

UNA SINTESI GENERALE - 1. *Le finalità*; 2. *Modelli di analisi e premesse metodologiche. Una prima sintassi degli interesse*; 3. *I problemi sottesi alla definizione dell'impresa sociale*; 4. *Una diversa scelta di natura metodologica: il problema dei contenuti*; 5. *L'ente senza scopo di lucro quale forma di esercizio dell'impresa sociale. Problemi patologici*; 6. *L'ente senza scopo di lucro quale forma di esercizio dell'impresa sociale. Problemi fisiologici*; 7. *Il catalogo dei contenuti che necessariamente debbono essere oggetto della disciplina dell'impresa sociale*; 8. *La scelta "politica" dei beni meritori*; 9. *La scelta della forma giuridica che esercita l'impresa sociale*; 10. *La disciplina dell'imprenditore sociale. La supposta autonomia del mercato sociale: l'impresa sociale come impresa del mercato*; 11. *Regole dell'impresa nell'impresa sociale e monitoraggio dell'attività economica*; 12. *Regole e problemi nella governance dell'ente non lucrativo*; 13. *Gli elementi strutturali inderogabili della forma giuridica che esercita l'impresa sociale*; 14. *Dal modulo strutturale ai requisiti funzionali*; 15. *La posizione degli stakeholders dell'impresa sociale: in particolare i beneficiari e i lavoratori*; 16. *Reperimento del capitale di debito e del capitale di rischio nell'impresa non-profit. La struttura finanziaria*.

Le finalità

Questa ricerca intende proporre un modello di 'impresa sociale' che presenti caratteri innovativi rispetto alle iniziative - generalmente organizzate nella forma della soggettività metaindividuale - che nel nostro ordinamento si indirizzano a finalità sociali.

L'esigenza cui si vuole dare risposta è duplice. Da una lato si vuole rispondere alla domanda di senso rispetto alle previsioni legislative dell'ordinamento domestico e di quello comunitario che fanno riferimento all'"impresa sociale" e/o all'"impresa senza scopo di lucro".

Dall'altro, e soprattutto, s'intende porre radicalmente in discussione il modello di impresa sociale essenzialmente 'distributivo' oggi dominante, che si pone essenzialmente quale strumento del privato sociale che opera la redistribuzione delle risorse pubbliche.

A questo modello, si vuole affiancare una disciplina dell'impresa sociale ispirata ad un paradigma 'produttivo', il che significa un'impresa sociale che sia in grado - *seppure in un contesto agevolato che premi la socialità dei fini* - di produrre il suo reddito in condizioni di efficienza e di competizione nel mercato.

1.1. Profili del modello 'distributivo' dell'impresa sociale

Questo punto merita da subito qualche delucidazione ulteriore. L'obiettivo che s'intende perseguire è verificare le possibilità e le condizioni in ordine alle quali è possibile prefigurare e poi regolare l'esercizio di attività imprenditoriale per fini socialmente utili e meritori.

Il modello 'distributivo' dell'impresa sociale presuppone che siano identificati - in termini tendenzialmente rigidi - i connotati strutturali e funzionali del soggetto destinatario dei benefici pubblici. Tali connotati sono pensati essenzialmente in funzione del rapporto che si crea tra l'ente privato e l'ente pubblico erogatore, oggi parametrato essenzialmente sulla convenzione bilaterale tra il soggetto privato e la burocrazia pubblica, in cui si cristallizzano le rispettive aspettative e pretese. Questa rigidità è apprezzabile sia *ex ante* (ad es. attraverso l'individuazione dei caratteri del destinatario dell'erogazione), sia *ex post*, attraverso un sistema di controllo fondato su oneri di rendicontazione e su norme antielusive.

Non è difficile essere avvertiti che si è venuto progressivamente delineando un sistema essenzialmente statico, come emerge nitidamente da fatto che l'attuale disciplina tende a limitare, se non a precludere del tutto, autonome iniziative dell'ente - soprattutto in capo imprenditoriale -, che perde i requisiti che giustificano il trattamento speciale qualora intraprenda attività remunerate fuori del campo degli scopi tipici.

Per altro verso, la disciplina dell'impresa sociale oggi presente nel nostro sistema non sembra scevra dai vizi di scarsa coerenza che caratterizzano i meccanismi redistributivi affidati alla mano pubblica.

A questo proposito sono stati evidenziati taluni limiti di cui è opportuno avere immediatamente consapevolezza:

1. non esiste un rapporto di coerenza tra modello normativo di finanziamento e finalità associativa incentivata;
2. esistono più canali di finanziamento per associazioni che perseguono i medesimi fini tra loro non coordinate;
3. sono stati evidenziati fenomeni distorsivi del mercato, così come rischi di burocratizzazione del terzo settore.

Vi sono poi ragioni *esterne* al modello considerato - ma destinate ad influire in maniera significativa su di esso -, che ne impongono la revisione, e che sono essenzialmente collegate al progressivo decremento della spesa pubblica che si rivolge al terzo settore e la crescita di un mercato privato dei servizi sociali.

1.2. L'esigenza di ripensare in senso dinamico la disciplina dell'impresa sociale

Anche alla luce di queste sintetiche osservazioni, ripensare in senso *produttivo* e *dinamico* lo statuto giuridico dell'impresa sociale sottende una radicale revisione della logica 'bilaterale' che caratterizza la convenzione con l'ente pubblico.

Non si tratta, infatti, di definire criteri astratti di meritevolezza e/o di idoneità dell'ente privato che svolge imprenditorialmente attività d'impresa in campo sociale. Si deve, piuttosto, verificare sul piano economico prima e giuridico poi, quali siano le condizioni e i termini inderogabili della disciplina perché s'introduca nel mercato un soggetto capace di competere e che al tempo stesso si mantenga fedele alla propria missione sociale.

Muta radicalmente la prospettiva, in quanto non è più sufficiente definire le regole che attengono alla struttura del soggetto *non-profit*, né i fini perseguiti, ma si tratta di individuare le 'regole del gioco' nel sistema del terzo settore orientato alla competizione di mercato. Analogamente, appare del tutto incongruo risolvere i problemi del controllo esclusivamente nei termini di una verifica a posteriori dell'operato dell'ente, quanto l'efficacia del controllo è legata essenzialmente alle concrete modalità in cui è organizzata e si svolge l'attività.

Modelli di analisi e premesse metodologiche. Una prima sintassi degli interessi

Nel momento in cui s'intende ripensare lo statuto giuridico dell'impresa sociale in Italia, è opportuno riflettere sinteticamente su contesto culturale e normativo destinato ad accogliere una nuova disciplina. A questo fine, si ritiene di dover premettere alcune notazioni di carattere generale, che valgono anche ad illustrare taluni presupposti da cui la ricerca muove.

Quest'esigenza appare necessaria anche in considerazione del progressivo ispessimento delle teorie e delle proposte argomentative che accompagnano l'elaborazione in tema di enti *non-profit*.

2.1. Il rapporto tra lucro e non lucro

Storicamente il rapporto tra *profit* e *non-profit* si è sviluppato lungo una costante dialettica tra scelte ispirate ad un ripudio radicale, cui si sono contrapposti atteggiamenti talora caratterizzati da un'adesione acritica, sul presupposto della 'naturale' meritevolezza sociale delle iniziative non lucrative.

Esemplare, per comprendere questo snodo, è il passaggio storico della rivoluzione francese, che costituisce indubbiamente un momento fondativo di straordinaria importanza per leggere nella filigrana le scelte di politica del diritto presupposte dai codici civili contemporanei.

L'ostilità, che la rivoluzione borghese manifesta nei confronti dei corpi sociali intermedi, può compendiarsi essenzialmente nella convergenza tra il dogma fisiocratico e il timore dell'ipertrofia dei corpi intermedi. È sufficiente rileggere le pagine di Turgot per acquisire consapevolezza che il legislatore borghese riteneva gli enti che non perseguono una finalità lucrativa incompatibili con il programma politico volto a favorire la libera circolazione e il razionale sfruttamento della ricchezza.

Non appare necessario insistere sul fatto che quella ricordata è una concezione senz'altro superata, anzi per molti versi è possibile registrare una radicale inversione di tendenza, se è vero che "l'ossessivo timore della manomorta si è, paradossalmente, rivoltato contro lo Stato: è lo Stato, ad oggi, il maggiore detentore di manomorta, costituito dall'immenso numero di beni demaniali e del patrimonio indisponibile che sono in preda a una stagione irreversibile di degrado e di svilimento" [sono le parole di G. ALPA].

Oggi, il senso profondo di una strategia che intende valorizzare il terzo settore, anche per colmare i vuoti di un *welfare* arretrante, vuole essere soprattutto una risposta alla "spoliazione della responsabilità" e insieme un "riscatto dalla deresponsabilizzazione collettiva"; aspetti, questi, ultimi ove si manifestano i sintomi più significativi del disagio e del malessere sociale (sono queste le considerazioni che si leggono nell'ultimo rapporto *Censis*).

Ritenere che gli enti senza scopo di lucro possano essere coerenti ad un moderno progetto di stato sociale riformato non deve, tuttavia, risolversi in un'altrettanto acritica e fideistica convinzione dell'idoneità degli enti *non-profit* ad assolvere funzioni in passato ritenute compito pressoché esclusivo dello Stato apparato; così come è ingiustificato asserire l'intrinseca meritevolezza delle iniziative che non si informano al paradigma del lucro individuale.

Appare, invece, metodologicamente raccomandabile un atteggiamento neutrale, in quanto si tratta di vagliare le ricadute in termini di efficienza complessiva del sistema economico delle scelte che si appresta a realizzare.

In questa prospettiva, si rivelano particolarmente utili e fruttuosi quegli studi che hanno messo in luce come ciascuna forma giuridica (ente *non-profit*, cooperativa, società lucrativa) presenti vantaggi competitivi e, al contempo, limiti strutturali e funzionali che debbono essere considerati nella loro intrinseca oggettività [si fa riferimento alle acquisizioni teoriche di Henry Hansmann di cui questa ricerca è ampiamente tributaria].

In questa prospettiva, l'allocazione del controllo (proprietario ovvero non proprietario) così come il criterio di (ovvero di non) remunerare il conferimento iniziale diviene una scelta strettamente funzionale agli obiettivi allocativi e distributivi che s'intendono perseguire.

Ciò appare tanto più vero proprio in relazione alla promozione dell'impresa sociale.

Qualsiasi modello normativo che voglia promuovere l'impresa sociale, infatti, presuppone non solo la produzione di beni meritori, ma sottende implicitamente che tale forma di produzione sia più efficiente avuto riguardo almeno a tre profili fondamentali: alle regole del mercato, alla destinazione delle risorse pubbliche, ai costi sociali complessivi che ogni scelta allocativa di risorse collettive comporta.

2.2. Le implicazioni di politica del diritto

Il secondo punto di cui è opportuno avere consapevolezza, attiene al fatto che il dibattito sull'impresa sociale in Italia è suscettibile di essere concettualmente e giuridicamente disarticolato in una pluralità di prospettive e, a seconda del punto di osservazione prescelto, diversa può essere la valutazione che viene formulata.

Ad un primo inventario, è possibile indicare:

4. la coerenza con i valori costituzionali e con l'opzione pluralista del nostro ordinamento, tema su cui più volte ha richiamato l'attenzione del legislatore un maestro del diritto civile come Pietro Rescigno;
5. il rapporto con il mercato;
6. il rapporto con riforma dello Stato sociale;
7. il dibattito che mira a ripensare i termini della costituzione economica;
8. infine, ma si tratta di un aspetto anche concettualmente fondamentale, ci si può chiedere se questa disciplina sia destinata ad alterare l'architettura sistematica e/o giuridica del codice civile.

È evidente che una disciplina dell'impresa sociale deve necessariamente confrontarsi compiutamente con tutti questi profili, atteso che la relativa disciplina non può essere considerata una 'monade' nel sistema normativo, ma ha implicazioni ed afferenze normative e pratiche in tutte le direzioni appena segnalate.

2.3. Il contesto del non-profit in Italia

L'ultimo punto di cui è preliminarmente opportuno essere consapevoli, attiene al fatto che il terzo settore e il contesto degli enti senza scopo di lucro appare oggi — diversamente dal passato anche recente — fortemente articolato.

Non v'è dubbio, intanto, che l'attuale prassi delle forme associative e fondazionali smentisca in radice il modello dogmatico presente al legislatore del '42, che esauriva sostanzialmente il suo spettro nell'ente senza scopo di lucro cui è preclusa qualsiasi forma di attività di impresa e che opera secondo criteri ritenuti — alla stregua dell'ideologia del tempo — conformi all'interesse generale.

In luogo di un modello univoco, è possibile avvertire il progressivo articolarsi delle tipologie normative e dei *Realtypen* che costituiscono i soggetti che operano nel terzo settore.

Per altro verso, non solo le fisionomie e i modelli normativi appaiono articolati, ma le stesse strategie percorse dal legislatore appaiono informate a finalità non sovrapponibili.

Non vi è dubbio, ad esempio, che rispetto alle fondazioni bancarie l'atteggiamento del legislatore è essenzialmente proiettato a vigilare a che tali enti non dismettano la propria vocazione *non-profit* e concentrino la loro attenzione essenzialmente nelle finalità imprenditoriali. Aspetto, quest'ultimo, che non è dato riscontrare, invece, con riguardo al più generale sistema di enti *non-profit*, che si caratterizza per il fatto di essere fortemente capillarizzato e che presenta quale tratto caratteristico — come si avrà modo di analizzare nel prosieguo — un'endemica sottocapitalizzazione.

Anche all'interno dei soggetti *non-profit* improntati ad una prevalente o esclusiva vocazione altruistica ben definita, è possibile osservare enti che perseguono i propri fini secondo modalità e strutture organizzative profondamente diverse. E pure di tali articolazioni è opportuno avere consapevolezza, perché su questi connotati qualificanti e differenze tipologiche l'introduzione di discipline agevolative collegata alla produzione di beni socialmente meritori è destinata ad incidere in maniera estremamente significativa.

Segnatamente, è possibile articolare modelli conoscitivi in relazione a come l'ente organizza la propria attività e/o reperisce i propri mezzi (si tratta di uno schema diffuso e condiviso nella letteratura giuridico-economica americana):

- a) le c.d. *donative mutual Npo* (in cui i *patrons*, che finanziano l'ente attraverso donazioni, hanno controllo dell'ente);
- b) le c.d. *commercial mutual Npo* (in cui i *patrons*, che generalmente sono acquirenti dei beni e dei servizi, esercitano il controllo sulla vita dell'ente);
- c) le c.d. *donative entrepreneurial Npo* (in cui i *patrons*, che sovvenzionano l'ente attraverso donazioni, non hanno normalmente alcuna possibilità di interferire sull'amministrazione dell'ente);
- d) le c.d. *commercial entrepreneurial Npo* (in cui i *patrons*-acquirenti dei servizi non hanno poteri di controllo).

I problemi sottesi alla definizione dell'impresa sociale

3.1 L'esigenza di una definizione

Il primo problema che concettualmente si pone in relazione alla disciplina dell'impresa sociale è se sia necessario e/o opportuno veicolare l'impresa sociale attraverso una definizione normativamente cogente. Una definizione, che sarebbe allora *per intensione*, in quanto sotterrebbe l'individuazione degli elementi necessari del fenomeno cui la norma si rivolge.

Il che significa verificare, intanto: a) se sia possibile identificare una definizione per così dire ontologica dell'impresa sociale; b) se una definizione del fenomeno sia presupposto *indispensabile* della relativa disciplina.

A queste conclusioni potrebbe, forse, indurre anche recenti interventi legislativi che fanno riferimento esplicito all'"impresa sociale" ovvero all'"impresa senza fine di lucro" (ad esempio in materia di "estensione degli incentivi pubblici alle imprese sociali", art. 74, L. 23 dicembre 1998, n. 448).

Non è questa la sede per interrogarsi sul valore delle definizioni del legislatore, specie quando si tratti d'introdurre regole di diritto privato; d'altra parte, costituisce una conclusione generalmente accolta dai teorici del diritto che al legislatore spetti essenzialmente (e forse anche *esclusivamente*) il compito di dettare regole per i fenomeni sociali e non, invece, di definire l'essenza o la natura di ciascun istituto.

A questo riguardo, non è insignificante considerare che il legislatore, proprio con riguardo agli enti che nell'ordinamento italiano sostanziano la categoria degli enti *non-profit* - l'associazione e la fondazione -, non detta una definizione e dà per presupposta la rispettiva fattispecie. Ed è evidente che la mancanza di una definizione non ha impedito l'applicazione della relativa disciplina, e semmai ha evitato di cristallizzare i profili 'tipici', che inevitabilmente aprono il problema del trattamento normativo dei fenomeni che si collocano in una posizione intermedia (volendo 'atipica' o 'anomala') rispetto alla fattispecie assunta come modello.

3.2. Problematicità della nozione di 'impresa sociale' e criteri in ordine ai quali apprezzare la socialità delle iniziative sociali.

Pure a prescindere da queste osservazioni di tipo metodologico (ma che, tuttavia, sono gravide di implicazioni pratiche), vi è un altro aspetto su cui è opportuno riflettere nel momento in cui si pone un problema essenzialmente di tecnica legislativa, qual è quello di decidere se definire (e poi in che modo) l'impresa sociale.

Con riguardo alla prima delle questioni precedentemente proposte - qual è l'essenza dell'impresa con finalità sociale - è opportuno avvertire che lo stesso sintagma annida un equivoco, se non addirittura un ossimoro, sul piano tecnico-giuridico che è indispensabile sciogliere, anche per chiarire gli obiettivi che animano questa ricerca e il modo in cui intendiamo perseguirli.

È bene, prima di tutto, avere il senso della prospettiva storica. Nell'impianto sistematico del codice civile, così come disegnato dal legislatore del '42, gli enti senza scopo di lucro non potevano esercitare attività imprenditoriali; come testimoniano i lavori preparatori del codice civile, la distinzione tra i libri primo e quinto del codice coincideva con la distinzione tra enti commerciali ed enti non commerciali. In quella prospettiva, evidentemente un problema di sovrapposizione e di concorrenza tra enti lucrativi ed enti non lucrativi non si poneva neanche.

Questa concezione è definitivamente tramontata.

Oggi l'esercizio dell'impresa da parte di un ente non lucrativo appare alla dottrina, così come alla giurisprudenza pratica, un dato ormai scontato (anche se permane qualche isolata voce dissenziente). Ciò in concreto significa che in taluni settori si registra una compresenza, sul piano dell'offerta, di imprese

gestite nella forma delle società lucrative e degli enti non lucrativi (pensiamo ad esempio alle attività ricreative), così come in taluni casi ad entrambe si affianca l'offerta dello Stato (come avviene per l'istruzione).

Alla luce di questa indispensabile premessa, appare ancor più evidente che l'«impresa» è di per sé concetto *neutro* rispetto alla forma giuridica cui è imputata e alle finalità per alle quali è esercitata.

A fermarsi alla mera nozione tecnica, la socialità dei fini si pone necessariamente in una posizione esterna rispetto agli elementi strutturali della fattispecie. (Conferma ne è, che anche l'illiceità dei fini non impedisce l'applicazione della disciplina dell'impresa, il che fondamentalmente dimostra come l'impresa sintetizzi un sistema di regole che attengono all'attività dei mezzi e del credito destinato alla produzione). In conclusione su quest'ultimo punto, *l'ordinamento apprezza i fini 'sociali' non sul piano dell'impresa come attività economica destinata alla produzione e/o allo scambio di beni o servizi, ma in ragione della forma giuridica di esercizio, cioè del soggetto cui si imputano gli effetti di quella attività economica.*

In secondo luogo, e parallelamente, le ragioni di una disciplina premiale o incentivante non possono ravvisarsi nel *fatto* della produzione del bene socialmente meritorio come tale, ma in relazione alle concrete modalità in cui il bene socialmente meritorio è prodotto.

Se così non fosse, sarebbe plausibile anche la richiesta del sussidio (del premio fiscale, dell'incentivo, del privilegio o della dispensa sul piano della disciplina civilistica) avanzata dall'imprenditore individuale o da quello collettivo organizzato in forma lucrativa. Che, invece, la socialità sia essenzialmente legata alla forma dell'imputazione degli effetti giuridici, lo dimostra chiaramente un'importante pronuncia della Corte di giustizia CE, che ha espressamente escluso che possa esistere un imprenditore individuale *non-profit* - che destini cioè a finalità altruistiche i propri proventi - ai fini di applicare la disciplina fiscale di favore. La ragione - nella motivazione proposta dalla Corte di giustizia - si radica essenzialmente nella considerazione che in questo caso non sussisterebbero quelle garanzie in ordine alla destinazione dei proventi, destinati inevitabilmente a confondersi con i beni individuali dell'imprenditore [in *Rass. trib.*, 1996, p. 1409 ss.].

In sostanza, la socialità sussiste se (ed in quanto) sia possibile sul piano tecnico-giuridico assicurare quella separazione e destinazione esclusiva del patrimonio frutto dell'impresa sociale che costituisce il presupposto ineludibile di qualsiasi disciplina di favore.

3.3. Apprezzamento in termini funzionali della 'socialità' dell'impresa

Logicamente connesso a questo aspetto, ve n'è un altro che merita considerazione e che ulteriormente dimostra come i problemi connessi alla disciplina dell'«impresa sociale» rilevino essenzialmente in termini funzionali.

Si è appena considerato che la ragione d'una disciplina incentivante non può radicarsi solo nel fatto che un ente senza scopo di lucro produce un bene socialmente meritorio. Dal punto di vista dello Stato apparato, il fatto che la società civile sopperisca autonomamente proprie esigenze potrebbe non essere sufficiente ad esonerare la burocrazia pubblica dal soddisfare direttamente la domanda per quel bene socialmente necessario e/o dall'acquistarlo sul mercato (e, allora, il problema è semmai quello d'identificare il soggetto in grado di offrire il bene o il servizio al prezzo più conveniente).

Ciò che appare, invece, decisivo è che *il regime di favore per l'impresa sociale si giustifica in quanto quella particolare attività o quei beni sono prodotti in modo comparativamente più efficiente o socialmente preferibile dall'ente senza scopo di lucro.*

Si delinea così il nodo di politica del diritto sull'opportunità di un'allocazione delle risorse pubbliche che sia mediata attraverso l'impresa sociale.

In questa logica, appare giustificato porsi almeno tre ordini di interrogativi:

- 1) Quali sono i parametri e gli indici di *performance* che si ritengono appropriati per apprezzare l'impatto marginale dell'impresa sociale.
- 2) Qual è il regime più efficiente dei controlli pubblici, quali sono i relativi costi e quali sono i possibili modelli alternativi che il legislatore può considerare.
- 3) Qual è il sistema per promuovere l'efficienza economica nel suo complesso (il che evidentemente propone l'interrogativo se vi siano ragioni che inducano a discriminare il trattamento dell'impresa per il solo fatto che forma di esercizio è un ente che non ha scopo di lucro).

4. Una diversa scelta di natura metodologica: il problema dei contenuti

A fronte degli interrogativi sollevati, è necessario verificare se l'esercizio dell'impresa sociale debba essere veicolato attraverso una specifica forma giuridica che ne costituisca la necessaria forma di esercizio.

A questo riguardo, una tecnica per definire i confini dell'impresa sociale potrebbe essere quella di definire il catalogo degli enti che già oggi appaiano idonei a realizzare le finalità dell'«impresa sociale»; e si tratterebbe allora di proporre la strada d'una definizione *per estensione* della categoria. E il discorso riguarderebbe allora le Onlus, il volontariato (si v. ad es. l'art. 1, comma 18, del decreto legislativo n. 502/1992, come modificato dal decreto legislativo n. 229/1999, in tema di istituzioni che svolgono attività nel settore socio-sanitario), le cooperative sociali.

Questa prospettiva si presta in primo luogo ad un'osservazione pratica, che non può essere trascurata: ritenere che la definizione dell'impresa sociale possa ricavarsi in relazione ad una lista di enti ritenuti (già) socialmente meritevoli, rischia di aprire il campo ad ulteriori estensioni della disciplina di favore, attraverso il progressivo inserimento di ulteriori soggetti *senza che ne siano vagliate e ponderate le conseguenze in termini di disciplina inderogabile che si connette a quel modello* (così che già oggi si trovano qualificati come Onlus in quanto associazioni di volontariato, enti che tuttavia come tali non avrebbero le caratteristiche della Onlus).

Per altro verso, è bene avvertire il rischio di vulnerare l'opzione pluralista quando si compia una scelta che miri esclusivamente a legittimare l'esistente, riducendo in questo modo la possibile competizione all'interno del terzo settore. Che è poi quello che è accaduto quando il legislatore ha disciplinato le associazioni a tutela dei consumatori (***), in quanto ha finito coll'attribuire uno *status* privilegiato alle principali associazioni che già svolgono tale attività e, al contempo, ha posto una significativa barriera all'ingresso di altri soggetti che intendano perseguire finalità analoghe.

Anche (ma non solo) per queste ragioni, prima di rispondere alla domanda se sia preferibile pensare ad un nuovo tipo di ente o, invece, siano congrue le forme giuridiche già esistenti, sembra opportuno svolgere un'analisi sui *contenuti*, il che significa fare un discorso sulla funzione dell'impresa sociale e sugli elementi della relativa disciplina.

La disciplina dell'impresa sociale, infatti, non deve caratterizzarsi per un connotato strutturale peculiare, ma essenzialmente per il tipo di risposte che appare in grado di offrire. Ed in questa logica, premessa necessaria ad isolare i profili fondamentali della disciplina si rivela la riflessione sui limiti che intrinsecamente si connettono al ricorso alle forme giuridiche contraddistinte dal vincolo di non distribuzione degli utili.

5. L'ente senza scopo di lucro quale forma di esercizio dell'impresa sociale. Problemi patologici

Come si è già detto, una disciplina dell'impresa sociale informata ad un paradigma produttivo pone problemi di natura essenzialmente funzionale; al contempo, la stessa ragion d'essere dell'impresa sociale è quella di offrire una risposta efficiente alla domanda di beni pubblici, in un'area che non appare adeguatamente soddisfatta dalla mano invisibile del mercato così come non è presidiata dai meccanismi di *welfare*.

Le constatazioni svolte inducono a riflettere sul fatto che il vantaggio competitivo degli enti *non-profit*, e poi dell'impresa sociale, non può essere ravvisato nella considerazione banale che tale forma giuridica consente di economizzare sui fattori produttivi (ad es. perché si avvale di lavoro gratuito, ovvero perché commercializza beni o servizi ad un prezzo superiore al mercato, o ancora perché riceve erogazioni gratuite). Infatti, quello che talvolta è ascrivito ai vantaggi del *non-profit*, può tuttavia generare effetti perversi o comunque non facilmente prevedibili.

Pertanto, prim'ancora di verificare qual è il mercato cui si rivolge l'impresa sociale, e se esso meriti una considerazione e un distinto trattamento rispetto a quello in cui operano i soggetti per finalità lucrativa, deve acquisirsi una precisa consapevolezza delle implicazioni economiche sottese alla scelta di rivolgersi all'ente non lucrativo.

In questa prospettiva, punto d'avvio di qualunque proposta che voglia confrontarsi con l'impresa sociale appare la considerazione dei limiti inerenti alla forma di esercizio dell'impresa non lucrativa. Una volta

individuati e accertati tali limiti, si dovrà poi verificare in che modo essi possano essere corretti — o quanto meno attenuati — in sede di disciplina legislativa.

Il discorso può muovere acquisendo consapevolezza delle patologie ricorrenti che caratterizzano gli enti senza scopo di lucro, atteso che una disciplina positiva dell'impresa sociale deve porsi quale obiettivo (anche) quello di ostacolare, e poi eventualmente di sanzionare, i ricorrenti comportamenti *parassitari* e gli atteggiamenti *opportunistici* che non infrequentemente caratterizzano il mondo *non-profit*.

Ciò vale soprattutto per quei settori in cui operano organizzazioni in cui le risorse finanziarie utilizzate provengono prevalentemente da donazioni o fondi pubblici. L'acquisizione di donazioni e, soprattutto, l'accesso a finanziamenti pubblici non correlati all'effettiva efficienza, e segnatamente all'efficacia operativa, dell'attività può causare la sopravvivenza di organizzazioni obsolete, con elevati livelli d'inefficienza e di inidoneità organizzativa, la cui persistenza trova un'unica giustificazione nel favore riconosciuto dall'ordinamento.

5.1. I rischi di parassitismo nel non-profit.

I comportamenti parassitari sono tipicamente quelli di coloro che, potendo scegliere se realizzare una determinata attività in forma lucrativa o non lucrativa, scelgono la seconda per lucrare i benefici (usualmente fiscali) di cui quell'attività gode.

In questi casi, che evocano l'immagine dell'«abuso» della libertà associativa, l'apprensione dell'utile avviene indirettamente, generalmente nella forma della remunerazione del *management*. Un caso paradigmatico conosciuto dalle cronache giudiziarie italiana ha visto coinvolta la sezione di Milazzo dell'«Associazione italiana assistenza agli spastici»: l'associazione, ad esempio, pagava al proprio direttore finanziario uno stipendio di ventisette milioni mensili, mentre più in generale gli amministratori disponevano in modo estremamente disinvolto del patrimonio dell'associazione (composto da immobili per oltre venti miliardi e partecipazioni azionarie di vario tipo, tra cui in un'agenzia di viaggi).

5.2. I comportamenti opportunistici nel non-profit.

A fianco di comportamenti parassitari, è possibile diagnosticare gli atteggiamenti *opportunistici*, e si tratta delle forme di elusione più sottili e che meno facilmente possono essere colpite.

In questo caso, chi agisce attraverso il soggetto metaindividuale avrebbe comunque scelto la forma non lucrativa, ma informa i propri comportamenti più alla conservazione della rendita di posizione di cui gode, che non invece al fine di realizzare lo scopo (non lucrativo) dell'associazione. Così, ad esempio, la critica che nel mondo ambientalista americano si rivolge a talune associazioni impegnate in manifestazione eclatanti è che esse mirano esclusivamente ad accrescere la propria notorietà al fine di finanziare la burocrazia interna dell'organizzazione.

Un altro esempio emblematico, tratto sempre dall'esperienza americana, è «Second Harvest»: si tratta di un ente *non-profit* che dona il cibo ai bisognosi, controllato dalle grandi imprese produttrici di generi alimentari, che così possono cedere la produzione invenduta (come il prodotto di cereali che non aveva incontrato il favore dei consumatori o il succo di frutta che aveva perso il colore, ma era tuttavia «perfettamente bevibile»), avvantaggiandosi al contempo delle detrazioni fiscali previste per le donazioni.

6. L'ente senza scopo di lucro quale forma di esercizio dell'impresa sociale.

Problemi fisiologici

6.1. 'Fallimento' del contratto e 'fallimento' della mano pubblica nella teoria dell'impresa non-profit

Com'è ormai acquisito dalla letteratura gius-economica, vi sono significativi vantaggi competitivi che si ascrivono agli enti *non-profit*, che sono la ragione più convincente del loro successo anche in contesti in cui non sono incentivati dalla burocrazia pubblica.

Le spiegazioni fornite possono essere riassunte intorno a due modelli, tra loro non alternativi.

Da un lato, le organizzazioni «non a scopo di lucro» propongono una risposta alle inefficienze del settore pubblico - *government failure* -, ossia alle (inevitabili) carenze dell'amministrazione nella produzione di determinati beni destinati alla collettività (si pensi ai servizi del volontariato legati all'assistenza); tale risposta si pone sia in termini *quantitativi*, in relazione cioè alla carenza quantitativa di beni pubblici offerti dalla burocrazia, sia anche e soprattutto in termini *qualitativi*, e cioè alla qualità dei servizi offerti dalla pubblica amministrazione [tesi che si lega soprattutto al nome di WEISBROD].

Dall'altro, gli enti senza scopo di lucro costituiscono un'alternativa alle inefficienze del mercato - si parla allora di *contract failure* - in tutti i casi ove l'adozione dello strumento contrattuale, e dei rimedi ad esso collegati, non è idoneo a dare adeguata protezione a coloro che usufruiscono della prestazione. Infatti la sussistenza di una forma *non-profit* costituisce *come tale* un indice significativo per i *patrons* - cioè quanti finanziano direttamente l'ente e/o coloro che ne acquistano i servizi - che la qualità del prodotto non è sacrificata al guadagno privato [HANSMANN]. Segnatamente, l'ente *non-profit* per il fatto stesso di avere un connotato non lucrativo *comunica all'esterno* che la qualità e la quantità dell'*output* non è sacrificata alla remunerazione del conferimento.

Proprio perché colma in questo modo un'asimmetria informativa, l'ente *non-profit* si finanzia attraverso nuove adesioni, ovvero raccogliendo donazioni (il donante si affida perché non sa e non può controllare la destinazione della somma che versa) o commercializzando prodotti che hanno una particolare vocazione sociale (sono disposto a pagare di più le prestazioni in quanto so che il ricavato sarà destinato conformemente alle finalità statutarie dell'ente).

E merita a questo riguardo sottolineare che vi è una linea di coerenza e di continuità tra le motivazioni che consentono di giustificare l'efficienza allocativa degli enti senza scopo di lucro e quelle che sorreggono la politica fiscale a favore degli enti *non-profit*, che a loro volta sono tendenzialmente le medesime che giustificano l'intervento pubblico: il fallimento del mercato, l'offerta di beni pubblici, le esternalità, la carenza di informazioni, l'apprezzamento sociale dei servizi offerti come "beni meritori", la politica di redistribuzione del reddito.

In questa prospettiva, tanto più stringente è il rispetto della causa non lucrativa, dunque del *non distribution constraint*, tanto più si assicura il successo dell'ente *non-profit*.

6.2. *Profili critici fisiologicamente intrinseci al ricorso allo schema non lucrativo.*

Accanto a questi vantaggi - che inducono a favorire l'allocatione del controllo secondo il modello che è possibile definire 'non proprietario' -, debbono però essere attentamente vagliati quelli che sono i limiti fisiologicamente intrinseci alla causa non lucrativa.

Una proposta in tema di impresa sociale che non ne tenesse debita considerazione rischia di accentuare le patologie tipiche del terzo settore.

A questo riguardo, risposte che emergono dalla recente disciplina destinate al terzo settore, tendono, invece, ad agire piuttosto sugli *effetti* che non sulle *cause* che determinano le patologie del rapporto sociale dell'ente *non-profit*. Esemplarmente, introdurre un regime fiscale di favore, se talora risolve i problemi di capitalizzazione dell'ente non lucrativo, può determinare significativi effetti distorsivi in quanto, da un lato, l'impresa *non-profit* si avvantaggia ingiustificatamente del beneficio fiscale nella competizione con l'impresa *profit*; dall'altro, possono essere ulteriormente depressi gli stimoli all'efficienza nella gestione.

7. Il catalogo dei contenuti che necessariamente debbono essere oggetto della disciplina dell'impresa sociale

Per le ragioni sinteticamente illustrate - ma che nelle pagine della ricerca trovano un più compiuto approfondimento -, la disciplina dell'impresa sociale, *in particolare accedendo ad una logica produttiva*, deve offrire risposte coerenti ai problemi che il ricorso all'ente non lucrativo comporta, taluni dei quali costituiscono limiti intrinsecamente connessi alla causa non lucrativa.

Per ragioni di comodità espositiva, possono convenientemente definirsi due blocchi di tematiche.

A) L'individuazione della fattispecie: segnatamente gli antecedenti della disciplina della disciplina dell'impresa sociale:

- a) La scelta dei beni meritori da produrre.
- b) La scelta della forma giuridica che esercita l'impresa sociale e cui sono imputati i relativi effetti.
- B) I profili essenziali e (almeno tendenzialmente) inderogabili, che debbono caratterizzare la disciplina dell'impresa sociale.
 - a) Il rapporto con il mercato.
 - b) Le regole di 'governo' dell'ente.
 - c) La tutela che s'intende riconoscere ai beneficiari e ai lavoratori.
 - d) La struttura finanziaria dell'impresa sociale e il reperimento dei capitali.

- e) Infine, una disciplina fiscale dell'impresa sociale che sia coerente con gli obiettivi appena richiamati. Rispetto a questi, la funzione della politica tributaria non deve essere solo di *supporto* allo sviluppo e al consolidamento del settore *non-profit*. Si deve, invece, pensare anche a utilizzare la leva fiscale per conseguire finalità *extrafiscali*, quali sono quella *fiduciaria* (al fine soprattutto di regolare il comportamento dei *managers* di enti *non-profit*), così come quella di *pattugliare il confine* tra il terzo settore, il mercato e il settore pubblico.

8. La scelta 'politica' dei beni meritori

Quando ci s'interroga sulla scelta dei beni meritori che sono idonei a connotare in senso autenticamente 'sociale' l'impresa, è opportuno riflettere sul fatto che una disciplina di favore (sia in termini di disciplina sostanziale, sia in termini di favore fiscale) si giustifica in quanto la modalità della produzione: a) sia comparativamente più efficiente di quella che altrimenti può realizzarsi sul mercato; b) costituisca una forma di produzione socialmente preferibile.

Il primo aspetto per taluni aspetti (prescinde da e) precede la scelta del legislatore. L'efficacia competitiva della forma *non-profit* rispetto alle altre forme giuridiche non si giustifica per la politica di favore che ad essa rivolge il legislatore. Dovrebbe essere, semmai il contrario: accertata *ex post* una maggiore efficacia competitiva della forma non lucrativa, l'intervento del legislatore con una politica fiscale di favore può risolvere taluni limiti strutturali della stessa (ad es. la carente capitalizzazione) e, in questo senso, favorire l'efficienza complessiva dell'impresa *non-profit*. A questo riguardo, si può porre il più radicale problema di verificare in che in che termini spetti allo Stato apparato definire paternalisticamente quali sono i beni pubblici che debbono essere prodotti, ovvero se all'ordinamento compete essenzialmente il compito di fissare la cornice di garanzie normative all'interno del quale sollecitare una risposta all'autonomia collettiva dei privati e al pluralismo sociale.

Alla stregua del secondo criterio, *come individuare il bene meritorio*, ossia quali finalità sociali devono essere realizzate nel momento in cui si pensa all'impresa sociale, è un problema che concerne il momento politico antecedente alle scelte tecniche.

Sul punto il nostro ordinamento già propone alcune significative indicazioni.

Si pensi, ad esempio, alla produzione di beni pubblici nelle ipotesi elencate dall'art. 10 del d.lgs. 460/1997, che sono l'assistenza sociale e sanitaria, la beneficenza, l'istruzione, la formazione, lo sport dilettantistico, la tutela e la promozione del patrimonio artistico e ambientale, la tutela dei diritti civili, la ricerca scientifica svolta direttamente o indirettamente dalle fondazioni. Ovvero ai beni pubblici elencati quali fini necessari delle fondazioni bancarie, o nella disciplina del volontariato.

Al riguardo, semmai, è opportuno formulare una duplice osservazione di tecnica legislativa e un'altra che attiene specificamente al rapporto tra produzione del bene meritorio ed ente *non-profit*.

a) I campi di attività che la norma indica ai fini dell'applicazione dello statuto dell'impresa sociale debbono in ogni caso essere ben definiti e oggetto di un'interpretazione tendenzialmente restrittiva. (Pertanto, esemplificativamente, ipotesi come la "tutela civile e dei diritti" rischiano talmente comprensive da consentire di sussumere qualsiasi tipo di attività).

b) In secondo luogo, il legislatore non dovrebbe limitarsi a definire i campi di produzione dei beni meritori, ma dovrebbe altresì preoccuparsi di monitorare l'implementazione delle categorie individuanti. In questa logica, il criterio dovrebbe essere la temporaneità del beneficio, che potrebbe essere confermato una volta che sia stato effettivamente constatato un saldo attivo in termini di utilità sociale.

Vi è poi una considerazione di ordine relazionale. Segnatamente, deve considerarsi che taluni beni, proprio in ragione delle caratteristiche specifiche loro proprie, rischiano di esaltare taluni limiti che fisiologicamente si connettono agli enti non lucrativi.

Non a caso, nell'esperienza americana si discute dell'opportunità di sollecitare la *fuoriuscita* dal *non-profit* dell'assistenza sanitaria (mentre da noi non poche voci si sono levate per favore l'ingresso della sanità nel terzo settore). Infatti, gli enti *non-profit* sono considerati meno efficienti degli enti lucrativi nella produzione dei servizi legati all'assistenza sanitaria, in quanto strutturalmente poco sensibili all'innovazione tecnologica e meno incentivati sul piano del contenimento dei costi di gestione.

Ciò in concreto significa che il legislatore non imboccherebbe la strada giusta se dissociasse il problema della produzione dei beni meritori dagli effetti allocativi sottesi agli enti *non-profit*, dando sempre e comunque per scontata la concreta idoneità ed efficacia dell'ente non lucrativo.

9. La scelta della forma giuridica che esercita l'impresa sociale.

Per quanto concerne la scelta in ordine alla forma di esercizio dell'impresa sociale — coerentemente all'impostazione assunta da questa ricerca —, il problema non è tanto quello d'individuare una forma di esercizio *esclusiva* ovvero di prefigurare una *nuova e ulteriore* forma giuridica, quanto piuttosto è indispensabile identificare gli argini normativi sottesi all'esercizio dell'impresa sociale.

La *neutralità* delle forme giuridiche idonee ad esercitare l'impresa sociale costituisce un'indicazione sistematicamente coerente con le opzioni già emerse in sede legislativa (si pensi ad es. alla disciplina del volontariato); essa va, tuttavia, intesa nel più ristretto senso della libertà di scelta del tipo a condizione che l'imprenditore sociale si assoggetti a precisi oneri strutturali e funzionali.

Pertanto, non si seleziona una particolare forma giuridica all'interno del settore *non-profit*, ma si ritagliano all'interno della causa non lucrativa le modalità che assicurano l'*eterodestinazione* del risultato (ciò che si indica come *public benefit*); mentre le ipotesi di *autodestinazione* del risultato — per quanto compatibili con la causa non lucrativa (si parla allora di *private benefit*) — non appaiono idonee a realizzare fini autenticamente sociali.

È necessario suggerire e proporre talune chiarificazioni. Intanto, anche un ente societario può decidere di intraprendere quale missione l'esercizio dell'impresa sociale (e ciò prescindendo in questa sede dai problemi inerenti la validità e la maggioranza richiesta ai fini della delibera di trasformazione del tipo sociale).

Ciò che appare decisivo è, tuttavia, che da quel momento tale società, pur conservando la *forma* societaria, deve assoggettarsi ai limiti normativi sottesi al *non distribution constraint* ed è tenuta a destinare all'esterno della compagine sociale i risultati economici conseguiti.

Non appare, invece, possibile che la missione dell'impresa sociale possa conciliarsi con la sopravvivenza (sia pure parziale) del carattere lucrativo. A questo riguardo, l'esperienza belga sulle "società di utilità sociale" — *che non hanno allo stato incontrato il consenso sperato* — dimostra che non è ibridando la struttura lucrativa con connotati propri di quella non lucrativa che di per sé si assicura una soluzione alle carenze e ai limiti caratteristici delle iniziative realizzate nella forma dell'ente *non-profit*.

Al contempo, se la ragione del successo di una forma che si proponga di conciliare il carattere di socialità dell'iniziativa con la dimensione lucrativa si colloca sul piano dell'esistenza di un'agevolazione sul piano fiscale, allora si rischia di stravolgere la logica autenticamente sociale e al contempo sono alterate le regole del mercato.

Le stesse precisazioni concettuali possono essere necessarie in relazione all'adozione della forma cooperativa, che pure presenta taluni connotati propri della logica lucrativa. Conseguentemente, non sembra opportunamente perseguibile la strategia di generalizzare quale modello l'impresa sociale, che presenta nel sistema — come si avrà modo di precisare — la peculiare caratteristica di realizzare immediatamente la finalità sociale per il fatto del coinvolgimento di soggetti svantaggiati.

10. La disciplina dell'imprenditore sociale. La supposta autonomia del mercato sociale: l'impresa sociale come impresa del mercato

Una strategia di politica del diritto che deliberatamente si propone di estendere il confine operativo del settore *non-profit* al margine del settore privato commerciale deve necessariamente rappresentarsi la possibile incidenza sulle dinamiche concorrenziali.

Ciò è ancor più necessario quando la disciplina di favore è pensata nei termini d'una disciplina fiscalmente incentivante, atteso che essa è suscettibile di tradursi in una maggiore capacità competitiva dell'impresa sociale rispetto alle altre imprese presenti sul mercato, con l'ovvio effetto di falsare le regole del mercato, in quanto sono avvantaggiate alcune imprese a scapito di altre.

A questo riguardo, è opportuno ribadire che il terzo settore non costituisce una zona franca dal complessivo sistema concorrenziale, problema che nell'attuale sistema normativo già si è posto in relazione a situazioni di disparità di trattamento che sussistono tra enti *profit* e *non-profit*.

Un caso per molti aspetti esemplare è quello delle associazioni turistiche (L. 17 maggio 1983, n. 217), che sono sottratte alla disciplina concessoria, ai controlli e agli oneri imposti alle agenzie turistiche e di

viaggio. È, allora, evidente che la disparità di trattamento e la violazione della norma che garantisce l'iniziativa economica privata determina un rilevante "problema concorrenziale" a sfavore delle iniziative lucrative. Infatti, delle due l'una: o la disciplina delle agenzie di viaggio è anacronistica e quindi dev'essere cancellata, oppure le norme di protezione dei clienti (segnatamente quelle che richiedono un fondo di garanzia o la professionalità dell'agente) sono opportune, ma allora è del tutto indifferente se quell'attività sia esercitata da un ente lucrativo o da un ente non lucrativo.

Un esempio a dirittura eclatante è costituito dalla recente proposta di disciplina delle associazioni "di promozione sociale" (il riferimento è al nuovo testo unificato - del 19 febbraio 1998 - della *Disciplina della associazione di promozione sociale*, I Commissione permanente (Affari costituzionali, della Presidenza del Consiglio e Interni)), in cui una norma in ordine alla rappresentanza introduce a dirittura un privilegio davvero ingiustificato, qual è la responsabilità limitata prevista anche a favore delle associazioni non riconosciute.

10.1. Sistema della concorrenza e disciplina dell'impresa sociale.

Neill'introdurre una disciplina dell'impresa sociale è necessario, allora, fissare i principi concorrenziali che devono essere presenti alle iniziative del legislatore.

In primo luogo, lo *status* di ente non lucrativo non appare di per sé idoneo a giustificare un'automatica esenzione dall'applicazione delle disposizioni per la tutela della concorrenza, tanto nell'ordinamento comunitario, che in quelli nazionali.

Ai fini del mercato, ciò che rileva, infatti, non è la *struttura* del soggetto che opera impenditorialmente - e dunque che l'utile realizzato sia (o non) distribuito tra i soci -, quanto la violazione delle regole di condotta e il fatto di rivolgersi allo stesso mercato attuale o potenziale. Il principio è già chiaramente emerso nelle segnalazioni dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, che ha rappresentato al Parlamento ed al Governo la necessità di adeguare ai principi della concorrenza la normativa che si rivolge esclusivamente agli enti *non-profit*.

Questo stesso principio deve valere anche per l'impresa sociale.

Nelle considerazioni dell'Autorità garante trova posto anche un'altra e diversa considerazione che merita attenta considerazione. Talune delle forme organizzative che operano nel terzo settore sono, infatti, caratterizzate da una rigidità negli assetti proprietari delle imprese interessate, a causa della diversa contendibilità che caratterizza i diritti di proprietà detenuti da azionisti privati rispetto a quelli in possesso degli enti *non-profit* (soprattutto, ma non esclusivamente, nelle fondazioni).

La principale e più significativa conseguenza di ciò è che può determinarsi una sostanziale irresponsabilità nella gestione dell'impresa, con un inevitabile indebolimento delle normali dinamiche economiche e concorrenziali dei mercati interessati.

Rispetto, e concorrentemente, a queste considerazioni, deve parimenti mettersi in rilievo il fatto che le organizzazioni *non-profit* riescono talora a garantire un più elevato standard qualitativo del servizio offerto e costi più contenuti, così come assicurare una spiccata socialità dei contenuti. *Ed è ciò che in definitiva giustifica un diverso trattamento rispetto a quello cui è sottoposta l'impresa lucrativa.*

Questa conclusione, tuttavia, deve necessariamente porsi all'esito d'una valutazione attenta ai vincoli normativi presenti sia sul fronte della domanda sia su quella dell'offerta.

Pertanto, incentivi fiscali discriminanti potranno certamente essere tollerati nei confronti di soggetti operanti nei settori della sanità, dell'educazione o in altri settori particolarmente sensibili e socialmente qualificanti, mentre difficilmente ciò potrà risultare compatibile con i principi che regolano la libertà d'iniziativa economica quando l'attività si rivolge a settori caratterizzati da una minore utilità sociale.

In quest'ottica, particolare attenzione e vigilanza dovrà essere riservata anche alla disciplina delle attività c.d. accessorie (*related*), ossia a quelle attività svolte dall'ente *non-profit* in settori di attività non caratterizzati da fini sociali, ma strettamente connesse a queste. Rispetto alle attività che pure sono strumentali alla vocazione principale dell'impresa sociale, non deve tollerarsi alcuna forma di discriminazione fiscale, se non in presenza di un forte e stringente legame tra l'attività che realizza immediatamente lo scopo sociale e quella accessoria, tale da renderle intimamente connesse.

In conclusione, *la disciplina dell'impresa sociale non deve costituire lo strumento per ridurre o eliminare la concorrenza creando ingiustificate situazioni di privilegio concorrenziale.*

10.2. L'obiettivo di immettere nuovi competitori nel mercato sociale.

La disciplina dell'impresa sociale deve, invece, essere lo strumento per ampliare il numero dei competitori in taluni settori cruciali del sistema economico del paese.

A questo fine, è necessario calibrare gli incentivi di cui gode l'impresa sociale in un'ottica prospettica di medio-lungo periodo, al fine d'individuare gli incentivi idonei a favorire o promuovere l'emersione di nuovi mercati, mediante un sostegno alla domanda e incentivi alla partecipazione al mercato di nuovi soggetti.

Per quanto attiene a questi ultimi, ai fini di agevolare lo *start-up* di un dato mercato in condizioni di concorrenza, può rientrare in una generale *policy* di promozione della concorrenza permettere a nuovi soggetti - caratterizzati, per esempio, da particolari conformazioni proprietarie, come quelle proprie dell'impresa sociale - di avere condizioni di favore, anche in termini di agevolazioni e benefici fiscali per un dato periodo di tempo.

Per quanto concerne, invece, gli incentivi alla domanda - tradizionalmente pensati nella forma dei buoni di spesa - ancor meno opportuno appare in prospettiva operare discriminazioni limitando la possibilità di utilizzare tali buoni solo attraverso le imprese sociali.

Se è del tutto ragionevole, quando non addirittura opportuno, condizionare alla sussistenza di particolari requisiti e/o caratteristiche del soggetto presso il quale spendere i *vouchers*, la discriminazione tra i soggetti destinatari degli stessi non è opportuno che passi lungo la linea lucrativo/non lucrativo.

11. Regole dell'impresa nell'impresa sociale e monitoraggio dell'attività economica

Le considerazioni appena sviluppate inducono a concludere che la disciplina dell'impresa, anche quando abbia quelle connotazioni sociali che il legislatore ritiene di dover incoraggiare, non debba discostarsi dal regime generale delle iniziative economiche organizzate imprenditorialmente e che debba ricevere un trattamento uniforme.

Non va sottaciuto che l'impresa nasce e si sviluppa in relazione a come prevede (o teme) di morire, con ciò volendosi dire che prestare attenzione al momento della patologia dell'impresa (e quindi anche dell'impresa sociale) costituisce un modo per orientare e 'moralizzare' in termini economici la fisiologia dell'attività imprenditoriale.

Ad oggi, si registra nella giurisprudenza pratica una discriminazione positiva a favore dell'ente non lucrativo che esercita l'impresa oggettivamente commerciale accessoria, atteso che essa è sottratta al regime generale dell'impresa commerciale. Si tratta, tuttavia, d'una tesi che la dottrina giustamente contesta e che in termini aggregati ha l'effetto non di favorire, ma di svantaggiare gli enti non lucrativi.

Infatti, la tesi che sottrae alla disciplina dell'imprenditore commerciale l'ente non lucrativo che svolge tale attività in modo accessorio o non principale - e che quindi disapplica la disciplina improntata alla maggiore tutela per il credito destinato alla produzione - ha macroeconomicamente l'effetto di rendere più costoso e complesso l'accesso al capitale di debito. Al contempo, prevedere che l'impresa sociale possa fallire significa favorire la riallocazione delle risorse disponibili e si evita così che esse possano indirizzarsi verso iniziative inefficienti e/o inefficientemente gestite.

Alla luce di queste considerazioni, appare preferibile che l'impresa sociale sia destinata a fallire, quando svolga attività commerciale, come tutte le altre imprese dello stesso genere (indipendentemente dalla natura lucrativa o non della stessa).

Il problema dell'applicazione della disciplina dell'impresa in relazione alle esigenze di tutela del mercato evidenzia - ma si tratta di un aspetto che investe tutti gli enti senza scopo di lucro - che gli strumenti di monitoraggio dell'attività da parte dei creditori sociali sono nell'attuale sistema normativo insufficienti: si pensi all'esigenza di ripensare la disciplina delle scritture contabili negli enti non lucrativi o alla opacità decisionale della struttura dell'ente.

Questi aspetti, dunque, piuttosto che pensati con esclusivo riguardo alla disciplina dell'impresa sociale dovrebbero essere oggetto d'una riforma più complessiva del codice civile.

A questo fine, tra le tecniche destinate a realizzare/facilitare forme monitoraggio della *performance*, uno spazio meritano sicuramente la disciplina degli obblighi di pubblicità, sia con riguardo al bilancio contabile, sia anche con riguardo al bilancio sociale o di missione, in cui l'ente è chiamato a verificare la propria capacità di realizzare i fini istituzionali che si prefigge.

Evidente, a questo fine, che si debbano tenere in debito conto gli interessi alla pubblicità dell'attività d'impresa ascrivibili non solo agli associati, ma anche ai creditori sociali, ai beneficiari potenziali o attuali dell'attività dell'ente.

12. Regole e problemi nella governance dell'ente non lucrativo

Uno dei punti qualificanti la presente riflessione attiene alla tendenziale *neutralità* delle forme organizzative destinate ad esercitare l'impresa sociale: non appare un'opzione decisiva quella inerente il modello organizzativo che s'intende adottare, ferma restando — evidentemente — la connotazione rigorosamente non lucrativa e *public benefit* e la parallela esclusione di ogni carattere mutualistico (con l'eccezione delle cooperative sociali).

In questa prospettiva, acquista un significato ancora più pregnante l'esigenza di fissare le regole di *governance* che presiedono all'esercizio dell'impresa sociale.

La giustificazione più significativa delle regole imperative che presiedono l'esercizio dell'impresa sociale si radica ancora nel *contract failure*, ossia nel fatto che tali regole, in assenza di asimmetria informativa e di costi transattivi, sarebbero quelle negoziate dai soci tra loro e con gli amministratori, e quelle che l'ente negozierebbe con i *patrons* dell'impresa sociale.

Si tratta d'un aspetto centrale in questa riflessione, sia in considerazione dei limiti generali caratteristici degli enti senza scopo di lucro, sia anche in considerazione dell'esigenza di rafforzare il *sistema dei controlli interni all'impresa sociale*; il che significa che è necessario potenziare i meccanismi decisionali e di controllo idonei a fare sì che l'impresa sociale non tradisca la propria missione. Caratteristica dell'ente non lucrativo è, infatti, che la sottoscrizione del patrimonio rappresenta una posta per lo più ideale che consente di partecipare all'attività comune e che è sganciata dal principio — recentemente definito 'plutocratico' — in ordine al quale l'entità del conferimento rappresenta la misura del potere sociale.

È possibile fissare (almeno) cinque punti in ordine ai riflessi funzionali che la causa non lucrativa esplica sulla *governance* dell'ente.

- f) In linea di principio, il vincolo di non distribuzione riduce tendenzialmente gli stimoli al contenimento dei costi di gestione dell'impresa. Aspetto che può essere ancora più critico in un contesto incentivato o premiato, in quanto risulta ancor meno facilmente apprezzabile il buon andamento dell'ente e il rapporto tra risorse economiche investite e risultati ottenuti.
- g) Il vincolo di non distribuzione determina, parallelamente, un significativo disincentivo nell'investimento di risorse destinate al controllo dell'attività dell'ente (in sostanza il singolo socio ha ridotti stimoli ad investire risorse per controllare un ente che comunque non remunera il suo investimento).
- h) Gli indici di *performance* — in particolare quando si tratti di enti caratterizzati dall'eterodestinazione del risultato — sono come più volte detto carenti.
- i) Mentre nell'ente *profit* l'inefficiente gestione dell'impresa sociale si risolve (almeno) di regola in un ricambio del *management* ovvero in un ricambio del gruppo di controllo (come esemplarmente avviene attraverso un *take-over*), nell'ente *non-profit* l'assetto di controllo tende a cristallizzarsi per il fatto che la partecipazione sociale è sottratta alle negoziazioni, con il risultato pratico che si determina una situazione di potenziale indifferenza ai risultati che l'ente persegue.
- j) Legato a questo problema, deve considerarsi che la struttura organizzativa degli enti *non-profit* si caratterizza per una marcata asimmetria informativa tra gli amministratori e i soci. Infatti, l'assenza di indici di *performance* autoevidenti, l'assenza di strutture di monitoraggio, i problemi di *agency* rendono il modello dell'ente non lucrativo scarsamente atto ad esercitare un controllo sugli amministratori.

13. Gli elementi strutturali inderogabili della forma giuridica che esercita l'impresa sociale.

Per quanto concerne a quelli che si ritengono essere i connotati strutturali inderogabili dell'ente che esercita l'impresa sociale, debbono considerarsi acquisiti i risultati già maturati nella recente legislazione che, in settori paralleli e perseguendo finalità diverse, ha interessato gli enti senza scopo di lucro.

- k) In primo luogo appare necessario adottare un modello strutturale che articoli e differenzi le funzioni di controllo, amministrazione e indirizzo (modello c.d. tripartito). I motivi che fanno propendere per la separazione delle funzioni riguardano essenzialmente la necessità di consentire una dialettica tra gli organi dell'ente e di realizzare una prima forma di controllo interno.
- l) Così come evidentemente appare meritevole di adesione l'orientamento che ritiene che l'impresa sociale debba essere organizzata attraverso un ente organizzato su base democratica, il che significa intanto che non possono precostituirsi situazioni di controllo rigide e che ciascun associato deve poter esprimere il proprio voto. (Questi aspetti debbono informare non solo gli enti associativi, ma anche quelli di natura fondazionale, in cui è possibile prevedere un'articolazione delle funzioni di governo dell'ente, come dimostra la vicenda recente delle fondazioni bancarie.)
- m) Appare, inoltre, opportuno prevedere regole che consentano un ricambio e un avvicinamento nel ruolo degli amministratori, così come deve evitarsi che l'organo di gestione possa in qualunque modo contribuire alla formazione dell'organo di indirizzo e, ancor più, di quello di controllo.
- n) Sembra opportuno evitare forme di immedesimazione organica tra gli amministratori dell'impresa sociale e il *management* dell'impresa (aspetto che può accentuare il rischio di *cross subsidiation*).
- o) Ancora meritevole di conferma è la linea, sia dottrinale sia anche percorsa dal legislatore, che raccomanda una più rigorosa disciplina del vincolo di non distribuzione. Condizione, infatti, dell'esercizio dell'impresa sociale dev'essere la totale ed assoluta eterodestinazione del risultato, con la pratica conseguenza che i risultati e le utilità connesse all'esercizio dell'impresa sociale non possono in nessun caso e in nessuna misura rivolgersi ai soci o agli amministratori. A questa regola può ammettersi quale eccezione il caso in cui l'autodestinazione del risultato realizzi *immediatamente la socialità dei fini*; cosa che avviene essenzialmente quando i soci appartengano al contempo alla categoria dei soggetti svantaggiati (e in questo senso rientrano le cooperative sociali).
- p) Appare, inoltre, opportuno ribadire che il *non distribution constraint* opera non solo sul piano funzionale, ma anche allo scioglimento del vincolo. Conseguentemente, il patrimonio residuo alla liquidazione dev'essere devoluto per finalità analoghe e con i medesimi vincoli, e semmai può porsi il problema d'immaginare la necessaria destinazione del patrimonio residuo allo scioglimento ad un fondo destinato a promuovere l'impresa sociale.

14. Dal modulo strutturale ai requisiti funzionali

Se queste regole debbono senz'altro da ascriversi al modello strutturale di esercizio dell'impresa sociale, esse non paiono sufficienti.

Questo vale esemplificativamente per il modello democratico, che proprio perché radicato sull'iniziativa del singolo associato, può — per le ragioni esposte nel paragrafo precedente — non garantire l'*effettiva* democraticità della vita interna e un *efficace* controllo dell'impresa sociale.

A questa considerazione, si lega la precisa esigenza a rafforzare tecniche fondate sulla *voice* rispetto a quelle attualmente prevalenti, che invece privilegiano essenzialmente l'*exit* (per usare le categorie di A. Hirshmann).

Questa conclusione riguarda essenzialmente il tipo normativo delle associazioni — così come pensato dal legislatore e assunto a parametro dal diritto giurisprudenziale —, che privilegia un sistema affidato alla regola maggioritaria. In questa prospettiva, la contraddizione insanabile con la posizione del singolo associato si risolve con l'uscita, realizzata nelle forme delle dimissioni o dell'esclusione. Il modello funziona sin tanto che l'associazione non è indifferente al mutare della compagine associativa, indifferenza che evidentemente può materializzarsi quando l'ente riceve contributi pubblici o s'inserisce in un contesto istituzionale che direttamente o indirettamente incentiva l'attività dell'ente.

Il modello dell'*exit* è altresì quello che caratterizza il sistema del volontariato e delle Onlus come tale, atteso che l'associazione che non si conforma al modello legislativo o che modifica i propri requisiti perde il diritto ai benefici pubblici.

Valorizzare le tecniche basate sulla *voice* significa, invece, fare riferimento essenzialmente ai poteri che competono ai singoli associati (oppure ai soggetti che all'impresa sociale danno vita, nella fondazione), e che si risolvono positivamente in una serie di doveri e prestazioni strumentali posti in capo agli organi dell'ente e principalmente agli amministratori.