione di accompagnamento allo schema di decreto legislativo, ma anche il principio consolidato in dottrina e giurisprudenza che considera vincolanti i pareri solo quando la legge espressamente lo preveda.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. GOLA, *L'organismo di controllo*, cit., p. 105; PASTORI, *L'organismo di controllo*, cit., pp. 76 s., 81 s.; VELLA, *I poteri di vigilanza*, cit., pp. 94, 97.

⁽⁴⁸⁾ Il che lascia intravedere la prospettiva di un potenziamento dell'Agenzia, e dunque una

sua competenza piena ed esclusiva anche in tema di impresa sociale; intento che non andrebbe tra l'altro disgiunto da un adeguato stanziamento di risorse e dal conseguente riassetto organizzativo. Pare in tal senso orientata la proposta di chi, forte dell'esperienza del primo mandato quinquennale quale componente dell'Agenzia, ne delinea luci ed ombre: PETTINATO, *Impr. soc. e ONLUS passando per l'Agenzia: rapporti concettuali ambigui in attesa di novità*, in *Impr. soc.*, 2006, n. 3, p. 123 ss.

cazione dei poteri di regolazione e sorveglianza, tale da valorizzare le competenze degli enti locali, certamente più vicini e, forse, più idonei dell'amministrazione centrale nell'assolvere delicati quanto indispensabili compiti di verifica qualitativa delle prestazioni rese da enti privati, a loro volta fortemente ancorati al territorio. Ancor più importante, però, sarebbe stato prescrivere requisiti di qualificazione ed indipendenza dei componenti gli organismi preposti alle verifiche, oltre che criteri di definizione di indispensabili *standards* qualitativi.

In questa prima fase ogni altro discorso rischia di essere superfluo, perché l'effettività del consistente sistema di controlli previsto dal decreto si potrà valutare, com'è ovvio, solo tra qualche tempo.

II

Commento di ANDREA BUCELLI

SOMMARIO (commi 2^o, 3^o e 4^o): 1. Disciplina dell'impresa sociale tra c.c. e leggi speciali: il problema del coordinamento in generale. – 2. Onlus ed impresa sociale. – 3. Fondazioni di origine bancaria e impresa sociale: duplice ipotesi. – 4. Cooperative sociali, loro consorzi ed impresa sociale: elementi di eterogeneità ed adeguamenti statutari.

1. – A proposito di impresa, comunque la si qualifichi, e di soggetti collettivi che possono esercitarla, chi abbia in mente la partizione del c.c. in libri penserà non al I, bensì al V. Peraltro, guardare all'ordinamento a compartimenti separati ⁽¹⁾ può risultare riduttivo se non fuorviante, e lo sarebbe certamente, per più ragioni, nel caso che qui interessa.

Intanto l'istituto dell'impresa sociale si colloca fuori dai confini del codice; circostanza invero non nuova nella più recente evoluzione del diritto degli enti senza scopo di lucro ⁽²⁾. Si consideri poi, entro il più circoscritto orizzonte del codice, la persistente *divisio* tra i predetti libri, attestata – a tacere di ogni altro riscontro – dal lapidario dettato dell'art. 13 c.c., che rinviando sommariamente alle disposizioni del libro V, sembra avallare l'antica dicotomia tra associazioni e fondazioni, da un lato, ed impresa commerciale dall'altro ⁽³⁾.

Nei fatti, la realtà economica dimostra che tra le *non profit organizations* molte « operano al pari di qualsiasi altra impresa » ⁽⁴⁾, senza dire poi – dal lato giuridico – dei segnali del progressivo avvicinamento ⁽⁵⁾ di ambiti indu-

⁽¹⁾ Per tradizione il civilista sofferma l'attenzione sugli enti del libro I, mentre il giuscommerzialista si concentra sugli istituti del quinto, « in omaggio ad una abitudine alla divisione del lavoro scientifico e della organizzazione didattica che è retaggio della plurisecolare separazione fra *ius civile* e *ius mercatorum*, fra codice civile e codice di commercio »; così GALGANO, *Diritto civile e commerciale*⁴, Padova, 2004, IV, p. 492 s., che propone una « reciproca integrazione delle due aree disciplinari e non la loro mera giustapposizione ».

⁽²⁾ Caratterizzato da un florilegio di norme, di fonte codicistica e non, che talora si sovrappongono (un esempio in tal senso in DE GIORGI, *Il nuovo diritto degli enti senza scopo di lucro: dalla povertà delle forme codicistiche al groviglio delle leggi speciali*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, p. 323). Ciò che, inevitabilmente, condiziona gli eventuali adeguamenti statutari per lo più necessari alle organizzazioni che ambiscono a questo o quello *status* privilegiato. In argomento, v. anche *sub art.* 2, par. 1.

⁽³⁾ Sistemi diversi e sino ad ora distanti, tuttavia il problema di individuare una disciplina appropriata per l'impresa gestita da enti non lucrativi, di costruire un « ponte » tra quei due « mondi » (così P. FERRO-LUZZI, *Le imprese strumentali degli enti non lucrativi, le fondazioni e le associazioni holding di gruppi di imprese, in Per una riforma del diritto di associazioni e fondazioni*, Milano, 2005, p. 57) ormai solo apparentemente lontani, è senz'altro aperto.

⁽⁴⁾ Indicato come uno degli aspetti più interessanti del molteplice universo *non profit* da SCHLESINGER, *Le « non profit organizations » nel diritto italiano*, in *Gli enti « non profit » in Italia*, a cura di Ponzanelli, Padova, 1994, p. 280.

⁽⁵⁾ Non è qui il caso di affrontare il tema del ridimensionamento della contrapposizione tra enti *non profit* e società lucrative; sul profilo causale, da SANTINI, *Il tramonto dello scopo lucrativo*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, p. 151 ss., in poi, gli interessi dogmatici si sono dilatati e tradotti in una letteratura ormai copiosa: oltre a rinviare al commen-

bitabilmente concepiti come del tutto separati dai compilatori del 1942. Anche la disciplina sull'impresa sociale traduce l'intento ⁽⁶⁾ del superamento della frattura codicistica; ne consegue una marcata despecializzazione funzionale delle figure che, in buon numero, possono acquisire la qualifica « trasversale » di impresa sociale. Anzi, qui il noto processo verso la neutralità delle forme giuridiche si è spinto ad un livello finora mai raggiunto, tale da includere in una medesima categoria enti del libro I assieme a quelli del V ⁽⁷⁾.

Si è scritto ⁽⁸⁾ – a commento della legge delega n. 118/2005 – che la nuova figura avrebbe il pregio di far affiorare la componente imprenditoriale e produttiva del terzo settore, da tenere distinta da quella a carattere erogativo, e che la nuova disciplina non configura un tipo di soggetto in aggiunta a quelli codificati, bensì una categoria aperta a tutti i modelli preesistenti. Affermazioni che – a seguito del decreto di attuazione della delega – solo in parte trovano riscontro: l'estensione dell'impresa sociale agli enti del libro V (art. 1, comma 1^o) non consente di farne una categoria tutta e soltanto racchiusa nell'ambito degli enti che, convenzionalmente, si fanno rientrare nel terzo settore; di conseguenza, si è determinato (e dilatato rispetto ad altre fattispecie) il problema del coordinamento normativo.

Problema che, peraltro, non si sarebbe dovuto neppure porre, stando al disposto dell'art. 1, comma 1^o, lett. a), della legge, che assegnava al legislatore delegato il compito di definire il « carattere sociale » dell'impresa nel « rispetto del quadro normativo e della specificità propria degli organismi di promozione sociale, nonché della disciplina generale delle associazioni, delle fondazioni, delle società e delle cooperative, e delle norme concernenti la cooperazione sociale e gli enti ecclesiastici ». Dal dato testuale (« rispetto ») infatti traspariva l'intento di lasciare inalterato il quadro normativo di ciascun ente, messo al riparo dall'impatto della nuova disciplina.

to dell'art. 3, tra molti, cfr. MARASÀ, *La nuova nozione di società*, in *Contratti associativi e impresa. Attualità e prospettive*, Padova, 1995, p. 13 (dove il rilievo circa la « diluizione della linea di confine tra contratti associativi a causa mutualistica e società lucrative »); ID., *Riflessioni su oggetto e scopi delle associazioni del libro primo del cod. civ. nelle prospettive della riforma*, ora in *La riforma di società, cooperative, associazioni e fondazioni*, Padova, 2005, p. 229 ss. In argomento v. anche il prezioso contributo di SPADA, *Diritto commerciale*, Padova, 2004, I, p. 72 ss.

⁽⁶⁾ Esplicitato in sede politica da SESTINI, *Impresa e non profit*, in *Impr. soc.*, 2002, p. 16. Sul punto, v. anche *supra* il commento all'art. 1.

⁽⁷⁾ Una disamina del tema, tra molti, in

FUCCILLO, *Le nuove frontiere dell'ecclesiasticità degli enti. Struttura e funzione delle associazioni ecclesiastiche*, Napoli, 1999, p. 126 ss.

⁽⁸⁾ FICI, *La legge delega sull'impresa sociale e i futuri scenari per il terzo settore (con particolare riguardo alle cooperative sociali)*, 2005, pp. 5, 11, in http://judicium.it/news/ins_12_12_05/impresasocialeterzo%20settorecoopsociale.htm.

Da notare anche quanto scritto nella Relazione di accompagnamento allo Schema di decreto legislativo recante *Disciplina dell'impresa sociale, a norma della legge 15 giugno 2005, n. 118*, presentata al consiglio dei Ministri nella seduta del 2 dicembre 2005: « si è ritenuto di optare per la qualificazione di impresa sociale quale una nozione, piuttosto che come tipo ».

Così, evidentemente, non è stato.

Il problema del coordinamento non è di poco conto. Già armonizzare i diciotto articoli del decreto in commento, ad esempio, con le tre sparute disposizioni codicistiche dettate in tema di associazione non riconosciuta (artt. 36-38 c.c.), è cosa ben diversa dal tentare di riannodare le fila dei medesimi articoli con i centoventi ed oltre dedicati dal codice alla società per azioni (artt. 2325-2451 c.c.). La differenza è schiacciante: lì dove più numerose sono le verifiche ed i punti di possibile conflitto, le difficoltà dovrebbero presumibilmente moltiplicarsi. Ma neppure nelle ipotesi in cui le norme codicistiche si riducono a qualche scarna disposizione le questioni scompaiono: alludo, di nuovo, all'associazione non riconosciuta e all'evidente dissonanza, in tema di responsabilità per le obbligazioni sociali, tra l'art. 6 del decreto ed il parallelo art. 38 c.c. ⁽⁹⁾.

La sensazione che si avverte è, rispetto agli enti del libro I, quella di un « vuoto » che la nuova disciplina tende in parte a colmare, mentre di fronte alle società preesiste un « pieno » normativo con cui, su molti argomenti, occorrerà accertare eventuali incompatibilità e contrasti, per mettere a punto gli adeguamenti statutari per quelle organizzazioni societarie che volessero accedere alla specifica qualifica di impresa sociale ⁽¹⁰⁾.

E difatti: si prenda l'ipotesi più eclatante della società per azioni-impresa sociale. E si faccia il confronto, ad esempio, tra l'art. 3 del decreto in commento – dov'è sancito il sin troppo rigoroso (e perciò dai più criticato ⁽¹¹⁾) divieto di distribuire utili – con quelle norme, ad esempio l'art. 2364 *bis*, n. 4, c.c., che, a chiare lettere, denotano la vocazione tutta speculativa della società per azioni. Si potrà affermare che in tal modo si arricchisce il novero delle anomale società senza scopo di lucro ⁽¹²⁾; ma poi – su un versante diverso, ma contiguo al precedente – che dire del diritto al rimborso dei conferimenti (art. 2492, comma 1°, c.c.) a fronte dell'incerta interpretazione della dizione « patrimonio residuo » di cui all'art. 13, comma 3°? ⁽¹³⁾ Ed ancora: come conciliare il principio che riconnette al *quantum* del conferimento un equivalente potere di comando (artt. 2479, comma 5°, c.c.), a

⁽⁹⁾ Si pone il problema, ritenendo « difficilmente conciliabile » con l'art. 38 c.c. la limitazione di responsabilità che si andava profilando nello statuto dell'impresa sociale, DE GIORGI, *La legge delega sull'« impresa sociale »*, in *Studium iuris*, 2005, n. 11, p. 1270. La tendenza a derogare l'art. 38 c.c. era già emersa nell'art. 6, comma 2°, l. 7 dicembre 2000, n. 385, sulle associazioni di promozione sociale.

⁽¹⁰⁾ Ne fa invece questione di modifica del codice civile il *Parere sullo schema di decreto legislativo recante disciplina dell'impresa sociale a*

norma della legge 13 giugno 2005, n. 118, p. 2, rilasciato il 9 febbraio 2006 dalla Conferenza Stato-Regioni.

⁽¹¹⁾ Cfr., *retro*, il commento di CAPECCHI *sub art.* 3.

⁽¹²⁾ D'obbligo il rinvio a MARASÀ, *Le società senza scopo di lucro*, Milano, 1984.

⁽¹³⁾ Questione su cui v. FICI, *Nozione e disciplina dell'« impresa sociale »*. *Una prima lettura della legge 13 giugno 2005, n. 118*, in *Impr. soc.*, 2005, n. 2, p. 56.

fronte dell'art. 12, comma 1° che, in tutt'altra logica di *governance*, rimette all'autonomia statutaria la definizione di « forme di coinvolgimento » tali da consentire di « esercitare un'influenza sulle decisioni », almeno in taluni ambiti, di lavoratori e destinatari dell'attività? (14).

Ancora diverso, sempre sotto il profilo del « coinvolgimento », sarebbe il discorso da svolgere per le cooperative che, da un verso, conservano regole ispirate ad un principio di organizzazione democratica (artt. 2538, comma 2° e ult. comma, 2540 c.c.), dall'altro però, per accedere allo *status* di impresa sociale, dovrebbero statutariamente individuare forme di coinvolgimento di chi – lavoratore e destinatario dell'attività – socio non è.

Insomma, è evidente già da quanto fugacemente accennato che la disciplina dell'impresa sociale, calata per dir così nell'involucro ora della società per azioni, ora della società cooperativa od altro tipo societario, può anche vistosamente sovvertirne le linee portanti per comunque difficilmente adattarsi. Il nucleo essenziale del tipo dovrebbe perciò essere salvaguardato da dosaggi più o meno oculati che il legislatore rimette all'autonomia privata, sia pure sotto il controllo notarile (art. 5, comma 1°).

Chiaro è allora, sulla base degli esempi sopra proposti, che la qualifica di impresa sociale, di volta in volta riferita ai tipi comuni, se talora li riveste di una disciplina inedita ed altrimenti deficitaria, com'è nel caso di associazioni e fondazioni imprenditrici (15), altre volte – ed è l'ipotesi dei modelli societari – potrebbe modificarli in profondità. Nell'una e nell'altra ipotesi si ha comunque una sorta di duplicazione dei tipi codificati (non escluso il comitato) in altrettante figure « socialmente orientate »: una società per azioni a fronte di una società per azioni-impresa sociale, una cooperativa ed una

(14) Sull'art. 12, v. *retro* il commento di ALLEVA, per il coinvolgimento dei destinatari dell'attività, e di BANO, quanto ai lavoratori. Un indice di democraticità che può essere trapiantato anche nella disciplina della società azionaria è, ad esempio, presente nell'art. 9, anch'esso commentato da ALLEVA. Ad ogni modo le difficoltà di coordinamento potevano essere almeno attenuate sol che il legislatore si fosse espresso, come del resto in altre occasioni (cfr., ad esempio, art. 4, comma 6° *ter* della l. 21 maggio 2004, n. 128, in tema di associazioni e società sportive dilettantistiche).

(15) Un'approfondita analisi sulla compatibilità tra l'impresa sociale, coi requisiti organizzativi suoi propri, e disciplina di associazione e fondazione è condotta da CAPECCHI, *Evoluzione del terzo settore e disciplina civilistica. Dagli enti non lucrativi alla « impresa sociale »*, Padova, 2005, pp. 127, 155, 159 ss., con la conclusione

(a p. 264) che « gli enti disciplinati dal primo libro del codice civile non sembrano soddisfare le esigenze di crescita dell'impresa sociale ». Ciò non è dovuto, secondo l'A., all'impossibilità di forgiare un'organizzazione in senso *multi-stakeholder*, esito ritenuto perseguibile con opportuni accorgimenti statuari, tali da incidere sul modello associativo come pure su quello fondazionale. Piuttosto, dinanzi al persistente e coriaceo divieto di remunerare il capitale sociale, si prevede la « fuga » dell'impresa sociale verso le società, le cooperative in particolare. Tale giudizio, peraltro, non sembra *de plano riproponibile alla luce del vigente decreto sull'impresa sociale che, all'art. 3, estende alle società il medesimo, disincentivante divieto di distribuire utili: in proposito, v. infra* par. 4 ed anche i commenti agli artt. 3 e 18. Per ulteriori incompatibilità tra impresa sociale ed altre forme giuridiche, v. AN. FUSARO nel commento all'art. 1, comma 1°.

cooperativa-impresa sociale, e così via. E tutte, ricondotte in uno schema più o meno elastico e compatibile, tendenzialmente si uniformerebbero, fino ad appiattirsi sul medesimo statuto coniato dal decreto legislativo in esame.

In attesa della più volte preannunciata riforma del libro I, si ripropone perciò il problema di coordinare la disciplina dell'impresa sociale con la disciplina comune e con le molteplici leggi speciali ⁽¹⁶⁾ e – non ultimo – con gli ordinamenti dei settori di attività coinvolti ⁽¹⁷⁾. Dunque, il legislatore delegato consegna all'interprete un « sovraccarico ermeneutico » ⁽¹⁸⁾, che va ben oltre le « Norme di coordinamento » dell'articolo in commento, come già lasciano intendere i reiterati rinvî disseminati nel nuovo testo normativo (artt. 2, 4, 9, 10, 11, 14, 15).

2. – Dall'art. 17, comma 1°, risulta che enti dotati delle qualità fiscalmente rilevanti di ente non commerciale e di Onlus, ai sensi del d. lgs. 4 dicembre 1997, n. 460, possono acquisire « anche » la qualifica di impresa sociale: tali condizioni sono perciò cumulabili. Ciononostante, enti non commerciali ed Onlus conservano le agevolazioni fiscali loro spettanti ⁽¹⁹⁾.

Dunque, una disposizione che, nel delineare l'area di un'immunità fiscale, presenta anche interferenze con le tradizionali categorie civilistiche ⁽²⁰⁾, come del resto non si è mancato di rilevare a margine del menzionato decreto ⁽²¹⁾.

Orbene, che una Onlus possa esercitare attività d'impresa è reso evidente sol che si legga l'inciso di cui all'art. 11, comma 1°, del decreto n. 460 ⁽²²⁾. Che poi, in aggiunta, possa acquisire l'ulteriore condizione di impresa

⁽¹⁶⁾ Così DE GIORGI, *La legge delega*, cit., p. 1268. Per gli enti ecclesiastici v. *supra* il commento di FUCILLO *sub* art. 1, comma 3°.

⁽¹⁷⁾ Sulla cui incidenza in tema di enti del terzo settore, v. *retro* il commento all'art. 2, par. 1, 3. Il difetto di coordinamento con l'ordinamento regionale è lamentato nel citato *Pare-re sullo schema di decreto legislativo*, p. 2, emesso dalla Conferenza Stato-Regioni.

⁽¹⁸⁾ Problema evidentemente ricorrente nel diritto degli enti non lucrativi: cfr. AN. FUSARO, *Per un diritto delle associazioni del terzo millennio*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, p. 296.

⁽¹⁹⁾ Su enti non commerciali ed Onlus, soggettività del tutto distinte ed autonome ai fini fiscali, cfr. circolare Ministero delle finanze, 26 giugno 1998, n. 168, in *www.finanze.it*. In argomento, nel commento a questo art. 17, v. l'approfondimento di GREGGI.

⁽²⁰⁾ Per quanto concerne l'attività « principale », requisito richiesto ai fini della qualifica di

impresa sociale, v. *supra* il commento dell'art. 2, par. 6.

⁽²¹⁾ DE GIORGI, voce *ONLUS (organizzazioni non lucrative di utilità sociale)*, in *Digesto IV ed., Disc. priv., Sez. civ., Agg.*, Torino, 2000, p. 594, scrive di « possibili interferenze della novella categoria con quelle tradizionali privatistiche », e sulla rilevanza civilistica delle Onlus, v. PONZANELLI, *Onlus e riforma del codice civile*, in *Regolazione e controllo sulle organizzazioni non profit*, a cura di Barbeta e Schena, Bologna, 2000, p. 87 s. Anche la studiosa del diritto tributario (SALVINI, in *Per una riforma del diritto di associazioni e fondazioni*, cit., p. 38) discorre di « sconfinamenti » nel campo lasciato libero dal codice civile, con una tecnica già nota al legislatore fiscale, per averla usata con le cooperative.

⁽²²⁾ « Fatte salve le disposizioni contemplate nel regolamento di attuazione dell'art. 8 della l. 29 dicembre 1993, n. 580, in materia di istituzione del registro delle imprese, approvato con il

sociale, non solo – come detto – è ammesso dal decreto in commento, ma dischiude ulteriori problemi di coordinamento tra discipline che, seppur diverse, individuano altrettante categorie trasversalmente riferibili a più tipi codificati.

L'autonomia statutaria deve piegarsi ad una serie di limiti e prescrizioni allorché l'organizzazione ambisca alla qualifica di Onlus e, con essa, ai relativi incentivi. Analogamente, anche a prescindere da un apposito regime premiale, è a dirsi per l'impresa sociale. Tra le due configurazioni soggettive peraltro non vi è perfetta corrispondenza biunivoca, talché un'impresa qualificabile come sociale non è senz'altro Onlus, e viceversa.

Mi limito, su questo versante, a qualche rapido riscontro e raffronto su alcuni punti salienti.

Quanto alle « forme » codicistiche, tra quelle senz'altro escluse dalla qualifica di Onlus (art. 10, comma 10^o) risaltano le società commerciali e gli enti conferenti di cui alla l. 30 luglio 1990, n. 218, poi divenuti fondazioni bancarie (v., *infra*, par. 3). Ai sensi dell'art. 1, comma 1^o, d. lgs. n. 155, tutti gli enti del libro V possono invece essere imprese sociali; *ergo* le imprese sociali costituite in forma di società commerciale non possono accedere al regime Onlus.

Per le società cooperative, ammesse in entrambi i casi, le perplessità sollevate in dottrina ⁽²³⁾ circa la compatibilità con i requisiti essenziali di Onlus che, trapiantata nello statuto cooperativo, elide lo scopo mutualistico-egoistico, possono integralmente riproporsi per l'impresa sociale, atteso che l'art. 1, comma 2^o, pone un limite all'autonomia statutaria che intendesse circoscrivere a soci, associati o partecipi l'erogazione di beni o servizi, e l'art. 3 del d. lgs. n. 155 sembra analogamente vanificare ogni finalità lucrativa, anche se poi l'art. 17, comma 3^o, apre la strada ad una deroga (*infra* par. 4).

Spicca inoltre la disparità concernente le cooperative sociali: Onlus lo sono di diritto *ex art.* 10, comma 8^o; impresa sociale invece possono diventarlo – anche qui non senza elementi di perplessità (ancora *infra*, par. 4) – con gli opportuni adeguamenti statuari.

Si guardi poi ai settori di attività rilevanti: nonostante affinità e coincidenze riscontrabili nella lista di cui all'art. 10, comma 1^o, d. lgs. n. 460/1997, nel raffronto con l'altrettanto lungo elenco di cui all'art. 2 del decreto in commento alcune divergenze e dissonanze ⁽²⁴⁾ emergono, anche ad una

d.P.R. 7 dicembre 1995, n. 581 ». Un'argomentazione nello stesso senso in MARASÀ, *Disciplina degli enti « non profit »: profili commercialistici*, in *La riforma di società, cooperative, associazioni e fondazioni*, cit., p. 202 s.

⁽²³⁾ Specificamente v. MARASÀ, *Cooperative e Onlus*, in *Studium iuris*, 1998, p. 915 ss.

⁽²⁴⁾ In particolare nel d. lgs. n. 155, rispetto al decreto Onlus, manca il riferimento alla « tutela dei diritti civili », sulla cui indeterminatezza peraltro cfr. E. Rossi, *I criteri di identificazione delle ONLUS*, in *Terzo settore e nuove categorie giuridiche: le organizzazioni non lucrative di utilità sociale. Aspetti giuridici, economici*

prima lettura. Eppoi, a parte l'indicazione dei singoli settori di attività, è da notare la diversa formulazione circa la eterodestinazione o meno dei risultati dell'attività: univoca sul punto è la norma sull'impresa sociale⁽²⁵⁾, articolata e differenziata quella in materia di Onlus⁽²⁶⁾.

Vi è infine tutta una serie di elementi⁽²⁷⁾, su cui la disciplina delle Onlus talvolta simile, se non del tutto coincidente⁽²⁸⁾, altre volte è meno stringente⁽²⁹⁾ e puntuale⁽³⁰⁾ di quel che è invece previsto in tema di impresa sociale.

Da quanto precede è insomma confermato l'assunto iniziale, che cioè Onlus ed impresa sociale sono due categorie « trasversali » ai tipi soggettivi del c.c., ma tra loro eterogenee: non ogni Onlus è senz'altro in linea con i requisiti richiesti per acquisire la *qualitas* di impresa sociale, e viceversa, può pure darsi che un'impresa sociale non possa essere Onlus, o per una forma giuridica preclusa dal d. lgs. n. 460, oppure perché opera in settori — ad esempio, il turismo sociale — di cui non è traccia nella lista delle attività riservate alle Onlus.

Resta la possibilità, tramite opportune clausole statutarie, di cumulare le due qualifiche, nel qual caso — è ciò che stabilisce l'art. 17, comma 1° — l'ente conserva il regime di vantaggio previsto dal decreto Onlus, sicché enti parimenti meritevoli e convergenti verso scopi di utilità sociale e, quindi, selezionati in base ad un reticolo di requisiti che, seppur non del tutto coincidenti, non sono poi molto distanti, possono ricevere un differenziato trattamento fiscale.

3. — Il successivo comma 2° dell'articolo in commento aggiunge la specificazione « delle imprese sociali » nel corpo di una norma riguardante le

e fiscali, a cura di Brusaglia e Rossi, Milano, 2000, p. 49.

⁽²⁵⁾ Art. 1, comma 2°, d. lgs. n. 155: « le organizzazioni i cui atti costitutivi limitino, anche indirettamente, l'erogazione dei beni e dei servizi in favore dei soli soci, associati o partecipi non acquisiscono la qualifica di impresa sociale ».

⁽²⁶⁾ Art. 10, comma 2°, d. lgs. n. 460, su cui v. DE GIORGI, voce *ONLUS*, cit., p. 595.

⁽²⁷⁾ Nel raffronto con la disciplina codicistica, puntualmente analizzati da DE GIORGI, voce *ONLUS*, cit., p. 598 ss.

⁽²⁸⁾ Alludo all'assenza dello scopo di lucro: cfr. art. 10, comma 1°, lett. *d*), e 6°, ed art. 3, d. lgs. n. 155. Quanto poi alla devoluzione del residuo attivo in sede di liquidazione, la generica dizione « patrimonio » di cui all'art. 10, comma 1°, lett. *f*), d. lgs. n. 460, sembra lasciare meno

dubbi dell'equivalente « patrimonio residuo » ex art. 13, comma 3°, d. lgs. n. 155 (FICI, *Nozione e disciplina*, cit., p. 56).

Pur condividendo un'affine favore per la partecipazione ai processi decisionali, il rinvio all'autonomia statutaria di cui all'art. 12 d. lgs. n. 155 è rivolto a lavoratori e destinatari delle attività, non soltanto agli associati come risulta dall'art. 10, comma 1°, lett. *h*), d. lgs. n. 460.

⁽²⁹⁾ Ad esempio, atto pubblico o scrittura privata autenticata o registrata ex art. 10, comma 1°, d. lgs. n. 460, di contro al solo atto pubblico ex art. 5, comma 1°, d. lgs. n. 155.

⁽³⁰⁾ Sulla tenuta delle scritture contabili, l'art. 10, comma 1°, lett. *g*), prevede un non meglio specificato « obbligo di redigere il bilancio o rendiconto annuale »; sul più aggiornato art. 10 d. lgs. n. 155, v. *supra* il commento di BAGNOLI.

famigerate fondazioni di origine bancaria. È forse il caso di rileggere l'art. 3, comma 2^o, del d. lgs. 17 maggio 1999, n. 153, così come si presenta ora integrato: « Non sono consentiti alle fondazioni l'esercizio di funzioni creditizie; è esclusa altresì qualsiasi forma di finanziamento, di erogazione o, comunque, di sovvenzione, diretti o indiretti, ad enti con fini di lucro o in favore di imprese di qualsiasi natura, con eccezione delle imprese strumentali, delle imprese sociali e delle cooperative sociali di cui alla l. 8 novembre 1991, n. 381, e successive modificazioni ».

In tal modo il legislatore ha accolto l'auspicio di chi ⁽³¹⁾ candidava le fondazioni bancarie ad un ruolo di *venture capitalist* (e selettore dei progetti) dell'impresa sociale, nella più generale cornice di una funzione di *merchant banker* del *non profit*, ambito quest'ultimo notoriamente asfittico dal punto di vista finanziario e, quindi, generalmente sottocapitalizzato, confermando un segnale già emerso con la (pur criticata) esclusione delle fondazioni bancarie dalla categoria delle Onlus ⁽³²⁾.

Delle stesse fondazioni non è qui il caso di ripercorrere la singolare vicenda ⁽³³⁾. Si ricorderà che non sono banche, come comprova l'esplicito divieto di svolgere funzioni creditizie, ancorché da banche esse abbiano per legge tratto origine. Dalle *ex* Casse di risparmio, oltre ai cospicui patrimoni *sub specie* di partecipazioni di controllo delle nuove società bancarie, han-

⁽³¹⁾ Ad esempio, BARBETTA, *Il settore non profit italiano. Occupazione, welfare, finanziamento e regolazione*, Bologna, 2000, p. 167, che sottolinea il ruolo delle fondazioni bancarie quale « *merchand banker* sociale » alla ricerca di « piccole imprese potenzialmente più redditizie e le aiuta a crescere ». Ma OPPO, *Le fondazioni (ex) bancarie: una strana vicenda legislativa*, in *Le « fondazioni » bancarie. Dalla l. n. 218/1990 al d. lgs. n. 153/1990*, a cura di Amoroso e Capriglione, Padova, 1999, p. 5 s., osserva che: « Prima di preoccuparsi, come talora si fa, della (passata o attuale) incertezza del legislatore nel disegnare l'inserimento delle fondazioni nella "economia civile" degli enti *non profit*, bisogna chiedersi perché fini di economia civile debbano, e se possano, essere posti, con provvedimento d'imperio, a carico di enti con fini di economia *tout court* ». Nello stesso volume collettaneo, sui presupposti politico-culturali per un recupero delle fondazioni bancarie nell'area del *non profit*, maturati in un periodo storico in cui, non solo cambiavano i connotati dell'azione dei pubblici poteri nell'economia, ma si affermava anche un « orientamento » teso ad accreditare « nel principio di solidarietà la *ratio* giustificatrice di in-

terventi preordinati non più, e soltanto, a legittimare l'imposizione di oneri finanziari (...) ma anche a governare processi che interessano l'economia civile », cfr. CAPRIGLIONE, *Operatività delle fondazioni bancarie e dismissione del « controllo » sulle S.p.a. conferitarie*, p. 91 s.

⁽³²⁾ Queste « sarebbero le uniche strutture di produzione di servizi sociali *operating* », mentre, sospinte dalla leva fiscale, le fondazioni bancarie acquisirebbero sempre più un ruolo di *grant making foundation* (così TABET, *ONLUS. profili soggettivi della fattispecie*, in *Fisco*, 1998, p. 2893) a favore di Onlus prima e, ora, delle imprese sociali, che comunque — lo si è visto al par. 2 — possono cumulare la qualità di Onlus.

⁽³³⁾ In questi termini OPPO, *Le fondazioni (ex) bancarie*, cit., p. 2. Sugli ultimi sviluppi, STEFANELLI, *Problema e sistema delle fondazioni bancarie*, Università degli Studi di Perugia, Quaderni di Diritto e Processo a cura di A. Palazzo, Perugia, 2005; con riferimento specifico al diritto degli enti senza scopo di lucro, DE GIORGI, *Fondazioni bancarie e linee evolutive della disciplina comune*, in *Le fondazioni bancarie*, a cura di Ponzanelli, Torino, 2005, p. 63 ss.

no ereditato l'antica « anima morale »⁽³⁴⁾ che, rivisitata, ha oggi modo di estrinsecarsi in interventi in settori di particolare rilevanza sociale e – non ultimo – a sostegno di iniziative economiche, proprie ed altrui, anch'esse meritevoli in quanto rivolte agli stessi ambiti di attività.

Ma andiamo con ordine.

Per le fondazioni finanziatrici di imprese sociali – e non più delle sole cooperative sociali – oggi si amplia l'opportunità di intervenire nel tessuto economico, anche al di là del perimetro segnato dai settori in cui esse possono direttamente cimentarsi attraverso imprese strumentali⁽³⁵⁾. Ciò a motivo della non perfetta convergenza tra i settori di cui all'art. 2 del d. lgs. n. 155 e quelli « rilevanti » per le fondazioni. Le quali, si ricorderà, possono poi gestire imprese sia direttamente che tramite partecipazioni di controllo (artt. 3, comma 1°, 6, 1°, d. lgs. n. 153)⁽³⁶⁾: è allora il caso di interrogarsi se, in qualità di imprenditori, le medesime possano rivestire pure la qualifica di imprese sociali. L'ipotesi non è da scartare⁽³⁷⁾: intanto il legislatore non ha inserito le fondazioni bancarie nella « lista nera » dei soggetti esclusi dalla qualifica di impresa sociale (art. 1, comma 2°), come esplicitamente era accaduto nella disciplina delle Onlus (art. 10, comma 10°, d. lgs. n. 460). Inoltre, se la fondazione *ex* bancaria ha capacità di esercitare (direttamente o tramite partecipazioni) attività d'impresa, sia pure nei limiti della strumentalità e soltanto nei settori « rilevanti » (artt. 1, lett. d, 3, comma 1°, d. lgs. n. 153/1999), vi è larga coincidenza tra i settori di attività. È opportuno però operare distinzioni.

Quanto all'accesso alla qualifica di impresa sociale sembrano non esservi controindicazioni per una società controllata da una fondazione. Qualora si tratti di un'impresa gestita invece direttamente, si ripropone il limite della strumentalità⁽³⁸⁾, occorrendo che l'attività s'indirizzi alla realizzazione dello scopo istituzionale dell'ente. Il che peraltro non è in astratto incompatibile con la qualifica di impresa sociale, atteso che tale è l'attività esercitata a titolo principale, e che quest'ultimo requisito deve essere accertato in base al criterio quantitativo dei ricavi generati dall'impresa, almeno in misura pari

⁽³⁴⁾ Locuzione usata da COSULICH, *Le casse di risparmio e le fondazioni bancarie tra pubblico e privato. Due questioni di fine secolo*, Milano, 2002, pp. 19, 56 s.

⁽³⁵⁾ Per un approfondimento sul punto, v. SCOTTI, *Articolo 2, comma 1, lettera a, L. 461/1998*, in *Fondazioni bancarie*, a cura di Nuzzo, Napoli, 2000, p. 48 ss.

⁽³⁶⁾ Cfr. anche art. 2, comma 1°, lett. d, l. 23 dicembre 1998, n. 461.

⁽³⁷⁾ Benché il modello fondazionale, per potersi adattare ai principi regolatori dell'impre-

sa sociale, secondo DE GIORGI, *La legge delega*, cit., p. 1270, richieda interventi di « robusta ortopedia statutaria ».

⁽³⁸⁾ Strumentalità che, ai sensi della lett. h dell'art. 1 d. lgs. n. 153, è da intendere in senso funzionale, non finanziario: « è cioè precluso all'ente conferente l'esercizio di un'attività imprenditoriale con il generico fine di ricavarne gli utili da destinare al perseguimento degli scopi istituzionali » (FAGGIANO, *Articolo 2, comma 1, lettera d, L. 461/1998*, in *Le fondazioni bancarie*, cit., p. 123).

al settanta per cento dei complessivi proventi (art. 2, comma 3°). Può darsi che, in linea di fatto ed in ossequio ai « criteri prudenziali » che la legge impartisce per l'amministrazione (39), la gran parte dei componenti attivi del reddito di una fondazione bancaria provenga dalla « gestione del patrimonio » (40) (art. 5, comma 1°, d. lgs. n. 153/1999), anziché dall'esercizio di un'impresa strumentale. Il dettato legislativo tuttavia non esclude a priori l'ipotesi qui prospettata di un'impresa strumentale che sia, ad un tempo, sociale (41).

4. — Seguendo la scansione dei commi dell'art. 17, gli ultimi due riguardano le cooperative sociali, cui si è già accennato nel precedente par. 2, e che occorre qui meglio riconsiderare.

Per *communis opinio* la cooperativa sociale costituisce il precedente paradigmatico dell'impresa sociale e, difatti, alcune delle norme del decreto n. 155 sembrano quasi ricalcate su articoli della l. 8 novembre 1991, n. 381. Non vi è alcun dubbio che, sotto il profilo causale, l'affinità tra i due istituti sia vistosa (42), tuttavia, e su più punti, non mancano elementi di divergen-

(39) Se infatti, come sostiene FIORENTINI, *Pubblico e privato nel nuovo Welfare*, Bologna, 2000, p. 174, un investimento in imprese che siano coerenti coi fini statutari ben difficilmente sarà tale da assicurare rendimenti in linea con quelli del mercato finanziario, l'obbligo di attenersi a « criteri prudenziali », ad un tempo conservando il « valore » del patrimonio e ricavandone una « redditività adeguata » (art. 5, comma 1°, d. lgs. n. 153/1999), orienterà gli amministratori verso impieghi diversi dall'impresa sociale.

(40) La quale non comporta la qualificazione in termini di impresa neanche se tra i beni « goduti » vi siano partecipazioni in imprese, ma non di controllo: OPPO, *Le fondazioni (ex) bancarie*, cit., pp. 9, 11.

(41) Già prima del decreto sull'impresa sociale, in base ai citati artt. 3, comma 1°, 6, 1°, d. lgs. n. 153 (art. 2, comma 1°, lett. d, l. n. 461/1998) si poteva asserire che in tal modo veniva « a delinarsi una nuova realtà, quella dell'imprenditoria « sociale », operante nel settore dei servizi alla persona » (FAGGIANO, *op. cit.*, p. 127, nota 12). Per una sottolineatura della natura di soggetto *non profit* e, insieme, della dimensione imprenditoriale delle fondazioni bancarie, anche GHETTI, *La partecipazione delle fondazioni bancarie ad altri soggetti*, in *Le « fondazioni » bancarie*, cit., pp. 149, 153 s. Scettico invece sulla compatibilità tra impresa sociale e fondazioni bancarie, CAFAGGI, *La legge delega sull'impresa*

sociale: riflessioni critiche tra passato (prossimo) e futuro (immediato), in *Impr. soc.*, 2005, n. 2, p. 66. Ad avviso di STEFANELLI, *Problema e sistema*, cit., p. 136, l'attività d'impresa della fondazione di origine bancaria, oltre che strumentale, come richiesto dalla legge, dovrebbe anche mantenersi nel limite (qualitativo) della marginalità: « Marginalità che escluderebbe i possibili effetti distorsivi della concorrenza e di turbativa della stabilità del patrimonio ». Quanto al carattere della « marginalità » v. il commento dell'art. 2, par. 5.

(42) Così FICI, *La legge delega*, cit., p. 16. Per dar conto di ciò può essere utile rileggere l'art. 1, comma 1°, d. lgs. n. 155, che discorre di « attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi di utilità sociale, diretta a realizzare finalità di interesse generale », e constatare come l'art. 1, comma 1°, l. n. 381, riecheggi il frasario dell'articolo precedente: « Le cooperative sociali hanno lo scopo di perseguire l'interesse generale della comunità alla promozione umana e all'integrazione sociale dei cittadini ». In un più ampio scenario, in cui alle *non profit organisations* il legislatore attribuisce compiti d'interesse collettivo, è il caso di aggiungere l'art. 118, ult. comma, Cost., riformato dalla l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3, che valorizza l'« autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale ». Sul punto, v. anche il commento all'art. 2, par. 3, ed all'art. 18.

za, tanto che il raccordo tra i due statuti risulta non poco difficoltoso. Di ciò l'articolo in commento, a leggere i commi 3° e 4°, sembra persino ignaro, unicamente preoccupato degli adattamenti statutari (e delle relative modalità⁽⁴³⁾ e tempi) volti a recepire l'innovativo istituto del bilancio sociale (art. 10) e l'altrettanto significativa norma sulla partecipazione di lavoratori e destinatari delle attività (art. 12). Temi che – beninteso – avrebbero senz'altro introdotto elementi consistenti di novità nella disciplina della cooperativa sociale, inducendo l'autonomia statutaria a costruire un ordinamento più coerente con la fisionomia di un modello in cui, nel confronto con la stessa cooperativa sociale, diventa più marcato il connotato della mutualità esterna e la struttura *multistakeholder* (44). Per il resto, il prosieguo della norma – « Alle cooperative sociali ed i loro consorzi, di cui alla l. 8 novembre 1991, n. 381, che rispettino le disposizioni di cui al periodo precedente, le disposizioni di cui al presente decreto si applicano nel rispetto della normativa specifica delle cooperative » – sembra aprire la strada unicamente alla disciplina della cooperativa sociale.

Ma, se le norme dettate in tema di impresa sociale – come già notato per altri tipi sociali – vanno ad inserirsi, aumentandone il già intricato groviglio, nel *puzzle* di fonti che regolano la cooperativa sociale (45), si pongono ulteriori problemi di coordinamento, *ergo* di adeguamento statutario.

A proposito dell'accennato profilo causale, mentre le cooperative – sociali e non – sono comunque vocate alla realizzazione di uno scopo mutualistico, come continua a dire il riformato art. 2511 c.c., quelle previste in leggi speciali possono costituirsi per procurare beni o servizi a soggetti appartenenti a particolari categorie di soggetti, anche non soci, rimanendo assoggettato al regime comune in quanto compatibile, come statuisce il nuovo art. 2520, commi 1° e 2°, c.c. Disposizione, quest'ultima, che si riferisce

(43) Per le preesistenti cooperative sociali che intendano accedere al regime dell'impresa sociale, entro dodici mesi dall'entrata in vigore dal decreto, i necessari adeguamenti statutari potranno effettuarsi « con le modalità e le maggioranze previste per le deliberazioni dell'assemblea ordinaria ». Dunque, non occorre la forma pubblica del relativo verbale, assoggettato – prima dell'iscrizione – al controllo omologatorio: così, anche per riferimenti, KROGH, *L'impresa sociale. Prime riflessioni sul d. lgs. 24 marzo 2006, n. 155*, studio n. 429-2006/C, approvato dalla Commissione studi civilistici del 14 luglio 2006, del Consiglio Nazionale del Notariato, p. 62.

(44) FICI, *Nozione e disciplina*, cit., p. 60 s.

(45) Com'è noto, *species* senz'altro peculia-

re del *genus* mutualistico, ancorché allo statuto ordinario della cooperativa attinga soprattutto quel che attiene l'organizzazione, su cui poco o nulla dispone la l. n. 381. Ma il quadro normativo si dilata ulteriormente ad altre leggi speciali tra cui: il d. lgs. n. 1577/1947, che dopo la riforma del diritto societario ha rilevanza soprattutto in materia di consorzi; la l. n. 59/1992, su fondi mutualistici, soci sovventori, azioni di partecipazione cooperativa; la l. n. 142/2001 sulla figura del socio lavoratore; il d. lgs. n. 220/2002 in tema di vigilanza pubblica, senza dire delle leggi regionali, nonché del significativo influsso della recente riforma del diritto societario (su quest'ultimo aspetto, v. FICI, *Cooperative sociali e riforma del diritto societario*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, n. 1, p. 75 ss.).

anche alle cooperative sociali, a loro volta richiamate nell'art. 111 *septies*, disp. att., c.c., per affermarne la natura di cooperative a mutualità prevalente, indipendentemente dai requisiti di cui all'art. 2513 c.c. ⁽⁴⁶⁾.

Orbene, il raccordo tra il codice riformato e la legislazione speciale – per l'appunto riconducibile ai menzionati articoli – procede attraverso l'inquadramento *ope legis* della cooperativa sociale nello *status* di cooperative anomale, fiscalmente agevolate in quanto a mutualità prevalente (art. 223 disp. att. c.c.), di talché – come già rilevato a proposito delle imprese sociali-Onlus ⁽⁴⁷⁾ – nella fattispecie « impresa sociale » si può « ritagliare » un'ulteriore categoria beneficiaria di un trattamento privilegiato.

Sui temi esplicitamente menzionati dall'art. 17, comma 3° e 4°, il raccordo tra diverse figure – lo sforzo cioè di conformare la cooperativa sociale « ad immagine » dell'impresa sociale – appare persino più agevole ⁽⁴⁸⁾ di quel che invece possa dirsi per altri aspetti, segnatamente il divieto di distribuire utili, il diritto al rimborso dei conferimenti di capitale, i settori di attività ammessi, la vigilanza dei pubblici poteri.

Su tali argomenti, il rinvio della norma in commento alla disciplina della cooperativa sociale – come detto – sembra del tutto risolutivo ed appagante. Ma applicare *de plano* il combinato disposto del codice e della legge speciale apre problemi: allorché la cooperativa sociale intenda accedere alla qualifica di impresa sociale, quindi, occorre comprendere se le più fitte maglie intesute dal decreto n. 155 tornino di nuovo a diradarsi o se invece non mantengano, senza deroghe, la loro compattezza.

Inevitabile *in primis* il riferimento al perentorio art. 1, lett. a), n. 2, della legge delega, poi confermato dall'art. 3 del decreto delegato, in cui si rinviene un intransigente *non distribution constraint*. Soluzione che – biasimata od elogiata, a seconda delle diverse ragioni che si vogliano addurre ⁽⁴⁹⁾ – in

⁽⁴⁶⁾ V. la disamina di MARASÀ, *Introduzione. Problemi della legislazione cooperativa e soluzioni della riforma*, in *Le cooperative prima e dopo la riforma del diritto societario*, a cura di Marasà, Padova, 2004, p. 17: il riformatore sembra prendere atto che vi sono cooperative, regolate da leggi speciali, causalmente difforni dalla fattispecie codicistica, cioè anomale, nel senso che l'obiettivo dei operatori non è la realizzazione dello scopo mutualistico-egoistico; v., altresì, CAPECCHI, *Evoluzione del terzo settore e disciplina civilistica*, cit., p. 89 ss. e *ivi* altri riferimenti, la cui tesi di fondo è che la meritevolezza dell'ente non preclude la distribuzione, pur limitata, di utili. Sulle cooperative, di recente e ad esempio, SANDULLI e VALENSISE, *Le cooperative do-*

po al riforma del diritto societario, Milano, 2005.

⁽⁴⁷⁾ V. *supra*, par. 2.

⁽⁴⁸⁾ In proposito, cfr. i condivisibili rilievi di TRAVAGLINI, *L'informazione contabile nell'impresa sociale*, in *Impr. soc.*, 2006, n. 3, p. 93 s., e di FICI, *La legge delega*, cit., p. 20 ss.

⁽⁴⁹⁾ Benché il totale *non distribution constraint* abbia un'indubbia capacità segnaletica verso determinati *stakeholders*, riscuotendone perciò la fiducia – costruendo l'immagine dell'ente, direbbero gli esperti di *marketing* – le maggiori perplessità dipendono dalla scarsa attrattività di un conferimento cui a priori si nega ogni sia pur minimo rendimento (BORZAGA, *Introduzione*, in *Impr. soc.*, 2005, n. 2, p. 25 s.; FICI, *Nozione e disciplina*, cit., p. 37 s.).

sede di commento della stessa legge delega ⁽⁵⁰⁾ poteva anche far supporre che il legislatore delegato ne avrebbe potuto trarre tutte le conseguenze, compresa l'estromissione della cooperativa sociale dal novero delle imprese sociali, a meno di una norma *tranchant* – sul modello dell'art. 10, comma 8°, d. lgs. n. 460 – che le avesse invece assegnato la nuova etichetta. A posteriori non si può non rilevare un diverso risultato: le cooperative sociali possono – se vogliono – essere imprese sociali; non lo sono però *ope legis*. In entrambe le fattispecie, da un verso si pone un rigido divieto di distribuire utili, dall'altro invece si apre una breccia per far spazio alle cooperative sociali.

Ma vi è di più: a differenza di quel che può dirsi per le Onlus, tutti i tipi societari – *ex art. 1, comma 1°* – possono acquisire la qualifica di impresa sociale; tutte le società, incluse le cooperative anche sociali, purché statutariamente conformate *secundum legem*: società anomale – direbbe un'auto-revole dottrina ⁽⁵¹⁾ – perché dalla legge decurtate dello scopo di lucro in senso soggettivo ⁽⁵²⁾. Ora, se si ammette, come conferma il rinvio alla disciplina della cooperativa sociale prima citato, che il legislatore ha finito – come dire? – col far rientrare dalla finestra ciò che – il lucro soggettivo – sembrava aver drasticamente estromesso dalla porta dell'art. 3, non si vede quale singolare logica possa spiegare la scelta di inibire a tutte le forme societarie la possibilità di remunerare il capitale di rischio, ad eccezione fatta che per la cooperativa sociale. E perché mai quest'ultima sarebbe abilitata ad attribuire ai soci un dividendo, seppur limitato in quantità, in un contesto imperniato sulla eterodestinazione dei risultati (art. 1, comma 2°), mentre analoga facoltà non è riconosciuta ad una cooperativa ordinaria, anch'essa potenziale impresa sociale?

Il contrasto tra discipline rischia di acuirsi su un punto strettamente connesso al precedente: la devoluzione del patrimonio in sede di liquidazione. In proposito la locuzione « patrimonio residuo », usata dall'art. 13, comma 3°, lascia, come si è visto al par. 1, dubbioso l'interprete. Al solito

⁽⁵⁰⁾ DE GIORGI, *La legge delega, cit.*, p. 1270, dove riferimenti di dottrina. V., *amplius*, il commento di CAPECCHI all'art. 3.

⁽⁵¹⁾ Cfr. MARASÀ, *Cooperative e Onlus, cit.*, p. 915 ss.

⁽⁵²⁾ FICI, *La legge delega sull'impresa sociale, cit.*, pp. 13 s., 16, accogliendo un'interpretazione « forte » dell'art. 1, comma 1° della l. n. 381, presta attenzione anche all'altro versante del tipico vantaggio mutualistico, e stante l'eterodestinazione dei risultati dell'attività prevista sia per la cooperativa sociale che per l'impresa sociale, deduce che « al ritorno (o, più in gene-

rale, al trattamento economico dei soci cooperatori negli scambi mutualistici) dovrebbe porsi un limite perché l'obiettivo di questa società, a differenza di tutte le altre cooperative, non è (...) massimizzare l'utilità dei soci bensì degli utenti dei beni o servizi resi ». A parte che nelle cooperative sociali le persone svantaggiate inserite al lavoro sono esse stesse soci (art. 4, comma 3°, l. n. 381), mi domando fino a che punto dovrebbe operare il suddetto contenimento dell'interesse dei soci al ritorno per corrispondentemente massimizzare l'utilità distribuita ai non soci, attraverso favorevoli condizioni di scambio.

l'*incipit* dell'articolo fa « Salvo quanto previsto in tema di cooperative »; da quest'ultima fonte si ricava un'indicazione nettamente più precisa, nel senso della devoluzione del patrimonio residuo ai fondi mutualistici, « dedotti il capitale versato e rivalutato ed i dividendi eventualmente maturati »⁽⁵³⁾. La motivazione dell'inciso dev'essere stata quella di dirottare ai fondi mutualistici il residuo attivo, altrimenti destinato ad enti non lucrativi individuati dallo statuto; tuttavia la norma in tema di cooperative – a meno di amputarla del riferimento (non tanto ai « dividendi maturati » quanto) al « capitale versato » – prevede il diritto al rimborso del capitale. E sarebbe a dir poco singolare riconoscere tale diritto nella liquidazione di una cooperativa sociale, negandolo invece nelle restanti forme giuridiche di cui si può rivestire l'impresa sociale. Senza dir poi che un conto è vietare la distribuzione di utili, quelli maturati nell'esercizio di riferimento come pure quelli pregressi ed accantonati, altro è coinvolgere in analoga destinazione i conferimenti. Del resto il legislatore, quando ha optato per una soluzione tanto radicale da negarne il rimborso, assimilandoli a vere e proprie liberalità, non solo si è espresso con maggior chiarezza di quanto non abbia fatto l'estensore del d. lgs. n. 155, ma soprattutto si è riferito a realtà associative in cui la dimensione imprenditoriale è del tutto marginale⁽⁵⁴⁾.

Ulteriore, considerevole discrasia – qui senza ombra d'incertezza – risulta dal raffronto tra l'art. 1 della l. n. 381/1991 e l'art. 2 del decreto in commento: all'impresa sociale è consentito un raggio d'azione indubbiamente più vasto di quanto non sia per la cooperativa sociale di tipo A, ché quella di tipo B – com'è noto – non conosce restrizioni circa il possibile oggetto sociale. *De iure condito* quindi delle due l'una: o la cooperativa sociale di tipo A è interessata a conservare tale veste, e allora si limiterà a gestire servizi socio-sanitari ed educativi, ambiti peraltro convergenti con le attività di cui alle lett. a), b), c), d) ed l) dell'art. 2, comma 1°, potendo in tal caso essere anche impresa sociale; oppure, in alternativa, se quella società dovesse scegliere di operare in settori di attività ulteriori, dovrebbe collocarsi fuori dallo *status* di cooperativa sociale, semmai qualificandosi come (cooperativa) impresa sociale. Risultato, questo, palesemente incongruo; vicolo cieco da cui è possibile uscire soltanto rivisitando (ampliandolo) l'elenco delle attività di cui all'art. 1 della l. n. 381 citata⁽⁵⁵⁾.

La rassegna dei punti su cui è mancato il coordinamento tra quest'ultima ed il decreto in esame può qui concludersi. È appena il caso di aggiun-

⁽⁵³⁾ Art. 11, comma 5°, l. 31 gennaio 1992, n. 59.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. art. 5, comma 4°, l. 11 agosto 1991, n. 266, in cui l'impresa, limitata appunto alla marginalità, può avere minori esigenze di

capitalizzazione e tutta l'organizzazione ruota attorno alla gratuità degli apporti, quelli lavorativi ed anche i conferimenti di capitale.

⁽⁵⁵⁾ Proposta di Fici, *Nozione e disciplina*, cit., p. 61.

gere il tema della vigilanza: nell'art. 16 non è spesa una parola, come invece sarebbe stata molto opportuno, per almeno chiarire la relazione tra la nuova disciplina ed altre preesistenti, quasi che le cooperative sociali non siano già assoggettate a controlli esterni, in quanto cooperative (d. lgs. 2 agosto 2002, n. 220) ed in qualità di Onlus (art. 11 d. lgs. n. 460). E allora, nel silenzio normativo, non può che dedursi il cumulo di un defatigante sistema di controlli, con tutte le possibili duplicazioni ed inefficienze del caso ⁽⁵⁶⁾. Il che ad ogni modo non sorprende quanti hanno già manifestato perplessità – come si è evidenziato in apertura (par. 1) – legate a molteplici sovrapposizioni di norme.

⁽⁵⁶⁾ In tal senso, v. *retro* il commento all'art. 16.

Art. 18
(Disposizione di carattere finanziario)

All'attuazione del presente decreto le amministrazioni competenti provvedono avvalendosi delle risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica.

Commento di ANDREA BUCELLI

SOMMARIO: 1. Una riforma « a costo zero »?

1. – *Dura lex sed lex*: potrebbe suonare così il commento di questa icastica norma finale con cui, a meno di eventuali ripensamenti ⁽¹⁾, il legislatore delegato ha varato una riforma, come si suol dire, « a costo zero » ⁽²⁾.

L'articolo può prestarsi a diverse « letture ».

Una norma che, da un verso, si preoccupa di preservare le casse erariali, precludendo dall'altro la destinazione di risorse (anche umane e strumentali) aggiuntive a vantaggio di un settore a detta di molti assai promettente nell'attuale fase di riconfigurazione del *Welfare State*, potrebbe far riflettere lo studioso di economia pubblica. E potrà essere apprezzata in positivo come lodevole esempio di rigore, di oculata gestione delle finanze pubbliche; oppure, in negativo, come indice di un'avara *voluntas* nel caso di specie.

A chi poi privilegi il versante aziendale, tra molte questioni, non sfuggirà che la stessa disposizione, inevitabilmente, si correla alla fragilità finanziaria di un'impresa che, nonostante il sostegno che potrà derivarle dalle fondazioni di origine bancaria (art. 17, comma 2°), rischia di non poter remunerare, foss'anche in misura attenuata e predeterminata, i conferimenti di ca-

⁽¹⁾ Dalla trama di articoli del decreto legislativo traspare l'intento di avvantaggiare l'impresa sociale, senza dire dell'art. 17, comma 2°, in cui si fa esplicito un non trascurabile beneficio. Il proposito di ulteriormente provvedere in tal senso potrebbe riemergere se anche in sede parlamentare dovesse far breccia l'istanza che, diffusamente, si avverte nell'attuale dibattito sul tema (cfr., ad esempio, BORZAGA e SCALVINI, *In-*

roduzione, in *Impr. soc.*, 2006, n. 3, p. 17 ss.).

⁽²⁾ Alla ricerca dei soggetti alla fin fine destinati ad accollarsi il c.d. costo zero, con riferimento alla (per questo aspetto analoga) riforma degli ordinamenti didattici universitari, si muove GALLI in *Unitarietà della scienza giuridica e pluralità dei percorsi formativi*, a cura di Cerulli Irelli e Roselli, Napoli, 2006, p. 178 s.

pitale, incontrando di conseguenza difficoltà pure sul versante dell'accesso al credito.

Viene perciò spontaneo raffigurarsi un'economia minore, a bassa intensità di capitale e professionalità ⁽³⁾, largamente fondata sul lavoro volontario; condizioni, queste, peraltro smentite dai fabbisogni di settori – quelli elencati nell'art. 2 – ad alto costo e domanda crescente e comunque, nell'attuale periodo storico, massicciamente presidiati da organizzazioni del privato sociale, anziché dai pubblici poteri ⁽⁴⁾.

D'altra parte, seppur connotata di socialità, l'attività di cui qui si parla è comunque qualificata in termini d'impresa e, correntemente, si definisce tale l'attività gestita in modo da tendere almeno all'autosufficienza economica, scambiando beni e servizi sul mercato, in ciò risiedendo il requisito dell'economicità che in senso tecnico-giuridico individua la fattispecie « impresa » ⁽⁵⁾. Ora, l'aver messo a disposizione il modello imprenditoriale per attività ed organizzazioni tipicamente non lucrative potrà incontrare resistenze soprattutto culturali, ma in ciò – piaccia o non piaccia – consiste il presupposto per reperire le risorse necessarie ad affrancarsi dalla tuttora preponderante dipendenza dal finanziamento pubblico ⁽⁶⁾. In proposito, la mancata regolazione della *partnership* tra pubblica amministrazione ed enti che gestiscono imprese sociali si segnala tra le principali carenze della nuova disciplina ⁽⁷⁾.

Ancora e sotto altro profilo, l'osservatore di leggi che, in anni recenti, hanno frammentato e dilatato l'ordinamento degli enti del c.d. terzo settore, potrà considerare paradossale il risultato cui approda il decreto *de quo*: ad un'ampissima categoria di potenziali destinatari, selezionati in base a stringenti parametri di meritevolezza ed utilità sociale, è negato ogni sia pur minimo premio fiscale, finanziario o di altro genere, salvo il sostegno *aliunde* derivante da concomitanti *status* (Onlus, cooperativa a mutualità prevalente).

Chi poi voglia ricercare le motivazioni che possono aver indotto l'estensore dell'art. 18 a ripiegare su una dizione tanto avara di munificenze può trarre spunti interessanti dall'*iter* parlamentare. Forse è prevalsa la preoccupazione

⁽³⁾ Cfr. CARINCI, *Il non profit. Itinerari giuridico istituzionali*, in *Non profit e volontariato. Profili giuridico istituzionali*, a cura di Carinci, Milano, 1999, p. 6.

⁽⁴⁾ Sui punti ora toccati, cfr. le più ampie considerazioni di MORI, *Alcune riflessioni su natura e motivazioni economiche dell'impresa sociale*, in *Non profit*, 2006, n. 2, p. 308 s., e di MUSELLA, *L'impresa sociale tra vincoli e opportunità. Quali politiche per lo sviluppo dell'impresa sociale nel Mezzogiorno*, in *Impr. soc.*, 2006, n. 3, p. 161 s.

⁽⁵⁾ V., *supra*, il commento all'art. 2, par. 2 e 5.

⁽⁶⁾ Peraltro sempre più incerto, come risulta da recenti indagini, di cui danno conto BORZAGA e FAZZI, *Il ruolo del terzo settore. In La riforma dei servizi sociali in Italia. L'attuazione della legge 328 e le sfide future*, a cura di Gori, Roma, 2004, p. 133 ss., dove pure un realistico tratteggio delle criticità da un punto di vista finanziario e culturale del terzo settore.

⁽⁷⁾ V. *supra*, il commento all'art. 2, par. 3.

pazione – altre volte negletta – di non mischiare la disciplina sostanziale con quella fiscale ma, facendo un passo indietro nel tempo, la circostanza ⁽⁸⁾ che accelerò l'approvazione della legge delega n. 118/2005 fu proprio la soppressione di ogni sia pur minimo riferimento alla concessione di benefici, che permise di superare le residue resistenze del Ministro dell'economia.

Sopita per il momento la forza attrattiva dei mancati incentivi, molti si interrogano sulle ragioni di convenienza della nuova qualifica, la quale – alla stregua di altre coniate da leggi promozionali – non ha valore cogente ⁽⁹⁾. Vi è infatti chi, nelle pieghe della disciplina, rinviene costi certi e meno certe opportunità applicative, connesse magari a ragioni di immagine ⁽¹⁰⁾, oppure a specifiche regole ⁽¹¹⁾ o, ancora, ad innovative soluzioni idonee a stabilire proficui rapporti tra enti *for profit* e *non profit* ⁽¹²⁾, o forse più genericamente ad una certezza giuridica finora assente nel silenzio del libro I del codice, che privava di un regime predefinito associazioni e fondazioni che si fossero cimentate in attività commerciali ⁽¹³⁾. Ma, a ben vedere, se da un verso il decreto sull'impresa sociale ha senz'altro arricchito il ventaglio delle « scelte » degli enti privati, in parte colmando quel significativo vuoto normativo, dall'altro l'intreccio di norme si è reso ancor più fitto di prima; corrispondentemente, le valutazioni e le scelte dell'operatore (e dei suoi eventuali consulenti) non possono che complicarsi ⁽¹⁴⁾.

⁽⁸⁾ Segnalata da BORZAGA, *Introduzione*, in *Impr. soc.*, 2005, n. 2, p. 23.

⁽⁹⁾ V. retro le *Note introduttive* di DE GIORGI.

⁽¹⁰⁾ Per esempio, si affaccia l'ipotesi di organizzazioni non lucrative che, al fine di scorporare rami di attività dai connotati e dalle dimensioni divenute ormai imprenditoriali, potrebbero costituire società di capitali-impresе sociali senza scopo di lucro, ché accedere al comune regime lucrativo potrebbe non giovare, ingenerando sfiducia in alcuni *stakeholders*. Analogamente, in Francia, le associazioni di utilità sociale pare risultino tuttora accattivanti per i privati, proprio perché consentono di conseguire una sorta di « marchio »: cfr. *Études du Conseil d'État*, Paris, La documentation française, 2000, *Les associations reconnues d'utilité publique*, recensito da TONOLETTI in *Dir. pubbl.*, 2001, p. 837 s.

⁽¹¹⁾ Ad esempio, in tema di responsabilità potrebbe darsi che un'associazione non riconosciuta esercente attività d'impresa valuti l'opportunità di acquisire la qualifica di impresa sociale in ragione della limitazione ex art. 6, su cui v. supra CETRA. Norma comunque « difficilmente conciliabile » con l'art. 38 c.c., secondo DE GIORGI, *La legge delega sull'« impresa sociale »*, in *Studium iuris*, 2005, n. 11, p. 1270. Potrebbe

risultare conveniente la previsione della (sola) liquidazione coatta amministrativa, su cui peraltro, criticamente, v. GALLETI, *La politica delle procedure concorsuali*, in *Impr. soc.*, 2006, n. 3, p. 133.

⁽¹²⁾ Seppur nel rispetto del limite di cui all'art. 4, comma 4^o, enti *for profit* potrebbero aver interesse a gestire in forma di impresa sociale servizi funzionali all'attività principale, ad esempio asili nido e simili: è l'idea di uno *spint off* sociale proposta da FIORENTINI, *Evoluzione dei rapporti fra impresa sociale e impresa for-profit*, in *Impr. soc.*, 2006, n. 3, p. 275 ss. Nello stesso luogo (p. 142 ss.) una puntuale indicazione di vantaggi e svantaggi, con la traduzione in cifre dei costi di « trasformazione » in impresa sociale, MERLO, *Impr. soc. e nuovi settori di attività*.

⁽¹³⁾ Aspetto messo in luce tra l'altro nella discussione del 25 maggio 2005 sul disegno di legge delega A.C. 3045-B, relatore on. Ciro Falanga.

⁽¹⁴⁾ DE GIORGI, *La scelta degli enti privati: riconoscimento civilistico e/o registrazione speciale?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, II, p. 91: « a molte scelte corrispondono molti problemi, in ordine all'esatta ricostruzione della com-

Se così è, l'auspicio che si può formulare, in esordio di legislatura, può esser quello di riprendere il filo di un dibattito interrotto con la proposta di legge delega c.d. Vietti ⁽¹⁵⁾ per la riforma del libro I del c.c. Non si tratterà allora di aggiungere o togliere questo o quell'articolo a quelli fin qui analizzati, o di riscrivere l'art. 18. Piuttosto, occorrerà rinnovare lo sforzo per ripensare e riordinare l'impianto complessivo del diritto degli enti non lucrativi nella prospettiva del c.c., facendo i conti con l'ormai sedimentata costellazione di norme speciali, tra cui il decreto oggetto del presente commentario.

plessa normativa cui l'ente è sottoposto». Quanto all'operatore pratico, « dal quale non si può pretendere che impegni la gran parte del suo tempo in un'attività di studio tesa alla ricostruzione dell'effettivo modo di essere degli istituti giuridici », v. EAD., *Tra legge e leggenda: la categoria ente nel diritto delle associazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, n. 4, pp. 630, 654 ss., dove pure indicazioni sul progetto di legge di seguito citato nel testo. Anche GALLI, *Formazioni collettive e verbali di assemblee*, in *Studi in memoria di Vincenzo Ernesto Cantelmo*, a cura di Favale e Marucci, Napoli, 2003, I, p. 806, nota 23, ritiene che « l'esser vocato a risolvere *rebus od enig-*

mi giuridici, non parrebbe appartenere agli attributi di chi pratica (o vorrebbe praticare) il volontariato ».

⁽¹⁵⁾ Ripresentata dallo stesso on. Michele Vietti il 16 settembre 2006 (Camera: atto n. 1650). Il 15 settembre 2006 il viceministro dell'Economia e Finanze, on. Roberto Pinza, ha dato notizia alla stampa della prima riunione, tenutasi il giorno precedente, della Commissione ministeriale incaricata di mettere a punto, entro il 1° marzo 2007, un disegno di legge delega per la riforma del titolo II del libro I del codice civile.