

Solo un accenno merita la problematica affiorata in dottrina nelle trattazioni sulla fallibilità degli enti morali relativa al fatto se per l'acquisto della qualità di imprenditore sia sufficiente la previsione nello statuto dell'associazione dello svolgimento di attività economica, ovvero se sia necessario anche l'effettivo inizio della stessa.

Vi è chi adotta la prima soluzione formulando la categoria degli enti istituzionalmente imprenditori commerciali nella quale sarebbero comprese non soltanto le società ma anche qualunque ente personificato o meno avente come oggetto esclusivo o principale l'esercizio di un'attività commerciale [FERRARA, *Il fallimento*, Milano, 1974, 126]

La dottrina dominante ritiene, invece, che al pari che per l'imprenditore individuale anche per gli enti collettivi diversi dalle società debba sempre farsi riferimento all'effettivo inizio dell'esercizio dell'attività d'impresa [GATTI, *L'impresa collettiva non societaria e la sua disciplina fallimentare*, in *Riv. dir. comm.*, 1980, I, 112]

Tale affermazione si basa principalmente sulla considerazione che la necessaria indicazione dell'oggetto sociale nell'atto costitutivo è prevista soltanto per gli enti societari "sicché solo per essi è possibile dire preventivamente ed in via astratta, senza la verifica dei fatti, se si è in presenza o meno di un ente istituzionalmente imprenditore commerciale" [GATTI, *L'impresa collettiva non societaria e la sua disciplina fallimentare*, in *Riv. dir. comm.*, 1980, I, 117]

Specifici interrogativi sono correlati al problema dell'assoggettabilità al fallimento dell'ente *non profit holding*.

A parte la sussistenza del presupposto soggettivo, la qualità di imprenditore commerciale, che sembra doversi riconoscere qualora l'ente non profit detenga, in tutto o in parte, le azioni di società svolgenti attività d'impresa [GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, cit., 50], centrale importanza assume la verifica dell'esistenza del presupposto oggettivo della dichiarazione di fallimento: lo stato di insolvenza. Secondo una parte della dottrina [GATTI, *L'impresa collettiva non societaria e la sua disciplina fallimentare*, in *Riv. dir. comm.*, 1980, II, 108; SPADA, *Nota sull'argomentazione giuridica in tema d'impresa*, in *Giust. civ.*, 1980, I, 2274; GRECO, *Le fondazioni non riconosciute*, Milano, 1980, 130; FARENGA, *Esercizio d'impresa*, cit., 222] e un ormai consolidato orientamento giurisprudenziale [*ex multis* Cass. 11 settembre 1992, n. 10385, in *Il fallimento*, 1993, 266; Cass. 7 luglio 1992, n. 8271, in *Il fallimento*, 1993, 33; App. Roma 1 luglio 1985, in *Foro It.*, 1986, I, 781]

in tema di rapporti tra società del medesimo gruppo, attesa l'autonomia soggettiva e patrimoniale delle società operanti tra di loro e con l'ente *holding*, lo stato di insolvenza di quest'ultimo dovrebbe essere accertato facendo esclusivo riferimento alle obbligazioni da esso personalmente assunte senza che sia possibile estendere all'ente *holding* medesimo lo stato di decozione riscontrato rispetto alle società operanti. Questa parte della dottrina, ritiene che il giurista deve limitarsi a prendere atto della giuridica scomposizione del gruppo in una pluralità di società aventi personalità giuridica, e pertanto qualifica l'unità del gruppo come unità solo economica come tale irrilevante per il diritto.

E' anche vero, però, che la presenza nel nostro ordinamento giuridico della procedura fallimentare trova le proprie ragioni non solo nell'esigenza di tutela dei creditori, ma anche nella volontà di giuridicizzare la regola su cui si fonda l'intero funzionamento del libero mercato, la quale richiede l'espulsione dal mercato degli operatori economici non competitivi.

Se si ritiene essere quest'ultima la *ratio* più profonda del fallimento, sembra allora coerente sostenere l'assoggettabilità a fallimento dell'ente *holding* in quanto responsabile del dissesto patrimoniale delle società controllate. Potrebbe pertanto concludersi che il presupposto oggettivo della dichiarazione di fallimento di un ente capogruppo possa essere rintracciato, nel superamento dello schermo della personalità giuridica, anche nello stato di insolvenza di una o più società per azioni controllate [*ex multis* Cass. 11 settembre 1992, n. 10385, in *Il fallimento*, 1993, 266; Cass. 7 luglio 1992, n. 8271, in *Il fallimento*, 1993, 33; App. Roma 1 luglio 1985, in *Foro It.*, 1986, I, 781].

Un'ultima questione che si è posta agli interpreti in tema di fallibilità degli enti non profit attiene al fatto di stabilire se l'apertura della procedura fallimentare comporti o meno l'estinzione dell'ente.

Generalmente si ritiene che alla questione debba darsi risposta negativa soprattutto per la considerazione che "gli enti [non profit] sono volti generalmente al soddisfacimento di interessi che trascendono lo svolgimento di attività economiche, e che non possono essere compromessi a seguito della liquidazione del loro patrimonio, ben potendo essi procurarsi altrove i mezzi economici necessari per finanziare la propria attività statutaria, [MORANDI *La fallibilità degli enti non profit*, in *Contr. e impr.*, 1998, I, 360]

5.1.(segue) Falliscono i membri illimitatamente responsabili di un ente non profit?

Rimane da risolvere un'ulteriore e controversa questione: se debba essere dichiarato il fallimento di coloro che hanno agito in nome e per conto dell'ente *non profit* qualora si tratti di un ente non dotato di personalità giuridica. Se l'ente è riconosciuto, invece, i membri e gli amministratori sono protetti dallo schermo della personalità giuridica [Trib. Milano 17 giugno 1994 in *Foro it.*, 1994, I, 3544 con nota di Ponzanelli]. Naturalmente, il problema concerne non già tutti i membri dell'organizzazione non lucrativa ma unicamente coloro che, avendo agito in nome e per conto della medesima, abbiano assunto responsabilità personale e solidale per le obbligazioni così contratte a norma dell'art. 38 c.c. Una parte della dottrina e della giurisprudenza sostiene la soluzione affermativa. Tale convinzione è basata su due diverse impostazioni del problema:

una prima impostazione [FALZEA, *Brevi note sui caratteri differenziali tra società e associazione* in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1947, III, 987; VERRUCOLI, *Società cooperative*, 140; BIANCA, *Diritto Civile, I, La norma giuridica e i soggetti*, Milano, 1981, 334; RAGUSA MAGGIORE, *Associazione non riconosciuta e fallimento* in *Dir. fall.* 1980, I, 244 in giurisprudenza App. Roma, 5 giugno 1957 in *Foro it.* 957, I, 1274; Trib. Salerno 14 Aprile 1977, in *Giur. merito*, 1977, I, 1015; Trib. Roma 11 giugno 1954 in *Dir. fall.* 1954, II, 455], negando l'ammissibilità dell'esercizio di attività d'impresa da parte di enti *non profit* e sostenendo la conseguenziale trasformazione dell'ente medesimo in società di fatto, ne deduce l'inevitabile estensione del fallimento di essa, società, ai soci. Tale opinione non risulta condivisibile poiché, come precedentemente precisato [BIGLAVI, *La professionalità dell'imprenditore*, Padova, 1986, 86; GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, cit., 61.; ID., *L'imprenditore commerciale*, in *Trattato di dir. comm. e dir. pubbl. eco.* diretto da Galgano, *L'Impresa*, Padova, 1978, 86; MINERVINI, *L'imprenditore fattispecie e statuti*, Napoli, 1981, 219; FUSARO, *L'associazione non riconosciuta. Modelli normativi ed esperienze atipiche*, Padova, 1991, 249], si deve ritenere ammissibile, in adesione alla quasi unanime dottrina e giurisprudenza, che anche enti *non profit* possano esercitare attività d'impresa senza che ciò valga a trasformarli in società commerciali (di fatto).

2) Una seconda impostazione [PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 175; TAMBURRINO, *Persone giuridiche e associazioni non riconosciute. Comitati*, Torino, 1980, 52ss] ritenendo di dover scorgere nell'art. 147 legge fallimentare, in tema di estensione del fallimento sociale ai soci illimitatamente responsabili, un principio generale valevole per ogni forma di esercizio collettivo d'impresa commerciale, ne propone l'applicazione analogica alla fattispecie in esame. In dottrina vi è anche chi [GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, cit., 223]

, proponendo una lettura estensiva dell'art. 38 c.c., ritiene che i membri che hanno agito in nome e per conto di un ente *non profit* privo del riconoscimento rispondano non solo delle obbligazioni contratte personalmente ma di tutte le obbligazioni contratte dall'ente anche per mezzo di altri rappresentanti. Questa tesi è fondata su quanto previsto dall'art. 33 c.c. per il quale "gli amministratori di un'associazione o di una fondazione non registrata, benché riconosciuta, rispondono personalmente e solidalmente insieme con la persona giuridica, delle obbligazioni assunte". Si afferma essere un'incongruenza sostenere che, mentre gli amministratori di un'associazione non riconosciuta vadano esenti da responsabilità personale, al contrario, quelli di un'associazione riconosciuta ma non registrata ne debbano rimanere soggetti. Muovendo, poi, dal presupposto che i soci illimitatamente responsabili abbiano la qualità di imprenditori commerciali e che, l'art. 147 legge fallimentare, lungi dal proporsi come norma derogatoria rispetto al principio generale di cui all'art. 1 legge fallimentare, confermi il medesimo in rapporto a una particolare categoria di imprenditori, si sostiene che il fallimento dei membri illimitatamente responsabili andrebbe dichiarato in applicazione diretta dell'art. 1 legge fallimentare, dovendo anche tali soggetti essere qualificati come imprenditori commerciali per il solo fatto di essere membri, senza limitazioni di responsabilità, di un gruppo che ha per oggetto l'esercizio di un'impresa commerciale [GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, cit., 258; ID., *Il fallimento*, cit., 142].

Tali argomentazioni non appaiono pienamente condivisibili.

L'art. 33 c.c. ha essenzialmente la funzione di evitare che gli amministratori compiano atti in nome dell'associazione prima della registrazione di questa, prima, cioè, che i terzi possano avere conoscenza del patrimonio dell'associazione. Tale norma, in altri termini, ha funzione di stimolo per tutti gli amministratori affinché provvedano al più presto a regolarizzare la posizione dell'ente, ponendo una responsabilità personale a carico di tutti gli amministratori poiché su tutti grava l'obbligo di provvedere

alla registrazione. Ne consegue che un'assimilazione tra la posizione del socio di una società commerciale e quella di un membro di un ente non profit non può essere compiuta.

Né, d'altra parte, si può ritenere che l'art. 147 legge fallimentare sia applicabile analogicamente alla fattispecie in esame. La dottrina prevalente e la giurisprudenza [MAIELLO, *Il fallimento del socio con responsabilità illimitata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, 327; ASQUINI, *In tema di estensione di fallimento a nuovi soci*, in *Riv. dir. comm.*, 1948, II, 364; FARENGA, *Esercizio d'impresa*, cit., 238; ID, *Sull'applicabilità dell'art. 147 legge fallimentare ai rappresentanti dell'associazione non riconosciuta dichiarata fallita*, in *Dir. fall.*, 1983, II, 193; GRECO, *Le fondazioni non riconosciute*, cit., 134; in giurisprudenza, Cass. 1 luglio 1992, n. 8097, in *Il fallimento*, 1993, 27; Cass. 12 aprile 1984, n. 2359, in *Giur. Comm.*, 1984, II, 663], partendo dalla premessa che il fallimento del socio illimitatamente responsabile prescinde dalla verifica dei due presupposti su cui si basa la dichiarazione di fallimento (qualità di imprenditore commerciale e stato di insolvenza), ritiene che l'art. 147 legge fallimentare sia una norma di carattere eccezionale. In altre parole, tale disposizione della legge fallimentare, sottopone a fallimento dei soggetti cui non spetta, formalmente, la qualifica di imprenditore commerciale. Tale carattere di eccezionalità deve ricollegarsi alla peculiare struttura delle società con soci illimitatamente responsabili e, in particolare, allo scopo di lucro da questi ultimi perseguito. L'insuscettibilità dell'applicazione analogica di tale disposizione alle associazioni non riconosciute viene anche desunta dal fatto che ciò non potrebbe comportare l'estensione delle norme penali previste dalla legge fallimentare anche perché ciò significherebbe "concepire l'esistenza di persone assoggettabili al fallimento e, ciò nondimeno, sottratte ad ogni sanzione penale per i fatti di bancarotta da esse commessi" [GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, nel *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1967, 257].

La riprova di ciò emerge dallo stesso art. 147 legge fallimentare, il quale, al quarto comma, esclude dal suo ambito di applicazione i soci illimitatamente responsabili di società cooperative dichiarate fallite.

Ulteriore conferma viene poi tratta in dottrina dalla disciplina del G.E.I.E..

L'art. 9 d. pres. 23 luglio 1991 n. 240 prevede, infatti, l'esposizione a fallimento del Geie che eserciti attività commerciale senza però che al contempo ciò determini il fallimento dei suoi membri, benché questi siano tutti responsabili illimitatamente e solidalmente delle obbligazioni di qualsiasi natura assunte dal Geie.

Tutto ciò induce a concludere per l'inapplicabilità dell'art. 147 legge fallimentare al membro di un ente *non profit* che abbia agito in nome e per conto dell'ente medesimo, atteso che le considerazioni sopra svolte portano ad escludere un'estensione della norma in esame al di fuori del campo delle società lucrative.

Parimenti non condivisibile è stata ritenuta la tesi precedentemente accennata che conclude nel senso della fallibilità dei membri illimitatamente responsabili di un ente non profit non riconosciuto optando per l'applicazione diretta dell'art. 1 l.f..

E' stato, infatti, sottolineato come a differenza che nella società dove il socio conferisce capitale di rischio dal quale intende ricavare un reddito, il membro di un'associazione, invece, aderisce all'associazione per perseguire un fine non economico cosicché i contributi che egli conferisce al fondo comune "non sono capitali di rischio ma contribuiscono a formare un << patrimonio di erogazione >>." [FARENGA, *Esercizio di impresa commerciale da parte di enti privati diversi dalle società e fallimento*, in *Dir. Fall.*, 1981, 230].

Ne consegue che l'impresa esercitata da un'associazione non assume il carattere di un'impresa collettiva ma unipersonale e, pertanto, i membri che la compongono non assumono la qualità di imprenditore.

6 L'ente non profit e l'attività d'impresa nell'ordinamento comunitario

Una prospettiva del tutto particolare e completamente diversa da quella propria del nostro ordinamento nazionale è quella assunta, con riguardo all'individuazione e alla disciplina dell'impresa, da parte dell'ordinamento comunitario [Sulla tematica dell'impresa comunitaria v. GRISOLI, voce "Impresa comunitaria", in *Enc. giur.*, Roma, 1989; GUIZZI, *Il concetto di impresa tra diritto comunitario, legge antitrust e codice civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1993, I, 277; DI VIA, *L'impresa*, in *Diritto privato europeo* a cura di N. Lipari, Padova, 1997, 252ss.].

Le ragioni di tale diversità vanno rintracciate nella differente funzione ricoperta dagli ordinamenti degli stati nazionali rispetto a quello comunitario.

L'ordinamento nazionale, volto in primo luogo a regolare la capacità dei soggetti, pone la nozione d'impresa in funzione di una disciplina soggettiva: si parte da un dato oggettivo - l'attività economica - per individuare il soggetto (persona fisica o giuridica) che soggiace al complesso delle regole giuridiche, prime tra tutte quelle concernenti la responsabilità patrimoniale, la cui applicazione discende, appunto, dall'esercizio dell'attività medesima. L'ordinamento comunitario, invece, proponendosi l'obiettivo di realizzare un mercato comune, considera l'impresa in una prospettiva di natura funzionale che dà rilievo all'impresa per disciplinare gli effetti che l'esercizio della stessa produce nell'ambito del mercato comune. Nelle numerose disposizioni di fonte comunitaria è assente una definizione univoca dell'attività imprenditoriale.

Soltanto nell'art. 80 del Trattato CEEA è presente una scarsa nozione d'impresa riferita solo alle "imprese di produzione operanti nei settori del carbone e dell'acciaio".

Riferimenti alle "imprese" si rinvencono anche nel Trattato CEE: in materia di diritto di stabilimento (art. 52); in materia di trasporti (art. 80); in materia di disciplina della concorrenza (art. 85-90).

Il Trattato EURATOM delinea la costruzione di una specifica categoria: quelle di imprese che "rivestono fondamentale importanza per lo sviluppo dell'industria nucleare della comunità".

Si rileva così la presenza, nelle norme comunitarie, di più nozioni d'impresa, ciascuna riguardante uno specifico settore o un determinato ambito di disciplina. Ne consegue che l'unica connotazione ricorrente come costante in una possibile concezione "comunitaria" di "impresa" è economica, piuttosto che giuridica, e si identifica con l'esercizio di attività economica.

Il legislatore comunitario ha inteso fare riferimento allo svolgimento di attività economica rendendo quest'ultimo criterio per l'individuazione dell'imprenditore. Nella nozione d'impresa comunitaria è pertanto assente ogni riferimento a criteri soggettivi, risultando indifferente che l'esercizio dell'impresa sia effettuato da persone fisiche oppure giuridiche, individuali o collettive.

Particolarmente significativa è l'importante decisione del caso *Christiansi-Nielsen* [per il testo v. G.U.C.E. 1969, I, 165/12]

in cui la Commissione ha negato l'applicabilità dell'art. 85 Tratt. CEE - per il quale "Sono incompatibili con il mercato comune e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazione di imprese tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune" - ad imprese facenti parte di un unico gruppo, sostenendo che tale norma "presuppone che tra le imprese sussista una concorrenza che può venir ristretta, che questa condizione non è necessariamente soddisfatta nei rapporti tra imprese che svolgono la loro attività nel medesimo settore, dalla constatazione della personalità giuridica di ciascuna di dette imprese; al riguardo è determinante sapere, in base agli elementi di fatto, se sia possibile sul piano economico un'azione autonoma dell'affiliata rispetto alla società madre".

La Commissione, nel caso *Kodak* [per il testo v. G.U.C.E. 1970, I, 147/24], ha poi affermato l'inapplicabilità dell'art. 85 tratt. CEE precisando che "qualora sia stabilito, come nella fattispecie, che le società filiali dipendono esclusivamente e completamente dalla loro società madre e che questa esercita effettivamente il suo potere di controllo dando loro istruzioni precise, è praticamente impossibile per le società filiali di comportarsi, nelle loro relazioni reciproche, in modo indipendente dalla loro società madre".

Nella celebre decisione del caso *Zoja* C.S.C./C.I. [Corte di Giust. CE, 6 marzo 1974, cause 6-7/73, I.C.I. e C.S.C., in *Racc.* 223], la Corte di Giustizia ha, a sua volta, affermato che la giurisdizione della comunità può estendersi anche ad una società non costituita e non avente la propria sede principale nell'ambito comunitario, purché sia qui operante attraverso un'affiliata. Per legittimare la propria giurisdizione la Corte ha attribuito decisiva importanza - contro il requisito formale della personalità giuridica di cui ciascuna impresa operante sul territorio di uno stato membro era dotata - al gruppo; sostenendo che una pluralità di soggetti giuridici collegato da rapporti di controllo integrano un'unica entità economica e quindi un'unica impresa. Il ragionamento qui adottato dalla Corte è ispirato al c.d. "criterio effettuale": è sottoposto alle norme comunitarie e alle relative sanzioni qualunque comportamento lesivo della libera concorrenza e dunque idoneo a turbare il funzionamento del mercato comune, quale che sia la forma giuridica del soggetto che lo ha posto in essere.

Dalle decisioni sopra riportate emerge la profonda inadeguatezza di qualsiasi criterio di carattere formale - quale l'esistenza di una stabile organizzazione, o il carattere continuativo e sistematico dello svolgimento dell'attività - ai fini dell'individuazione dell'impresa [è stato affermato dalla Commissione la possibilità di qualificare come impresa gli artisti che facciano, sia pure occasionalmente, delle proprie prestazioni un'utilizzazione commerciale v. caso Rai - Unitel in G.U.C.E. 1978 I. 157/39].

In sede di applicazione del diritto comunitario della concorrenza, l'identificazione delle imprese avviene sulla base dell'esercizio anche di un atto economico isolato, purché idoneo ad incidere sensibilmente sul mercato comune.

Il mercato si trasforma così da presupposto meta - giuridico in elemento individuante l'impresa: vi è impresa in quei settori in cui esiste un mercato concretamente o potenzialmente concorrenziale [Corte Giust. CE, 19 gennaio 1994, causa C-364/92, SAT, in *Racc.*, I, 43].

Acquisito che le norme comunitarie sull'impresa si applicano sulla base del solo esercizio di attività economica, ci si potrebbe chiedere se la persona morale che gestisce attività d'impresa rientra nel campo di applicazione del trattato di Roma del 1957, dell'Atto unico e del trattato di Maastricht.

L'art. 58 del trattato di Roma, relativo al diritto di stabilimento, esclude esplicitamente dal suo ambito di applicazione "le società che non hanno scopo di lucro". Alcuni ne deducono che le persone giuridiche non lucrative non sarebbero considerate nel trattato. Altri sottolineano, invece, che il trattato designa come società, praticamente, ogni persona giuridica. D'altra parte, dal testo di due convenzioni europee - Convenzione dell'Aja del 1 giugno 1956 relativa al riconoscimento delle società, associazioni e fondazioni straniere; Convenzione di Bruxelles del 29 febbraio 1968 sul reciproco riconoscimento di società e persone morali - emerge che lo scopo di lucro, nei testi comunitari, non esige la ricerca e la successiva ripartizione degli utili. Un'attività economica esercitata normalmente contro una remunerazione principale o accessoria, di diritto o di fatto, è sufficiente [B. GOLDMAN, *Diritto commerciale europeo*, Dalloz, 634].

La stessa Corte di giustizia europea, come si è notato, quando si tratta di difendere le regole della concorrenza, tende a trattare nello stesso modo tutti i gruppi, qualunque sia la loro natura giuridica.

In un tale contesto, caratterizzato da un'incondizionata adesione alle regole dell'economia di mercato, è difficile rintracciare una chiara politica comunitaria sul terzo settore; con il duplice rischio che il ruolo degli enti che lo compongono subisca una banalizzazione attraverso l'assimilazione ora al settore commerciale (applicazione delle regole sulla concorrenza), ora al settore pubblico (con riferimento a quegli enti non profit che prestano servizi di interesse pubblico).

Conclusioni

Se, sulla base delle considerazioni che precedono può dirsi oramai "scontata la compatibilità tipologica di associazioni e fondazioni con l'impresa" [SPADA, *Nota sull'argomentazione giuridica in tema d'impresa*, in *Giust. civ.*, 1980, I, 2274] rimane da verificare se ad un'impresa non profit e ad un'impresa for profit sia applicabile la medesima disciplina giuridica o se, invece, sussistano delle non piene coincidenze di regime giuridico.

Al fine di tentare di rispondere a questa domanda pare opportuno preliminarmente accennare alle sostanziali differenze che intercorrono sul piano macroeconomico tra le imprese for profit quelle non profit.

In altre parole si tratta di rispondere alla domanda che Ben-Ner poneva quale titolo di uno dei suoi lavori: *Non Profit Organization: Why they exist in Market Economies?*.

E' noto che la teoria economica dà alcune spiegazioni convincenti della superiorità delle imprese non profit sulle imprese profit nel sussistere di determinati presupposti di mercato.

Nella fornitura di servizi (in primo luogo i servizi alla persona) dove sono rilevanti gli aspetti qualitativi e dove l'imperfezione e l'asimmetria informativa possono determinare differenze notevoli tra qualità pattuita e qualità effettiva del prodotto, a svantaggio del consumatore, quest'ultimo risulta più tutelato nel caso in cui: a) l'impresa, non potendo ridistribuire utili, non ha alcun interesse a massimizzare il profitto a scapito della qualità; b) l'impresa è organizzata in modo da coinvolgere direttamente il consumatore nelle decisioni: di qui il prevalere, nel recente sviluppo delle organizzazioni non profit, di forme a diretta partecipazione degli utenti, quali l'associazione e la cooperativa.

In primo luogo si è rilevato come le organizzazioni senza scopo di lucro costituiscano un'alternativa efficiente alle inefficienze del settore pubblico c.d. government failure, soprattutto nei casi

in cui la pubblica amministrazione si riveli inadeguata a soddisfare determinate domande sociali prime tra tutte quelle di servizi alla persona le quali per le loro intrinseche caratteristiche difficilmente possono essere soddisfatte da un apparato burocratico spesso sclerotico [WEISBROD, *The non profit economy*, Harvard University Press, Cambridge, 1988].

In una diversa prospettiva gli enti non profit sono stati considerati un'efficiente alternativa al mercato nelle ipotesi in cui l'utilizzazione dello strumento contrattuale non riesce a garantire la soddisfazione di coloro che usufruiscono dei beni o servizi dal momento che l'asimmetria informativa che caratterizza alcuni rapporti economici impedisce prima di valutare comparativamente le offerte presenti sul mercato e successivamente di verificare l'esattezza dell'adempimento.

Ciò accade principalmente nelle prestazioni che costituiscono servizi alla persona, atteso in tali casi è estremamente difficile verificare il grado di soddisfazione del beneficiario, e nella produzione di quei beni di cui fruisce l'intera collettività (c.d. beni inclusivi).

Al ricorrere di tali presupposti le organizzazioni non profit presentano una maggiore efficienza economica rispetto a quelle for profit in quanto solo le prime sono in grado di offrire a coloro che li finanziano la garanzia che la qualità dei prodotti o dei servizi prestati non sarà sacrificata al guadagno individuale.

Ne consegue che, come è stato detto, "la protezione del consumatore o del beneficiario non trova ragion d'essere e considerazione nel contratto che regola il singolo rapporto di scambio, quanto piuttosto nel referente causale dell'ente, che in tal modo viene a conferire una colorazione fiduciaria alla relazione intersoggettiva" [ZOPPINI, *Le Fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, cit, 38].

In tale prospettiva che rinviene nell'utilità sociale prodotta la più convincente giustificazione dell'esistenza degli enti non profit nell'economia di mercato si sottolinea l'inopportunità di applicare a tali organizzazioni una disciplina di favore rispetto a quelle che si propongono uno scopo lucrativo: "si intende dire che se tali enti esistono *perché* soddisfano una domanda sociale reale - poco importa (a questi fini) se essa si manifesta sotto forma di finanziamento pubblico, di contributi volontari degli associati o dei terzi, di retribuzione di un'attività economica -, non vale il reciproco: essi non soddisfano una domanda sociale *per il solo fatto* di esistere. E di conseguenza, se un ente senza scopo di lucro è inefficientemente gestito o non incontra più la domanda collettiva non vi sono ragioni per riservare ad esso un trattamento di favore" [ZOPPINI, *Le Fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, cit, 181].

D'altra parte, la piena applicazione dello statuto dell'imprenditore ha l'effetto positivo di favorire l'accesso delle organizzazioni non lucrative al capitale di rischio (la capitalizzazione, infatti, costituisce indubbiamente uno degli aspetti deboli dell'efficienza economica delle organizzazioni non lucrative) e consente, inoltre, di eliminare dal mercato i soggetti gestiti in modo inefficiente attraverso le procedure concorsuali.

La giurisprudenza, nell'ormai famoso caso dell'Istituto sieroterapico milanese Serafino Belfanti [Trib. Milano, 17 giugno 1994, in *Foro It.*, 1994, I, 1, 3504 con nota di Ponzanelli] ha sollevato alcune riserve sull'assoggettabilità alla procedura fallimentare di una fondazione riconosciuta sulla base della considerazione "dichiarare fallita la fondazione come imprenditore persona giuridica, equivale a riconoscere che vi è una forma legittima di esercizio dell'attività di impresa commerciale, primaria, in tutto e per tutto ipoteticamente simile a quella sociale, nella quale ci si può sottrarre a qualunque tipo di controllo percepibile esternamente, sulla consistenza patrimoniale, creando, nel contempo, affidamento nei terzi, basato esclusivamente su di un conferimento iniziale".

In particolare nella pronuncia giurisprudenziale in esame il Tribunale sottolinea come l'ormai pacifica applicabilità agli enti non profit esercenti attività d'impresa dello statuto dell'imprenditore commerciale non elimini comunque la sussistenza di una rilevante discrasia tra il regime giuridico applicabile alle imprese profit rispetto a quello al quale sono sottoposte le organizzazioni non lucrative.

Afferma, infatti, il Giudice di merito: "Proprio nel caso della fondazione, se si considera che ha personalità giuridica riconosciuta si dovrebbe ammettere che assumendo tale forma giuridica un gruppo di persone potrebbe di fatto svolgere attività imprenditoriali di grandi dimensioni creando enormi dissensi godendo di piena autodeterminazione e responsabilità limitata al conferimento << obolo >> senza dovere, non solo registrare la propria attività, ma senza depositare mai un bilancio senza che sia esperibile da parte dei creditori l'azione ex art. 2394 c.c., senza possibilità di ricorso al meccanismo del 2409 c.c., senza responsabilità penali proprie per tutte le molteplici condotte illustrate dagli artt. 216, 217ss. l. fall."

La conclusione interpretativa alla quale giunge codesta giurisprudenza secondo la quale non sarebbe ammissibile nel nostro ordinamento un imprenditore collettivo a responsabilità limitata diverso

dall'imprenditore sociale risulta suffragata anche dalla osservazione secondo cui: " L'istituzione di un peculio separato [...] è stata alla fine ammessa nel nostro ordinamento con la legge sulle c.d. società a responsabilità limitata unipersonali, ma esclusivamente sotto forma di ente societario, proprio a dimostrare che l'esercizio d'impresa, con limitatezza di responsabilità si può ottenere solo sottoponendosi ai controlli e alla pubblicità previsti per l'imprenditore sociale".

Le argomentazioni adottate in tale pronuncia giurisprudenziale se pure di grande effetto non sembrano condivisibili.

In dottrina si è, infatti, rilevato che l'obbligo di registrazione incombe su qualunque imprenditore commerciale e dunque anche su quello no profit.

Inoltre si è sottolineato che l'obbligo di depositare il bilancio vale solo per le società di capitali e cooperative, con esclusione di ogni altro imprenditore commerciale sia individuale che collettivo.

Lo stesso, si è detto, vale per il controllo giudiziario previsto dall'art. 2409 c.c. dal momento che ne risultano esenti le società di persone e le stesse cooperative, atteso che esse sono soggette al controllo amministrativo.

Per ciò che riguarda l'azione di responsabilità concessa ai creditori sociali dall'art. 2394 c.c. si è chiarito che essa "non è che un'applicazione della responsabilità aquiliana" ex art. 2043 c.c. con la conseguenza che essa sarà ammissibile anche nei confronti degli amministratori di un ente non profit.

Il medesimo Autore ha quindi sostenuto che l'unica effettiva discrasia tra quelle indicate nella pronuncia del Tribunale di Milano consiste nell'inestensibilità analogica delle norme penali previste dalla legge fallimentare a carico degli amministratori di società.

La proposta interpretativa avanzata al fine di superare tale fenomeno disparità di disciplina consiste nel ritenere applicabile ai gestori degli organismi non profit la norma contenuta nell'art. 227 l. f. compiendo un'interpretazione estensiva della nozione di istitutore tale da "comprendere qualunque soggetto che, secondo la nozione dell'art. 2203 c.c., risulti preposto all'esercizio dell'impresa: in primis proprio gli amministratori dell'ente esercente l'impresa"[GALGANO, *Molti opinabili obiter dicta per una buona ratio decidendi*, in *Contr. e impr.*, 1994, 1052].

Dalle considerazioni che precedono risulta, dunque, che sul piano giuridico può ritenersi pressochè completa l'equiparazione tra l'impresa sociale e quella for profit in virtù anche del fatto che la più moderna dottrina si dimostra oramai sempre più consapevole del fatto che il ruolo degli enti non profit nell'odierno sistema di mercato "ben lungi dal sollecitare un regime privilegiato" dal momento che essi si "atteggiano a interpreti della vicenda produttiva al pari (e talvolta in concorrenza) con le forme lucrative. E si tratta al contempo di applicare una disciplina che sul piano macroeconomico favorisce la capitalizzazione e consente, seppure indirettamente, una verifica dell'efficienza gestionale di tali enti"[ZOPPINI, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, cit, 183].

Bibliografia

ALCARO, *La categoria dell'attività: profili ricostruttivi (Atti ed attività. L'attività d'impresa)*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, 417

ASCARELLI, *Lezioni di diritto commerciale, introduzione*, Milano, 1955

ASQUINI, *In tema di estensione di fallimento a nuovi soci*, in *Riv. dir. comm.*, 1948, II, 364

AULETTA, voce "Attività", in *Enc. del dir.*, III, Milano, 1958, 981

AURICCHIO, voce *Associazione* (diritto civile), in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958

BIANCA, *Diritto Civile, I, La norma giuridica e i soggetti*, Milano, 1981

BIGIAVI, *La professionalità dell'imprenditore*, Padova, 1986

BURCKHARDT, *Die Organization der Rechtsgemeinschaft*

CASANOVA, *Impresa e Azienda*, Torino, 1974

CASSESE, voce *Ente pubblico economico*, in *Noviss. Dig. It.*, 210ss

DALMARTELLO, *La concezione unitaria della società attraverso i suoi aspetti di contratto, atto complesso e di persona giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1933, 256

DI VIA, *L'impresa*, in *Diritto privato europeo* a cura di N. Lipari, Padova, 1997

FALZEA, *Brevi note sui caratteri differenziali tra società e associazione* in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1947, III, 987

FARENGA, *Esercizio di impresa commerciale da parte di enti privati diversi dalle società e fallimento*, *Dir. fall.*, 1981, I, 218

FARENGA, *Sull'applicabilità dell'art. 147 legge fallimentare ai rappresentanti dell'associazione non riconosciuta dichiarata fallita*, in *Dir. fall.*, 1983, II, 193

FERRARA, *Le persone giuridiche*, Torino, 1958

FERRARA JR. e CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1992,

FERRI, *Delle società*, in *Comm. del cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, libro V, del lavoro, Bologna - Roma, 1968

FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 1993

FLORIDIA, *L'economicità della gestione come principio di correttezza*, in *Quadrimestre*, 1989, 13

FUSARO, *L'associazione non riconosciuta. Modelli normativi ed esperienze atipiche*, Padova, 1991

FUSARO, *Le Associazioni*, in *Gli enti non profit in Italia*, Padova, 1994

GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, in *Comm. del cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, libro I, delle persone e della famiglia, Bologna - Roma, 1976

GALGANO, *Pubblico e privato nella qualificazione della persona giuridica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, I, 279

GALGANO, *L'imprenditore commerciale*, in *Trattato di dir. comm. e dir. pubbl. eco.* diretto da Galgano, *L'Impresa*, Padova, 1978

GALGANO, *Delle persone giuridiche*, in *Comm. del cod. civ.* a cura di Scialoja e Branca, libro I, delle persone e della famiglia, Bologna - Roma, 1969

GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, Padova, 1994

GALGANO, *Il fallimento delle società. Gli aspetti sostanziali*, in *Tratt. di dir. comm. e dir. pubbl. econ.* a cura di Galgano, X, Padova, 1988

GALGANO, *Le società per azioni in mano pubblica*, in *Politica del diritto*, 1972, 704

GATTI, *L'impresa collettiva non societaria e la sua disciplina fallimentare*, in *Riv. dir. comm.*, 1980, II, 108

- M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, I, Milano, 1993
- M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1993
- M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950
- GOLDMAN, *Diritto commerciale europeo*, Dalloz
- GRECO, *Le fondazioni non riconosciute*, Milano, 1980
- GRISOLI, voce "Impresa comunitaria", in *Enc. giur.*, Roma, 1989
- GUIZZI, *Il concetto di impresa tra diritto comunitario, legge antitrust e codice civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1993, I, 277
- LIBONATI, *Holding e investment trust*, Milano, 1959
- MAIELLO, *Il fallimento del socio con responsabilità illimitata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, 327
- MENGONI, *L'oggetto della obbligazione*, in *Jus*, 1952, 156
- MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, I, Milano, 1958
- MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Milano, 1957
- MINERVINI, *L'imprenditore fattispecie e statuti*, Napoli, 1981
- MORANDI, *La fallibilità degli enti non profit*, in *Contr. e impr.*, 1998, I, 360
- OPPO, *Realtà giuridica globale dell'impresa nell'ordinamento italiano*, in *Diritto dell'impresa. Scritti giuridici*, I, Padova, 1992
- OPPO, *L'essenza della società cooperativa e gli studi recenti*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, 385
- OTTAVIANO, voce *Ente pubblico*, in *Enc. del dir.*, 970
- PIEPOLI, *Gli enti non profit*, in *Diritto privato europeo* a cura di N. Lipari, Padova, 1997
- PONZANELLI, *Le non profit organizations*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, n. 69, Milano, 1985
- PONZANELLI, *Le nuove frontiere del primo e quinto libro del codice civile*, in *Gli enti non profit in Italia*, Padova, 1994
- PREITE, *La destinazione dei risultati nei contratti associativi*, Milano, 1988
- PROVINCIALI e RAGUSA MAGGIORE, *Istituzioni di diritto fallimentare* Padova, 1988
- RAGUSA MAGGIORE, *Associazione non riconosciuta e fallimento* in *Dir. fall.* 1980, I, 244
- RAGUSA V.E., *Atipicità e disciplina delle associazioni non riconosciute*, Padova, 1992
- RESCIGNO, *Persona e Comunità*, Padova, 1988

RESCIGNO, voce "*Fondazione*" in *Enc. dir.* XVII, Milano, 1968, 812

RESCIGNO, *Fondazione e impresa*, in *Riv. soc.*, 1967, 812

RESCIGNO, *Le persone giuridiche e la capacità di ricevere per testamento* in *Riv. dir. civ.* 1969, II, 342

RESCIGNO, *Riflessioni sul GEIE* in *Dir. Econ.*, 1991, 306

SANTINI, *Tramonto dello scopo lucrativo nelle società di capitali*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, 151

SPADA, *La tipicità delle società*, Padova, 1974

SPADA, *Nota sull'argomentazione giuridica in tema d'impresa*, in *Giust. civ.*, 1980, I, 2274

TAMBURRINO, *Persone giuridiche e associazioni non riconosciute. Comitati*, Torino, 1980

VOLPE POTZOLU, *La tutela dell'associato in un sistema pluralistico*, Milano, 1977

WEISBROD, *The non profit economy*, Harvard University Press, Cambridge, 1988

ZOPPINI, *Le fondazioni della tipicità alle tipologie*, Roma, 1992

Parte Quarta

ANALISI CRITICA DEI POSSIBILI MODELLI STRUTTURALI

Capitolo VI

MODELLI STRUTTURALI E REGOLE DI GOVERNO DELL'IMPRESA SOCIALE

Sommario:

1. I possibili criteri per un inquadramento teorico del settore non profit: la meritevolezza sociale dell'attività svolta
2. Il non distribution constraint e il suo recepimento nei più recenti interventi legislativi sul terzo settore
3. I problemi di governance degli enti non profit
4. I doveri fiduciari degli amministratori e le tecniche di implementazione
5. Le problematiche del sistema dei controlli nelle imprese sociali
6. Brevi considerazioni in merito alla difficoltà di monitorare l'efficienza delle organizzazioni non lucrative attraverso l'utilizzazione degli indicatori economici tradizionali

1. I possibili criteri per un inquadramento teorico del settore non profit: la meritevolezza sociale dell'attività svolta

Il c.d. terzo settore non è composto da un'unica tipologia di enti non lucrative ma da una molteplicità di formule organizzative che, pur presentando un'insieme di elementi comuni, si differenziano per il diverso assetto strutturale che le caratterizza.

Accogliendo la prospettiva adottata dall'analisi economica, si può, in primo luogo, suddividere l'universo non profit in almeno due categorie: le organizzazioni non profit donative e quelle commerciali.

Le prime sono caratterizzate dalla funzione prevalente assunta dalle donazioni private o dai fondi pubblici nel finanziamento dell'organizzazione dovuta alla natura collettiva dei beni o servizi offerti. Ciò comporta che le organizzazioni non lucrative donative siano molto spesso delle public benefit, intendendosi con quest'espressione far riferimento a quegli enti giuridici non profit la cui attività organizzativa produce benefici anche rispetto a persone esterne all'organizzazione.

Tale circostanza determina che le donative organizations operino per lo più nel settore pubblico, costituendo un'efficiente alternativa di mercato ai fallimenti dello Stato burocratico [WEISBROD, *The non profit economy*, Harvard University Press, Cambridge, 1988], costituendo, in tal modo, il settore "sociale" vero e proprio del più ampio settore non profit.

La seconda categoria di enti non profit è rappresentata da quelle organizzazioni che destinano la loro produzione al mercato, ma con finalità che esulano dalla produzione di profitto. Tali aziende vengono denominate in dottrina imprese sociali. Le motivazioni per le quali esse solitamente sorgono sono principalmente due: 1) introdurre nel mondo del lavoro persone non atte che altrimenti non riuscirebbero ad inserirsi 2) offrire beni o servizi che lo Stato o il mercato non sono in grado di offrire in modo efficiente.

E' soprattutto quest'ultima la ragione economica principale dell'esistenza delle organizzazioni non profit commerciali sul mercato.

In particolare, la teoria economica individua la giustificazione più rilevante delle organizzazioni commerciali nella teoria del fallimento del contratto di Hansmann secondo la quale le organizzazioni non profit sarebbero maggiormente efficienti di quelle profit qualora, per la particolare natura del bene prodotto o per la sussistenza di rilevanti asimmetrie informative, il consumatore finale non sia in grado di valutare gli aspetti qualitativi del bene medesimo.

A quest'ultima teoria economica che incentra la propria attenzione sulla relazione contrattuale intercorrente tra l'organizzazione non lucrativa e i consumatori di beni o servizi si aggiunge un'ulteriore significativa analisi che considerando l'organizzazione non profit come un'organizzazione complessa nella quale operano una molteplicità di relazioni e rapporti tra principali e agenti rileva la capacità di tali organizzazioni di ridurre i costi decisionali (c.d. costi di transazione) agevolando la risoluzione di eventuali conflitti di interesse interni [KRASHINSKY, *Stakeholder theories of the non profit sector: One cut at the economy literature*, in *Voluntas*, 8, 1997].

Tale teoria si basa principalmente su motivazioni di natura extraeconomica rappresentate soprattutto dalla natura ideale delle motivazioni comuni che inducono a partecipare ad un'organizzazione non profit.

In questo stesso ordine di idee si colloca un'ulteriore impostazione teorica che riconduce la presenza di organizzazioni non profit a motivazioni di ordine ideale, individuando, pertanto, le ragioni dell'esistenza di tali enti giuridici a cause di natura extraeconomica [ROSE-ACKERMAN *Altruismo, enti non profit e teoria economica*, in *Il Risparmio*, 1997, 59].

Premessa tale suddivisione del settore non profit nel sottosettore sociale e in quello commerciale, si intende adesso delimitare la suddetta trattazione esclusivamente all'analisi del secondo dei sottosettori indicati.

In primo luogo occorre individuare quali siano le caratteristiche strutturali e funzionali delle imprese sociali soprattutto al fine di distinguerle dalle imprese for profit.

E' necessario premettere che un criterio di distinzione tra le imprese sociali e le imprese for profit non può essere fondatamente rintracciato in una particolare forma giuridica che le prime dovrebbero assumere.

E' evidente, infatti, come il nostro ordinamento giuridico si stia progressivamente muovendo verso una neutralizzazione delle forme giuridiche delle figure associative intesa quale mantenimento degli schemi tipici previsti, utilizzabili, però, indifferentemente nell'uno e nell'altro senso, profit e non profit.

Ciò deriva dalla oramai acquisita consapevolezza della neutralità del concetto di impresa rispetto alla forma giuridica del soggetto al quale è imputata e alle finalità da questo perseguite.

Il legislatore, in altri termini, ha preso atto che la meritevolezza sociale dei fini perseguiti non può essere valutata sul piano dell'impresa intesa come attività di produzione e di scambio di beni o servizi, ma, piuttosto, rispetto al soggetto giuridico al quale si imputa suddetta attività e agli scopi da questo perseguiti.

Con la precisazione, comunque, che un regime di favore per le imprese sociali appare giustificato non dal solo fatto della produzione di un bene meritorio ma dalle modalità con le quali esso è prodotto.

In altre parole, un trattamento giuridico agevolato per le imprese sociali appare giustificato solo qualora la produzione di quel determinato bene da parte di un ente non profit risulti essere effettivamente la soluzione economicamente più efficiente e socialmente preferibile.

Atteso che tra gli elementi caratterizzanti di un'impresa sociale non è presente la necessaria utilizzazione di una determinata forma giuridica, sembra opportuno svolgere un'analisi dei contenuti e della funzione della stessa.

Una evidente testimonianza della presa di coscienza da parte del legislatore della centralità del profilo funzionale rispetto a quello formale è costituita dall'art. 3, secondo comma, della legge quadro sul volontariato n. 266 del 1991 ai sensi del quale "Le organizzazioni di volontariato possono assumere la forma giuridica che ritengono più adeguata al perseguimento dei loro fini, salvo il limite di compatibilità con lo scopo solidaristico".

Ciò significa che sotto l'aspetto organizzativo l'impresa sociale può assumere anche un modello lucrativo. In tal caso, tuttavia, esso deve venire assoggettato ad una particolare disciplina che preveda l'esclusione di qualsiasi remunerazione del conferimento e l'impossibilità di ottenere il patrimonio residuo al momento della liquidazione.

Ne consegue che l'elemento comune a tutti i modelli organizzativi astrattamente utilizzabili nell'esercizio di un'impresa sociale è rappresentato dal divieto di assegnare utili, anche in forma indiretta, a beneficio di qualunque soggetto privato interno o esterno all'organizzazione.

Al fine di tentare di offrire una definizione di impresa sociale, o meglio, di individuare gli indici rivelatori della stessa sembra utile partire dalla più generale definizione di organizzazione non profit formulata da Salomon [SALOMON, *Defining the non profit sector* 1997] e ripresa in Italia da Barbetta

[BARBETTA, *La definizione statunitense di non profit sector: qualche suggerimento per l'Italia*, in *Non profit*, 1997,27].

A parere di tale dottrina rientrano nel settore non profit le organizzazioni che: sono formalmente costituite cioè sono dotate di uno statuto; hanno natura giuridica privata; sono autogovernate; non distribuiscono direttamente o indirettamente ai soci, ai membri o ai dipendenti gli eventuali profitti conseguiti che devono essere invece reinvestiti nell'attività istituzionale dell'organizzazione; utilizzano lavoro volontario.

Tale definizione si riferisce indistintamente a tutte le organizzazioni che compongono il settore non profit e come tale non presta particolare attenzione alle problematiche e ai limiti che specificamente caratterizzano l'impresa sociale.

Le problematiche più rilevanti che il concetto di impresa sociale comporta sembrano consistere:

-nell'individuazione dei beni meritori da produrre

-nei problemi attinenti alla governance dell'ente

-nella ricerca dei parametri e degli indici di performance che si ritengono appropriati per l'impresa sociale

-negli obblighi di rendicontazione e di trasparenza

L'individuazione dei beni meritori da produrre è una problematica strettamente connessa con le finalità che tali organizzazioni devono perseguire.

Lo scopo solidaristico appare, infatti, essere uno dei requisiti imprescindibili dell'impresa sociale con la conseguenza che l'indicazione di particolari categorie di beni meritori da produrre risulta essere uno dei modi più sicuri per garantire l'effettivo perseguimento di finalità sociali.

Il nostro ordinamento giuridico sembra offrire delle precise indicazioni a riguardo.

Si pensi in primo luogo al dlgs 460/97 che all'art. 10 contiene una tassativa elencazione dei beni relazionali che è necessario produrre al fine di poter essere qualificati come ONLUS e conseguentemente usufruire del regime fiscale di favore previsto da tale normativa.

Tali beni 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.

Tale tecnica legislativa presenta delle particolari novità rispetto alle normative sul settore non profit emanate precedentemente. Si pensi alla legge sul volontariato e a quella sulle cooperative sociali le quali non contengono alcun riferimento ai settori di attività ma si riferiscono genericamente al necessario perseguimento di scopi solidaristici o di obiettivi di interesse generale.

La tecnica normativa analitica adottata dal dlgs 460/97, dovuta in gran parte alla natura tributaria di tale disciplina, appare pertanto segnare un cambiamento di tendenza nell'individuazione degli elementi qualificanti le organizzazioni del terzo settore che dalla natura dello scopo si sposta verso il tipo di attività esercitata.

D'altra parte, l'attenzione ai settori sociali in cui l'ente non profit esercita la propria attività caratterizza da tempo la legislazione di altri paesi, in primo luogo gli Stati Uniti.

Il modello non profit americano, infatti, contrariamente ad una diffusa opinione che lo vorrebbe caratterizzato dal solo requisito del non distribution constraint, risulta, invece, individuato, se non altro nel settore delle charities, dall'ulteriore criterio della meritorietà sociale delle finalità perseguite.

L'art. 501© 3 del codice fiscale statunitense prevede che sono charities le corporations, and any community chest, fund or foundation, organized and operated exclusively for religious, charitable, scientific, testing for public safety, literary, or educational purposes, or to foster national or international amateur sports competition (but only if no part of its activities involve the provision of athletic facilities or equipment) or for the prevention of cruelty to children or animals.

Le organizzazioni non profit americane sono, dunque, principalmente caratterizzate dalla meritorietà sociale delle attività svolte che sussiste quando esse operano nei settori di attività che il legislatore ha ritenuto di pubblico interesse e pertanto meritevoli di tutela pubblica.

Sarebbe, comunque, opportuno che il legislatore, al fine della concessione del regime fiscale di favore, non si limitasse a richiedere la meritevolezza sociale del bene o servizio prodotto ma si preoccupasse, altresì, di monitorare l'effettiva implementazione di utilità sociale imputabile allo svolgimento dell'attività esercitata dall'ente non profit.

Ne consegue che l'attribuzione del regime fiscale di favore potrà essere considerata economicamente efficiente solo se subordinata al preventivo espletamento di un periodico controllo relativo al concreto raggiungimento degli obiettivi solidaristici perseguiti.

2. Il non distribution constraint e il suo recepimento nei più recenti interventi legislativi sul terzo settore

Naturalmente, sia nel caso del modello non profit americano che in quello previsto nel nostro ordinamento, la meritevolezza sociale dell'attività svolta deve essere, comunque, accompagnata dal ricorrere di un altro criterio imprescindibile rappresentato dal divieto per l'organizzazione di recare benefici privati a singoli individui, ai membri o soci, o a persone che abbiano un interesse privato personale nell'organizzazione.

In altri termini, l'organizzazione non profit per essere tale deve essere soggetta al vincolo di non distribuzione degli utili.

L'assenza di lucro soggettivo costituisce oramai nell'ambito del nostro ordinamento giuridico un requisito imprescindibile per la configurabilità di un ente non profit a prescindere da una qualificazione dello stesso in termini di impresa sociale o di organizzazione donative.

Si pensi principalmente alla fondamentale legge n. 266 del 1991 la quale agli artt. 2 e 3 prevede espressamente che le organizzazioni di volontariato devono necessariamente agire in assenza di lucro soggettivo anche dei membri che le compongono. Di centrale importanza appare, inoltre, l'art. 5, comma 4 quinquies lett. a) del Dlgs n. 460 del 1997 ai sensi del quale gli enti di tipo associativo devono contenere all'interno del proprio statuto il divieto di distribuire anche in modo indiretto utili o avanzi di gestione nonché fondi, riserve o capitale durante la vita dell'associazione.

Com'è noto, il vincolo del non distribution constraint risponde a delle specifiche motivazioni microeconomiche.

L'analisi economica, infatti, nel rispondere all'interrogativo sulle ragioni della esistenza nel mercato di organizzazioni senza scopo di lucro accanto ad imprese for profit ha affermato che esse trovano una propria giustificazione economica in tutti quei casi ove l'adozione dello strumento contrattuale non è idoneo ad adeguatamente proteggere i beneficiari della prestazione (c.d. casi di contract failure).

In ipotesi del genere caratterizzate dalla particolare natura relazionale del bene o servizio prodotto o dalla sussistenza di una rilevante asimmetria informativa tra i produttori e i consumatori la sussistenza di un'organizzazione non profit costituisce un'alternativa efficiente dal momento che garantisce 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, *The role of non profit enterprise*, in *The Yale law journal*, 1980, vol. 89, 5, 835].

La presenza del suddetto divieto di distribuzione dei profitti non impedisce, comunque, la qualificabilità in termini di organizzazione non profit di un ente che svolga prevalentemente un'attività di autodestinazione dei risultati.

Ciò può discendere dalla natura meritoria del bene prodotto o, anche, dall'eventualità che quel bene abbia delle caratteristiche tali da potere e dovere essere prodotto in un ambito organizzativo dominato da una logica diversa da quella propria degli enti for profit.

Ne consegue che non risulta possibile instaurare una relazione biunivoca tra il perseguimento di scopi di utilità sociale e il vincolo di non distribuzione dovendosi, appunto, ammettere che l'attività esercitata dall'ente non profit possa essere solidale anche in presenza di un'autodestinazione dei risultati.

Particolarmente rilevante, a tale proposito, risulta essere la definizione di solidarietà che emerge dall'art. 10, comma 2, dlgs. 460/97 che è stata definita una "definizione relazionale di solidarietà". Si sostiene, cioè, che "non è sufficiente l'altruità, nel senso della generica eterodestinazione dei risultati ma l'attività deve dirigersi verso persone giudicate particolarmente meritevoli in ragione dello stato di svantaggio in cui versano" [CAFAGGI, *Alla ricerca di un'identità: le fondazioni di origine bancaria e l'evoluzione degli enti non profit* in BORZAGA - CAFAGGI a cura di, *Le fondazioni bancarie*, Catanzaro, 1999, 37].

Dalla instaurazione di suddetta relazione tra il concetto di solidarietà sociale e la condizione di svantaggio emerge la volontà del legislatore di indirizzare la particolare categoria di enti non profit qualificabili in termini di ONLUS "nella direzione di una solidarietà redistributiva in cui il collegamento con il principio di eguaglianza sostanziale appare chiaramente, seppure implicitamente, affermato"