

XI CONVEGNO ANNUALE DELL' ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI UNIVERSITARI
DI DIRITTO COMMERCIALE "ORIZZONTI DEL DIRITTO COMMERCIALE"
"ORGANIZZAZIONE, RIORGANIZZAZIONE E RISTRUTTURAZIONE DELL'IMPRESA
NEL DIRITTO INTERNO E NELLA DIMENSIONE TRANSNAZIONALE".
Roma, 14-15 febbraio 2020

ALDO LAUDONIO

**Assetti organizzativi adeguati e
prevenzione della crisi negli enti non lucrativi
(interrogativi sull'adeguatezza del legislatore di fronte alla crisi)**

SOMMARIO: 1. Flussi narrativi e diritto della crisi - 2. "Se troppo dure, si trasgrediscono e con ragione". - 3. "Se troppo complicate l'ingegnosit  umana riesce facilmente a insinuarsi entro le maglie di questa massa fragile, che striscia sul fondo". - 4. "La maggior parte delle nostre leggi penali - e forse   un bene - non raggiungono che un'esigua parte dei colpevoli; quelle civili non saranno mai tanto duttili da adattarsi all'immensa e fluida variet  dei fatti. Esse mutano meno rapidamente dei costumi; pericolose quando sono in ritardo, ancor pi  quando presumono di anticiparli".

1. Flussi narrativi e diritto della crisi.

"Poich  la coesione sociale   sempre esposta a traumi e conflitti al livello del legame sociale, una delle principali risorse per mantenere un equilibrio di sopravvivenza   proprio la capacit  di elaborare *narrazioni interpretative* adatte a mitigare e ad attenuare le scissioni che potrebbero scatenare un eccesso di dinamiche conflittuali" (corsivo aggiunto) (MITTICA).

All'intersezione tra letteratura e diritto, lungi dalle elaborazioni dottrinarie "pure" sulla natura e funzione di quest'ultimo, si pu  cogliere un aspetto molto significativo, eppure sfuggente e talora imprecisabile, di quella porzione del discorso giuridico che si coagula negli enunciati normativi. La complessa espansione cumulativa di questi enunciati, la loro occasionale aggregazione in una struttura organica e funzionalmente omogenea, la loro frammentazione in molteplici scomparti di analoga intensione ne svelano, unitamente al loro costante mutare l'inevitabile incompletezza e parzialit .

Da un lato, sia pure in misura variabile, il discorso giuridico, come qualsiasi discorso umano, è intrinsecamente *incompleto*, nella misura in cui la “giuridificazione” è un fenomeno che anche nei più pervasivi regimi totalitaristici si arresta di fronte a delle immancabili aree di irrilevanza o altrimenti impervie alla regolamentazione. La crescente complessità e mutevolezza della realtà effettuale, oltretutto, si pone sempre in tettonica frizione con il rigido (e perciò fragile) involucro tracciato dalle maglie delle norme, frizione, che, com’è a tutti noto, si risolve generalmente a tutto loro scapito.

Dall’altro, la parzialità risiede nell’origine dell’impulso iniziale e dell’azione conformatrice che intende schematizzare una certa dinamica umana saldando a tale rappresentazione determinate conseguenze: tale momento genetico rarissimamente appartiene all’intero insieme di una comunità, bensì scaturisce più frequentemente da una sua parte, la quale riduce negli enunciati normativi la *propria* narrazione interpretativa del reale.

Questi minimi e superficialissimi cenni preliminari sono funzionali ad introdurre una chiave di lettura dell’edificio normativo del codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza (d.lgs. 14/2019, di seguito: c.c.i.i.) che si vuole impiegare per enuclearne alcune “sequenze narrative” e porle a raffronto con degli elementi della realtà e del rimanente panorama dell’ordinamento giuridico, dei quali il “racconto” del legislatore tiene poco o nessun conto. Le conseguenze di queste preterizioni si possono riversare in una più o meno ampia inidoneità della narrazione giuridica a mitigare le dinamiche conflittuali che allignano in queste regioni trascurate.

Nella transeunte¹ rappresentazione giuridica a cui i fenomeni patologici legati allo svolgimento di attività economiche imprenditoriali sono

¹ Perché destinata ad essere ulteriormente integrata e corretta all’esito della rinnovazione della delega al governo (recata dall’art. 1 d.lgs. 20/2019). L’assoluta singolarità della “delega che visse due volte” - in sé considerata, nonché in funzione del suo contenuto - la rende, peraltro, quanto meno sospetta di illegittimità costituzionale: ci si potrebbe infatti preliminarmente interrogare sulla complessiva legittimità della prassi in base alla quale le leggi delega sono ormai costantemente punteggiate da previsioni che attribuiscono al governo il potere di realizzare interventi emendativi dei decreti legislativi approntati e della correlativa, conclamata incapacità degli esecutivi di dare tempestiva, compiuta e corretta attuazione alle deleghe che essi stesi confezionano, sollecitano e quindi ricevono. Superata l’avulsa accademicità di un simile rilievo, si potrebbe poi essere tentati di sondare la conformità alla Carta costituzionale dell’inedita “rimessione in termini” operata dal d.lgs. 20/2019 a fronte dello (scadente) esaurimento della potestà normativa delegata realizzato con il c.c.i.i. e soffermarsi sull’influenza che una simile pratica, in caso di sua affermazione, potrebbe avere in futuro sul procedimento legislativo e, più in generale, sull’equilibrio tra i poteri dello stato. I limiti del presente contributo e delle competenze dello scrivente, tuttavia, non consentono nemmeno di avviare un’embrionale riflessione in proposito, pur

approdati con il c.c.i.i., sembra di poter discernere i tratti di una particolare lettura dell'insorgenza del dissesto: una visione, in particolare, che è imperniata sulla sua connotazione finanziaria e che, quale corollario, ne predica il progressivo, quasi cadenzato, aggravamento.

Concesso che una simile *lettura interpretativa* possa attagliarsi ad una specifica genesi della crisi ed a una sua ben definita dinamica di emersione, essa risulta però insuscettibile di un'indiscriminata replicabilità. Ci si trova così dinanzi ad una prima difficoltà di notevole entità: in un ordinamento in cui la crisi ad eziologia finanziaria è il substrato rappresentativo su cui si dipana la sequenza delle previsioni elaborate, rispettivamente, per la sua prevenzione e per la sua risoluzione, ogni altra causazione del declino o del collasso imprenditoriale (e non solo) si eclissa alle estremità dello spettro della lacunosa "narrazione" giuridica, inadatta a fornire anche solo un momento di sintesi delle sfaccettature della realtà.

Altro aspetto problematico consiste, come accennato, nell'adesione prestata alla *vulgata* che concepisce la crisi come l'infausto preludio dell'insolvenza, come se si potesse tracciare una paradigmatica traiettoria che decorre dall'una all'altra ed immancabilmente li avvince. Un'inesorabile parabola, geometrica e letteraria, che enucleando un *τόπος* dalla multiforme patologia della realtà degli scambi, lo erge quasi ad esemplare lezione sulla prevedibilità/prevenibilità della rovina irreversibile (che, una volta divenuta tale nei fatti, assume tale fisionomia anche nella dimensione giuridica per effetto di una poco avvertita interferenza tra stato di crisi ed insolvenza²

mantenendo la convinzione di una sua opportunità ad opera di chi, meglio e più persuasivamente del sottoscritto, vorrà occuparsene.

² Lamentata da molti studiosi in ragione della "contaminazione" provocata dal riferimento ai "ritardi nei pagamenti reiterati e significativi" (art. 13, comma 1, ult. periodo, c.c.i.i.), la cui identificazione è desumibile per rinvio alla disciplina della tempestività per l'iniziativa di prevenzione della crisi (art. 24 c.c.i.i.), i cui riferimenti temporali paiono notevolmente dilatati, forse anche per l'eccessivo timore di "falsi positivi". Ad analoga censura (AMBROSINI) è stato sottoposto anche l'obbligo di segnalazione della crisi da parte dei creditori pubblici qualificati (art. 15 c.c.i.i.), nel quale, oltre ad una analoga tendenza alla definizione di una tempistica certo non sollecita, l'ammontare degli insoluti tributari e previdenziali appare talmente elevato da non essere certo sintomatico di uno stato di crisi (tant'è vero che l'effettuazione della segnalazione all'organismo competente può essere impedita, tra l'altro, anche dall'apertura delle procedure per la regolazione della crisi e dell'*insolvenza*). Due minimi rilievi possono essere formulati in questa sede all'indirizzo di tale ultimo obbligo: il primo, di carattere generale, attiene al fatto che le condotte del debitore suscettibili di inibire la trasmissione della segnalazione sono tipiche e sorprendentemente non comprendono l'impugnazione degli atti impositivi alla base dell'esposizione debitoria, la quale è invece idonea ad arrestare anche l'esecuzione del soggetto contribuente; il secondo, di

e non può essere nemmeno fronteggiata con soluzioni concordatarie liquidatorie³, come si può constatare dal disfavore mostrato nei confronti di tali strumenti - artt. 6, comma 1, lett. a), l. 155/2017 e 84, comma 4, c.c.i.i. -, segno di un dirigismo, forse inconsapevole, ma non distante da quello che informava di sé la primigenia stesura dell'art. 160, comma 2, n. 2, l. fall.).

Infine, oltre a risentire dell'innata e pervasiva persuasione umana di saper ricostruire serie causali anche complesse (inevitabilmente mancando di cogliere con esattezza il contributo che ciascun elemento abbia fornito al suo dipanarsi e scadendo così in semplificazioni, approssimazioni o manipolazioni più o meno consapevoli⁴), lo svolgimento degli inscindibili piani narrativi della trasposizione giuridica del reale qui appena tratteggiata ha come protagonisti degli operatori economici ben precisi: gli imprenditori commerciali individuali o strutturati in veste societaria (sia pure in un rapporto alterato rispetto alla netta prevalenza sistematica dei primi

portata circoscritta a talune categorie di enti non lucrativi, trae origine dalla circostanza che è presente nel nostro ordinamento una varietà di regimi esonerativi o agevolativi tale da rendere decisamente più infrequente il raggiungimento degli importi rilevanti ai fini dell'insorgenza dell'obbligo di segnalazione e ciò anche a parità di giro d'affari dell'ente non lucrativo rispetto alla società che svolga la medesima attività.

³ La cui più elevata capacità satisfattiva rispetto agli esiti della liquidazione fallimentare (e, prospetticamente, giudiziale) è sovente sottolineata dalla dottrina che si è occupata dell'argomento.

Non si può neanche escludere un profilo di contrasto tra la disciplina italiana delle procedure di allerta e di composizione assistita della crisi e la dir.(UE) 2019/1023, in quanto nel nostro ordinamento non è stato tracciato alcun *trait d'union* tra la situazione di crisi e lo scioglimento volontario dell'ente imprenditoriale, così legittimando il sospetto che alla crisi si possa solo porre rimedio con le misure del c.c.i.i. (cfr. DI CATALDO e ROSSI, che respingono condivisibilmente tale prospettiva). A livello eurounitario è nitidamente abbracciata una soluzione di buon senso rappresentata nel considerando III dir. cit., ove si afferma che "le imprese non sane che non hanno prospettive di sopravvivenza dovrebbero essere liquidate il più presto possibile" (ma cfr. anche il considerando LXXXV, secondo cui "le imprese non sane che non hanno prospettive di sopravvivenza dovrebbero essere liquidate il più presto possibile. Se un debitore che versa in difficoltà finanziarie non è sano o non può tornare a esserlo in tempi rapidi, gli sforzi di ristrutturazione potrebbero comportare un'accelerazione e un accumulo delle perdite a danno dei creditori, dei lavoratori e di altri portatori di interessi, come anche dell'economia nel suo complesso").

⁴ Prova ne sia la "transustanziazione" normativa (art. 2486, comma 3, c.c., introdotto dall'art. 378, comma 2, c.c.i.i.) del discutibilissimo criterio di liquidazione equitativa *par différence* (tra passivo ed attivo fallimentare) del risarcimento del danno derivante dal fatto illecito degli amministratori elaborato da parte della giurisprudenza (cfr., da ultima, Cass., 30 settembre 2019, n. 24431).

riscontrabile nella veneranda legge fallimentare). A queste figure si aggiungono degli importanti comprimari, quali i gruppi di imprese (artt. 2, comma 1, lett. *h*), e 284 ss. c.c.i.i.)⁵.

Sullo sfondo si agitano una serie di comparse a cui il legislatore ha rivolto solo sporadicamente l'attenzione, per lo più grossolanamente omologandoli alle figure di maggiore complessità, ma ugualmente bistrattandoli anche con i suoi silenzi: si tratta degli enti che appartengono al variegatissimo e cangiante insieme che il trascorrere delle stagioni e delle mode ha etichettato come pio e caritatevole, della "non lucratività", *nonprofit* ed infine "terzo settore".

Di questi e del loro dedicarsi ad attività imprenditoriali dinanzi alle nuove prescrizioni organizzative del codice della crisi ci si vuole occupare in queste pagine, e, per non abbandonare il legame tra diritto e letteratura con cui si è esordito, il percorso sarà accompagnato dallo scetticismo nei confronti delle leggi che Marguerite Yourcenar ha instillato nelle *Memorie* del suo raffinatissimo Adriano.

2. "Se troppo dure, si trasgrediscono e con ragione".

Non ci si discosta forse troppo dal vero affermando che la notissima teoria bigiaviana, poi ripresa ed ampiamente sviluppata dal GALGANO, in merito alla (condizionale) sottoposizione allo statuto dell'imprenditore commerciale di associazioni e fondazioni sulla scorta di un'interpretazione analogica dell'art. 2201 c.c. sia in buona parte legata all'esigenza di mettere in salvo tali enti dall'applicazione di una disciplina, quella compendiata nella legge fallimentare, avvertita come manifestamente sproporzionata, col suo rigore e la sua complessa articolazione, a governarne la sorte in caso di insolvenza.

Il punto di svolta rappresentato da tale autorevole corrente di pensiero rispetto al precedente indirizzo dottrinario dominante che per lo più si attestava sull'incompatibilità tra impresa ed enti del I libro del codice ci-

⁵ La simbolica inclusione di consumatori, professionisti, artigiani, imprenditori agricoli nella cornice dell'art. 1 c.c.i.i. non deve trarre in inganno: il loro accostamento alle figure imprenditoriali intorno a cui sono storicamente sorte e si sono evolute le procedure concorsuali non va oltre questa disposizione collocata in esergo per ragioni di visibilità. La sorte di tali soggetti resta in realtà distinta ed assoggettata a sottosistemi normativi già autonomi ed ora inglobati - non sempre accortamente - nell'ampio articolato dell'"ultimo codice".

vile ha profondamente influenzato gli studi e la giurisprudenza che in seguito si sarebbero occupati di questo tema e perfino l'edificazione dell'ordinamento giuridico stesso (specie in ambito tributario: basti considerare il rilievo dello svolgimento a titolo "esclusivo o principale" di attività commerciali nel TUIR o in altri testi normativi istituendo regimi agevolativi a partire dagli anni '90).

Non sarebbe tardato molto, almeno nel dibattito dottrinario (OPPO, SPADA, MARASÀ...), il completamento della lunga transizione, dal rigetto dell'imprenditorialità non societaria (con le sue risalenti radici storiche e poi ideologiche), passando per la cauta accettazione cui si è accennato, fino alla piena presa di coscienza dell'indifferenza della fattispecie impresa rispetto ai fini perseguiti dal suo termine di riferimento soggettivo, ossia l'imprenditore. Da tale conclusione, così lineare e solida, derivava la necessità della sottoposizione di tutti gli enti non societari imprenditoriali alla corrispondente partizione del diritto dell'impresa, con tutto il suo contenuto precettivo, incluso – per gli imprenditori commerciali – il diritto fallimentare.

Sul versante giurisprudenziale ed anche burocratico, però, l'accertamento dell'esclusività – o, comunque, della preponderanza – dell'attività d'impresa commerciale avrebbe ancora rappresentato per molto tempo uno stilema tralatiziamente diffusissimo, dando luogo ad esiti erratici e di dubbia fondatezza; solo più recentemente sembra aver cominciato a prendere piede tra i giudici di merito una crescente consapevolezza dell'infondatezza di tale modulo argomentativo, giungendosi più pacificamente alla ricompressione di associazioni e fondazioni in seno alle aree del diritto dell'impresa volta per volta rilevanti.

Molte altre, naturalmente, sono state le tesi avanzate sotto i decenni di vigenza del codice civile (e per una ricostruzione più dettagliata: CETRA), ma poche hanno lasciato un solco profondo come quelle di cui, non senza una certa arbitrarietà, si è voluto dare brevemente conto. A queste frizioni sembra abbia voluto mettere capo, per così dire "transattivamente", il legislatore: nell'art. 2, comma 1, lett. m), l. 155/2017, invero, si rinviene tra i principi generali della delega quello di "riformulare le disposizioni che hanno originato *contrastati interpretativi*, al fine di favorirne il superamento [...]". Così, pur mancando – non sorprendentemente, a dire il vero – nella legge delega una qualsivoglia perimetrazione teleologica dei soggetti da assoggettare alle nuove procedure concorsuali, al momento dell'attuazione si è comunque ritenuto di inserire nell'art. 1, comma 1, c.c.i.i. un inciso il quale

coinvolge, tra gli altri, nell'ambito applicativo del nuovo testo normativo "l'imprenditore che eserciti, *anche non a fini di lucro*, un'attività commerciale, artigiana o agricola".

Ebbene, se estrapolata dalla sua evoluzione temporale, la puntualizzazione operata con tale locuzione potrebbe apparire superflua, data l'identificazione della figura dell'imprenditore operata dall'art. 2082 c.c. in termini oggettivi e scevri da qualunque connotazione finalistica, ma si lascia tuttavia comprendere ed apprezzare proprio per l'intenzione di chiudere – o, quanto meno, mitigare – una lunga stagione di contrapposizioni ed incertezze... il che corrisponde, lo si rileva incidentalmente, al compito del diritto che si è inizialmente enfatizzato.

Pur nella positiva accoglienza che va tributata a questo elemento incidentale per la sua attitudine risoltrice (una sorta di *deus ex machina*) delle dispute di cui si è parlato, esso finisce inevitabilmente per sedimentarsi nella complessa e simbolica sistemazione giuridica della realtà economica ed in certa misura può provocare nuove tensioni interpretative idonee ad alterarne l'equilibrio. Sia sufficiente pensare, per un momento, al viluppo di fattori storici, politici e culturali da cui, pur in mancanza di qualsivoglia divieto nei confronti dell'esercizio dell'attività d'impresa da parte di enti non societari ed al cospetto di una consapevole oggettivazione dell'impresa stessa, si è sviluppato (anche a seguito dell'avvento della Costituzione democratica) un ventaglio di letture, talora anche molto distanti dal manifesto assetto disciplinare del diritto commerciale.

Ora che lo *scopo* ha conquistato un suo spazio nella branca concorsuale del discorso giuridico sull'impresa (e sia pure solo per vedersi relegato nell'ambito dell'irrilevante), non si può per altro verso escludere il rischio che su quest'"intrusione" si possa far leva per conferire peso all'elemento finalistico in altri ambiti (quali quello pubblicitario, quello contabile...) ove non sia stato espressamente "disinnescato"⁶. Contro tale eventualità occorre preservare una chiara memoria delle vicende evolutive della

⁶ Il rischio, peraltro, non è del tutto astratto, considerato che nell'ambito di un codice di poco antecedente a quello della crisi e dell'insolvenza, ossia il codice del terzo settore – d.lgs. 117/2017 (di seguito, CTS), proprio le partizioni disciplinari prese ad esempio nel testo sono state oggetto di una disciplina vistosamente asimmetrica rispetto al codice civile. Invero, nell'art. 11, comma 2, CTS si stabilisce che "gli enti del Terzo settore che esercitano la propria attività *esclusivamente o principalmente in forma di impresa commerciale* sono soggetti all'obbligo dell'iscrizione nel registro delle imprese". Questi ETS "esclusivamente o principalmente" imprenditori sono poi obbligati a tenere le scritture contabili previste

trama ordinamentale, oltre ad una radicata sensibilità sistematica, che inibisca l'emersione – magari surrettizia e non pienamente consapevole – e la proliferazione di sottospecie di imprenditori diversamente regolate in base allo scopo (connotazione che con tutta evidenza investe il soggetto e non l'attività).

3. Se troppo complicate l'ingegnosità umana riesce facilmente a insinuarsi entro le maglie di questa massa fragile, che striscia sul fondo.

Quanto l'attuale complessità ed oscurità dell'ordinamento giuridico porti – unitamente ad altri fattori, naturalmente, sui quali però ora non ci si può soffermare – alla sua ineffettività è affermazione che innanzi alle sue reiterate e generalizzate manifestazioni non necessita forse che siano spese ulteriori riflessioni.

La tensione che nel tempo si è accumulata verso l'anticipazione della concorsualizzazione della crisi non va esente da questo fenomeno, oscillando, come noto, tra la Scilla di una prematura "espropriazione" a vantaggio del ceto creditorio ed il Cariddi dell'"oltranzismo terapeutico" di soggetti ampiamente decotti (D'ALESSANDRO)⁷, attraverso tutte le tempestose e mutevoli combinazioni di continuazione aziendale, soddisfacimento degli interessi creditori, salvaguardia dei livelli occupazionali, tutela ambientale

dall'art. 2214 c.c., nonché a redigere ed a depositare il bilancio di esercizio presso il registro delle imprese (art. 13, commi 4 e 5, CTS).

Condivisi i fondati rilievi (per tutti: MARASÀ, IBBA) già formulati all'indirizzo di queste disposizioni, non resta in questa sede che sottolinearne la settorialità e quindi l'insuscettibilità di essere prese a riferimento per elaborazioni esegetiche dalla portata più ampia, tali addirittura da risalire sino alle radici del diritto dell'impresa per scalzarne interi settori. Soprattutto – ed in ciò si anticipa di poco la conclusione del paragrafo – sarebbe operazione ermeneuticamente scorretta ed inattendibile quella che tentasse di (ri)stabilire una *liaison* con il disposto dell'art. 2201 c.c. (la cui limitatissima funzione sarebbe così ancora una volta tradita e strumentalmente piegata), o si valesse *a contrario* dell'indifferenziata sottoposizione di qualunque ente imprenditoriale al c.c.i.i. (dato il contesto in cui ha visto la luce il suo art. 1 ed il genere di contrapposizioni che con esso si è voluto sedare).

Non è del resto mancato già chi (BONFANTE) abbia autorevolmente qualificato gli ETS come una "sorta di impresa civile con finalità sociali", così isolandoli dall'applicazione della liquidazione giudiziale (a cui, secondo la lettera dell'art. 121 c.c.i.i., sono assoggettati – non differentemente rispetto alla l. fall. – gli imprenditori commerciali insolventi non esigui sul piano dimensionale).

⁷ Senza che questi due estremi si siano reciprocamente elisi nel nostro ordinamento: se dall'altalenante stillicidio di interventi sulla legge fallimentare apertosi tra il 2005 ed il 2006 ci si poteva realisticamente attendere discontinuità, incongruenze e mutamenti di orientamento, oggi è genuinamente imperscrutabile l'identificazione della finalità a cui risponde la codificazione della materia, la quale è probabilmente riuscita ad esacerbare le disarmonie preesistenti spingendole a livelli prima impensabili, nonché ad introdurne di inedite.

e quant'altro si sia affacciato allo sguardo del legislatore (...come se oltre la soglia del tracollo si potesse riuscire a fare tutto ciò che l'impresa in salute non ha fatto).

Il codice della crisi, con la prominente novità delle procedure (o procedimenti o strumenti o segnalazioni... il lessico normativo è quanto mai ondivago e scadente) di allerta⁸, intende collocarsi in un'ottica a prima vista conservativa, introducendo un complesso apparato di rilevazione e prevenzione del declino economico/finanziario dell'imprenditore latamente inteso (senza soglie dimensionali o connotazioni qualitative dell'attività svolta: art. 12, comma 7, c.c.i.i.).

In biunivoco ed intimo legame rispetto all'allerta si pone l'adozione e l'adeguata configurazione di un assetto organizzativo, amministrativo e contabile che campeggia asimmetricamente nel codice civile (divenendo un principio generale del diritto dell'impresa: art. 2086, comma 2, c.c.) e nel codice della crisi (art. 3 c.c.i.i., laddove si registra una duplice declinazione del precetto differenziata per gli imprenditori individuali e quelli collettivi, con apparente attenuazione degli oneri organizzativi a carico dei primi).

Le due teste di ponte così identificate si prestano altresì a stabilire un varco inedito tra diritto concorsuale e diritto dell'impresa, con il dichiarato intento di popolare il secondo ambito della precauzione verso il primo (a dire il vero non del tutto assente e sia sufficiente qui rivolgere il pensiero al copioso ed articolato interesse dottrinario degli ultimi anni in merito ai doveri dell'organo amministrativo dinanzi al declino imprenditoriale: BRIZZI, MAZZONI, MONTALENTI, MIOLA, SACCHI, GUERRERA, MIOLA, SANDULLI...). A riprova di ciò sta la circoscritta enunciazione testuale della finalità di "rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale", la quale è pur preceduta da un guardingo "anche" (non potendosi il legislatore delegato spingersi ad inventariare altre funzioni, se non altro per gli evidenti argini del compito assegnatogli), ma pone comunque in evidenza una visione limitativa dell'istanza organizzativa interna all'impresa (DI CATALDO e ROSSI), che peraltro, se riguardata nell'ottica spiccatamente finanziaria che il legislatore ha sposato nella configurazione dello stato di crisi, può subire un'ulteriore riduzione teleologica; con ciò s'intende

⁸ È appena il caso di sottolineare la preoccupante disomogeneità non solo rispetto alla terminologia consapevolmente uniforme della l. 155/2017 (cfr. gli artt. 4, 14, comma 1, lett. d), 15, comma 1, lett. b)), ma anche in riferimento al modello di riferimento straniero costituito dalle *procédures d'alerte* francesi (nell'ultima sistemazione normativa di tale poco fortunato strumento: artt. L234-1 e ss. *code de commerce*).

dire che, stante il contesto di riferimento, si potrebbe essere spinti a ritenere che l'istituzione di assetti organizzativi sia adeguata se funzionalizzata ad intercettare tempestivamente i segnali di crisi di carattere finanziario, con il rischio tutt'altro che teorico che i sintomi degli altri ipotizzabili fattori di crisi siano pretermessi⁹. È appena il caso al riguardo di evidenziare che un'impostazione esegetica di questo genere non sarebbe del tutto compatibile nemmeno con la trama normativa della dir.(UE) 2019/1023 sui quadri di ristrutturazione preventiva, la quale contempla sì essenzialmente la crisi finanziaria, ma non omette di prendere in considerazione anche gli altri potenziali fattori di disfunzione imprenditoriale¹⁰.

Al di là della corretta collocazione sistematica attribuita all'obbligo di istituzione degli assetti organizzativi (già rilevata da DI CATALDO e ROSSI), vi è più di un dubbio di carattere generale che può essere articolato in proposito: in primo luogo, il nucleo della norma poggia sull'*adeguatezza* strutturale e funzionale della realtà imprenditoriale presa in considerazione, ma tale concetto, nel travaso dallo strumentario aziendalistico al discorso giuridico, perde pressoché integralmente la capacità di identificare

⁹ Non è mancato tuttavia chi (FABIANI) abbia inteso di seguire un'interpretazione più equilibrata che consenta all'organo di controllo (svincolato nel suo operato dalle soglie numeriche che invece interessano i segnalatori esterni) di anticipare rispetto al decorso dei trenta giorni concessi all'organo amministrativo per prendere posizione sulla comunicazione ricevuta (art. 14, commi 1 e 2, c.c.i.i.) la segnalazione della crisi all'organismo di composizione assistita della crisi (OCRI) laddove si assista ad un peggioramento del quadro (economico, patrimoniale o finanziario) dell'impresa, sia perché ciò consentirebbe a tale organo di accedere all'esonero di responsabilità previsto per esso (art. 14, comma 3, c.c.i.i.). Non ci si può peraltro nascondere che una simile lettura possa suscitare anche segnalazioni precoci rispetto all'effettivo avvento della crisi.

Un'impostazione che viceversa impone di considerare tutti i possibili elementi critici si rinviene nel d.lgs. 231/2001, il quale ai fini della redazione dei modelli di organizzazione e gestione per la prevenzione dei reati richiede di premunirsi contro la verifica di *tutti* quei reati-presupposto che potrebbero essere commessi nell'esercizio delle attività (arg. ex art. 6, comma 2, lett. a), d.lgs. 231/2001).

¹⁰ Sul punto si può prendere in considerazione il significativo considerando XXVIII della direttiva, nel quale si legge: "Gli Stati membri dovrebbero poter ampliare l'ambito di applicazione dei quadri di ristrutturazione preventiva di cui alla presente direttiva per includere le situazioni in cui il debitore attraversa *difficoltà di natura non finanziaria*, purché tali difficoltà comportino una reale e grave minaccia per la capacità effettiva o futura del debitore di pagare i suoi debiti in scadenza. Il quadro temporale rilevante per l'individuazione di tale minaccia può estendersi su un periodo di alcuni mesi, o anche più lungo, al fine di tenere conto dei casi nei quali il debitore attraversa difficoltà di natura non finanziaria che minacciano lo stato dei suoi affari in quanto continuità aziendale e, a medio termine, la sua liquidità. Può essere il caso, ad esempio, di un debitore che ha perso un appalto per lui fondamentale".

una fattispecie astratta¹¹ (lo riconosce anche uno dei più attenti studiosi della materia: IRRERA) a causa della sua intrinseca relatività e contingenza¹². Oltretutto, nella sua indistinta formulazione, tale obbligo non tiene opportunamente conto delle specificità strutturali ed operative degli enti non lucrativi imprenditoriali, i quali agendo sovente sotto l'egida di regimi di favore o a stretto contatto con la P.A., ne subiscono già in vario modo l'azione conformativa, senza che residuino ampi – o, per lo meno, praticabili – margini di autonomia organizzativa. Sempre sotto il profilo testuale, poco ragionevolmente (DI CATALDO e ROSSI) la norma non sembra nemmeno ammettere la mancata istituzione di tali assetti, sebbene una concreta ponderazione delle esigenze organizzative in relazione alla ridotta dimensione o anche alla elementarità della tipologia d'attività svolta possa fondatamente persuadere della superfluità di una sovrastruttura (e se ne potrebbe eventualmente fornire giustificazione in una logica di *comply or explain* in un documento interno – magari asseverato da un professionista – da esibire, a seconda dei casi, dietro richiesta dell'OCRI, dell'OCC o dell'autorità giudiziaria).

¹¹ Sostiene condivisibilmente CALANDRA BONAURA che “il dovere di curare gli assetti organizzativi [...] *non ha un contenuto definito dalla legge*, che si limita ad affermare la *relatività* della nozione di adeguatezza ad un criterio di proporzionalità rispetto alla natura ed alle dimensioni dell'impresa” (corsivi aggiunti) e ciò risalta maggiormente rispetto alle società voperanti in settori vigilati, ove le prescrizioni organizzative sono state puntualmente ed espressamente sancite (per un esempio su tutti, a livello di fonti primarie, si possono ricordare gli artt. 30 – 30-*sexies* d.lgs. 209/2005 - “codice delle assicurazioni private”).

Come da molti rilevato, il testuale riferimento alla “natura e alle dimensioni dell'impresa”, peraltro, lega l'art. 2381, comma 5, c.c. all'art. 2214, comma 2, c.c.. Il primo, tuttavia, non detta in positivo alcuna misura da impiegare nella strutturazione della s.p.a., mentre il secondo traccia una prima linea di obblighi tipici consistenti nella tenuta del libro giornale e del libro degli inventari, così confezionando, per così dire, uno “statuto contabile minimo”, suscettibile di espansione ed arricchimento, ma mai di ulteriore contrazione.

¹² Senza tacere della sua ponderabilità in chiave essenzialmente *retrospettiva* e da una posizione di *alterità* (o quanto meno di separatezza) rispetto alla gestione: con ciò s'intende sottolineare che l'adeguatezza degli assetti sfugge all'ambito della mera discrezionalità amministrativa per rifluire fisiologicamente al centro di una rete policentrica di scrutini posti a presidio di diverse finalità (basti qui considerare il rapporto tra l'art. 2381, commi 3 e 5, e l'art. 2403, comma 1, c.c.), i quali a loro volta convergono nel diritto azionario comune verso il giudizio dell'organo di controllo (artt. 2403, comma 1, 2409-*terdecies*, comma 1, lett. c), c.c., o, nel sistema monistico, di quella partizione specializzata dell'organo amministrativo, che è il comitato per il controllo sulla gestione – art. 2409-*octiesdecies*, comma 5, lett. b), c.c.) a cui si aggiunge, nelle società operanti in settori speciali, la vigilanza dell'autorità amministrativa competente. Al di là dell'evidente differenza di interessi tutelati e degli strumenti apprestati, il tratto comune di questi sistemi è quello di configurare un riesame *a posteriori* della strutturazione conferita alla società da parte di un organo dotato di caratteristiche di indipendenza.

Non è tutto, però, perché se abitualmente i percorsi esegetici ricostruttivi della disciplina degli enti non lucrativi imprenditoriali si sono mossi nel senso di attingere le norme applicabili dall'ambito dei vari statuti dell'imprenditore individuale, una simile operazione ermeneutica pare ora in parte preclusa proprio dalla circostanza che l'art. 3 c.c.i.i. distingue al proprio interno gli imprenditori individuali da quelli collettivi, ai quali ultimi occorre senz'altro ascrivere tutti gli enti a base associativa (e forse, ma con la dovuta cautela, anche le fondazioni di partecipazione). Infelice risulta, poi, la *summa divisio* così operata se si prendono in considerazione le fondazioni¹³, rispetto alle quali si profila un'inevitabile forzatura nell'inquadramento sia tra gli imprenditori individuali, che a quelli collettivi, con la conseguente prevedibile incertezza proprio in merito alla stessa selezione del *genus* di contromisure adottare (sempre che non si ritenga di minimizzare le distanze tra i due commi dell'art. 3 c.c.i.i. – del resto scaturenti dall'unico ed unitario criterio posto dall'art. 14, comma 1, lett. b), l. 155/2017 – , così finendo per sovrapporne il contenuto precettivo: AMBROSINI; viceversa, per un'interpretazione differenziale: LATELLA; critico sulla distinzione normativa, infine, è FERRO).

In secondo luogo, osservando la genealogia normativa del combinato disposto degli artt. 2086, comma 2, c.c. e 3 c.c.i.i., se ne può ricostruire una sorta di traiettoria discendente: partendo dall'empireo dei controlli interni delle società quotate (art. 149 TUF), si passa per la trama delle competenze organiche delle s.p.a. "ordinarie" all'indomani del d.lgs. 6/2003 (artt. 2381, commi 3 e 5, 2403, comma 1, c.c.), nonché attraverso ulteriori apparizioni settoriali più recenti (in ambito assicurativo e bancario) tra cui quella nel diritto delle società pubbliche (artt. 6, commi 2 e 3, lett. b), 14, commi 2, 3 e 4, d.lgs. 175/2016), per giungere infine alla sua generalizzazione. Ebbene, dalla constatazione di tale percorso si possono ritrarre due considerazioni: 1) esso si è sinora svolto in seno alle società capitalistiche e principalmente alle s.p.a., tipo societario destinato alle iniziative economiche di maggiore ampiezza ed articolazione; 2) la dotazione di assetti organizzativi è

¹³ Si prendano in considerazione le analoghe critiche (TAMPONI) mosse all'impropria formulazione testuale dell'art. 3, comma 1, lett. e), l. 106/2016 in cui era richiesto al legislatore delegato di "disciplinare il procedimento per ottenere la trasformazione diretta e la fusione tra associazioni e fondazioni, nel rispetto del principio generale della trasformabilità tra *enti collettivi* diversi introdotto dalla riforma del diritto societario di cui al decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 6".

stata per giunta sovente demandata in ambiti caratterizzati da ragguardevoli profili di rischio e da una notevole complessità normativa ed operativa (e ciò in un'inestricabile vicenda di assecondamento normativo della specializzazione funzionale che si accompagna alla crescita delle organizzazioni, le quali si configurano in maniera sempre più ricca in risposta).

Tutto ciò, calato nel contesto di riferimento di queste riflessioni, ossia gli enti non lucrativi (imprenditoriali), i quali sono in ampia misura soggetti di dimensioni ridotte e, se più cospicui, già spesso oggetto di un'intricata rete di controlli interni ed esterni (come si avrà modo di dire), porta a interrogarsi sull'appropriatezza della scelta in favore dell'estensione di una previsione che nei loro confronti rischia alternativamente di tradursi in un oneroso – quanto ineffabile – appesantimento burocratico, oppure in una ridondante interferenza. In relazione, poi, ai casi in cui, oltre al patrimonio dell'ente, il soddisfacimento delle obbligazioni comuni possa investire anche il patrimonio personale di tutti o di alcuni degli appartenenti (imprese sociali costituite nella veste di società di persone) o di coloro che spendono il nome dell'ente nella realizzazione dell'attività negoziale presso i terzi (associazioni non riconosciute), costoro possono venirsi a trovare in una situazione di indifferenza rispetto all'adempimento dell'obbligo organizzativo, da cui non trarrebbe alcun beneficio (DI CATALDO e ROSSI). Tale "apatia razionale" avrebbe però mancato di considerare tutti i possibili risvolti applicativi delle regole quantitative del risarcimento dovute inserite nell'art. 2486, comma 3, c.c., che sono probabilmente irrilevanti per il socio illimitatamente responsabile di società di persone, ma non certo per l'associato responsabile *ex* art. 38, secondo periodo, c.c., dal momento che il perimetro della sua responsabilità si estende fino ad includere le obbligazioni da lui poste in essere valendosi della *contemplatio domini* e non tutte quelle facenti capo all'associazione, mentre in sede risarcitoria *ex* art. 2486, comma 3, c.c. il suo patrimonio potrebbe essere molto più esposto.

Più in particolare, non sembra azzardato avanzare perplessità sul rispetto del principio di proporzionalità dell'indifferenziata scelta estensiva

della norma concernente gli assetti organizzativi¹⁴ anche agli enti non lucrativi¹⁵, specie nei confronti di quelli – nell’ampio e variegatissimo panorama che si cela dietro tale superficiale etichetta – in seno ai quali non è stata legislativamente isolata e disciplinata la funzione di controllo.

Si è dell’idea, invero, che solo attraverso la corretta impostazione di un dialogo interorganico può delinarsi un assetto effettivamente adeguato alle mutevoli esigenze strutturali ed operative degli enti in questione, altrimenti il “soliloquio” dell’organo gestorio¹⁶ non sottoposto ad alcuna revisione potrebbe risultare ontologicamente inidoneo ad elaborare i presidi necessari, ivi incluso quello comprendente la necessaria rilevazione e profilassi nei confronti della crisi incipiente. Cosicché, la decontestualizzata ed indiscriminata applicazione degli adeguati assetti organizzativi potrebbe

¹⁴ Per vero in precedenza propugnata in vario modo da autorevole dottrina: tra i tanti, BUONOCORE, MONTALENTI, IRRERA, CAGNASSO, ma non del tutto pacifica, come attestato, tra gli altri, dal pensiero di RIVOLTA, secondo cui “un «principio di adeguatezza» comprensivo di adeguatezza organizzativa, amministrativa, contabile, patrimoniale e tecnica applicabile ad ogni tipo d’impresa indipendentemente dall’organismo che la esercita, comporterebbe un pesante sindacato sull’attività imprenditoriale in ogni sua forma e si tradurrebbe in una limitazione della libertà d’iniziativa economica, ponendosi in insanabile contrasto con l’art. 41 Cost.”).

¹⁵ In occasione di altro intervento normativo, il legislatore (almeno in esordio) aveva mostrato di voler tenere conto della varietà, laddove in sede di delega per la riforma del Terzo settore, si era dettato tra i criteri precisamente quello di “definire forme e modalità di organizzazione, amministrazione e controllo degli enti ispirate a principi di democrazia, eguaglianza, nonché ai principi di efficacia, di efficienza, di trasparenza, di correttezza e di economicità della gestione degli enti, prevedendo strumenti idonei a garantire il rispetto dei diritti dei lavoratori, con facoltà di adottare una *disciplina differenziata* che tenga conto delle peculiarità della compagine e della struttura associativa [...]” (art. 4, comma 1, lett. d), l. 106/2016).

Altra distinzione dimensionale di portata più generale in materia di misure organizzative legata era stata posta in precedenza con l’art. 6, comma 4, d.lgs. 231/2001, che, al di là delle evidenti – e discusse – improprietà testuali, negli enti di piccole dimensioni il compito di vigilare sul funzionamento e sull’osservanza dei modelli di organizzazione, nonché di curare il loro aggiornamento può essere svolto direttamente dall’organo dirigente. A questa prima previsione si è peraltro aggiunta quella (art. 6, comma 4-*bis*, d.lgs. cit.) per cui “nelle società di capitali il collegio sindacale, il consiglio di sorveglianza e il comitato per il controllo della gestione possono svolgere le funzioni dell’organismo di vigilanza”, a sostanziale conferma della necessità di una calibrazione normativa differenziata degli assetti in relazione ai vari enti interessati, sia pure in presenza di lacune e talune aporie.

¹⁶ Quand’anche di un distinto organo gestorio possa predicarsi l’esistenza e, per limitarsi alle associazioni non riconosciute, non è affatto detto che sia così, dal momento che agli associati è consentito ridurre all’essenziale la struttura dell’ente, cumulando in capo all’assemblea anche le competenze gestorie, oppure rimettendole disgiuntamente o congiuntamente agli associati stessi. Discorso per certi versi analogo potrebbe essere svolto in relazione alle fondazioni, così come disciplinate nel codice civile, laddove non è rinvenibile altro organo al di fuori di quello amministrativo.

portare all'esito deteriore – certo non auspicato dal legislatore – che l'inadeguatezza organizzativa, se valutata retrospettivamente alla stregua di inabilità di prevedere e prevenire crisi o altri eventi pregiudizievoli effettivamente accaduti, possa trasformarsi in una costante del *nonprofit* (che peraltro già nei fatti dimostra una significativa caducità, se solo si considera che interpretando i dati del censimento del 2015 si è rilevato – BARBETTA *et al.* – che oltre il 47% delle organizzazioni attive nel 2011 è stato creato nel corso del decennio precedente).

Per altro verso, sebbene in astratto non si possa che salutare con favore un generalizzato irrobustimento della struttura amministrativa degli enti non lucrativi¹⁷ e non s'intenda aprioristicamente respingere una disciplina che lo introduca solo in ragione della *sedes materiae* in cui è apparsa, è innegabile che l'innovazione apportata mediante gli artt. 2086, comma 2, c.c. e 3 c.c.i.i. realizzi l'obiettivo non solo, come accennato, in maniera tanto generica da risultare pressoché impalpabile (e comunque non congrua all'eterogeneo panorama non lucrativo), ma anche attraverso un percorso obliquo al punto da rasentare la surrettizietà. Da ultimo, sul piano

L'asistematicità delle previsioni del codice della crisi in spregio alle sue aspirazioni ordinanti e la fragilità del suo complesso arsenale si disvelano con maggiore intensità proprio in relazione agli enti non lucrativi.

Al di là di ogni considerazione di più ampio respiro sulla capacità di realizzare un più elevato livello di certezza giuridica mediante l'oggettivizzazione numerica degli indici rivelatori di uno stato di crisi¹⁸, essi si scontrano anzitutto con la profonda diversità della struttura patrimoniale, aziendale e contabile degli enti non lucrativi.

Sul primo versante, occorre rilevare che solo nelle imprese sociali che assumono la veste societaria è possibile constatare un trapianto della multiforme disciplina del netto patrimoniale e, più in particolare, del capitale sociale (opportunamente depurata dalle interferenze lessicali e sostanziali

¹⁷ Talora oggetto, nella loro fragilità, di interpretazioni che nel tempo li hanno esclusi, ad esempio, dallo svolgimento dell'attività d'impresa (ZANELLI), dall'accesso alla realizzazione di operazioni straordinarie (GAMBINO e SANTOSUOSSO, LIBERTINI)...

¹⁸ Per un emblematico esempio dell'insuccesso di un altro epocale mutamento normativo volto ad assicurare una maggiore identificabilità/prevedibilità di una fattispecie giuridica si può prendere in considerazione l'enorme, differenziato e mutevole contenzioso che è scaturito dall'introduzione della l. 108/1996 e dell'articolato meccanismo di rilevazione dei tassi media e del tasso soglia rilevante ai fini dell'individuazione dell'usurarietà di un contratto *credendi causa* in essa previsto.

recate dal previgente art. 6 d.lgs. 155/2006, su cui v. CETRA). Tuttavia, già volgendo lo sguardo alle cooperative sociali, la peculiare configurazione del capitale sociale, la sua variabilità ed il ruolo tutto sommato secondario da esso svolto nella patrimonializzazione di tali enti (conformemente, del resto, a quanto vale per le cooperative in generale) avrebbero dovuto indurre ad un profondo ripensamento circa l'effettivo rilievo ed appropriatezza dell'indice inerente al patrimonio netto negativo (o alla sua riduzione al di sotto della soglia fissata per il capitale minimo legale)¹⁹.

Sulla scorta della "societarizzazione" del terzo settore (per rilievi critici sul punto: IBBA, TOLA), una riproposizione del *corpus* concernente il netto patrimoniale parrebbe a prima vista rinvenibile altresì nell'art. 22, quarto comma, c.t.s.. Tuttavia, la stessa nozione di "patrimonio minimo" non è ricavabile dal c.t.s. (in seno al quale la locuzione impiegata nell'art. 22 risulta per giunta essere isolata) ed è, più in generale, inedita nel panorama normativo degli enti non lucrativi e, pertanto, quanto meno sfuggente sul profilo contenutistico. È innegabile che vi sia una percettibile assonanza con la disciplina del capitale legale minimo funzionale all'accesso ai tipi societari capitalistici consistente, appunto, oltre alla presenza di valori minimi espressi in termini monetari il cui superamento consente l'accesso alla personalità giuridica secondo i diversi schemi organizzativi dell'associazione e della fondazione, nonché nell'embrionale e circoscritta regolazione concernente l'effettiva formazione di tale dotazione, come si può desumere dalla previsione dell'obbligatorietà di una relazione di stima in presenza di conferimenti diversi dal denaro (art. 22, comma 4, secondo periodo, c.t.s., la cui ellitticità ed incompletezza si manifesta già all'esito di un superficiale raffronto testuale con le analoghe previsioni dettate per le s.p.a. e per le s.r.l.: artt. 2342-*bis* ss., 2440, 2464, commi 3 e 5, e 2465 c.c.). Ciononostante, non è possibile ricavare dalla trama del c.t.s. altri elementi che ne consentano una pacifica assimilazione.

Manca, in particolare, una qualsiasi previsione che enuclei, a differenza di quanto avviene per il capitale nelle società appena ricordate, una

¹⁹ Il riferimento è al documento elaborato dal CNDCEC, *Crisi d'impresa. Gli indici dell'allerta*, 2019, 17, ed al primario ruolo affidato in esso a tale parametro.

particolare porzione del patrimonio assoggettandola ad un regime di tendenziale immodificabilità ad opera dei partecipanti dell'ente²⁰, il che comunque non toglie che una simile regolamentazione possa essere pattizamente ripristinata e che tale opzione sia da preferire per gli enti esercenti un'attività imprenditoriale, nella misura in cui soddisfi l'esigenza di conformità rispetto al dovere di istituzione di un assetto adeguato del c.c.i.i.. Con il che, diviene evidente che solo con un esercizio di autonomia statutaria si può colmare il divario derivante dal mancato coordinamento di c.t.s. e c.c.i.i..

Non si crede, però, che il medesimo esercizio possa (e meno ancora debba) essere ripetuto nella generalità degli altri enti non lucrativi, poiché,

²⁰ Trattando, poi, di quegli ETS che intendono conseguire la personalità giuridica secondo il sistema normativo dettato dal c.t.s., la presenza di un "patrimonio iniziale", il cui valore dev'essere almeno pari alle soglie fissate dall'art. 22, comma 4, c.t.s. ("patrimonio minimo"), rappresenta uno dei requisiti essenziali per il suo ottenimento. Tuttavia, come già detto, nessuna disposizione del c.t.s. sancisce un trattamento differenziato del "patrimonio iniziale" in seno al patrimonio *lato sensu* dell'ente (mentre nella legislazione statale e regionale, nonché nella prassi è frequente la distinzione all'interno del patrimonio tra diversi "fondi" – di dotazione, di garanzia, di gestione... – assoggettati a diversi regimi vincolistici), né il legislatore delegato si è curato di introdurre un'articolata organizzazione delle varie voci del patrimonio netto, ed in special modo dei fondi destinati per scopi specifici, di particolare importanza per gli enti non lucrativi, come evidenziato anche dall'attenzione riservata all'argomento negli ultimi anni della sua operatività dalla soppressa Agenzia per le ONLUS/Terzo settore.

Mancando, infine, una disciplina che raccordi puntualmente le oscillazioni fattuali incrementative o riduttive della consistenza patrimoniale dell'ente e la cifra costituente il suo "patrimonio iniziale", non sorge generalmente in capo agli aderenti alcun obbligo modificativo del suo ammontare o della sua composizione (ed altrettanto può dirsi in relazione al non meglio determinato "rapporto tra il patrimonio netto e il complessivo indebitamento" contemplato nell'art. 3, comma 2, lett. b), l. 106/2016, che avrebbe dovuto fungere da ulteriore parametro direttivo per il legislatore delegato nella definizione del regime di responsabilità limitata degli ETS, ma è rimasto lettera morta). Il patrimonio iniziale può, quindi, permanere invariato a livello pubblicitario, mentre nel tempo il patrimonio dell'ente può attraversare notevoli aumenti o anche significative diminuzioni.

L'unica eccezione a tale "dissociazione", altrimenti comportante una reciproca indifferenza tra il reale valore del patrimonio dell'ente ed il valore nominale fissato nel "patrimonio iniziale" si ha in presenza di perdite di esercizio *ultra tertium* che ne comportino una diminuzione al di sotto delle soglie identificative del minimo legale, suscettibili di innescare la fattispecie che conduce allo scioglimento dell'ente *ex art. 22, comma 5, c.t.s.* Ancora una volta, si deve precisare che nulla impedisce che sia statutariamente delineata una più articolata e confacente regolamentazione della struttura patrimoniale dell'ente e che, in sua mancanza, non sia in ogni caso preclusa l'adozione di delibere modificative dell'ammontare del "patrimonio iniziale", similmente a quanto avviene nelle società cooperative (art. 2524, comma 3, c.c.).

tramite un forzato capovolgimento di rapporti sistematici²¹ che gli artt. 2086, comma 2, c.c. e 3 c.c.i.i. non possono essere piegati a coonestare, ciò condurrebbe ad un complessivo appiattimento sui modelli societari lucrativi, ed in special modo quelli capitalistici, facilmente pensabili come i più “adeguati”, visto che su di essi sono stati modellati gli indici rivelatori dello stato di crisi.

Più considerazioni militano in tal senso. Prescindendo dalla persistente pluralità di “statuti” patrimoniali degli enti non lucrativi emergente dalle fonti speciali (e l’incerta e lacunosa sistemazione operata nel c.t.s. ne è solo l’ultima manifestazione normativa), è centrale riflettere sulla natura meramente eventuale o anche solo parziale del legame tra impresa e tali enti (diversamente dalle società la cui esistenza ed il cui patrimonio sono avvinti e completamente vincolati allo svolgimento di attività economiche imprenditoriali – arg. *ex artt.* 2247 e 2248 c.c. –, tant’è che l’esercizio di altre attività è stato volta per volta consentito da apposite disposizioni di legge)²².

Pertanto, rivestire l’intero patrimonio di un ente non lucrativo (che goda o meno della responsabilità limitata) degli abiti della società di capitali (e di quale tra esse, verrebbe poi da chiedersi, stante la distanza intercorrente oggi tra s.p.a. ed s.r.l.) si tradurrebbe nella massima parte dei casi in un’operazione eversiva della natura e della funzione a cui esso è rivolto, il tutto senza contare che nelle fondazioni naturalmente non è presente alcun substrato soggettivo a cui imputare la partecipazione al capitale o che in un’associazione di volontari potrebbe non essere indispensabile alcuna dotazione patrimoniale, poiché funzionalmente sostituita dall’opera di co-storo. Inoltre, se si considera che il patrimonio di un ente non lucrativo si

²¹ L’esegesi si svilupperebbe, in particolare, seguendo un percorso non troppo dissimile da quello adoperato da chi ha ritenuto di scorgere nell’art. 2201 c.c. l’emersione di un principio generale, valevole anche al di fuori della cerchia degli enti pubblici economici e del limitato ambito disciplinare della pubblicità d’impresa. *Mutatis mutandis*, non pare condivisibile che dalle prescrizioni organizzative degli artt. 2086, comma 2, c.c. e 3 c.c.i.i. si possa estrapolare un paradigma omologante che provenendo dal diritto societario pervada tutto il panorama degli enti che possono dedicarsi all’attività d’impresa.

²² Anche tra i più convinti sostenitori dell’estensione agli enti *nonprofit* (e mutualistici) dei principi di organizzazione patrimoniale riscontrabili nella disciplina delle società capitalistiche (CETRA) si conviene, invero, che tale operazione ermeneutica “è da ritenersi circoscritta ai principi che costituiscono espressione dei *presupposti minimi* cui l’ordinamento subordina l’esercizio di un’impresa collettiva in regime di responsabilità limitata” e si riconosce la profonda diversità del nesso intercorrente tra l’attività d’impresa, le società e gli altri enti che possono assumere la qualifica di imprenditori, così differenziandosi ulteriormente l’indagine a seconda dell’esclusività o meno dell’esercizio dell’impresa.

alimenta e si accresce solitamente mediante apporti effettuati a titolo gratuito dagli appartenenti o anche da terzi e pubbliche amministrazioni, e se, su diverso piano, si ammette che il patrimonio di un ente non lucrativo può andare incontro a fenomeni di partizione interna con rilievo reale in presenza di attribuzioni eterodestinate (arg. *ex artt.* 32 e 42 c.c.), allora si possono manifestare profili di notevole frizione con il più uniforme sistema societario, che una mera riqualificazione non sarebbe certo in grado di sormontare. Anche concedendo che si possa identificare univocamente e “riclassificare” le varie voci componenti il netto patrimoniale di un ente non lucrativo, gli indici di consistenza patrimoniale perdono molta della loro significatività ed attendibilità se solo una porzione delle risorse dell’ente è destinata all’esercizio dell’attività d’impresa.

Sotto il *versante aziendalistico* si può andare incontro a difficoltà affini, poiché la combinazione organizzata dei fattori produttivi in seno ad un ente *nonprofit* presenta degli aspetti sia fisiologici, sia patologici, non pensabili nel diverso contesto societario e, ancora una volta, incompatibili con esso. Oltre a ribadire che il complesso di beni organizzati per lo svolgimento dell’attività d’impresa può rappresentare solo una frazione del coacervo patrimoniale imputato all’ente, ci si può limitare al riguardo a procedere con alcuni esempi: le ordinarie logiche di organizzazione del lavoro vengono completamente scalzate dalla presenza (particolarmente elevata nel *nonprofit* italiano) di volontari, i quali prestano gratuitamente la propria opera partecipando o meno all’ente (organizzazione di volontariato, cooperativa sociale, impresa sociale...); anche per l’acquisizione di beni strumentali all’esercizio dell’attività potrebbe non esservi la necessità di sopportare alcun costo (poiché pervenuti mediante collette di medicinali, abbigliamento o prodotti alimentari); in caso di accreditamento per lo svolgimento di attività d’istruzione, sanitarie o socio-sanitarie, la configurazione dell’azienda, sia sul piano della dotazione strumentale, che su quello lavorativo e dell’organigramma è dettagliatamente fissato dalle normative nazionali e regionali, lasciando minimi ambiti di manovra ai privati...

A seconda, quindi, del campo di attività, del rilievo rivestito dall’opera svolta dagli aderenti, dei vincoli eteronomi imposti e di una molteplicità di altri fattori impossibile da compendiare, l’assetto aziendale degli enti non lucrativi si plasma sulla base di esigenze anche del tutto impensabili per le società e pertanto incommensurabili con il metro valido per esse.

Da ultimo, sul *piano dell'assetto contabile* si riflette anzitutto la diversità patrimoniale, economica e finanziaria degli enti oggetto di studio ed oltre a ciò, bisogna ancora una volta tenere in conto la proliferazione nel tempo di regimi agevolativi a cui si è accompagnata l'insorgenza di obblighi contabili dalla struttura e contenuti più vari²³. A ciò si deve infine unire l'osservazione della preponderante presenza di enti di piccole dimensioni (o anche svolgenti solo parzialmente ed accessoriamente un'attività di impresa).

Tali fattori fanno sì che, in concreto, non solo nella maggior parte degli enti imprenditoriali non societari non siano osservati i precetti della contabilità commerciale (ed i libri obbligatori non siano nemmeno tenuti in ragione delle ridotte dimensioni), ma anche - e sovente - che le scritture contabili predisposte rispondano esclusivamente allo scopo di accedere ai benefici garantiti nella legislazione speciale e si conformino pedissequamente ad essa. Non solo, negli enti di minore dimensione è particolarmente diffusa l'adozione del *principio di cassa* nella tenuta della contabilità (com'è attestato normativamente da ultimo dall'art. 13, comma 2, c.t.s., il quale consente che il bilancio degli ETS con ricavi, rendite, proventi o entrate comunque denominate inferiori a 220.000 euro sia redatto nella forma del rendiconto per cassa²⁴).

Per quanto, poi, nella prassi sia talvolta riscontrabile un'acritica omologazione alla struttura del bilancio delle s.p.a., più spesso i rendiconti o i bilanci degli enti non lucrativi non sono in alcun modo assimilabili a quelli redatti sulla scorta degli artt. 2423 e ss. c.c..

Manca in ogni caso nelle varie discipline speciali l'istituzione di un rendiconto finanziario sulla falsariga di quello regolato dall'art. 2425-ter c.c.,

²³ A tale eterogeneità l'estinta Agenzia per il Terzo settore, il CNDCEC ed anche l'OIC avevano cercato di far fronte predisponendo una serie di linee guida, tuttora di ausilio per l'orientamento nell'intricato insieme di fonti regolatorie.

²⁴ Non è allo stato noto quali siano le modalità di redazione del bilancio degli ETS, dal momento che esse devono ancora essere definite mediante decreto del ministero del lavoro e delle politiche sociali. Con scelta poco condivisibile, peraltro, tale ministero ha *medio tempore* perpetuato l'attuale stato di eterogeneità contabile: è stato infatti previsto nella nota n. 34/0012604 del 29 dicembre 2017 che "tutti gli enti del Terzo settore sono tenuti alla redazione del bilancio di esercizio, nelle forme di cui ai commi 1 e 2 dell'articolo 13: l'attuale mancanza della modulistica, da definirsi con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, non esonera gli enti da tale adempimento, traducendosi detta mancanza esclusivamente nell'eterogeneità dei documenti contabili in questione".

anche se, nei fatti, la riscontrata prevalente presenza di enti di piccole dimensioni condurrebbe ad una sostanziale disapplicazione di tale precetto in virtù degli esoneri previsti dagli artt. 2435-*bis*, comma 2, secondo periodo, e 2435-*ter*, comma 2, n. 1, c.c.. Oltre a ciò, la stessa natura retrospettiva del rendiconto finanziario lo renderebbe comunque inidoneo all'impiego quale strumento di rilevazione anticipata delle tensioni finanziarie cui sta andando eventualmente incontro l'impresa: un simile compito dovrebbe essere più propriamente assolto da un prospetto finanziario in cui identificare fabbisogni e coperture per l'adempimento delle obbligazioni, ma di ciò non v'è traccia nel c.c.i.i.²⁵.

Infine, quand'anche gli enti non lucrativi intendessero rimediare all'incomunicabilità tra la propria disciplina contabile e quella societaria, garantendosi al contempo un qualche riparo dalla prematura o comunque infondata attivazione degli strumenti di allerta, non potrebbero in larga parte neppure valersi della previsione che consente di elaborare dei propri indici di crisi in reazione alla ritenuta inadeguatezza di quelli predisposti dal CNDCEC (art. 13, comma 3, c.c.i.i.)²⁶. Posto, infatti, che tali indici "sartoriali" devono essere esposti nella *nota integrativa* al bilancio di esercizio e

²⁵ Si riscontra solo un fugace cenno al "prospetto di tesoreria" in CNDCEC, *Crisi d'impresa*, cit., 31, il quale è nella sostanza assimilato al "budget di tesoreria", utilizzato per il calcolo dell'unico indice genuinamente finanziario e prospettico elaborato dal Consiglio, il *Debt Service Coverage Ratio (DSCR)* (p. 19).

²⁶ Il riferimento è mirato a quegli enti che svolgono attività d'impresa commerciale e non siano qualificabili come piccoli imprenditori (altrimenti, come noto, esonerati dalla tenuta delle scritture contabili dall'art. 2214, comma 3, c.c.). Per gli enti *nonprofit* rientranti nel novero dei piccoli imprenditori la problematica esposta di seguito nel testo si pone in termini diversi e forse anche più dirompenti. Non essendo obbligati a predisporre alcuna contabilità, questi ultimi non vanno incontro ad un problema di ubicazione degli indici "di uso interno", bensì all'assoluta impossibilità di utilizzarli.

A tacere d'altro, ciò non è privo di conseguenze neppure sul piano dell'allerta e dell'accesso alle misure premiali: poiché gli strumenti di allerta si applicano a tutti i "debitori che svolgono attività imprenditoriale" (art. 12, comma 4, c.c.i.i.) ed anche alle "imprese minori" (artt. 12, comma 7, e 2, comma 1, lett. *d*), c.c.i.i.), la legittima assenza di scritture che registrino contabilmente i fatti d'impresa fa venir meno il presidio essenziale per una puntuale profilassi dello stato di crisi. È quindi più che legittimo in un simile contesto interrogarsi sul significato della locuzione "compatibilmente con la loro struttura organizzativa" che l'art. 12, comma 7, c.c.i.i. frappone tra i corpi disciplinari concernenti l'impresa agricola e la piccola impresa e la regolazione dell'allerta. Sulla sua opportuna portata relativizzante, unita alla rilevata genericità dell'obbligo di istituzione di assetti organizzativi adeguati, potrebbe infatti essere basata una lettura conforme ai principi di ragionevolezza e proporzionalità che tempera i doveri (e le connesse responsabilità) gravanti sugli amministratori di enti esercenti una piccola impresa, con evidenti ripercussioni in sede risarcitoria sull'ap-

muniti di attestazione da parte di un professionista indipendente, dal momento che gli enti non lucrativi classificabili come micro-imprese non sono obbligati a redigere tale documento (art. 2435-*ter*, comma 2, n. 2, c.c.²⁷), essi in genere non dispongono di una sede ove dare evidenza all'esercizio di tale facoltà di adeguamento²⁸.

È pur vero che quelli posti dall'art. 2435-*ter*, comma 2, c.c. sono degli esoneri e non dei divieti, ma sarebbe un legislatore realmente subdolo quello che, per un verso, dispensa dalla redazione della nota integrativa con un norma di portata generale del diritto contabile, mentre, per l'altro, con la furtiva obliquità di cui s'è fatto cenno, ne reintroduce l'obbligatorietà, peraltro correlandola eminentemente con l'esigenza di conformare il rigido assetto degli indici²⁹ alle proprie oggettive particolarità.

prezzamento della loro condotta, da ritenersi fonte di responsabilità solo in caso di macroscopiche inadeguatezze dell'assetto organizzativo o di sua totale assenza, laddove invece necessario.

²⁷ Ancora una volta l'assenza di coordinamento sistematico del c.c.i.i. con altri testi normativi ne mina una compiuta e corretta applicazione e ciò vale non solo per gli enti non lucrativi imprenditoriali di cui si discorre nel testo, ma anche per *tutte* le società che si trovino al di sotto delle soglie di cui all'art. 2435-*ter*, comma 1, c.c.. Con specifico riferimento agli enti non lucrativi che si avvalgano della collaborazione di volontari, poi, la soglia dei cinque dipendenti occupati in media durante l'esercizio prevista dalla disposizione appena citata perde buona parte della sua significanza, nella misura in cui si perde l'aderenza rispetto al fenomeno regolato.

²⁸ Sovviene al riguardo la memoria di analogia vicenda normativa interessante le *start-up* e le PMI innovative, le quali, per dover accedere a tali qualifiche, sono tenute al rispetto di una serie di requisiti, tra cui quello per cui "le spese in ricerca e sviluppo sono uguali o superiori al 15 per cento del maggiore valore fra costo e valore totale della produzione della *start-up* innovativa", la cui osservanza deve risultare dalla *nota integrativa* (art. 25, comma 1, lett. *h*), n. 1, d.l. 179/2012; tale percentuale è ridotta al 3% nelle PMI innovative: art. 4, comma 1, lett. *e*), n. 1, d.l. 3/2015).

Con la modifica della disciplina dei bilanci realizzata dal d.lgs. 139/2015 in attuazione della dir. n. 2013/34/UE e l'introduzione dell'art. 2435-*ter* c.c., si è posto il problema dell'esonero dalla redazione della nota integrativa. L'incertezza è stata aggravata dall'atteggiamento altalenante del ministero per lo sviluppo economico, il quale in un primo momento (con nota del 17 novembre 2016, n. prot. 361851) ha comunque preteso che la nota integrativa venisse redatta ugualmente "in maniera completa, aggiungendo il dettaglio delle spese in ricerca e sviluppo". A breve distanza di breve tempo, però, il ministero ha mutato il proprio orientamento ed ha ritenuto che il rispetto del requisito in questione dovesse essere documentato "in calce allo stato patrimoniale" (nota del 14 febbraio 2017, n. prot. 50195).

²⁹ Anche in questo caso l'osservazione di altri rami dell'ordinamento restituisce casi di esoneri a favore di soggetti ritenuti dimensionalmente "minori" talora accompagnati da prescrizioni contraddittorie che li vanificano. Esemplarmente, nell'ambito della disciplina dell'informazione continua nei mercati finanziari, sebbene sia testualmente previsto che gli emittenti ammessi alla negoziazione su mercati di crescita non debbano tenere gli elenchi di chi ha accesso alle informazioni privilegiate (art. 18 par. 6 MAR), per poter godere di

Un'ultima breve riflessione va dedicata alla disciplina dei controlli nell'ambito degli enti non lucrativi ed al loro rapporto con il tema qui trattato.

Nell'ordinamento giuridico nazionale si fronteggiano, da un lato, la scarna disciplina del I libro del codice civile e dall'altro la selva della legislazione speciale. Per quanto qui interessa, nel codice civile non si rivela alcuna traccia di una autonomizzazione della funzione di controllo interna per tramite della sua imputazione ad un organo appositamente costituito, mentre sono tuttora evidenti le vestigia dell'occhiuto controllo amministrativo nei confronti delle persone giuridiche (ed in special modo delle fondazioni)³⁰; tra le leggi speciali, invece, in sintonia con la crescente entropia che ne segna la proliferazione, si può rilevare un tendenziale fenomeno di intensificazione dei controlli interni ed esterni, che restituisce un'impressione di insistita e gravosa ridondanza, differentemente da quanto avviene nella cornice normativa delle s.p.a., laddove si può distinguere un tendenziale equilibrio nei rapporti interorganici.

Senza entrare nel dedalo della ricostruzione storica, da ultimo nel c.t.s. è possibile constatare una sovrapposizione di controlli a carico degli aventi oggetto identico sia da parte dell'organo interno (art. 30 c.t.s.³¹), che del registro unico nazionale del terzo settore (RUNTS) o della rete associativa o del CSV cui si fa capo, cui si può sommare l'ulteriore, eventuale intervento del tribunale a seguito di denuncia *ex* art. 29 c.t.s., per non parlare del caso delle cooperative sociali, per le quali dovrà essere adottato un decreto congiunto del ministero del lavoro e delle politiche sociali e del ministero dello sviluppo economico proprio allo scopo di "assicurare l'unicità, la completezza, la periodicità e l'efficacia dell'attività ispettiva" (art. 15,

tale esenzione devono comunque essere «in grado di fornire, su richiesta, all'autorità competente un elenco di persone aventi accesso a informazioni privilegiate» (art. 18 par. 6 lett. b MAR). Cosicché, per non tenere un elenco...bisognerà pur tenerne uno, il quale potrà forse essere redatto anche a posteriori rispetto alla richiesta dell'autorità (con tutte le difficoltà ed i rischi del caso) e non dovrà magari rispettare gli standard tecnici che saranno stabiliti dall'ESMA e dalla Commissione (art. 18 par. 9 MAR), ma rappresenterà comunque un onere per l'emittente.

³⁰ Vale la pena aggiungere che, com'è stato rilevato, "il costrittivo assetto del libro primo sembra aver esaurito il proprio effetto prevalentemente sulla carta (dei codici e degli scritti degli studiosi), salva forse l'ipotesi delle fondazioni «legali», per le quali sono previste peraltro differenti modalità di controllo" (DE GIORGI e LAUDONIO).

³¹ Su cui, per osservazioni di maggiore dettaglio, cfr. DE GIORGI e LAUDONIO; CONSORTI, GORI, ROSSI; NERVI; ARINCI.

comma 5, secondo periodo, d.lgs. 112/2017). A questi interventi di prima linea, peraltro, se ne sommeranno altri, per così dire, di secondo grado, a mezzo dei quali il ministero del lavoro e delle politiche sociali diverrà sostanzialmente un controllore di ultima istanza, anche se attraverso intricati canali asimmetrici per gli ETS e le imprese sociali, secondo una logica centralizzata e verticistica che, nella sua complessità, non pare del tutto compatibile con il principio di sussidiarietà orizzontale (art. 118, quarto comma, Cost.).

Sempre tra c.t.s. e d.lgs. 112/2017 emerge una fitta serie di incongruenze sistematiche: 1) non è infatti chiara la *ratio* per cui a fronte dell'identità delle funzioni attribuite all'organo di controllo (e specialmente di quelle inerenti all'osservanza delle finalità dell'ETS) nelle *fondazioni* manca un limite quantitativo al di sotto del quale cessa l'obbligo di dotarsi di un organo di controllo interno, mentre nelle associazioni è stato individuato un complesso di soglie valevole sia per quelle riconosciute, che per quelle non riconosciute, slegato dalla personalità giuridica, come se negli ETS associativi "minori" (sui quali, peraltro, l'ufficio del RUNTS non dispone di alcuno dei poteri di controllo del codice civile, richiamati per le sole fondazioni ETS dall'art. 90 c.t.s.) il rispetto delle finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale o del divieto di autodestinazione dei risultati dell'attività rivestisse meno importanza; 2) la perplessità appena enunciata si accentua laddove si considera, invece, che le imprese sociali costituite in forma societaria devono *sempre* nominare un organo di controllo interno (art. 10, comma 1, d.lgs. 112/2017) con compiti analoghi, senza che in chiave dimensionale sia previsto un ambito di esenzione o una differente disciplina; 3) non solo, le soglie dell'art. 30, comma 2, c.t.s. risultano di gran lunga inferiori a quelle corrispondenti stabilite per le s.r.l. nell'art. 2477, comma 2, lett. c, c.c., ove peraltro le medesime fondano alternativamente l'obbligo di nomina dell'organo di controllo o del revisore legale dei conti (posti così sullo stesso piano); 4) più in generale, pare discutibile che negli ETS il conferimento dell'incarico di revisione legale dei conti divenga obbligatorio solo in presenza di presupposti quantitativi divergenti (in aumento) rispetto a quelli determinanti la nomina dell'organo di controllo interno (nelle sole associazioni), mentre una simile dissociazione non si riscontra nel diritto societario; 5) infine, il richiamo tra le competenze dell'organo di controllo degli ETS di quella riguardante il rispetto delle previsioni di cui al d.lgs. 231/2001 è ul-

teriormente fonte di perplessità, dal momento che in tale ultimo testo normativo, come si è già rilevato, la funzione di controllo delle misure di prevenzione dei reati presupposto è variamente allocata (cfr. art. 6, commi 1, lett. *b*), 4 e 4-*bis*, d.lgs. cit.) a seconda delle dimensioni e del tipo di ente coinvolto, potendo essere attribuita all'organo di controllo solo nel caso di società di capitali (art. 6, comma 4-*bis*, d.lgs. cit.).

I tormentati contorni disciplinari degli ultimi sviluppi della legislazione speciale³² di cui si è dato qui sommariamente conto non giovano in alcun modo a tracciare delle linee unificanti, anche solo prospettiche, e le tensioni con le nuove previsioni del c.c.i.i. ne escono possibilmente intensificate: *a*) si è infatti del parere che i *controlli esterni*, ove presenti, non possano ricomprendere l'adeguatezza degli assetti organizzativi³³ per la stessa ragione per cui all'autorità amministrativa si ritiene spetti un controllo di legittimità rispetto alla legge e all'atto di fondazione, senza che possa spingersi sino ad una valutazione di merito, né, tantomeno, di opportunità dell'attività di gestione (adesivamente in giurisprudenza, da ultimo: Cons. St., 13 luglio, 2018, n. 4288; in senso contrario in dottrina, cfr. isolatamente FERRARA *sr.* e FERRARA *jr.*); *b*) i poteri stessi riconosciuti all'autorità amministrativa, specie ove si prenda in considerazione la loro finalità preservativa dei vincoli di destinazione gravanti sui patrimoni degli enti non lucrativi,

³² A cui era stato assegnato il compito di porsi quale nuovo polo propulsivo ed ordinante degli enti in questione (art. 1, comma 2, ed art. 4 l. 106/2016), anziché riproporre - e talora amplificare - problemi annosi sotto nuove etichette.

³³ Nell'ipotesi in cui gli enti non lucrativi fossero sottoposti alla liquidazione coatta amministrativa (come previsto per le imprese sociali e, forse, anche per le cooperative sociali, ma sul punto l'anodina formulazione normativa dell'art. 1, comma 3, d.lgs. 112/2017 ha già dato adito a numerose contestazioni: MARASÀ, PORZIO, SABATELLI) si potrebbe inoltre profilare un esito paradossale qualora si ammettesse che all'autorità amministrativa fosse rimesso il controllo sugli assetti organizzativi (al contempo implicitamente concedendo che sia altresì dotata delle competenze per provvedere a tale delicata operazione). In un simile scenario, invero, si realizzerebbe un singolare ed asimmetrico cumulo di funzioni in capo all'autorità amministrativa, la quale chiamata, da un lato, a vigilare *ab extra* sugli assetti, non può adottare *ex officio* alcun provvedimento in caso di loro inadeguatezza o di sussistenza di indici di crisi: la legge infatti le affida il ruolo di collettore delle segnalazioni di allerta proprio degli OCRI (art. 316, comma 1, lett. *a*), c.c.i.i.) e non quello di segnalatore. Dall'altro, l'autorità amministrativa, ricorrendone i presupposti, deve proporre la domanda di accertamento dello stato di insolvenza con apertura della l.c.a. (art. 316, comma 1, lett. *c*), c.c.i.i.).

Difficile è infine immaginare che le varie autorità deputate ai controlli sugli enti non lucrativi superino la rigida impostazione normativa ed l'importante retaggio culturale legato alla loro funzione per erogare quei servizi di consulenza che ai sensi dell'art. 3(2)(b) dir.(UE) 2019/1023 potrebbero altresì rappresentare degli strumenti di allerta.

potrebbero dar luogo ad una sorta di prevenzione della crisi alternativa a quella delineata dagli strumenti di allerta del c.c.i.i. e slegata dai relativi presupposti (sia sufficiente pensare alla trasformazione - dell'oggetto - delle fondazioni o alle virtualità applicative del coordinamento della loro attività o alla loro unificazione: artt. 26 e 28 c.c., richiamati per le fondazioni ETS dall'art. 90 c.t.s.); c) nell'ottica dei *controlli interni* risulta estremamente arduo sostenere l'estensione del relativo obbligo di nomina dell'organo competente negli enti che ne siano stati lasciati sprovvisti e ciò anche per via della specialità che caratterizza sia il c.t.s., che il c.c.i.i..

In tale prospettiva, conclusivamente, non si può consentire che al c.c.i.i. - nemmeno sulla scorta delle istanze preventive in esso accentuate - sia riconosciuto un generale ruolo "suppletivo/additivo" delle carenze regolamentari altrove rinvenibili: per quanto siano eccentriche, discontinue ed asimmetriche le scelte compiute dal legislatore del c.t.s. e dell'impresa sociale, il c.c.i.i. non può colmare tutti gli spazi vuoti ponendo nel non essere anche le distinzioni giustificate riscontrabili nel primo ed imponendo un indiscriminato "allineamento al rialzo" anche per quegli enti ammessi a godere di sgravi organizzativi grazie all'applicazione di un'altra fonte primaria del nostro ordinamento.

4. La maggior parte delle nostre leggi penali - e forse è un bene - non raggiungono che un'esigua parte dei colpevoli; quelle civili non saranno mai tanto duttili da adattarsi all'immensa e fluida varietà dei fatti. Esse mutano meno rapidamente dei costumi; pericolose quando sono in ritardo, ancor più quando presumono di anticiparli.

La ricostruzione che si è sin qui cercato di condurre parrebbe dare atto, se condivisa, non solo della precaria e limitata valenza di certi postulati alla base della *narrazione* giuridica della crisi, della sua prevedibilità e scongiurabilità, ma altresì, se possibile, di una sua più profonda ed incolmabile alienità *linguistica* rispetto al vasto insieme degli enti non lucrativi imprenditoriali, nella misura in cui si omologa espressamente o implicitamente al trattamento riservato alle società.

Rispetto a questo deprecabile fenomeno di omologazione acritica, si intende formulare alcuni rilievi conclusivi, che conformemente all'intitolazione del paragrafo, vogliono dar atto non solo della irriducibilità della realtà al diritto, ma della particolare inadeguatezza del c.c.i.i., a dispetto

delle sue aspirazioni ecumeniche, di dare finalmente alle procedure concorsuali che investono enti non lucrativi una compiuta, congrua ed organica sistemazione.

Iniziando dalla “numerificazione” della crisi introdotta dagli indici contemplati dall’art. 13 c.c.i.i. e senza indugiare sul cospicuo orientamento dottrinario che ne stigmatizza in vario modo l’incapacità di cogliere appieno tutte le possibili manifestazioni e le dinamiche evolutive, si è già detto di come essi offuschino la circostanza che in genere molteplici e di varia natura possono essere gli elementi in grado di innescare il declino di un’attività economica. Tali fattori inevitabilmente sfuggono (o possono emergere tardivamente) all’attenzione di un apparato interno di verifica a cui sono assegnati compiti di periodica rilevazione (si direbbe prudenzialmente ogni tre mesi: arg. *ex* art. 24, comma 1, c.c.i.i.) delle condizioni finanziarie dell’ente; viceversa, nonostante la fobia di eliminare “falsi positivi”, talune tensioni finanziarie transitorie potrebbero comunque far scattare allarmi non fondati, con conseguenze allo stato non prevedibili sulla continuazione dell’attività d’impresa.

L’ambiente degli enti *nonprofit* mostra peraltro numerosi casi di debolezze diverse da quella puramente finanziaria, che potrebbero per giunta sfociare in un repentino tracollo senza transitare per il preambolo della crisi (ciò che dovrebbe condurre a predicare l’opportunità di un loro scioglimento volontario o dell’apertura immediata di una procedura concorsuale liquidativa). È sufficiente rivolgere il pensiero alla revoca di concessioni o accreditamenti per gli enti monocommittenti di pubbliche amministrazioni (o anche alla tardività dei pagamenti di queste ultime nei loro confronti), oppure la rigidità teleologica delle fondazioni rispetto al mutamento delle condizioni sociali, culturali, scientifiche o economiche che ne hanno determinato l’istituzione, il compimento di irregolarità o illeciti nella gestione che, facendo venir meno la fiducia nei confronti dell’ente, si risolvono nel suo disfacimento (e spesso, per contagio, anche di quello di altri enti operanti nel medesimo settore), l’esposizione all’attività delinquenziale degli enti assegnatari di beni ed aziende confiscate alle organizzazioni criminali...

Per tutto quanto sinora osservato, il codice della crisi ricade perfettamente nella diade delle leggi “pericolose quando sono in ritardo, ancor più quando presumono di anticipar[e]” le dinamiche sociali ed economiche.

La scelta di introdurre una panoplia di indici (su cui, da ultimo, RANALLI, RACUGNO, BASTIA, QUAGLI e PANIZZA...), però, presta il fianco ad una critica ancor più radicale: al di là del fatto che l'elaborazione condotta dal CNDCEC è una chiara manifestazione dell'appiattimento sul diritto societario che satura il c.c.i.i. e che in essa non v'è traccia di alcuno sforzo volto a riconoscere le specifiche caratteristiche degli enti non lucrativi e delle imprese da essi esercitate, ed oltre l'evidente divergenza tra i criteri dettati dal legislatore delegante per l'individuazione dello stato di crisi (art. 4, comma 1, lett. c) ed h), ult. periodo, l. 155/2017) e quelli risultanti dall'art. 13, comma 1, c.c.i.i. (che sarebbe già *ex se* ragione più che fondata per considerare la sussistenza di un eccesso di delega), vi è un più profondo vizio che si crede investa il nucleo dell'elaborazione normativa stessa dello stato di crisi.

Si tratta del fatto che il legislatore delegato ha completamente abdicato al suo compito di dare corpo alle direttive inerenti alla definizione dei "fondati indizi di crisi", ne ha mutato nome - e natura - in "indici" ed ha demandato la loro individuazione (corredandola del genericissimo richiamo alle migliori prassi nazionali e internazionali) all'istituzione di autogoverno di una professione, certamente non dotata del potere di emanare norme di rango primario.

Se è indiscutibilmente vero che "la legge delega, nonostante costituisca limite e fondamento del potere legislativo delegato, possa lasciare adeguato margine di discrezionalità al Governo per porre in essere la propria funzione"³⁴, ma si rende altresì necessario che sia quest'ultimo ad esercitare il potere affidatogli, rimandando a fonti secondarie, quando consentito dal legislatore delegante, la sola definizione della disciplina di dettaglio e non certo il suo *oggetto principale*.

³⁴ Cfr. *ex multis* Corte cost. 98/2008, considerato in diritto 3.1, ultimo periodo; Corte cost. 229/2014, considerato in diritto 3, penultimo periodo; Corte cost., ord., 213/2005, le quali escludono che "le funzioni del legislatore delegato siano limitate ad una mera «scansione linguistica» delle previsioni dettate dal delegante [...] essendo consentito al primo di valutare le situazioni giuridiche da regolamentare e di effettuare le conseguenti scelte, nella fisiologica attività di «riempimento» che lega i due livelli normativi, rispettivamente della legge di delegazione e di quella delegata". Ma nel caso in questione, ciò che viene a mancare è proprio tale "attività di riempimento" da parte del Governo, in quanto rimessa per intero al CNDCEC.

Sebbene non consti nella giurisprudenza costituzionale alcun precedente assimilabile alla peculiarissima “esternalizzazione legislativa” operata dal governo³⁵, di particolare interesse con riguardo alla tematica della valutazione delle sub-deleghe “in bianco” risulta la sentenza 104/2017 del Giudice delle leggi. Con tale provvedimento la Corte si è pronunciata in merito alla legittimità costituzionale degli artt. 8 e 10 d.lgs. 49/2012, recante la “disciplina per la programmazione, il monitoraggio e la valutazione delle politiche di bilancio e di reclutamento degli atenei in attuazione della delega prevista dall'articolo 5, comma 1, della legge 30 dicembre 2010, n. 240 e per il raggiungimento degli obiettivi previsti dal comma 1, lettere b) e c), secondo i principi normativi e i criteri direttivi stabiliti al comma 4, lettere b), c), d), e) ed f) e al comma 5”. Il giudizio è stato promosso dal TAR Lazio, adito dall'università di Macerata per l'annullamento del decreto 893/2014 (Determinazione del costo standard unitario di formazione per studenti in corso, ai sensi dell'art. 8 del decreto legislativo 29 marzo 2012, n. 49), emanato dal ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca di concerto con il ministro dell'economia e delle finanze. La ricorrente università sosteneva che il sistema di finanziamento (basato sulla determinazione del costo standard per studente) fosse viziato “per l'illegittimità costituzionale delle norme di legge che lo hanno introdotto”: invero, sebbene il Governo dovesse delineare nel decreto delegato gli elementi caratterizzanti tale sistema e le modalità di quantificazione del costo standard, come richiesto dalla legge delega, si è invece limitato a rimettere la definizione di tali elementi ad atti amministrativi. In tale sostanziale astensione dall'esercizio del compito legislativo affidatogli (analogamente a quanto rilevato in seno all'art.13 c.c.i.i.) la ricorrente ha rinvenuto una possibile violazione dell'art. 76 Cost. che, dunque, avrebbe determinato l'illegittimità costituzionale delle norme precedentemente indicate. Nel valutare la questione di legittimità costituzionale così sollevata, la Corte costituzionale, ha statuito che: “Non integra di per sé una sub-delega dell'esercizio del potere legislativo, illegittima ai sensi dell'art. 76 Cost., la circostanza che le norme del decreto delegato, senza attribuire la potestà di emanare disposizioni con forza di legge all'ese-

³⁵ Anche il già ricordato meccanismo di rilevazione dei tassi soglia e dei tassi medi previsto dalla l. 108/1996 è stato reputato conforme al principio della riserva di legge in materia penale da Cass., 18 marzo 2003, n. 20148, in quanto la suddetta legge indica analiticamente il procedimento per la determinazione dei tassi soglia, affidando al ministro del tesoro solo il limitato ruolo di “fotografare”, secondo rigorosi criteri tecnici, l'andamento dei tassi.

cutivo, conferiscano agli organi di tale potere il compito di emanare normative di tipo regolamentare, disposizioni di carattere tecnico o atti amministrativi di esecuzione. [...] Tuttavia, nel caso in esame, il decreto legislativo non si è limitato ad affidare ad atti amministrativi l'esecuzione di scelte già delineate nelle loro linee fondamentali negli atti con forza di legge del Parlamento e del Governo. *Esso ha invece lasciato indeterminati aspetti essenziali della nuova disciplina, dislocando di fatto l'esercizio della funzione normativa dal Governo, nella sua collegialità, ai singoli Ministri competenti, e declassando la relativa disciplina a livello di fonti sub-legislative, con tutte le conseguenze, anche di natura giurisdizionale, che una tale ricollocazione comporta sul piano ordinamentale*" (corsivo aggiunto).

In virtù di tali considerazioni, è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale degli artt. 8 e 10 d.lgs. 49/2012 ed è plausibile ritenere che la medesima sorte potrebbe spettare all'art. 13 c.c.i.i., nel quale la sub-delega effettuata risulta possibilmente ancor più difforme rispetto al paradigma costituzionale perché non solo incompleta nei suoi aspetti fondamentali, quanto rimessa all'organo di vertice di un ordine professionale e non invece ad articolazioni interne del governo stesso (e non è privo di rilievo ricordare che al ministero dello sviluppo economico è attribuito solo il ruolo "passivo" di approvare gli elaborati del CNDCEC, senza, quindi, che tale recepimento sia preceduto nemmeno da un vaglio critico: art. 13, comma 2, ult. periodo, c.c.i.i.).

Così evidenziata la precarietà di uno dei pilastri del c.c.i.i., si desidera infine affrontare due ultimi profili critici derivanti dalla disattenzione per la specialità degli enti non lucrativi, rispetto a cui, tuttavia, sembra almeno possibile articolare una risposta, rallegrandosi del fatto che il nuovo codice non riesca a lambirli con il suo "imperialismo societario".

Rispetto ai progressi del d.lgs. 6/2003 con il c.c.i.i., infatti è stato inespugnabilmente svolto un percorso a ritroso attraverso l'introduzione nel codice civile del n. 7-bis all'art. 2484, comma 1, c.c. il quale riporta in vita con terminologia aggiornata la causa di scioglimento provocata dall'apertura della liquidazione giudiziale³⁶.

³⁶ Nonché della liquidazione controllata ex artt. 268 ss. c.c.i.i., sicché le considerazioni svolte di seguito sul punto per la prima sono estensibili *mutatis mutandis* anche a questa seconda procedura. Per completezza d'informazione, si rileva che anche in tale frangente il legislatore non è riuscito a sopprimere ogni asimmetria precettiva tra società di persone e società di capitali: in effetti, l'art. 2308 c.c., nella formulazione che risulterà al momento dell'entrata

Tutto ciò non è privo di conseguenze anche per gli enti non lucrativi di carattere associativo e fondazionale, rispetto ai quali la rimozione della causa di scioglimento realizzata nel 2003 per le società di capitali era stata già positivamente – anche se implicitamente – metabolizzata dalla giurisprudenza³⁷.

Benché non manchino svariati rinvii che trasfondono la disciplina societaria nel tessuto di associazioni e fondazioni, su tal aspetto non viene indirizzato alcun rinvio all'art. 380 c.c.i.i., né all'art. 2484 c.c., come riformato, e si potrebbe essere tentati di arrestarsi di fronte al silenzio serbato al riguardo dal legislatore, concludendo per l'inoperatività nell'ambito degli enti del libro I del c.c. della causa di scioglimento rappresentata dall'assoggettamento alla liquidazione giudiziale.

Tuttavia, il c.c.i.i., com'è ormai conclamato, è un testo normativo dalla tecnica redazionale scadente ed interessato da molteplici difetti di maggiore o minore gravità e si rende pertanto necessario sviluppare un'ulteriore riflessione per fornire una risposta la cui attendibilità non riposi unicamente sul suo silenzio.

Da un lato, occorre osservare, in continuità con una convincente linea di pensiero (NICCOLINI) cui nelle attuali circostanze pare di dovere dare seguito, che la liquidazione giudiziale, così come il fallimento, è una procedura volta all'esecuzione collettiva del patrimonio di un imprenditore ed il fatto che ne provochi altresì il suo scioglimento sembra da intendersi alla stregua di una sanzione, che aggrava la posizione degli imprenditori collettivi (per vero, piuttosto incoerentemente rispetto alle significative aperture ad istanze conservative e recuperatorie emergenti dallo stratificato intervento sulle procedure concorsuali realizzato a partire dal 2005). Dall'altro,

in vigore del c.c.i.i., menziona quale causa di scioglimento unicamente la liquidazione giudiziale e non anche la liquidazione controllata.

³⁷ Invero, in una significativa vicenda decisa dal T.A.R. Sicilia – Palermo, 19 giugno 2017, n. 1998, si è stabilito che la dichiarazione di fallimento di un'associazione (peraltro confermata in grado di appello) “non si traduce per ciò stesso nella (pressoché automatica) sussistenza di una causa di estinzione della persona giuridica per impossibilità di perseguire l'oggetto sociale, ai sensi del combinato disposto degli articoli 6 del d.p.r. 361/2000 e 27 c.c.; venendo piuttosto in rilievo l'accertamento dello stato di insolvenza dell'ente, dal quale deriva l'impossibilità di adempiere alle obbligazioni assunte. Rispetto a tale accertamento, va considerata la possibilità, in astratto, per il soggetto dichiarato fallito, di tornare *in bonis* e, quantomeno potenzialmente, di conseguire una nuova idoneità a svolgere l'attività per la quale è stato costituito”.

proprio questo incongruo refluire dal piano del soddisfacimento dei creditori a quello dell'esistenza dell'ente impone una lettura restrittiva di tale norma e non certo un'interpretazione analogica, specie se si considera che il ricorso all'analogia è comunque precluso dalla carenza dell'*eadem ratio*, dato il diverso rapporto intercorrente più volte rimarcato in queste pagine tra società lucrative ed entità non lucrative rispetto all'attività d'impresa, strutturalmente connaturata nelle prime, meramente facoltativa e strumentale nelle seconde.

Anche aderendo alla diversa tesi che concepiva il fallimento come una "fattispecie complessa di causa di scioglimento", che si attualizza "solo se, chiusasi la procedura, non venga ristabilita (per impossibilità oggettiva o per inerzia di amministratori e/o soci) la piena operatività della società, che pertanto, in questo caso, è destinata fatalmente all'estinzione" (NIGRO), si può constatare come, in effetti, ciò che determina lo scioglimento non sia il fallimento in sé, ma l'esito della liquidazione concorsuale rispetto all'organizzazione ed all'attività della società. Allora *a fortiori* bisogna osservare che nelle imprese collettive non societarie di cui qui ci s'interessa, considerato l'elastico e non vincolato legame tra l'attività imprenditoriale e l'esistenza dell'ente titolare, anche un esito della liquidazione concorsuale che annichilisse l'impresa potrebbe non importare alcuna ulteriore conseguenza per l'ente (che potrebbe sempre - e forse meglio di quanto potrebbe fare una società - reperire nuovi fondi anche secondo modalità non imprenditoriali per il raggiungimento dei propri scopi, rimasti indenni: FARENZA), a differenza delle società.

Conforto di quanto si dice si potrebbe ulteriormente trarre dall'art. 233, comma 2, secondo periodo, c.c.i.i., il quale accolla al curatore l'onere di chiedere la cancellazione delle società dal registro delle imprese nelle sole ipotesi di chiusura del procedimento di cui alle lett. c) e b) del primo comma, cioè, rispettivamente, per ripartizione integrale o insufficienza dell'attivo.

Premesso il doveroso adattamento lessicale della disposizione in questione al contesto degli enti del libro primo, è plausibile che la cancellazione dell'ente dal registro delle imprese, pur doverosa nel caso di cessazione di ogni attività imprenditoriale conseguente alle operazioni liquidative concorsuali, non comporti di per sé il venir meno dell'ente, che può invece essere provocato solo dal venir meno del patrimonio conseguente alla liquidazione giudiziale, o anche dalla sopravvenuta impossibilità di svolgere l'attività (anche non imprenditoriale) programmata.

Escluso, quindi, che vi sia una diretta interferenza tra la procedura concorsuale liquidativa e la sussistenza dell'ente, si deve trattare un altro interrogativo concernente l'estendibilità agli associati della liquidazione giudiziale per le obbligazioni da essi contratte in nome e per conto dell'associazione non riconosciuta (art. 38, secondo periodo, c.c.). Al riguardo, sebbene l'art. 259 c.c.i.i. richiami, tra gli altri, l'art. 256 c.c.i.i., dettato in materia di liquidazione giudiziale di società con soci illimitatamente responsabili, per ampliarne la portata fino a ricomprendervi gli associati illimitatamente e personalmente responsabili per le obbligazioni dell'ente, si nutre più di un dubbio circa la sua effettiva applicabilità.

Fermo restando che la lettera della legge ed una sua interpretazione sistematica sostanzialmente circoscrivono il loro ambito soggettivo di applicazione alle sole associazioni non riconosciute (non vi sono casi di "componenti illimitatamente e personalmente responsabili per le obbligazioni dell'ente" nella disciplina delle associazioni riconosciute e nemmeno nelle fondazioni, sia pure di partecipazione; cfr. D'ATTORRE) e che, com'è stato condivisibilmente dimostrato (CETRA), la responsabilità di coloro che hanno agito in nome e per conto dell'associazione non è in alcun modo assimilabile a quella dei soci illimitatamente responsabili di società di persone commerciali (tant'è che continua a non essere prevista neppure una responsabilità penale, non essendo stato realizzato alcun intervento sulla norma dell'art. 222 l. fall., trasfuso senza variazioni nell'art. 328 c.c.i.i.), non resta che escludere la possibilità dell'apertura di liquidazioni giudiziali in estensione a carico di associati che abbiano speso il nome del sodalizio cui partecipano, in corretta applicazione del filtro di compatibilità presente nell'art. 259 c.c.i.i. (in senso opposto, v. tuttavia FAUCEGLIA). La ragione di ciò risiede nel fatto che la responsabilità *ex art. 38, secondo periodo, c.c.* si pone nei confronti dei creditori alla stregua di una garanzia bilaterale *ex lege* a tutela del soddisfacimento delle pretese dei singoli terzi con cui l'associazione sia venuta tempo per tempo a contatto e pertanto non si estende a tutte le obbligazioni dell'ente sorte prima dell'apertura della liquidazione giudiziale (v. ancora CETRA): conseguentemente, in seno a tale procedura non potrà traslare in capo alla curatela la legittimazione a rivolgersi ai rappresentanti dell'associazione per farne valere la responsabilità *ex art. 38*, non trattandosi di azioni il cui esito si riverbera indistintamente a vantaggio di tutti i creditori.

Così, fino all'ultimo momento pare accompagnarci l'elegante disincanto dell'Adriano letterario sull'imperfezione delle leggi civili, ed oltre ai

molti altri interrogativi ancora da affrontare, non si può impedire alla fantasia di indugiare sull'accurato sospiro che l'ultimo codice dello stato italiano avrebbe forse strappato al colto imperatore.