

Marco Palmieri

La *corporate governance* delle imprese sociali riformate Dal *multistakeholder approach* verso la *Mitbestimmung*

INTRODUZIONE

La disciplina riformata dell'Impresa Sociale (di seguito solo IS), nonché, in termini più generali, quella degli enti del Terzo settore (di seguito solo ETS)¹ contengono vari richiami indiretti e rinvii specifici alla disciplina delle società di capitali. Tale indirizzo legislativo, già in parte caratterizzante il previgente d.lgs. n. 155/2006, sembra confermare l'idea che queste ultime siano intese come dei modelli organizzativi tendenzialmente neutri², utili, quindi, alla luce di contenuti adattamenti, per raggiungere

La presente analisi è una sintesi e successiva rielaborazione delle relazioni «Il regime giuridico degli Enti del Terzo Settore» e «Il regime giuridico delle imprese sociali nel Codice», tenute in occasione del seminario di alta formazione «La riforma del terzo settore. Attività di interesse generale e autonomia privata», rese il 9 e 10 febbraio 2018 per il Seminario di alta formazione «La riforma del terzo settore» tenutosi presso la Scuola di Specializzazione in Studi sull'Amministrazione Pubblica dell'Università di Bologna. L'autore desidera ringraziare Gaetano Presti per alcune utili discussioni in argomento, Francesco Vella per i suggerimenti ricevuti sulla prima stesura dello scritto, nonché Carlo Borzaga e Lorenzo Sacconi per le osservazioni svolte ad esito della presentazione dello stesso nel corso del «Colloquio scientifico sull'impresa sociale», organizzato da IRIS Network a Trento il 25-26 maggio 2018. Errori o imprecisioni eventualmente presenti nel testo sono da imputare unicamente all'autore.

¹ Per un riepilogo dei tentativi di riforma del Terzo Settore v. L. Bozzi, *Terzo settore: osservazioni a «prima lettura» su una riforma culturale prima che giuridica*, in *Contr. imp.*, 2017, 1255 ss.

² Ampiamente su questa tendenza legislativa v. P. Montalenti, *Il diritto societario dai «tipi» ai «modelli»*, in *Giur. comm.*, 2016, 420 ss.

fini opposti a quello egoistico per le quali sono state inizialmente pensate. Oltre che nella normativa delle società a partecipazione pubblica (v., da ultimo, il t.u. contenuto nel d.lgs. n. 175/2016)³, una conferma di questa idea si è avuta recentemente nella disciplina delle società *benefit* (art. 1, commi 376 ss., l. n. 208/2015)⁴, che testimonia, in particolare, come per il Legislatore lo scopo altruistico e quello egoistico si possano intersecare, al pari di quanto ora permesso, ancorché limitatamente, alle stesse IS. Sul piano della *governance* di queste ultime l'ibridazione dei modelli a cui si assiste⁵ si concretizza nell'inserimento all'interno della disciplina riformata

³ Sul punto cfr., *ex multis*, G. Piperata, *La partecipazione delle Pubbliche Amministrazioni a società di capitali nel nuovo disegno di riforma: modelli, procedure e limiti*, in *Le società pubbliche nel Testo Unico*, a cura di F. Cerioni, Milano, Giuffrè, 2017, 16 s.; nonché C. Ibba, *Introduzione*, in *La società a partecipazione pubblica*, diretto da C. Ibba e I. Demuro, Bologna, Zanichelli, 2018, 4 s., il quale evidenzia la natura speciale delle norme contenute nel t.u. rispetto a quelle contenute nel codice civile.

⁴ Per un esame di queste si v. Assonime, *La disciplina delle società «benefit»*, Circolare n. 19/2016, 4 ss.; D. Siclari, *Le società «benefit» nell'ordinamento italiano*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2016, I, 38 ss.; D. Lenzi, *Le società «benefit»*, in *Giur. comm.*, 2016, I, 889 ss.; L. Ventura, *«Benefit corporation» e circolazione di modelli: le «società benefit», un trapianto necessario?*, in *Contr. imp.*, 2016, VI, 1135; S. Corso, *La società «benefit» nell'ordinamento italiano: una nuova «qualifica» tra profit e non profit*, in *NLCC*, 2017, 995 ss.; M. Stella Richter jr, *Società «benefit» e non «benefit»*, in *Riv. dir. comm.*, 2017, 271 ss.; M. Palmieri, *L'interesse sociale: dallo «shareholder value» alla società «benefit»*, in *BIS*, 2017, 201 ss.; F. Denozza, A. Stabilini, *La società «benefit» nell'era dell'«investor capitalism»*, in *Riv. ODC*, 2017, II, 1 ss.

⁵ Per l'idea della contaminazione fra imprese *profit* e *non profit*, grazie all'introduzione dell'impresa sociale ex d.lgs. n. 155/2006, nonché grazie al diffondersi delle tesi della responsabilità sociale di impresa, v. già A. Fici, *Imprese cooperative e sociali*, Torino, Giappichelli, 2012, 149 ss. La tesi della *corporate social responsibility* è stata osteggiata da M. Friedman, *The social responsibility of business is to increase its profits*, in *The New York Times Magazine*, 13 settembre 1970, nella versione pubblicata sul sito *internet* www.umich.edu, a fronte della contrapposizione dei differenti interessi; sul punto cfr. anche G.S. Becker e R.A. Posner, *Uncommon sense*, Chicago-Londra, The University of Chicago Press, 2010, 191 ss. Per una lettura critica della *corporate social responsibility* e sul valore etico e non giuridico da attribuire ad essa, v. nella dottrina italiana, *ex multis*, G. Rossi, *Il conflitto epidemico*, Milano, Adelphi, 2003, 113 ss., e Id., *Il gioco delle regole* Milano, Adelphi, 2006, 44 ss.; F. Di Sabato, *Profili giuridici nell'etica degli affari*, in *BBTC*, 2005, 394 s., il quale sottolinea, tuttavia, l'esistenza e l'importanza dei principi «etici» della buona fede oggettiva e della correttezza nel diritto positivo; A. Gambino, *Responsabilità dell'impresa e la gestione*, in *Aa.Vv.*, *La responsabilità dell'impresa*, Milano, Giuffrè, 2006, 81 s.; R. Costi, *La responsabilità sociale dell'impresa e il diritto azionario italiano*, *ibidem*, 102 ss.; M. Libertini, *Impresa e finalità sociali. Riflessioni sulla teoria della responsabilità sociale dell'impresa*, in *Riv. soc.*, 2009, 25 ss.; C. Angelici, *Responsabilità sociale dell'impresa, codici etici e autodisciplina*, in *Giur. comm.*, 2011, 159 ss.; V. Calandra Buonauro, *Responsabilità sociale dell'impresa e doveri degli amministratori*, in *Aa.Vv.*, *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Milano, Giuffrè, 2011, 275 ss.; per la possibile riconduzione della teoria all'area della concezione istituzionalista della società v. G. Cottino,

di alcune previsioni che risultano fornire delle soluzioni del tutto inedite nel nostro Paese (si pensi al diritto alla partecipazione attiva di talune categorie di *stakeholder* all'interno della amministrazione), oppure che estendono alcuni obblighi non – o non più – previsti per le imprese «comuni» (si pensi alla conferma della necessaria presenza di un organo di controllo e ai compiti richiesti allo stesso). L'articolo intende analizzare tali peculiarità, al fine di mettere in luce – oltre ad alcuni dubbi applicativi – come la normativa racchiusa nel d.lgs. n. 112/2017 possa essere considerata, sotto molteplici prospettive, la disciplina di *corporate governance* al momento più avanzata nell'ordinamento nazionale⁶.

Contrattualismo e istituzionalismo (variazioni sul tema da uno spunto di Giorgio Oppo), in *Riv. soc.*, 2005, 706 ss. Per una ricostruzione in termini etici del dovere degli amministratori nei confronti degli *stakeholder* v., *ex multis*, K.E. Goodpaster, *Business ethics and stakeholder analysis*, in *Bus. Ethics Q.*, 1991, 58; nella dottrina italiana v., recentemente, R. Capotosti, *Etica e responsabilità per il governo delle imprese*, Torino, Giappichelli, 2013, 2a ed., 27 ss.; F. Benatti, *Etica, impresa, contratto e mercato. L'esperienza dei codici etici*, Bologna, Il Mulino, 2014, 141 ss. A questa ricostruzione si contrappone chi vede, invece, la tutela degli *stakeholder* quale conseguenza della necessità di una collaborazione degli stessi nel comune interesse: sul punto cfr. M.M. Blair e A. Stout, *Team production theory of corporate law*, in *Virg. L. Rev.*, 1999, 275 ss.; L. Sacconi, *Corporate Social Responsibility (CSR) as a model of «extended» corporate governance. An explanation based in the economic theories of social contract, reputation and reciprocal conformism*, Liuc Papers n. 142, 2004, 12 ss.; Id. *Teorie etico-normative degli «stakeholder»: un esame critico e l'alternativa contrattualista*, in *Teoria degli stakeholder*, a cura di Freeman, Rusconi e Dorigatti, Milano, Franco Angeli, 2009, 364 ss.; F. Denozza, *L'interesse sociale tra «coordinamento» e «cooperazione»*, in Aa. Vv., *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli «stakeholders»*, Milano, Giuffrè, 2010, 25 ss., che distingue il fenomeno della «cooperazione» da quello del «coordinamento», sulla base dell'assenza, in quest'ultimo caso, della conoscibilità (e negoziabilità) del *surplus* ottenuto dall'operazione collettivamente intrapresa; analogamente C. Angelici, *La società per azione e gli «altri»*, *ibidem*, 59 ss.

⁶ Si evidenzia, per chiarezza, che lo scritto non tratterà direttamente della disciplina delle cooperative sociali, poiché la stessa non è stata oggetto di una riforma diretta e dato che ai sensi dell'art. 1, comma 1, della novella, le cooperative sociali e i loro consorzi disciplinati dalla l. n. 381/1991, acquisiscono di diritto la qualifica di IS e ad esse si applicano le disposizioni in commento in quanto compatibili (fermo restando l'ambito di attività fissato dalle cooperative sociali dall'art. 1 dalla disciplina del 1991, come risultante a seguito delle modifiche operate dall'art. 17, comma 1, della riforma).

1. L'IS QUALE FORMA DI IMPRESA «COLLETTIVA»: IL PROBLEMA DEI CONFLITTI NASCENTI CIRCA L'UTILIZZO DEL PATRIMONIO DELLA STESSA

L'art. 6 della l. n. 106/2016, disponendo la delega alla revisione della disciplina in materia di IS, fissa alcuni principi di *governance*. Secondo il Legislatore, l'IS può ancora assumere le forme di una qualsiasi organizzazione privata destinata a svolgere attività d'impresa⁷ per il conseguimento delle finalità di interesse generale⁸, ma è ora richiesta di destinare gli utili solo prioritariamente alla realizzazione dell'oggetto sociale, oltre ad adottare modalità di gestione responsabili e trasparenti, che favoriscano il più ampio coinvolgimento dei dipendenti, degli utenti e di tutti i soggetti interessati alle sue attività. Il perseguimento di questi fini – che è inteso realizzare una gestione dell'impresa secondo il c.d. *multistakeholder approach*⁹ – giustifica, pertanto, che essa rientri nella categoria degli ETS (così l'art. 4, comma 1, n. 4, d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117).

⁷ Per una ricostruzione della genesi transnazionale del concetto di IS (progetti comunitari EMES e DIGESTUS, nonché la successiva proposta del CNEL), v., *ex multis*, F. Alleva, *L'impresa sociale italiana*, Milano, Giuffrè, 2007, 22 ss.

⁸ Per un esame di queste finalità già elencate nella disciplina di cui al d.lgs. 155/2006, v. A. Bucelli, *Commento all'art. 2*, in *La nuova disciplina dell'impresa sociale*, a cura di M.V. De Giorgi, Padova, Cedam, 2007, 79 ss.

⁹ In merito alla tesi della gestione aziendale che tenga conto delle esigenze dei portatori di interesse v. R.E. Freeman, *Strategic Management: A Stakeholder Approach*, Cambridge, CUP, 2a ed., 2010, pp. 46 ss.; R.A. Phillips, R.E. Freeman e A.C. Wicks, *What Stakeholder Theory is Not*, in *Bus. Ethics Q.*, 2003, pp. 479 ss.; R.E. Freeman, A.C. Wicks e B. Parmar, *Stakeholder Theory and «The Corporate Objective Revisited»*, in *Organ. Sci.*, 2004, p. 366, in cui si ricorda che la categoria degli *stakeholder* comprende anche quella degli *shareholder*. Sulla natura necessariamente *multistakeholder* dell'IS v., *ex multis*, A. Bacchiega e C. Borzaga, *Social Enterprise as an Incentive Structure*, in *The Emergence of Social Enterprise*, a cura di C. Borzaga e J. Defourny, Londra, Routledge, 2004, 273 ss.; F. Alleva, *L'impresa sociale italiana*, cit., 24 s. e 68, che individua nel fattore *multistakeholder*, oltre che nel fine, gli elementi di *discrimen* rispetto alle forme imprenditoriali tradizionali; Id., *Commento all'art. 12*, in *La nuova disciplina dell'impresa sociale*, a cura di M.V. De Giorgi, Padova, Cedam, 2007, 260 ss. Questo approccio è stato fatto proprio dal legislatore britannico a mezzo della Sec. 172(1) del *Companies Act* del 2006, che impone agli amministratori di società lucrative di porre attenzione anche agli interessi di *employees, suppliers, customers, community* e all'*environment*, anche in una prospettiva di lungo termine. La previsione, che sollecita gli amministratori a realizzare il c.d. *enlightened shareholder value principle* (per un'analisi dello sviluppo della tesi v. A.R. Keay, *The enlightened shareholder value principle*, Londra-New York, Routledge, 2013, 65 ss.), ha destato numerose perplessità nella dottrina inglese: cfr., *ex multis*, P.L. Davies, *Gower and Davies' principles of modern company law*, Sweet & Maxwell, Londra, 2012, 506 ss., il quale, pur riconoscendo

La stessa disposizione – in parte innovando, in parte confermando il precedente assetto normativo – prevede, inoltre, delle possibili forme di remunerazione del capitale sociale, degli obblighi di redazione del bilancio e di trasparenza, dei limiti in materia di remunerazione delle cariche sociali¹⁰ e di retribuzione dei titolari degli organismi dirigenti (bilancio sociale), nonché, infine, la nomina, fin dall'atto costitutivo, di uno o più sindaci, allo scopo di monitorare e vigilare sull'osservanza da parte dell'IS della legge e dello statuto, nonché sul rispetto dei principi di corretta amministrazione, anche con riferimento alle disposizioni del d.lgs. n. 231/2001, oltre che sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile.

Questi principi sono stati tradotti in una disciplina che, giocoforza, pur riferendosi ancora genericamente all'idea di impresa (con gli ovvi corollari che ne conseguono in termini di economicità, professionalità¹¹, organizzazione dell'attività *ex art.* 2082 c.c., oltre alla produzione di beni e servizi

l'ampia portata della norma, rigetta la tesi che il principio del «Duty to promote the success of the company» possa ricomprendere altri interessi al di fuori di quelli degli *shareholder*, se non solo in via mediata. La previsione ha suscitato interesse anche nella dottrina italiana, che ha differentemente inquadrato la norma straniera: cfr. R. Sacchi, *L'interesse sociale nelle operazioni straordinarie*, in Aa. Vv., *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli «stakeholders»*, Milano, Giuffrè, 2010, 144 ss., che vi vede una riproposizione della visione dell'*Unternehmen an sich*; M.S. Spolidoro, *Appunti sull'interesse sociale nelle operazioni straordinarie*, *ibidem*, 179 s., che suggerisce la possibile riconduzione della stessa al diritto naturale, a fronte del contenuto scontato delle disposizioni della stessa; C. Angelici, *Responsabilità sociale dell'impresa, codici etici e autodisciplina*, cit., 164, nonché F. Vella, *L'impresa e il lavoro: vecchi e nuovi paradigmi della partecipazione*, in *Giur. comm.*, 2013, VI, 1139 ss., che, invece, vi vedono una riproposizione attenuata della teoria dello *shareholder value*. Per un'analisi comparativa v. P. Montalenti, *Interesse sociale e amministratori*, in Aa. Vv., *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli «stakeholders»*, Milano, Giuffrè, 2010, 91 ss.; V. Calandra Buonauro, *Responsabilità sociale dell'impresa e doveri degli amministratori*, *ibidem*, 268 ss.

¹⁰ Sul punto cfr. A. Fusaro, *Le organizzazioni a scopo non lucrativo nella Law and Economics*, in *Contr. impr.*, 2017, 64, che mette in luce, in ottica giuseconomica, come l'altruismo, come bene, trovi spesso corrispettivo nei «salari straordinariamente alti corrisposti ai *manager* (CEO, *chief executive officer*) di alcuni enti *no-profit*».

¹¹ Sull'equivalenza del concetto di stabilità, già richiamato dall'art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 155/2006, con quello codicistico di professionalità, v. già R. Costi, *La nozione di impresa sociale nella legge delega*, in *Impr. soc.*, 2005, 74; sul punto anche F. Alleva, *L'impresa sociale italiana*, cit., 60; A. Fusaro, *Commento all'art. 1*, in *La nuova disciplina dell'impresa sociale*, a cura di M.V. De Giorgi, Padova, Cedam, 2007, 32. Più in generale sull'equivalenza del concetto di impresa, oltre che con quelli di società, di associazione e fondazione disciplinati dal codice civile, v. L. Schiuma, *Commento all'art. 4*, *ibidem*, 143 ss.

indirizzata – come si vedrà a breve – al soddisfacimento di un'attività di interesse generale *ex art. 2, comma 1, d.lgs. n. 112/2017*)¹², fa più volte esplicito riferimento a forme di esercizio complesso della stessa, in forza del ricorso a soluzioni che la struttura organica delle persone giuridiche favorisce. I modelli organizzativi richiamati – anche indirettamente – dal Legislatore sono, infatti, prevalentemente quello della S.p.A. e della s.r.l. (non solo perché questi tipi godono della disciplina più dettagliata, in quanto indirizzata a garantire la responsabilità limitata attraverso un bilanciamento degli oneri gravanti sugli organi¹³, ma anche perché assicurano una particolare flessibilità nella strutturazione dei poteri gestori)¹⁴, oltre ovviamente a quello delle cooperative, anche in quanto specificatamente disciplinate in ambito sociale già dalla l. n. 381/1991 e che, di diritto, rientrano fra le IS ai sensi del comma 4 dell'art. 1 del d.lgs. n. 112/2017¹⁵.

Tale politica normativa pare giustificarsi anche nella decisione assunta dal Riformatore di permettere la destinazione di una parte degli utili a

¹² Per un inquadramento delle IS quali imprese alla luce della precedente disciplina contenuta nel d.lgs. n. 155/2006, v., *ex multis*, A. Fici, *Imprese cooperative e sociali*, cit., 149 ss.; relativamente agli ETS v., da ultimo, L. Bozzi, *Terzo settore: osservazioni a «prima lettura» su una riforma culturale prima che giuridica*, cit., 1264 ss., anche per numerosi riferimenti dottrinari in nota. Per una più generale rilettura del fenomeno impresa quale attività economica e sulla ricostruzione degli statuti singolari v. P. Montalenti, *Dall'impresa all'attività economica. Appunti per una nuova sistematica di attività, soggetti, statuti*, già pubblicato in Aa.Vv., *Le diverse forme giuridiche soggetti economici Italia dopo la crisi: i risultati di una ricerca*, Milano, Il Sole 24Ore, 2012, 53 ss., ed ora pubblicato in Id., *Impresa società di capitali mercati finanziari*, Torino, Giappichelli, 93 ss., da cui si cita.

¹³ Come anche evidenziato nell'esperienza nordamericana da H. Hansmann, *The Role of Nonprofit Enterprise*, in *Yale L. J.*, 1980, 838, il quale sottolinea come «Most nonprofits of any significance are incorporated».

¹⁴ In quest'ottica non sembra un caso che le IS debbano essere costituite con atto pubblico, con ciò escludendo, apparentemente, che si possa assistere al sorgere di un'IS per fatti conclusenti, anche alla luce della necessaria iscrizione presso il Registro delle Imprese, che assolve a una funzione analoga a quella del Registro Unico Nazionale del Terzo Settore.

¹⁵ Evidenziava già una convergenza dei modelli di IS permessi dal previgente d.lgs. n. 155/2006, in forza di una «*path dependence*», oltre che della «funzione di *leadership* dell'impresa sociale», P. Iamiceli, *La disciplina dell'impresa sociale*, in *L'impresa sociale in Italia*, Rapporto IRIS Network, a cura di C. Borzaga, F. Zandonai, Donzelli, Roma, 2009, 95.

favore dei partecipi dell'impresa¹⁶ (art. 3, comma 3, d.lgs. n. 112/2017)¹⁷, apertura che si coniuga a quella al mercato dei capitali come possibile fonte di finanziamento ulteriore a quello autonomo e a quello bancario¹⁸.

Queste novità, assieme alla conferma della possibilità di costituire gruppi di IS¹⁹ (senza giungere, tuttavia, ad ammettere persone fisiche *holding* delle stesse, stante il divieto contenuto nel comma 2 dell'art. 2 del d.lgs. n. 112/2017 di costituire IS da parte di un unico socio, che si collega alla confermata impossibilità per una persona fisica di essere riconosciuta quale IS conseguente al riferimento alla categoria degli enti racchiuso nel comma 1 dell'art. 1)²⁰, rafforzano la percezione della tendenza all'ibridazione degli opposti scopi perseguibili da una impresa, intesa quale la convivenza fra un fine egoistico e uno altruistico, che già si era concretizzata con la citata

¹⁶ Ovviamente ciò riguarderà le IS che adottino la forma societaria, in quanto organizzazioni destinate al perseguimento di uno scopo egoistico: in questo caso, non sembra possa più affermarsi che «lo scopo-fine dell'impresa sociale coincida con lo scopo-mezzo», come sostenuto, alla luce della precedente disciplina, da A. Fici, *La nozione e le forme giuridiche dell'impresa sociale*, in *Governo e organizzazione dell'impresa sociale*, a cura di C. Borzaga e L. Fazzi, Roma, Carocci, 2008, 37.

¹⁷ Il nuovo approccio recupera le tesi di parte della dottrina che aveva suggerito di permettere una limitata distribuzione dei proventi dell'impresa per incoraggiarne il finanziamento: sul punto cfr. A. Zoppini, *Relazione introduttiva ad una proposta per la disciplina dell'impresa sociale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, 335 s.; F. Cafaggi, *L'impresa a finalità sociale*, in *Pol. Dir.*, 2000, 634 ss.; J. Defourny, *Introduction: from Third Sector to Social Enterprise*, in *The Emergence of Social Enterprise*, a cura di C. Borzaga e J. Defourny, Londra, Routledge, 2004, 18. Il *non distribution constraint* era segnalato come una debolezza dell'impianto del d.lgs. n. 155/2006, *ex multis*, da F. Alleva, *L'impresa sociale italiana*, cit., 75 s. Sul punto v. anche M. Stella Richter jr, *L'impresa azionaria tra struttura societaria e funzione sociale*, in *La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI secolo*, atti dell'incontro di studio tenutosi a Roma il 9 ottobre 2015, a cura di F. Macario e M.N. Miletta, Roma, Tre Press, 2017, 76, che, in merito all'assenza di lucro soggettivo, afferma che la IS costituirebbe «uno strumento prossimo, sotto certi aspetti, ad una “fondazione” preordinata allo svolgimento di una impresa e, sotto altri, ad una “società senza soci” (la c.d. *Keinmannengesellschaft*)».

¹⁸ Sul punto la Relazione Illustrativa al d.lgs. n. 112/2017, a p. 3, chiaramente indica come la decisione di permettere una remunerazione limitata del capitale sociale punti a «favorire il finanziamento dell'impresa sociale mediante capitale di rischio».

¹⁹ Si noti come il legislatore abbia deciso nuovamente di riferirsi al concetto di gruppo, probabilmente guardando ai gruppi cooperativi paritetici *ex art. 2545-septies c.c.* e non, più correttamente, alla disciplina della direzione e del coordinamento *ex artt. 2497 ss. c.c.*

²⁰ Divieto che sembra dover riguardare solo questa ipotesi e non, invece, estendersi alle persone giuridiche, stante una limitazione operativa che non sembrerebbe aver senso: si tratterebbe, infatti, di ammettere gruppi di minima entità, ove le controllate sarebbero sottoposte a una partecipazione congiunta da parte di altre imprese sociali.

introduzione delle società *benefit* nel nostro ordinamento ad opera dell'art. 1, commi 376 ss., l. n. 208/2015²¹.

Va da sé che la coniugazione di queste opposte finalità potrebbe non risultare indifferente ai terzi che, a vario titolo, si relazionano economicamente con l'IS e che la stessa disciplina prevede debbano essere coinvolti nella sua gestione in forza della delega racchiusa nell'art. 6 della l. n. 106/2016²².

Una prima conferma dell'esistenza di questi contrasti potenziali si può facilmente trarre esaminando la posizione dei finanziatori dell'IS: qualora questi non fossero mossi da un intento di pura liberalità²³ – rinunciando, ossia, a qualsiasi forma di remunerazione del capitale e alla restituzione di quest'ultimo – si deve rilevare come il loro rapporto con i componenti degli organi della stessa (soci, amministratori, ecc.) e gli altri *stakeholders* (lavoratori, utenti, ecc.) potrebbe dar vita a un conflitto sostanzialmente analogo a quello che si viene a creare circa l'uso del patrimonio nelle società

²¹ Questa tendenza va distinta alla possibile convivenza di differenti scopi nelle imprese consortili, le quali, come noto, possono aggiungere allo scopo specifico uno lucrativo: esse, infatti, non giungono mai ad ammettere lo scopo altruistico, ma solo a declinare lo scopo egoistico.

²² In questo contesto non sembra, infatti, pienamente applicabile la tesi di H. Hansmann, *The Role of Nonprofit Enterprise*, cit., 838, secondo cui «the advantage of a nonprofit producer is that the discipline of the market is supplemented by the additional protection given the consumer by another, broader “contract”, the organization’s legal commitment to devote its entire earnings to the production of services». Per una dimostrazione economica dell'assunto v. E.L. Glaeser e A. Shleifer, *Not-for-profit Entrepreneurs*, in *J. Public Econ.*, 2001, 99 ss., i quali condividono l'idea che, a prescindere dai vantaggi fiscali, «When customers, employees, or donors feel protected by the non-profit status of the firm, the entrepreneur has a competitive advantage in the marketplace».

²³ Rientrando così nelle c.d. «*donative nonprofits*», secondo la tassonomia tracciata da H. Hansmann, *The Role of Nonprofit Enterprise*, cit., 840 ss. Per uno studio dell'evoluzione degli enti perseguenti «finalità altruistiche-ideali con modalità prettamente erogative (= *grant-making*)» a enti «che operano con modalità prettamente dinamiche (= *operating*)» e del loro impatto prima dell'intervento della disciplina sulle IS, anche relativamente al problema discusso di un loro inquadramento nell'alveo delle attività di impresa, v. A. Cetra, *L'impresa collettiva non societaria*, Torino, Giappichelli, 2003, 5 ss.; analogamente, *ex multis*, A. Zoppini, *Problemi e prospettive per una riforma delle associazioni e fondazioni di diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 365 ss.; G. Ponzanelli, *Gli enti senza scopo di lucro*, Torino, Giappichelli, 2000, 177 s.; I. Capelli, *I diversi modelli di impresa sociale previsti dal d.lgs. 24 marzo 2006, n. 155 «Disciplina dell'impresa sociale, a norma della legge 13 giugno 2005, n. 118»*, in *Le imprese sociali*, a cura di F. Cesarini e R. Locatelli, Milano, Franco Angeli, 2007, 26 ss.; F. Alleva, *L'impresa sociale italiana*, cit., 38 ss.

a scopo puramente egoistico²⁴. Ci si deve attendere, infatti, da una parte, che i finanziatori siano interessati al perseguimento di politiche gestorie volte a una conservazione della capacità produttiva, oltre che dello stesso valore dell'attività economica, tali da garantire loro la remunerazione del capitale e la sua restituzione a scadenza; dall'altra, che gli altri partecipi economici – compresi i soci, qualora destinatari di una frazione di utili – siano propensi, invece, a un impiego da parte dell'impresa delle medesime somme a proprio favore.

Ancorché questo dissidio risulti in buona parte temperato dai limiti, diretti e indiretti, alla distribuzione agli utili a scopo di lucro che la nuova disciplina dettaglia ai sensi dell'art. 3, commi 2 e 3 (e che sembrano svolgere una funzione analoga a quella delle clausole *covenant*²⁵ che possono nascere dalla contrattazione fra l'impresa e i suoi finanziatori)²⁶, va rilevato, tut-

²⁴ V. nella lettura economica classica gli studi di S.C. Myers, *Determinants of corporate borrowing*, in *J. Fin. Econ.*, 1977, 147 ss., nonché C. Smith, J. Warner, *On financial contracting: An analysis of bond covenants*, in *J. Fin. Econ.*, 1979, 117 ss.

²⁵ Per un'analisi delle logiche economiche che sorreggono l'uso dei *covenant* v., *ex multis*, F. Bazzana, *I covenants nei contratti di debito*, Roma, Carocci, 2007, 13 ss. Per un esame della loro adozione nel mercato nordamericano v., *ex multis*, W.W. Bratton, *Bond covenants and creditor protection: economics and law, theory and practice, substance and process*, in *Eur. Bus. Org. L. Rev.*, 2006, VII, 39 ss. Per un inquadramento giuridico nel nostro ordinamento cfr. G. Giannelli, «Covenants» finanziari e finanziamento dell'impresa di gruppo in crisi, in *RDS*, 2009, 616 ss.; R. Pennisi, *La responsabilità della banca nell'esercizio del controllo in forza di «covenants» finanziari*, in *RDS*, 2009, 627 ss.; M. Mozzarelli, *Appunti sulla tutela contrattuale del creditore sociale nell'esperienza statunitense*, in *La struttura finanziaria e i bilanci delle società di capitali, Studi in onore di Giovanni E. Colombo*, Torino, UTET, 2011, 573 ss., nonché Id., «Business Covenants» e governo della società finanziata, Milano, Giuffrè, 2013, 93 ss.; A.D. Scano, *I «covenants» nei contratti di finanziamento all'impresa: garanzie o strumenti atipici di conservazione della garanzia patrimoniale?*, in *Le operazioni di finanziamento alle imprese*, a cura di Demuro, Torino, Giappichelli, 2010, 91 ss.; L. Picardi, *Il ruolo dei creditori fra monitoraggio e orientamento della gestione nella società per azioni*, Milano, Giuffrè, 2013, 81 ss.; sia permesso rinviare, inoltre, a M. Palmieri, *I «bond covenants»*, in *BIS*, 2006, 247 ss.

²⁶ L'art. 3, comma 3, lett. a, dispone, in particolare, che l'IS possa destinare una quota inferiore alla metà degli utili e degli avanzi di gestione annuali, dedotte eventuali perdite maturate negli esercizi precedenti, ad aumento gratuito del capitale sociale sottoscritto e versato dai soci, nei limiti delle variazioni dell'indice Istat relativo all'andamento dei prezzi al consumo per le famiglie di operai e di impiegati per il periodo corrispondente a quello dell'esercizio sociale in cui gli utili e gli avanzi di gestione sono stati prodotti, oppure alla distribuzione di dividendi ai soci (anche mediante l'aumento gratuito del capitale sociale o l'emissione di strumenti finanziari), in misura comunque non superiore all'interesse massimo dei buoni postali fruttiferi aumentato del 2,5% calcolato sul capitale effettivamente versato. A differenza dell'ipotesi di aumento gratuito del capitale, che sembra unicamente tutelare lo stesso dalla perdita di valore dovuta all'inflazione, la remunerazione del capitale versato

tavia, nella medesima ottica economica, che gli analoghi vincoli normativi che comprimono la remunerazione dei finanziamenti erogati da soggetti differenti da una banca o da un intermediario finanziario autorizzato ai sensi dell'art. 3, comma 3, lett. *c* ed *f*, possono, all'opposto, finire per fomentare il conflitto²⁷. Essi potrebbero, difatti, impedire di «prezzare» adeguatamente il rischio sofferto dall'investitore di andare incontro a gestioni rischiose, al punto che quest'ultimo potrebbe decidere di indirizzare altrove i propri soldi²⁸, così condannando l'IS a dipendere dai canali

dai soci temperata nell'identica misura prevista per le cooperative a mutualità prevalente *ex art.* 2514, comma 1, lett. *a*, c.c. e per le cooperative sociali *ex art.* 3, comma 1, l. n. 381/1991, non sembra svolgere la medesima funzione, dato che essa aggiunge il limite di uno *spread* la cui entità potrebbe dar vita a remunerazioni non necessariamente distanti da quelle di imprese *for profit*.

²⁷ La normativa prevede specificatamente che: «c) la remunerazione degli strumenti finanziari diversi dalle azioni o quote, a soggetti diversi dalle banche e dagli intermediari finanziari autorizzati, in misura superiore a due punti rispetto al limite massimo previsto per la distribuzione di dividendi dal comma 3, lettera a); [...] f) la corresponsione a soggetti diversi dalle banche e dagli intermediari finanziari autorizzati, di interessi passivi, in dipendenza di prestiti di ogni specie, superiori di quattro punti al tasso annuo di riferimento. Il predetto limite può essere aggiornato con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze». Sul punto v. F. Cafaggi e P. Iamiceli, *New Frontiers in the Legal Structure and Legislation of Social Enterprises in Europe: A Comparative Analysis*, EUI Working Papers LAW 2008/16, 32 s., i quali pongono in evidenza come anche laddove gli ordinamenti analizzati pongano dei limiti alla remunerazione e alla partecipazione amministrativa dei finanziatori, soprattutto a fronte della previsione della remunerazione dei soci o degli associati, «specific legislation on conflicts of interests could be appropriate in order to monitor the decision making process». Il problema delle «divergenti pressioni dovute ad una eccessiva estensione dei poteri di *voice* di una pluralità di interessi organizzati dalle diverse categorie di finanziatori», era stato evidenziato relativamente alle scelte intraprese dal Riformatore con il d.lgs. n. 6/2003, *ex multis*, da F. Vella, *Nuove regole di corporate governance e tutela degli investitori*, in BIS, 2004, 466.

²⁸ Per una lettura critica della finanza etica v. M. Porzio, *Riflessioni sui profili giuridici del «social banking»*, già pubblicato in *Il «social banking» in Italia: un fenomeno da esplorare*, Milano, Giuffrè, 2003, 386 ss., nonché in Id., *Orme nella neve*, Milano, Giuffrè, 2006, 323 ss., da cui si cita; C. Angelici, *Responsabilità sociale dell'impresa, codici etici e autodisciplina*, cit., 168. Il rischio che la finanza non possa supplire il mancato prezzamento del rischio in forza del solo fine etico è evidenziato da R. Costi, *Banca etica e responsabilità sociale delle banche*, in BBTC, 2011, 165 ss. Sottolineano come occorra abbandonare le «candide illusioni costituite volta per volta dall'«impresa etica» o anche «responsabile», dalla banca o dalla finanza «etiche», dai «codici etici»: illusioni talvolta soltanto ingenua, altre volte dotate di una buona dose di ipocrisia»; R. Raimo e C. Mignone, *Strumenti di finanziamento al terzo settore e politiche di intervento locale nella «società inclusiva» europea. (Dalla filantropia alla finanza alternativa)*, in *Giust. civ.*, 2017, 154 ss., anche per una lettura critica dei *social impact bond* previsti dall'art. 9, comma 1, lett. *h*, n. 106/2016.

di finanziamento tradizionali²⁹, in un periodo in cui gli effetti negativi del c.d. *credit crunch* sono purtroppo ancora tangibili e che potrebbero non essere superati dalla presenza di operatori bancari di finanza etica e sostenibile (i quali, ai sensi dell'art. 111-*bis*, comma 1, lett. c, T.u.b., per essere riconosciuti tali, si obbligano a devolvere almeno il 20% del proprio portafoglio crediti a favore di organizzazioni senza scopo di lucro o IS aventi personalità giuridica). Il tema non sembra irrilevante: lo stesso Legislatore ha previsto, infatti, ai sensi dell'art. 15, comma 8, del d.lgs. n. 112/2017, che le IS (assieme, più in generale, a tutte le PMI), possano avvalersi della raccolta di capitali tramite offerte al pubblico realizzata a mezzo degli specifici portali *internet* disciplinati dal combinato degli artt. 50-*quinquies* e 100-*ter* t.u.f.³⁰, proprio per affrancare anche le IS dal fenomeno limitante del c.d. «bancocentrismo» che caratterizza il mercato finanziario italiano³¹.

²⁹ Per una lettura positiva di tale eccezione, già posta dalla previgente disciplina, v. R. Costi, *L'impresa sociale: prime annotazioni esegetiche*, in *Giur. comm.*, 2006, 866; per un giudizio negativo v. M. Capecchi, *Commento all'art. 3*, in *La nuova disciplina dell'impresa sociale*, a cura di M.V. De Giorgi, Padova, Cedam, 2007, 131. La dipendenza dal finanziamento bancario sembra trovare conferma nello studio condotto da R. Bertola, R. Locatelli e E. Pavione, A. Uselli, *Profili di gestione e di economicità delle imprese sociali*, in *Le imprese sociali*, a cura di F. Cesarini, R. Locatelli, Milano, Franco Angeli, 2007, 204 ss., che mettono in luce anche la difficoltà di valutazione del modello imprenditoriale da parte del sistema bancario tradizionale.

³⁰ Per un'analisi del fenomeno del «social crowdfunding», che appare il più delle volte «donation-based, rispetto al «crowdfunding reward-based» basato sul c.d. *betting-model*, che, coinvolgendo una platea di sostenitori/investitori, ha anche una valenza pubblicitaria, v. U. Piattelli, *Il crowdfunding in Italia*, Torino, Giappichelli, 2013, 10 ss.

³¹ La difficoltà di accesso al credito era già stata evidenziata da H. Hansmann, *The Role of Nonprofit Enterprise*, cit., 877, secondo cui «debt financing, which generally is available for only a fraction of the investments made by for-profit firms, is even more limited for non-profits because of the poor fungibility of the organization's assets and the negative effect on the creditor's public relations in case of foreclosure». Il dato è confermato a livello comunitario da European Commission, Directorate General for Employment, Social Affairs and Inclusion, *A map of social enterprises and their eco-systems in Europe – Synthesis Report*, 2015, 98: «Lack of understanding of social enterprises, concern over issues of governance, potential returns compared to other investment activities and poor risk profile are all commonly prevalent in bank lending markets for social enterprises».

2. L'ORGANO ASSEMBLEARE DELL'IS QUALE STRUMENTO DI CONTEMPERAMENTO DELLE ISTANZE DEI TERZI

Il conflitto nascente fra i partecipi economici circa l'impiego del patrimonio della impresa debitrice a favore del soddisfacimento delle proprie pretese – che altrove ho definito come *nexus of conflicts*³², giocando sull'assonanza alla criticata teoria economica dell'impresa quale fascio di contratti³³ – investe ovviamente anche tutti gli altri *stakeholder*, intesi quali coloro che nutrono (quantomeno) un interesse ad appropriarsi di una quota della ricchezza dell'impresa. Fra questi un posto di primo piano lo occupano i lavoratori, anche alla luce dell'attenzione spesa dal Legislatore circa il loro coinvolgimento nella gestione dell'IS, assieme agli utenti e agli altri soggetti direttamente interessati dall'attività economica di quest'ultima ai sensi dell'art. 11 del d.lgs. n. 112/2017.

Considerando che i lavoratori sono, al tempo stesso, creditori dell'impresa per le retribuzioni stipendiali, ma anche suoi partecipi economici in merito

³² M. Palmieri, *La partecipazione esterna alle società di capitali*, Milano, Giuffrè, 2015, 95 ss. In merito alle precedenti critiche alla visione delle società quale *nexus of contracts* v. A. Gambino, *Il principio di correttezza nell'ordinamento della società per azioni*, Milano, Giuffrè, 1987, 120 ss., che fonda la propria tesi sull'osservazione dell'esistenza della società unipersonale; nonché F. Denozza, *L'interesse sociale tra «coordinamento» e «cooperazione»*, cit., 23 ss., il quale evidenzia, in chiave mercatista, come la società possa essere ricondotta a «un contesto caratterizzato dalla presenza di soggetti che autonomamente perseguono la produzione collettiva di un *surplus* di cui ciascuno legittimamente intende accaparrarsi la fetta più grande». Per un efficace riassunto delle critiche mosse alla teoria del *nexus of contracts* v. M. Stella Richter jr, *L'impresa azionaria tra struttura societaria e funzione sociale*, cit., 71 ss.

³³ L'idea del conflitto è alla base anche della teoria del *nexus of contracts*: cfr. M.C. Jensen e W.H. Meckling, *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*, in *J. Fin. Econ.*, 1976, IV, 360 ss., nella versione pubblicata sul sito www.ssrn.com, 9 ss., anche se collegata alla soluzione contrattuale dello stesso: «The firm is not an individual. It is a legal fiction which serves as a focus for a complex process in which the conflicting objectives of individuals (some of whom may “represent” other organizations) are brought into equilibrium within a framework of contractual relations». In tal senso v. anche F. Easterbrook e D. Fischel, *The economic structure of Corporate Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1991, 6 ss. L'espressione, inizialmente utilizzata da R.H. Coase, *The nature of the firm*, in *Economica*, 1937, 387, è stata poi ripresa da A. Alchian e H. Demsetz, *Production, information costs, and economic organization*, in *Am. Econ. Rev.*, 1972, 777 ss., come critica alla stessa visione «coasiana» basata su una organizzazione di impresa gestita dal solo imprenditore, privilegiando, al contrario, l'idea che l'impresa altro non sia che il risultato dell'esecuzione di una serie di contratti. Nella dottrina italiana v., *ex multis*, C. Marchetti, *La «nexus of contracts» theory. Teorie e visioni del diritto societario*, Milano, Giuffrè, 2000, 20 ss.

alle prestazioni future (che essi auspicano ragionevolmente di potersi garantire sotto forma di futuri stipendi, aumenti salariali, premi di produzione, ecc.), è facile intuire come possano sorgere dei dissidi fra gli stessi e gli altri partecipi economici della società non solo limitatamente all'impiego del patrimonio presente per l'adempimento dei crediti esistenti, ma anche in merito all'impiego del patrimonio futuro rispetto al riconoscimento e all'adempimento di nuovi crediti.

Al fine di contenere il rischio di comportamenti opportunistici, anche in questo caso il Legislatore ha confermato – pur ammorbidendoli – dei limiti alla retribuzione che, per converso, possono avere proprio l'effetto di acuire la tensione fra i lavoratori e gli altri partecipi economici dell'impresa. A prescindere dal fatto che tali vincoli non si applicano alle IS operanti in alcuni specifici settori al fine di favorire il confluire di eccellenze lavorative³⁴, occorre considerare, infatti, che, in generale, gli stessi risultano ora abbastanza ampi, dato che impediscono solamente «la corresponsione ai lavoratori subordinati o autonomi di retribuzioni o compensi superiori del quaranta per cento rispetto a quelli previsti, per le medesime qualifiche, dai contratti collettivi di cui all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81» (così l'art. 3, comma 2, lett. b, d.lgs. n. 112/2017) nonché, ai sensi dell'art. 13, comma 1, che la differenza retributiva tra i dipendenti dell'impresa non possa essere superiore al rapporto di uno ad otto, da calcolarsi sulla base della retribuzione annuale lorda. Entro questo margini – che, come per il passato, non sono comunque aggirabili a mezzo di cessioni di beni o servizi a condizioni più favorevoli di quelle del mercato, stante l'ampio divieto previsto dalla novella³⁵ – è possibile

³⁴ Ossia l'esigenza di acquisire specifiche competenze ai fini dello svolgimento delle attività inerenti gli interventi e le prestazioni sanitarie, la formazione universitaria e *post*-universitaria, nonché la ricerca scientifica di particolare interesse sociale elencate dall'art. 2, comma 1, lett. b, g e h, così restringendo l'autonomia lasciata dall'art. 3, comma 2, lett. b, d.lgs. n. 155/2016, che si limitava a far salva l'eccezione generica dell'esigenza di acquisire delle specifiche professionalità. La difficoltà di reperire professionalità manageriali e competenze lavorative è sofferta dalle IS di tutto il continente secondo l'analisi condotta da European Commission, Directorate General for Employment, Social Affairs and Inclusion, *A map of social enterprises and their eco-systems in Europe*, cit., 100.

³⁵ L'art. 3, comma 2, lett. e, d.lgs. n. 112/2017 prevede, infatti, che siano vietate tali operazioni poste in essere a favore di soci, associati o partecipanti, fondatori, componenti gli organi amministrativi e di controllo, di coloro i quali, a qualsiasi titolo, operino per l'organizzazione o ne facciano parte, dei soggetti che effettuano erogazioni liberali a favore dell'organizzazione, dei loro parenti entro il terzo grado e dei loro affini entro il secondo grado, nonché a favore delle società da questi direttamente o indirettamente controllate o collegate, esclusivamente in ragione della loro qualità, con l'eccezione di quelle che costituiscono l'oggetto dell'attività di interesse generale.

attendarsi, quindi, che i lavoratori possano essere spinti a conseguire le maggiori utilità economiche dall'IS, anche alla luce di una disciplina che apre fortemente alla loro partecipazione alla *governance* della stessa.

In quest'ottica appare particolarmente interessante quanto previsto dall'art. 11 della novella, che, riprendendo quanto già previsto dall'art. 12 del d.lgs. n. 155/2006, riformula il coinvolgimento tanto dei lavoratori, quanto degli utenti e degli altri soggetti direttamente interessati all'attività delle IS³⁶. Il combinato disposto dei commi 1 e 2 della norma dispone, in particolare, che nei regolamenti aziendali o negli statuti delle imprese sociali debbano essere previste adeguate forme di coinvolgimento, intendendosi queste ultime quale «un meccanismo di consultazione o di partecipazione mediante il quale lavoratori, utenti e altri soggetti direttamente interessati alle attività siano posti in grado di esercitare un'influenza sulle decisioni dell'impresa sociale, con particolare riferimento alle questioni che incidano direttamente sulle condizioni di lavoro e sulla qualità dei beni o dei servizi»³⁷. Il comma 4 specifica ulteriormente come gli statuti delle IS³⁸ «devono in ogni caso disciplinare: a) i casi e le modalità della partecipazione dei lavoratori e degli utenti, anche tramite loro rappresentanti, all'assemblea degli associati

³⁶ Fra cui potrebbero rientrare, forse, anche i suoi finanziatori, adottando una interpretazione estensiva della previsione basata sulla considerazione che gli stessi hanno certamente un interesse di tipo economico diretto e così leggendo, nella sua massima estensione, il concetto di *stakeholder*. Il loro coinvolgimento, anche alla luce della definizione resa dal *network* europeo EMES, appare certo, *ex multis*, per C. Borzaga e F. Zandonai, *Introduzione*, in *L'impresa sociale in Italia*, Rapporto IRIS Network, a cura di C. Borzaga e F. Zandonai, Roma, Donzelli, 2009, 3 s.

³⁷ Si noti che, a differenza della disciplina delle società *benefit*, che coinvolge i soggetti anche solo indirettamente interessati all'attività (la lett. *b* del comma 378 della l. 28 dicembre 2015, n. 208, prende infatti in considerazione «il soggetto o i gruppi di soggetti coinvolti, direttamente o indirettamente, dall'attività delle società di cui al comma 376, quali lavoratori, clienti, fornitori, finanziatori, creditori, pubblica amministrazione e società civile»), il Legislatore ha scelto con la novella in commento di restringere la categoria degli *stakeholder* a quelli solo «direttamente interessati alle attività». Sulla distinzione fra i portatori di un interesse diretto e indiretto, sia permesso rinviare a M. Palmieri, *La partecipazione esterna alle società di capitali*, cit., 41 ss. Per un'analogia distinzione fra «Stakeholders in the strict sense» e «Stakeholders in the broad sense: those individuals or groups whose interest is involved because they undergo the "external effects", positive or negative, of the transactions performed by the firm, even if they do not directly participate in the transaction, so that they do not contribute to, nor directly receive value from the firm», v. già L. Sacconi, *Corporate Social Responsibility (CSR) as a model of «extended» corporate governance. An explanation based in the economic theories of social contract, reputation and reciprocal conformism*, Liuc Papers n. 142, 2004, 7.

³⁸ Fatta eccezione per le IS costituite nella forma di società cooperativa a mutualità prevalente ai sensi del comma 5.

o dei soci; b) nelle imprese sociali che superino due dei limiti indicati nel primo comma dell'articolo 2435-*bis* del codice civile ridotti della metà, la nomina, da parte dei lavoratori ed eventualmente degli utenti di almeno un componente sia dell'organo di amministrazione che dell'organo di controllo». Come è facile cogliere, la portata innovativa di queste previsioni nel quadro della disciplina societaria è notevole³⁹. Non solo, infatti, si conferma e si rafforza l'obbligo per le IS di «subire» l'influenza di terzi – per così dire – «qualificati» sulle decisioni riguardanti le condizioni di lavoro e la qualità dei beni o dei servizi offerti, con tutte le conseguenze che ne possono conseguire in tema di conflitti di interesse e responsabilità degli amministratori (che si esamineranno nel prossimo paragrafo), ma si introducono anche diritti di controllo e forse anche di *voice*, che sono in gran parte inediti e che, almeno potenzialmente, sembrano mettere in discussione taluni capisaldi del diritto societario⁴⁰.

Sotto quest'ultimo aspetto appare particolarmente interessante il diritto dei lavoratori e degli utenti a prendere parte al consesso sociale (o associativo), anche tramite loro rappresentanti, che è forse il segno più tangibile del *multistakeholder approach* perseguito dal Riformatore⁴¹. Guardando alla disciplina delle S.p.A. – in quanto normativa più completa e, conseguentemente, di riferimento – è facile rilevare come solo gli azionisti che hanno il diritto di voto circa gli argomenti trattati nel consesso possono prendervi parte *ex art.* 2370, comma 1, c.c.; nell'ambito di una S.p.A. «ordinaria» l'unica possibilità di intervento per i lavoratori è data, quindi, dall'even-

³⁹ La precedente disciplina, all'art. 12, si limitava, infatti, a stabilire che il coinvolgimento dovesse essere inteso quale l'informazione, la consultazione o la partecipazione, mediante il quale lavoratori e destinatari delle attività potessero esercitare un'influenza sulle decisioni adottate nell'ambito dell'impresa, almeno relativamente alle questioni direttamente incidenti sulle condizioni di lavoro e sulla qualità dei beni e dei servizi prodotti o scambiati. Per un'analisi della stessa, in particolare con riferimento al coinvolgimento dei lavoratori, v. A. Fici, *Imprese cooperative e sociali*, cit., 102 ss.

⁴⁰ L'idea di attribuire di diritti amministrativi a terzi a mezzo dell'assegnazione di strumenti finanziari era stata evidenziata rispetto alla precedente disciplina da G. Schiano di Pepe, *Commento all'art. 8*, in *La nuova disciplina dell'impresa sociale*, a cura di M.V. De Giorgi, Padova, Cedam, 2007, 220.

⁴¹ Per questo aspetto sembra che il modello ricalchi la caratteristica *multisociétariat* della *Société Coopérative d'Intérêt Collectif* presente nell'ordinamento francese: sulle caratteristiche *multistakeholder* di quest'ultima v. F. Cafaggi e P. Iamiceli, *New Frontiers in the Legal Structure and Legislation of Social Enterprises in Europe: A Comparative Analysis*, cit., 12 s. Pur non optando per un modello *singlestakeholder* o *multistakeholder* dell'IS cfr. F. Cafaggi, *L'impresa a finalità sociale*, cit., 652 ss., il quale evidenziava rispetto alla disciplina previgente comunque la necessità di considerare «gli interessi dei finanziatori e quelli dei lavoratori» al fine della stesura di una disciplina di settore.

tuale assegnazione a loro favore di azioni ai sensi dell'art. 2349, comma 1, c.c. (sempre che queste non siano emesse del tutto prive del diritto di voto oppure limitato a taluni argomenti)⁴². Nel caso delle IS, invece, nulla sembra impedire che i lavoratori, eventualmente tramite i loro rappresentanti, possano quantomeno intervenire, così cercando di convincere i soci o gli associati delle proprie ragioni⁴³, se non, almeno in teoria, esprimere il proprio *placet* circa le decisioni che li riguardano direttamente (anche se, come si vedrà a breve, questa ipotesi sembra doversi escludere da una lettura complessiva della disciplina)⁴⁴.

Data l'ampia autonomia concessa dal Legislatore⁴⁵, appare evidente che, per una buona *governance* delle IS, risulterà fondamentale la circoscrizione statutaria dei poteri concessi ai terzi «qualificati»: a tal riguardo, oltre alla volontà dei soci, un ruolo di primo piano lo avranno (o almeno dovrebbero averlo) i notai richiesti di rogare l'atto pubblico *ex art.* 5⁴⁶, che saranno chiamati a suggerire soluzioni idonee a non fomentare il conflitto fra i differenti partecipi economici dell'impresa, anzitutto circoscrivendo effettivamente quali saranno i terzi che i soci vorranno ritenere coinvolti dall'attività dell'IS (il riferimento è, in particolare, al coinvolgimento degli «altri soggetti direttamente interessati alle attività»), nonché definendo i limiti dell'influenza che questi partecipi economici dell'IS potranno esercitare

⁴² Analogamente evidenzia come «allo stato attuale, nel nostro ordinamento esiste solo la possibilità di un'intesa tra le parti al fine di consentire ai rappresentanti dei lavoratori di partecipare alla gestione dell'impresa» G. De Ferra, *La partecipazione dei lavoratori alla gestione delle aziende (rectius delle imprese)*, in *Riv. soc.*, 2015, VI, 1298 ss.; per un'ampia analisi v. F. Vella, *L'impresa e il lavoro: vecchi e nuovi paradigmi della partecipazione*, cit., 1120 ss.

⁴³ Sull'apatia che possono soffrire i soci, in quanto privi dell'incentivo fornito dallo scopo di lucro, v. l'analisi condotta sulla precedente disciplina da M. Capechi, *Commento all'art. 3*, cit., 127.

⁴⁴ Sulle difficoltà di applicazione delle simili previsioni contenute nella previgente disciplina rispetto alle IS non società di capitali v. F. Alleva, *L'impresa sociale italiana*, cit., 122 s.

⁴⁵ Autonomia già evidenziata, rispetto alla previgente disciplina, da R. Costi, *L'impresa sociale: prime annotazioni esegetiche*, cit., 868; I. Capelli, *I diversi modelli di impresa sociale previsti dal d.lgs. 24 marzo 2006, n. 155 «Disciplina dell'impresa sociale, a norma della legge 13 giugno 2005, n. 118»*, cit., 26 ss.

⁴⁶ Considerazioni analoghe in merito agli spazi lasciati all'autonomia della precedente disciplina si ritrovano in F. Alleva, *L'impresa sociale italiana*, cit., 105 ss., che correttamente rileva come «quella del notaio è una figura tradizionalmente prudente, dovendo lavorare sotto la perenne spada di Damocle dell'art. 28 L.N. concernente le sanzioni relative alla rogitazione di atti nulli».

e di cui si dirà fra breve⁴⁷. Al tempo stesso, però, risulta altrettanto chiaro, che difficilmente le previsioni statutarie riusciranno sempre a regolare le differenti dinamiche che il coinvolgimento di molteplici categorie di attori permette e che, certamente, un ruolo attivo di «mediazione» dovranno svolgerlo gli altri organi dell'IS.

3. L'ORGANO AMMINISTRATIVO E L'APERTURA A UNA COGESTIONE CON IL CONTRIBUTO DEGLI STAKEHOLDER

Conclusioni analoghe a quelle appena svolte in merito alle difficoltà legate alla partecipazione dei lavoratori si possono trarre, a maggior ragione, anche relativamente agli utenti. A differenza dei lavoratori, questi ultimi non sono infatti mai considerati dalla disciplina codicistica quali degli *stakeholder* che meritano di poter essere coinvolti dai soci, in quanto principali «controparti» della stessa impresa. Ovviamente la vocazione sociale delle imprese in commento conduce ad ammorbidire questo contrasto; tuttavia non si può negare che lo stesso permane e che esso può effettivamente creare dei problemi di *governance*.

Come già accennato, la nuova disciplina impone la previsione di «un meccanismo di consultazione o di partecipazione mediante il quale lavoratori, utenti e altri soggetti direttamente interessati alle attività siano posti in grado di esercitare un'influenza sulle decisioni dell'impresa sociale, con particolare riferimento alle questioni che incidano direttamente sulle condizioni di lavoro e sulla qualità dei beni o dei servizi». Risulta evidente, quindi, che i *manager* dell'IS rischiano di trovarsi a dover soddisfare esigenze non facilmente conciliabili, soprattutto qualora l'impresa persegua anche il limitato fine lucrativo che la nuova disciplina ora consente. In questo

⁴⁷ Un compito che, però, non sembra poter essere sempre facilmente assolto, come posto in luce da M. Bianchini, nel corso della presentazione della ricerca condotta da Assonime, *Un'analisi empirica*, avvenuta nel corso del seminario *Fra «profit e non profit»: le società benefit*, tenutosi presso la Scuola di Specializzazione per le Professioni Legali dell'Università di Bologna il 9 marzo 2018. Di 173 statuti di società *benefit* analizzati nel corso della suddetta ricerca, ben 47 si limitano, infatti, ad indicare come attività di beneficio comune perseguita in concreto la generica definizione della stessa resa dall'art. 1, comma 378, l. n. 208/2015 (ossia «oltre allo scopo di dividerne gli utili, perseguono una o più finalità di beneficio comune e operano in modo responsabile, sostenibile e trasparente nei confronti di persone, comunità, territori e ambiente, beni ed attività culturali e sociali, enti e associazioni ed altri portatori di interesse»).

nuovo scenario – che rafforza le forme «embrionali» di *Mitbestimmung*⁴⁸ già presenti nel d.lgs. n. 155/2006⁴⁹ – non sembra fuori luogo domandarsi quali istanze gli amministratori debbano prediligere, ovvero se accontentare i terzi qualificati, in particolare gli utenti, anche allo scopo di realizzare pienamente l’oggetto sociale, oppure favorire i partecipi «interni», entro i limiti permessi dalla normativa, anche al fine di poter vedere eventualmente rinnovato il proprio mandato gestorio. È evidente che il tema non è affatto irrilevante, dato che su di esso si incardina anche la questione della responsabilità degli stessi *manager*, che non solo debbono rispondere a coloro che li hanno nominati, ma che potrebbero essere chiamati al risarcimento da parte di chi lamentasse di aver subito un danno dal non essere stato ascoltato e dal non aver veduto le proprie pretese adempiute.

Una possibile chiave di lettura del rapporto di forze fra partecipi interni e terzi «qualificati» sembra essere contenuta nell’art. 7 del d.lgs. n.

⁴⁸ Il riferimento è – ovviamente – al sistema di amministrazione c.d. renano (nelle sue varianti tedesca e francese, seppure in quest’ultimo caso, in modo inferiore), che impone la partecipazione dei lavoratori, a mezzo di rappresentanti dagli stessi eletti all’interno degli organi societari. In particolare, nell’ottica del legislatore tedesco la contrapposizione delle differenti istanze e la loro composizione in seno agli organi sociali è intesa contribuire a far emergere l’interesse superiore della stessa società, alla realizzazione del quale gli amministratori, peraltro, sono esplicitamente obbligati. La portata di questo indirizzo legislativo appare evidente se si esamina la disciplina dedicata alla nomina del *Aufsichtsrat*: nelle *Aktiengesellschaft* che impiegano più di 500 dipendenti tale organo – a cui è affidato il compito del controllo e dell’elezione dei membri del *Vorstand* – dovrà essere formato per un terzo da soggetti eletti dai lavoratori; la soglia, già di per sé considerevole, è elevata alla metà nelle società che impiegano più di 2.000 persone ai sensi del § 96 AktG e delle leggi collegate. Il modello francese correla, invece, il diritto dei lavoratori alla nomina di propri rappresentanti in seno al *conseil d’administration* o al *conseil de surveillance* all’esistenza di una partecipazione pubblica nella società, anche non più attuale, ai sensi dell’art. 8-1, Loi n. 86-912 del 6 agosto 1986 e successive modifiche, nonché nelle *société anonyme* accedenti ai mercati regolamentati, qualora più del 3% del capitale azionario sia nelle mani dei lavoratori ai sensi dell’art. L225-79 C. comm., mentre la rende facoltativa nelle *sociétés anonymes* nate da fin dall’origine dall’iniziativa privata ai sensi dell’art. L225-79 C. comm. Per un approfondimento comparatistico v. R. Taylor, *Worker Participation at board level – tour d’horizon across the EU-15 Countries and Norway*, in *The European company prospects for worker board level participation in the enlarged EU*, a cura di Kluge e Stollt, *Social development Agency e European Trade Union Institute for research, education, health and safety Brussels*, 2006, 68 ss.; N. Kluge e M. Stollt, *Worker Participation at board level in the new EU member States: overview and brief Country reports*, *ibidem*, 88 ss.

⁴⁹ Ovvero un approccio *multimembership* secondo B. Angiari, F. Bortolin, P. Canino, R. Locatelli e E. Pavione, *Modalità di governo delle imprese sociali: sistema e struttura di governo e partecipazione dei soci*, in *Le imprese sociali*, a cura di F. Cesarini, R. Locatelli, Milano, Franco Angeli, 2007, 119, ossia «che prevede cioè non solo la presenza di una molteplicità di interessi, ma anche una partecipazione diretta alla gestione».

112/2017, il cui primo comma dispone che «l'atto costitutivo o lo statuto possono riservare a soggetti esterni all'impresa sociale la nomina di componenti degli organi sociali. In ogni caso, la nomina della maggioranza dei componenti dell'organo di amministrazione è riservata all'assemblea degli associati o dei soci dell'impresa sociale»⁵⁰. L'argine che il Legislatore conferma di voler porre alla presenza di componenti degli organi sociali eletti dai terzi⁵¹ sembra, quindi, poter assurgere a principio di prevalenza della volontà della base sociale su quello dei terzi qualificati. Se così fosse⁵², si potrebbe allora rileggere l'influenza sulle decisioni dell'IS che i «lavoratori, utenti e altri soggetti direttamente interessati alle attività» devono essere posti in grado di esercitare quale un'influenza non «dominante», ossia un'ingerenza che non vincola i *manager* a soddisfare qualsiasi tipo di richiesta⁵³. D'altro canto, tale influenza «notevole» non sembra poter essere letta – o, almeno, non principalmente – quale un bilanciamento a eventuali spinte alla massimizzazione del profitto che dovessero essere compiute dai soci, a fronte dei limiti stringenti posti dalla normativa. Forse l'interpretazione più corretta è quella di considerare l'influenza quale una sollecitazione dei *manager* a tenere conto delle osservazioni dei portatori di interesse, in quanto queste ultime risultino funzionali, a giudizio dei primi, a realizzare al meglio l'attività economica. In questo senso sembra deporre lo specifico riferimento alle «questioni che incidano direttamente sulle condizioni di lavoro e sulla qualità dei beni o dei servizi», ossia ad elementi, quali il benessere dei lavoratori e la soddisfazione degli utenti, che incidono direttamente sulla produttività e sulla «competitività» dell'impresa stessa, ossia la capacità di soddisfare, quantomeno, i requisiti richiesti per non subire la perdita della qualifica di IS e, quindi, la liquidazione, a seguito degli accertamenti ispettivi ai sensi dei commi 6 ss. dell'art. 15 d.lgs. n. 112/2017.

⁵⁰ Per una lettura critica della previsione già contenuta nel d.lgs. n. 155/2006 sul presupposto che l'IS assolve principalmente una funzione a favore di terzi, v. G. Ponzanelli, *Impresa sociale: le nuove frontiere del «non profit»*, in *La nuova disciplina dell'impresa sociale*, a cura di M.V. De Giorgi, Padova, Cedam, 2007, 16, nonché G. Schiano di Pepe, *Commento all'art. 8*, cit., 217. Esclude che la norma neghi la possibilità di un controllo di natura contrattuale, L. Schiuma, *Commento all'art. 4*, cit., 153.

⁵¹ La precedente disciplina poneva, infatti, lo stesso principio al comma 1 dell'art. 8.

⁵² Conferma si trae dalla stessa Relazione Illustrativa al d.lgs. n. 112/2017, a p. 4., ove il Legislatore chiarisce come «la disposizione serve a realizzare un collegamento comunque forte negli enti associativi e societari tra base sociale e gestione dell'impresa».

⁵³ In senso analogo v., relativamente alla precedente disciplina, F. Alleva, *Commento all'art. 12*, cit., 262; Id., *L'impresa sociale italiana*, cit., 118 s.

Il quadro complessivo pare confermare, quindi, l'idea che anche nelle IS (in particolare in quelle che svolgeranno la propria attività sotto forma di persona giuridica, così garantendo ai soci la responsabilità limitata per le obbligazioni di quest'ultima), l'interesse che dovrà essere preso in considerazione per giudicare l'operato degli amministratori non sarà coincidente né con quello degli *shareholder* (attuale o di lungo periodo)⁵⁴, né con quello degli altri *stakeholder*. Al contrario, esso dovrà essere individuato in quello dell'ente verso la conservazione o, se possibile, verso l'incremento del proprio patrimonio, al fine di contrastare il rischio che esso risulti insufficiente a causa delle perdite connesse alla necessaria realizzazione dell'attività di interesse generale o dell'impoverimento dovuto alle (pur limitate) distribuzioni di utili ai soci⁵⁵.

⁵⁴ La tesi della massimizzazione del prezzo dell'azione è ancora quella dominante nella dottrina italiana; sul punto v., *ex multis*, A. Guaccero, *Interesse al valore per l'azionista e interesse della società*, Milano, Giuffrè, 2007, 130 ss.; M. Libertini, *Impresa e finalità sociali. Riflessioni sulla teoria della responsabilità sociale dell'impresa*, cit., 28 s.; A. Gambino, *Nuove prospettive del conflitto di interessi assembleare nella società per azioni*, in Aa. Vv., *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Milano, Giuffrè, 2011, 350 s.

⁵⁵ In altra prospettiva sembra che anche l'interesse dell'IS si possa identificare con quello nutrito collettivamente e indirettamente, dai suoi partecipi economici e che si contrappone a quello del soggetto con cui l'ente si relaziona di volta in volta: i primi, infatti, sperano che quest'ultima possa mantenere, se non incrementare, le proprie risorse in modo da soddisfare le loro pretese nel momento dell'adempimento dell'obbligazione dagli stessi atteso. Per una ricostruzione dei passaggi logici che suggeriscono una simile lettura dell'interesse dell'ente, nonché delle critiche mosse tanto alla tesi dello *shareholder value*, quanto a quella dello *stakeholder value*, sia permesso rinviare a M. Palmieri, *La partecipazione esterna alle società di capitali*, cit., 132 ss. La tesi proposta si rifà alla partizione offerta da P.G. Jaeger, *L'interesse sociale*, Milano, Giuffrè, 1964, 120, e si ricollega, più recentemente, a R. Costi, *Riflessioni generali*, in *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*, a cura di Cian, Padova, Cedam, 2004, 467, il quale parla di «una frammentazione dell'interesse sociale in molti interessi sociali distinti, dei quali sono portatori i diversi soggetti che partecipano alla società». A favore del pluralismo dell'interesse sociale anche M. Cera, «*Indipendenti*», «*interlockings*» ed *interessi fra modelli societari e realtà*, in *Il diritto delle società oggi*, diretto da P. Benazzo, M. Cera e S. Patriarca, Torino, UTET, 2011, 621 ss., nonché G. Guizzi, *Riflessioni intorno all'art. 2380-bis c.c.*, in *Società, banche e crisi di impresa. «Liber Amicorum» Pietro Abbadessa*, a cura di M. Campobasso, V. Cariello, V. Di Cataldo, F. Guerrera e A. Sciarone Alibrandi, Torino, Utet, 2014, II, 1056. La tesi proposta è simile a quanto propone la *team production theory* elaborata da M.M. Blair e A. Stout, *Team production theory of corporate law*, in *Virg. L. Rev.*, 1999, 253 ss.: «In other words, boards exist not to protect shareholders per se, but to protect the enterprise-specific investments of all the members of the corporate "team", including shareholders, managers, rank and file employees, and possibly other groups, such as creditors»; tuttavia, se ne distacca laddove questa ritiene che «team members submit to hierarchy not for the hierarch's benefit, but for their own», dato che l'interesse sociale, in quanto interesse collettivo e indiretto, abbraccia anche soggetti non sottoposti affatto a un rapporto gerarchico necessario a realizzare un «*team* di produzione».

Una conferma di questa lettura sembra rinvenirsi nel comma 3 dell'art. 7, che riafferma l'obbligo statutario della previsione di specifici requisiti di onorabilità, professionalità e indipendenza per i componenti degli organi sociali⁵⁶. In particolare, il canone dell'indipendenza degli amministratori – generalmente imposto dalla disciplina societaria «tradizionale» solamente ai membri dell'organo di controllo (si veda, ad esempio, l'art. 2399 c.c. per i sindaci di S.p.A.) – sembra escludere che tale carica possa essere assunta da chi abbia un significativo interesse ulteriore rispetto a quello del compenso per lo svolgimento dell'incarico. Verosimilmente ciò significherebbe, in concreto, che non potranno assumere la carica di amministratore i soci di IS che perseguano uno scopo lucrativo (ancorché nei limiti concessi dalla novella), quantomeno qualora la loro partecipazione economica possa dar vita a guadagni di apprezzabile valore⁵⁷.

⁵⁶ Questo obbligo era previsto dal comma 3 dell'art. 8 del d.lgs. n. 155/2006. Per una critica della fissazione per statuto di tali requisiti già alla luce della precedente disciplina v. G. Schiano di Pepe, *Commento all'art. 8*, cit., 222; I. Capelli, *I diversi modelli di impresa sociale previsti dal d.lgs. 24 marzo 2006, n. 155 «disciplina dell'impresa sociale, a norma della legge 13 giugno 2005, n. 118»*, cit., 46.

⁵⁷ Ulteriori dubbi a riguardo del requisito dell'indipendenza sorgono anche in merito al diritto alla nomina di (almeno) un componente dell'organo di amministrazione «*da parte dei lavoratori ed eventualmente degli utenti*» nelle IS che superino due dei limiti indicati nel primo comma dell'articolo 2435-bis c.c. ridotti alla metà ai sensi del comma 4, lett. b, dell'art. 11. In tal caso, infatti, si deve rilevare che – similmente a quanto già eccepito, ad esempio, rispetto all'amministratore indipendente eletto dai possessori degli strumenti finanziari partecipativi ai sensi del combinato disposto degli artt. 2346, comma 6, e 2351, comma 5, c.c. – il *manager* scelto dai lavoratori potrebbe non risultare effettivamente terzo rispetto alle dinamiche sociali qualora egli puntasse ad essere rieletto: come rilevato da M. Cian, *Strumenti finanziari partecipativi e poteri di «voce»*, Milano, Giuffrè, 2006, 116 s., l'indipendenza degli amministratori dai possessori degli strumenti *ex art.* 2436, comma 6, c.c. deve, infatti, essere intesa unicamente quale assenza di un collegamento diretto fra gli eletti e i possessori del capitale azionario con diritto di voto alla nomina dei componenti dell'organo gestorio. Più in generale, sulla difficoltà di definire l'indipendenza dell'amministratore v. D. Regoli, *Gli amministratori indipendenti*, in *Il nuovo diritto delle società «Liber Amicorum G.F. Campobasso»*, a cura di P. Abbadessa e G.B. Portale, Torino, Utet, 2007, II, 407 s.; P. Ferro-Luzzi, *Indipendente... da chi? da cosa?*, in *Riv. soc.*, 2008, 207 ss. Sullo specifico tema del loro compenso cfr. D. Santosuosso, *Il principio di ragionevolezza nella remunerazione degli amministratori*, in *Il nuovo diritto delle società. «Liber Amicorum» G.F. Campobasso*, op. ult. cit., II, 361 ss.; E. Rimini, *La remunerazione degli amministratori indipendenti: prime osservazioni e qualche suggerimento operativo*, in *Aa. Vv., Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Milano, Giuffrè, 2011, 508 ss.

4. L'ORGANO DI CONTROLLO QUALE ELEMENTO CENTRALE NELLA GESTIONE DELLA COMPOSIZIONE DELLE OPPOSTE PRETESE ECONOMICHE

Alla luce del quadro descritto, complice anche il dato normativo che si andrà ora ad analizzare, si ritiene che all'interno dell'IS riformate un ruolo centrale per la realizzazione di una efficace composizione dei vari interessi in gioco sia affidato all'organo di controllo. Non a caso, infatti, la novella impone all'art. 10, comma 1, che, a prescindere dalla forma giuridica e dalle dimensioni della IS⁵⁸ e fatte salve eventuali disposizioni più restrittive (*i.e.* qualora la IS adotti la forma di S.p.A.), l'atto costitutivo debba necessariamente prevedere la nomina di uno o più sindaci⁵⁹, di cui almeno uno (se non l'unico) iscritto al registro dei revisori contabili, mentre gli altri (eventuali) dovranno risultare iscritti agli albi professionali individuati dal decreto del Ministro della Giustizia, o fra i professori universitari di ruolo, in materie economiche o giuridiche, ai sensi del comma 2 dell'art. 2397 c.c. per i sindaci di S.p.A. In ogni caso, tutti i componenti dell'organo dovranno essere dotati dei requisiti di indipendenza dettati dall'art. 2399 c.c.

Il significato della previsione obbligatoria di un organo di controllo (che come, si ricorderà, non è più imposto, neppure in forma monocratica, per le s.r.l. «minori» ai sensi dell'art. 2477 c.c. – risultando, peraltro, alternativo alla nomina di un revisore legale – e che, comunque, non è previsto nelle società di persone) è rafforzato anche dalla riformulazione di un'altra disposizione, particolarmente importante, per comprendere gli assetti gestori dell'IS. Collegandosi probabilmente al progetto di riforma del diritto fallimentare (progetto che, a differenza di quelli relativi all'IS e agli ETS, ha avuto, almeno sino a oggi, minore fortuna)⁶⁰, il Legislatore

⁵⁸ La precedente disciplina, ai sensi dell'art. 11, comma 1, prevedeva, infatti, che la nomina fosse necessaria nel caso del superamento di due dei limiti indicati dal comma 1 dell'art. 2435-*bis* c.c. ridotti della metà.

⁵⁹ Sul punto v. la critica mossa da G. Schiano di Pepe, *Commento all'art. 11*, in *La nuova disciplina dell'impresa sociale*, a cura di M.V. De Giorgi, Padova, Cedam, 2007, 256, in merito alla possibilità che siano indicati dei sindaci in numero pari, così rischiando la paralisi dell'organo in caso di disaccordo.

⁶⁰ In particolare lo schema di decreto legislativo contenente le modifiche al codice civile approntato a fronte della delega concessa dall'art. 14 della l. 19 ottobre 2017, n. 155, prevede un nuovo secondo comma all'art. 2086 c.c., secondo cui l'imprenditore, che opera in forma individuale, societaria o in qualunque altra veste, dovrebbe avere il dovere di istituire un assetto amministrativo, organizzativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'at-

ha imposto, tramite il secondo comma dell'art. 10, che i sindaci debbano vigilare «sull'osservanza della legge e dello statuto e sul rispetto dei principi di corretta amministrazione, anche con riferimento alle disposizioni del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, qualora applicabili, nonché sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile e sul suo concreto funzionamento». Tralasciando il fatto che il riferimento alle disposizioni in tema di responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e delle società e associazioni prive di personalità giuridica appare, forse, pleonastico (alla luce del più generico principio dell'osservanza della legge in cui si colloca anche la disciplina specificatamente richiamata)⁶¹, va notato come l'organo di controllo delle IS sia ora espressamente chiamato a giudicare l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile, in questo modo generalizzando un principio che, al momento, l'ordinamento prevede unicamente per le S.p.A. ex art. 2403 c.c., dettagliandolo ulteriormente solo in talune discipline settoriali⁶².

Le implicazioni derivanti dall'adempimento di questo obbligo si colgono guardando agli ulteriori compiti specifici che il Legislatore conferma di voler imporre ai sindaci delle IS. Il successivo comma 3 dispone, infatti, che questi devono monitorare l'osservanza delle finalità sociali, avuto particolare riguardo all'attuazione dell'attività di interesse generale, all'assenza – anche indiretta – di scopo di lucro, alla struttura proprietaria, al coinvolgimento dei lavoratori, degli utenti e di altri soggetti interessati alle attività, nonché al rispetto delle regole in tema di lavoro nell'IS, così come disciplinati, rispettivamente, dagli artt. 2, 3, 4, 11 e 13⁶³. Di tali controlli lo stesso organo ne deve poi dare conto a mezzo del bilancio sociale⁶⁴, del

tuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale.

⁶¹ A meno di non ricostruire il riferimento come la volontà del Legislatore di affidare all'organo di controllo le funzioni dell'organo di vigilanza, anche se questa interpretazione pare dare vita a un'eccessiva forzatura, data l'evidente sovrapposizione dei compiti che sarebbero affidati al primo.

⁶² Quali ad esempio, l'art. 149 t.u.f. per le S.p.A. quotate, oppure più dettagliatamente, all'interno della Parte Prima, Tit. IV, cap. 1, Sez. III, par. 3 delle *Disposizioni di Vigilanza per le Banche* racchiuse nella Circolare n. 285 del 17 dicembre 2013.

⁶³ A tal scopo il comma 4 dell'art. 9 assegna ai singoli componenti dell'organo il potere di compiere atti ispettivi e di controllo, nonché di avanzare richieste di notizie agli amministratori sull'andamento delle operazioni o su determinati affari anche relativi al gruppo di cui l'impresa vigilata è collocata.

⁶⁴ L'art. 9, comma 1, precisa inoltre che le IS debbono tenere il libro giornale e il libro degli inventari, nonché devono redigere il bilancio di esercizio secondo la disciplina codicistica, avendo cura di depositare quest'ultimo presso il Registro delle Imprese. Per un'analisi

quale deve attestarne anche la redazione in conformità alle linee guida che saranno contenute in un emanando decreto del Ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali⁶⁵, tenendo presente, tra l'altro, la natura dell'attività esercitata e delle dimensioni dell'impresa, anche in un'ottica di valutazione dell'impatto sociale prodotto⁶⁶.

Dal quadro normativo sembra discendere, quindi, un tendenziale ruolo di maggior rilievo dell'organo di controllo all'interno della *governance* dell'IS riformata⁶⁷: pur non assumendo compiti gestori diretti, a causa dell'obbligo di giudicare l'adeguatezza in concreto dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile, nonché, più in particolare, dell'osservanza delle specifiche finalità sociali, pare che esso sia chiamato a monitorare e, quando necessario, a sollecitare l'organo amministrativo. Ne consegue che i componenti dei due organi potranno essere chiamati a rispondere non solo nei confronti di chi li ha nominati, ma, a titolo extracontrattuale, anche nei confronti dei terzi, qualora questi ultimi dimostrino di aver subito un danno dall'omissione degli specifici doveri imposti dal Legislatore⁶⁸.

della disciplina sostanzialmente identica contenuta nel d.lgs. n. 155/2006 v. L. Bagnoli, *Commento all'art. 10*, in *La nuova disciplina dell'impresa sociale*, a cura di M.V. De Giorgi, Padova, Cedam, 2007, 241 ss.

⁶⁵ Decreto che verrà redatto previo confronto con il Consiglio Nazionale del Terzo Settore, così come previsto ai sensi dell'art. 5, comma 1, lett. g, l. 6 giugno 2016, n. 106.

⁶⁶ Come dispone l'art. 10, comma 5, nel caso in cui l'IS superi per due esercizi consecutivi due dei limiti indicati dal comma 1 dell'art. 2435-*bis* c.c., la revisione legale dei conti deve essere esercitata da un revisore legale o da una società di revisione legale iscritti nell'apposito registro, o, se svolta internamente, da sindaci iscritti nell'apposito registro. La norma fa salve le disposizioni più restrittive relative alla forma giuridica in cui l'impresa sociale è costituita: ciò rileverà, in concreto, rispetto alle società di capitali che sempre prevedono, quantomeno una revisione legale «interna» o «esterna», a seconda del criterio dimensionale, o al sistema di amministrazione adottato, mentre rispetto agli altri enti si può avere una situazione in cui la revisione legale non è contemplata: sul punto v. le critiche già mosse sul punto da G. Schiano di Pepe, *Commento all'art. 11*, cit., 257.

⁶⁷ Così colmando la debole funzione dell'organo di controllo disciplinato dal d.lgs. n. 155/2006, evidenziata, *ex multis*, da P. Iamiceli, *La disciplina dell'impresa sociale*, cit., 96 e 100, nonché da I. Capelli, *I diversi modelli di impresa sociale previsti dal d.lgs. 24 marzo 2006, n. 155 «Disciplina dell'impresa sociale, a norma della legge 13 giugno 2005, n. 115»*, cit., 82 s.

⁶⁸ Conferma si trae dalla Relazione Illustrativa al d.lgs. n. 112/2017, ove il Legislatore, a p. 5, chiarisce come «in aggiunta ai poteri e doveri propri dell'organo di controllo interno, come stabiliti dal codice civile, i sindaci dell'impresa sociale sono chiamati ad esercitare compiti di monitoraggio sull'osservanza delle finalità sociali da parte dell'impresa, con particolare riguardo a quelle disposizioni del decreto in esame che maggiormente connotano la qualifica di impresa sociale, nonché ad attestare la conformità del bilancio sociale alle linee guida stabilite in materia dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali. Rispetto

La più forte corresponsabilità che sembra legare l'organo di controllo a quello amministrativo, connesso al fatto che negli statuti delle IS che superino due dei limiti indicati nel primo comma dell'articolo 2435-*bis* c.c. ridotti della metà, il comma 4, lett. *b*, impone che debbano prevedere «la nomina, da parte dei lavoratori ed eventualmente degli utenti di almeno un componente sia dell'organo di amministrazione che dell'organo di controllo», può, forse, suggerire che il modello di *governance* migliore per le IS – quantomeno per quelle di maggiori dimensioni, che scelgano di adottare la forma di S.p.A.⁶⁹ – debba essere individuato nel c.d. sistema dualistico, stante il ruolo di indirizzo proprio del consiglio di sorveglianza, che passa anche attraverso l'approvazione del bilancio, ma che si può concretizzare, a fronte di una specifica disposizione statutaria, nell'assunzione delle delibere inerenti le operazioni strategiche e i piani industriali e finanziari elaborati dal consiglio di gestione *ex art. 2409-terdecies*, comma 1, lett. *f-bis*, c.c.⁷⁰.

5. BREVI CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

L'esame della disciplina sembra confermare l'idea iniziale che la stessa contenga alcune soluzioni decisamente innovative rispetto alla normativa societaria codicistica. Fra queste va sicuramente evidenziato il coinvolgi-

alla disciplina vigente si è inteso operare un rafforzamento del sistema dei controlli interni all'impresa sociale: abrogando, da un lato, le soglie dimensionali di cui all'articolo 2435-*bis* del codice civile, il cui superamento in passato determinava l'insorgere dell'obbligo di nominare uno o più sindaci; e dall'altro, ampliando i compiti del suddetto organo, affinché l'esercizio della vigilanza sia adeguatamente rispondente all'interesse pubblico sottostante al rispetto del particolare regime giuridico proprio dell'impresa sociale».

⁶⁹ Più in generale, la maggior rigidità della novella rispetto alla disciplina contenuta nel d.lgs. n. 155/2006 sembra restringere «la pluralità di modelli giuridici di impresa sociale» evidenziata da I. Capelli, *I diversi modelli di impresa sociale previsti dal d.lgs. 24 marzo 2006, n. 155 «Disciplina dell'impresa sociale, a norma della legge 13 giugno 2005, n. 118»*, cit., 33, o, forse più correttamente, indirizzare gli operatori ad adottare le soluzioni di *governance* societarie, in quanto dotate di una disciplina più facilmente applicabile al modello tracciato dal Legislatore.

⁷⁰ Per un esame della c.d. alta amministrazione che può essere affidata al consiglio di sorveglianza cfr., *ex multis*, L. Schiuma, *Il sistema dualistico. I poteri del consiglio di sorveglianza e del consiglio di gestione*, in *Il nuovo diritto delle società*, cit., 717 ss.; U. Tombari, *Sistema dualistico e potere di «alta amministrazione» del consiglio di sorveglianza*, in BBTC, 2008, 709 ss.; V. Cariello, *Il sistema dualistico: il consiglio di gestione e il consiglio di sorveglianza (le funzioni)*, in *La «governance» delle società di capitali*, a cura di Vietti, Milano, Egea, 2013, 408 ss.

mento dei portatori di interessi che non solo risulta auspicato⁷¹, ma anche istituzionalmente definito secondo una decisa applicazione del c.d. *stakeholder approach* a mezzo di una più attiva cogestione. Tuttavia, queste aperture a interessi ulteriori rispetto a quelli dei «proprietari» dell'impresa non sembrano essere sempre facilmente coniugabili con modelli di *governance* che sono nati per il conseguimento di interessi squisitamente egoistici. Complice l'ampia autonomia concessa dal Legislatore, ciò obbligherà all'adozione di apposite previsioni statutarie di contenimento di tali poteri, o, in assenza, all'assunzione di interventi giurisprudenziali mirati a comporre e rendere gestibili i conflitti che l'auspicata *Mitbestimmung* rischia altrimenti di produrre.

A prescindere da questi aspetti, va notato come la *governance* approntata dal Legislatore comporterà una profusione di energie, in particolare da parte dell'organo di controllo delle IS, che appare forse troppo costosa (ed anche poco utile) per le realtà di minore dimensione⁷² e che, quindi, il Riformatore avrebbe potuto meglio calibrare.

In ogni caso, potrà essere interessante verificare quali soluzioni adotteranno in concreto le IS per attuare la cogestione, anche al fine di trarre eventuali spunti per una loro possibile applicazione alle imprese *for profit* che si vogliano aprire alle istanze di talune categorie di portatori di interessi «esterni» ad esse (siano esse *benefit*, o meno).

⁷¹ Come è avvenuto in altri ordinamenti anche rispetto alle società perseguenti uno scopo puramente lucrativo (si pensi, ad esempio, alla Sec. 172(1) del *Companies Act* del 2006 britannico: v., *supra*, nt. 9).

⁷² Cfr. già F. Cafaggi, *L'impresa a finalità sociale*, cit., 655, il quale poneva in evidenza come «il ciclo dell'impresa a finalità sociale non può essere mortificato da costi eccessivi».