

[CAFAGGI, *Alla ricerca di un'identità: le fondazioni di origine bancaria e l'evoluzione degli enti non profit*, cit., 38].

3. I problemi di governance degli enti non profit

Il vincolo di non distribuzione, il necessario perseguimento di scopi di utilità sociale e l'eventuale vincolo di eterodestinazione da obiettivi di carattere funzionale è necessario si traducano in requisiti positivi di organizzazione tracciando un modello di governance degli enti non lucrativi.

La difficoltà di definire le regole di governance delle organizzazioni non lucrative deriva dalla particolare natura dell'attività da esse svolta che rende impossibile l'identificazione di una categoria di proprietari dell'ente e, pertanto, rende inevitabile la separazione tra proprietà e controllo.

Dall'assenza di un nucleo proprietario discende che i poteri di governo dell'ente non potranno che essere affidati a soggetti non proprietari i quali dovranno agire nell'interesse altrui.

Suddetta mancata coincidenza tra i soggetti titolari del potere di gestione e coloro in capo ai quali si producono gli effetti sociali ed economici delle decisioni adottate fa sorgere il rischio effettivo che l'agente abusi della propria posizione per trarre un vantaggio egoistico a danno di coloro nel cui interesse le decisioni dovrebbero essere prese.

Nell'esperienza della dottrina giuridica statunitense, che tradizionalmente si presenta come la più attenta allo studio del terzo settore, l'idea dell'agire nell'interesse altrui ha evocato lo schema del contratto di agenzia e conseguentemente ha ingenerato la convinzione che tra l'ente non profit e i suoi amministratori si instauri una relazione fiduciaria similmente a quanto avviene tra l'agent e il principal.

La teorizzazione di suddetta relazione fiduciaria con in connessi doveri in capo agli amministratori rinviene la propria giustificazione nella estrema difficoltà di controllare l'operato degli organi di gestione degli organismi no profit.

Ciò è dovuto a molteplici circostanze.

Una prima circostanza è costituita dal fatto che l'assenza di lucro individuale determina per i soci un forte disincentivo ad impegnare risorse nel monitorare la condotta degli amministratori dal momento che l'ente, comunque, non remunererà i loro investimenti.

Nelle organizzazioni c.d. public benefit, in particolare, all'assenza del lucro soggettivo si aggiunge la circostanza che i soci non rappresentano mai i diretti beneficiari dei beni o servizi meritori prodotti, con la conseguenza che essi non avranno alcun interesse a controllare l'operato degli organi di gestione neanche attraverso un monitoraggio del livello qualitativo dell'output prodotto.

L'estrema difficoltà di controllare l'azione degli organi di gestione discende, inoltre, dall'assenza negli enti non profit di indici di performance chiari ed evidenti.

L'espressione performance organizzativa non ha un solo significato ma attiene sia all'efficacia, cioè al grado di raggiungimento degli obiettivi prefissati sia all'efficienza dell'organizzazione che indica le modalità con cui si perseguono tali obiettivi.

La particolare difficoltà di monitorare la performance delle organizzazioni non lucrative deriva dalla rilevante eterogeneità dei fini da esse perseguiti e soprattutto dalla natura sociale piuttosto che economica degli obiettivi che esse si prefissano.

Alla natura non economica delle finalità che le organizzazioni non lucrative si propongono spesso si aggiunge la remunerazione non monetaria ma semplicemente morale di alcuni fattori di produzione - si pensi al lavoro volontario o al capitale fornito sotto forma di donazioni - che indubbiamente determina un difficile monitoraggio dei costi di gestione.

La problematica di tradurre in termini concreti l'idea che l'organo di amministrazione di un ente non profit è chiamato ad operare nell'interesse altrui deve, in primo luogo, trovare un'adeguata soluzione nelle regole di composizione e di nomina dello stesso.

Porsi il problema della composizione dell'organo di gestione significa, prima ancora, chiedersi quali siano le categorie di soggetti concretamente nominabili ponderando, soprattutto, l'opportunità di una partecipazione diretta degli stakeholders agli organi di gestione dell'ente.

Il modello organizzativo preferibile appare quello che prevede la separazione tra soggetti che compongono gli organi dell'ente e i beneficiari ai quali, invece, è attribuito un rilevante potere di controllo. Tale modello presenta però due versioni: una versione c.d. debole ed una c.d. forte.

La versione debole prevede esclusivamente un controllo esterno sugli organi di gestione compiuto dai beneficiari attraverso un potenziamento del loro potere di invalidazione delle delibere dell'ente e dell'estensione delle ipotesi di responsabilità dell'organo di amministrazione.

La versione c.d. forte, invece, accanto al controllo esterno dei beneficiari contempla anche un controllo interno svolto dal collegio sindacale le cui competenze andrebbero integralmente modificate.

Al di là, comunque, dell'interrogativo se sia opportuno utilizzare il noto schema del collegio sindacale o non sia, piuttosto, preferibile creare un nuovo tipo di organo di controllo è necessario precisare che il modello organizzativo preferibile degli enti non profit è quello informato dal principio della tripartizione.

Tale principio comporta l'obbligo di prevedere tre organi: uno di indirizzo, uno di gestione e uno di controllo.

L'organo di indirizzo è quello competente nell'adozione delle linee programmatiche generali dell'attività svolta dall'ente. E' organo di gestione quello si occupa della traduzione delle linee programmatiche generali in concrete decisioni operative.

E', da ultimo, organo di controllo quello che ha il compito di monitorare il corretto funzionamento dell'apparato organizzativo e di verificare la conformità dell'operato dei singoli organi e dei rispettivi membri alla regole legali e statutarie.

Tale modello rintraccia uno dei suoi fondamenti teorici nella circostanza che la separazione tra l'organo di indirizzo e quello di controllo provoca l'insorgere di una dialettica, inesistente nelle strutture bipartite, la quale favorisce i meccanismi di trasparenza e riduce i rischi di abusi [FISHMAN, *The development of non profit corporation law and an agenda for reform*, in *Emory law journal*, 34].

L'organo di indirizzo esercita un sia pur lato potere di controllo sull'organo di gestione riducendo, in tal modo, la necessità di verifiche esterne o comunque limitandole ai casi di inerzia o collusione degli organi interni.

Perché ciò si verifichi è, però, necessario coniugare il principio di tripartizione con quello della separazione tra gli organi nelle forme della separazione funzionale, in maniera che la competenza tra gli organi venga definita ex ante in modo irrevocabile, e della separazione personale affinché non succeda che gli stessi soggetti siano membri contemporaneamente dei diversi organi.

Il principio di separazione funzionale rende opportuno definire alcune competenze inderogabili in capo ai rispettivi organi.

Con riguardo all'organo di indirizzo suddette competenze esse sono state individuate nel potere:

- a) di adozione e modifica dello statuto e del regolamento;
- b) di nomina dell'organo amministrativo e di quello di controllo;
- c) di definizione delle linee programmatiche dell'attività;
- d) di approvazione del bilancio preventivo e consuntivo e della relazione di gestione;
- e) di esercizio di poteri di supervisione e monitoraggio sull'organo di gestione.

L'organo di gestione, invece, si ritiene debba avere il controllo sulla gestione del patrimonio pur rimanendo soggetto alle direttive formulate dall'organo di indirizzo.

L'organo di controllo dovrebbe essere privo di poteri decisori e vigilare sulla corretta amministrazione verificando l'effettivo rispetto delle direttive dell'organo di indirizzo da parte di quello di gestione.

Una volta definita la struttura complessiva del modello organizzativo tripartito con riguardo al ruolo dei diversi organi e alle relazioni tra essi è opportuno, a questo punto, rilevare le problematiche connesse con le concrete modalità di nomina dei singoli organi.

Sul piano delle tecniche di nomina emergono due fondamentali alternative.

Si potrebbe attribuire il potere di nomina ai membri dello stesso organo per via di cooptazione oppure a soggetti esterni che potrebbero essere individuati specificamente o per tipologie.

Qualora si prediliga la tecnica di nomina esterna i problemi fondamentali atterranno al rapporto tra l'ente e il nominante esterno. Tale rapporto potrebbe caratterizzarsi per la presenza di un vero e proprio vincolo di mandato, in quanto tale caratterizzato da una indiretta partecipazione del nominante al governo dell'ente, o, comunque, da un'influenza indiretta del nominante sulla gestione dell'ente derivante proprio dalla prospettiva di un'eventuale riconferma dei membri dell'organo di amministrazione nella nomina successiva.

La cooptazione, invece, è una tecnica di nomina volta ad assicurare la presenza negli organi di gestione di soggetti maggiormente sensibili alle strategie già perseguite dall'ente assicurando in tal modo un effettivo perseguimento di esigenze di continuità nel perseguimento degli obiettivi.

Premesse queste brevi considerazioni teoriche potrebbe essere utile soffermarsi ad analizzare sinteticamente le soluzioni offerte a tale problematica nell'ordinamento giuridico statunitense dal momento che quest'ultimo si presenta notoriamente come il più attento all'evoluzione dei soggetti giuridici componenti il mondo non profit.

Nell'esperienza giuridica nord americana si assiste ad un forte utilizzo della tecnica della cooptazione mitigata spesso, però, dalla sussistenza di una commissione di amministratori (c.d. nominating committee) avente il compito di indicare al consiglio di amministrazione i candidati per le nomine. Una soluzione del genere riduce la discrezionalità dell'organo amministrativo ma al tempo stesso mantiene in capo ad esso il potere di nomina.

La regola della cooptazione rinviene una diversa giustificazione a seconda se si tratti di private foundations o di public charities. Nelle private foundations l'obiettivo di proteggere l'integrità di un patrimonio di origine privata da possibili abusi dell'organo di gestione molto spesso viene raggiunto facendo affidamento su rapporti di fiducia personale con i singoli componenti dell'organo di amministrazione.

Nelle fondazioni familiari ad esempio il consiglio di amministrazione è molto spesso composto dagli stessi fondatori, dai loro eredi o da persone da loro scelte.

Nelle public charities, invece, la scelta della regola della cooptazione ha un diverso fondamento.

Esso è rappresentato dal fatto che in quest'ultimo caso l'ente non profit trova la propria fonte di finanziamento in contributi provenienti dal pubblico con la conseguenza che la molteplicità e l'indeterminatezza dei soggetti finanziatori rende questi ultimi inadatti ad incidere sulla composizione dell'organo amministrativo.

L'esclusione dei beneficiari e dei finanziatori dalla nomina dell'organo di amministrazione provoca che essi confidino nel fatto che la nomina interna dei nuovi amministratori secondo la regola della cooptazione avvenga in base a criteri atti a salvaguardare la rappresentatività dei loro interessi.

Contro tale impostazione che valuta negativamente la partecipazione diretta degli stakeholders nella vita dell'ente è stato, comunque, sostenuto che coloro che finanziano l'organizzazione e i beneficiari dei beni e servizi prodotti dovrebbero avere un ruolo nel governo dell'ente già a partire dalla nomina degli amministratori.

Un effettiva compatibilità tra la nomina esterna degli amministratori e la rilevanza pubblica dell'attività svolta è, d'altra parte, dimostrata dal caso empirico delle community foundations nelle quali molto spesso tecniche di nomina interna si sommano a nomine esterne degli organi di gestione.

Il rischio dell'abuso da parte di coloro che amministrano l'ente nei confronti degli stakeholders (accomunando in tale espressione i beneficiari e i finanziatori dell'ente) deve essere scongiurato e prevenuto non solo in sede di nomina ma anche durante lo svolgimento dell'attività di gestione attraverso la previsione di effettivi strumenti di monitoraggio che siano in grado di percepire e correggere l'eventuale sviamento dell'operato degli amministratori dal perseguimento degli scopi istituzionali.

Secondo una parte della dottrina una soluzione a tale problematica potrebbe derivare dalla dissociazione tra decision management e decision control intesi come momenti gestionali distinti facenti capo a due organi diversi dell'ente.

L'organo c.d. decision management dovrebbe essere dotato di un potere di proposta e selezione delle iniziative da sostenere, mentre, il c.d. organo di decision control dovrebbe avere il compito di attuare tali iniziative e di valutarne gli effetti.

Secondo tale impostazione teorica, appunto, la suddetta dissociazione tra la fase di indirizzo e quella di esecuzione instaura una forma di controllo sul management e pertanto riduce i rischi di abuso.

Una dissociazione rilevante tra indirizzo e amministrazione in senso stretto si potrebbe raggiungere, secondo alcuni, attraverso l'istituzione di un doppio consiglio di amministrazione: l'advisory board e il board of directors-managers.

Il primo organo avrebbe il compito di nominare, ed in caso, revocare i directors-managers, prevederne la retribuzione rappresentare l'ente in giudizio, riferire periodicamente agli stakeholders sulla condizione finanziaria ed economica dell'ente.

L'advisory board sarebbe coinvolto nella gestione solo di fronte a questioni di straordinaria rilevanza, mentre, i directors-managers dovrebbero essere investiti dell'integrale gestione dell'ente.

Secondo un'altra tesi la dissociazione tra la fase di indirizzo e quella esecutiva potrebbe realizzarsi non controllando e indirizzando il board, ma, attribuendo ad esso poteri di indirizzo e controllo sugli altri organi.

Il modello è quello che distingue tra board of directors e executive committee all'interno del quale al primo organo sono attribuiti poteri di policy e di indirizzo mentre i singoli comitati sono competenti a gestire specifici ambiti di amministrazione.

Un ulteriore modello strutturale di governo delle organizzazioni non profit potrebbe contemplare una totale assenza del potere di controllo sugli executive committee da parte dei members.

I committee sarebbero, in tal modo, gli esclusivi responsabili dell'attività dell'ente.

Un modello di tal genere crea una situazione equivalente a una trust relationship tra i membri ordinari e i membri dei committee.

I membri dei committee, infatti, sono titolari del potere dei principals ma hanno l'obbligo di agire nell'interesse dell'intera membership.

Ne consegue che, così come i beneficiari di un trust, i membri ordinari sono legati da una vera e propria relazione fiduciaria con i committee members.

Coloro, pertanto, che ricoprono un ruolo attivo nella gestione di un organizzazione non profit saranno sempre parti di una relazione fiduciaria anche se, a seconda dei casi, come agent o come trustee [per un'analisi della tematica relativa alla governance degli enti non profit nell'esperienza nord americana v. IAMICELI, *Prime riflessioni sul governo degli enti non profit negli Stati Uniti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1999, 2, 39).

4. I doveri fiduciari degli amministratori e le tecniche di implementazione

Oltre che sulla struttura del modello organizzativo la particolare posizione degli amministratori degli enti non profit, quali agents che operano nell'interesse altrui, rileva anche rispetto ai particolari doveri che essi devono adempiere nell'esercizio della propria attività.

Si è già rilevato che la relazione che intercorre tra gli amministratori e i c.d. stakeholders nel cui interesse essi agiscono ha natura fiduciaria con la conseguenza che tale natura sarà propria anche dei particolari doveri che ne vincolano la condotta.

I doveri fiduciari degli amministratori sono stati individuati nelle categorie di loyalty, care e obedience.

Tra tali categorie quella maggiormente caratterizzante il settore non profit è individuata nel duty of obedience che costituisce il dovere di perseguire l'obiettivo connesso alla missione dell'ente e di rimanere ad esso fedele.

Il duty of loyalty ha contenuto essenzialmente proibitorio e consiste nell'obbligo per gli amministratori di operare nell'interesse dell'ente senza approfittare della loro posizione di supremazia per trarre vantaggi personali a scapito dell'organizzazione. Esso si traduce, pertanto, in primo luogo nel vincolo di non distribuzione degli utili sia in forma diretta che indiretta.

Il c.d. duty of care comporta che gli amministratori dovranno procedere ad un'adeguata gestione delle risorse di cui dispongono che si traduce in termini economici nel perseguimento dell'efficienza tecnica e nella minimizzazione dei costi.

Nell'ordinamento giuridico nord americano proprio sul versante del duty of care, che rinviene le proprie origini nel modello della Business Corporation, si è affermata la c.d. Business Judgement Rule in base alla quale l'amministratore non è responsabile

- se non è titolare di un interesse personale nell'affare;
- se la valutazione è stata effettuata in presenza di una completa informazione;
- se ritiene che la valutazione compiuta sia nell'interesse della corporation.

Ne consegue che si avrà violazione del duty of care solo in presenza di colpa grave.

Individuate le diverse tipologie di doveri fiduciari degli amministratori degli enti non profit occorre a questo punto chiedersi quali siano le tecniche di implementazione di tali responsabilità.

Preliminarmente è, pertanto, necessario chiedersi chi siano coloro ai quali spetta la legittimazione ad agire al fine di far accertare tali responsabilità.

E' evidente che le categorie di soggetti che principalmente potrebbero essere titolari di un interesse ad agire sono i patrons, i members e i beneficiari dell'ente non profit.

I patrons sarebbero, naturalmente, maggiormente interessati ad un utilizzo adeguato delle risorse economiche dell'organizzazione, i members, invece, sembrano essere la categoria di soggetti più idonea a valutare la qualità dell'attività di gestione prestata dagli amministratori.

I beneficiari, infine, rappresentano, probabilmente, i soggetti più idonei a controllare l'effettiva destinazione dell'attività di gestione verso il perseguimento degli obiettivi istituzionali.

Nell'esperienza statunitense si assiste all'affermarsi progressivo della tendenza ad espandere la classe di coloro che risultano titolari della legittimazione ad agire contro eventuali violazioni dei doveri fiduciari degli amministratori.

Il California non profit Statute del 1980, ad esempio, ha previsto una vasta categoria di legittimati tra i quali la stessa corporation, gli officers, "a person with a revisionary contractual, or property interest in the assets subject to such charitable trust" e l'Attorney General (Procuratore Generale).

I medesimi soggetti sono contemplati nel New York non profit Statute modificato nel 1970.

Estremamente significativa è la presenza tra coloro che risultano essere titolari della legittimazione ad agire del Procuratore Generale dal momento che essa testimonia la piena consapevolezza della presenza di un interesse pubblico concreto al corretto e adeguato funzionamento delle charities.

Mutuando tale impostazione si potrebbe, allora, ritenere che l'implementazione delle tecniche tese ad accrescere il controllo sulla corretta gestione delle organizzazioni non profit si possa realizzare con la previsione di una clausola generale dei doveri degli amministratori e affidando alla competenza del Tribunale il compito di adottare i provvedimenti più opportuni.

La norma che è volta ad implementare i doveri fiduciari degli amministratori dovrebbe, quindi, atteggiarsi come una norma a struttura "aperta" nella quale si preveda un generale obbligo di correttezza degli amministratori teso a salvaguardare l'effettivo perseguimento delle finalità dell'ente.

Ne consegue che un concreto intervento dell'autorità giudiziaria a riguardo sarà giustificato non solo nei casi di contrarietà dell'operato degli amministratori alla legge e all'atto costitutivo, ma anche nelle ipotesi di: 1) manifesta incompatibilità, incompetenza, inadeguatezza degli amministratori 2) di self-dealing che rappresenta i casi in cui gli amministratori perseguono un proprio interesse con pregiudizio dell'organizzazione 3) di mancato perseguimento delle finalità sociali e non soddisfacimento delle aspettative giuridiche dei soci.

E' opportuno, comunque, prevedere che l'intervento giurisdizionale possa attivarsi non solo con riferimento ai comportamenti degli amministratori che consistono in una delibera, ma, anche, rispetto a comportamenti materiali.

A tal fine sarà, pertanto, necessario che il provvedimento giudiziale abbia natura atipica come tale idoneo ad avere diversi contenuti.

Dall'atipicità delle modalità dell'intervento giurisdizionale individuato quale strumento di implementazione dei doveri fiduciari degli amministratori e di tutela dei diritti dei membri dell'ente è caratterizzato il Companies Act Inglese del 1985 [v. PRENTICE, *The theory of the firm: minority shareholder oppression: section 459-461 of the Companies Act*, in *Oxford Journal of legal studies*, 8 (1988), 79ss.; RILEY, *Contracting out of company law: section 459 of the Companies Act 1985 and the role of the Courts*, in *Modern Law review*, 55 (1992), 793 ss.].

In particolare, la sezione 459 di tale normativa dispone che "a member of a company may apply to the court by petition for an order under this Part [Part XVII] on the ground that the company's affairs are being or have been conducted in a manner which is unfairly prejudicial to the interests of some part of the members (including at least himself) or that any actual or proposed act or omission of the company (including an act or omission on its behalf) is or would be so prejudicial".

Il primo problema in ordine logico posto da tale disciplina risulta essere quello di individuare coloro i quali siano muniti della legittimazione attiva a ricorrere.

Nell'applicazione che di tale normativa fanno le Corti inglesi si assiste, infatti, ad un'espansione dei soggetti legittimati ad invocare la sezione 459 del Companies Act.

Alcune pronunce hanno riconosciuto l'interesse a ricorrere anche in capo a coloro che pur essendo attualmente privi della qualità di membri avevano scoperto delle condotte fraudolente tenute dai componenti degli organi di gestione al tempo in cui essi ancora partecipavano all'ente.

Ulteriori decisioni hanno accordato il potere di ricorrere al giudice ex section 459 del Companies Act anche ai creditori dell'ente.

Queste ultime decisioni non appaiono, però, pienamente condivisibili dal momento che i creditori possono tutelare i propri interessi attraverso le azioni contrattuali ed extracontrattuali delle quali sono

titolari con la conseguenza che non si vede la ragione per attribuire loro anche questo ulteriore rimedio previsto dalla sezione 459.

Accennato il problema della definizione dei limiti della legittimazione ad agire si pone, a questo punto, la questione del contenuto vero e proprio dell'azione.

Dalla formulazione letterale della norma risulta che l'ingiusto pregiudizio del ricorrente può derivare sia da un comportamento commissivo che gli organi di gestione hanno tenuto o che si sono proposti di tenere nella conduzione degli affari dell'ente (the company's affairs are being or have been conducted) sia da un attuale o programmata omissione (any actual or proposed act or omission of the company).

Per omissione probabilmente ci si riferisce ad una situazione in cui l'istante ha un diritto, o anche un'aspettativa, che qualche comportamento venga assunto o di essere trattato in un certo modo, ma l'ente viola il diritto o vanifica l'aspettativa.

Precisati i comportamenti che possono costituire le fonti dell'unfairly prejudicial subito dall'istante rimane da chiarire il significato di quest'ultima espressione.

In primo luogo è opportuno rilevare che dai casi pratici di applicazione di tale normativa risulta che le Corti inglesi ritengono che la parola unfairly (ingiustizia) attribuisca loro il potere di svolgere delle considerazioni di natura equitativa al fine di individuare la natura dell'interesse del ricorrente e soprattutto al fine di valutare se esso debba o meno essere considerato prevalente rispetto ad ulteriori eventuali interessi contrapposti presenti nel caso in esame.

Da quanto rilevato è evidente come tale normativa attribuisca ai Giudici un ampio potere discrezionale di ingerenza nell'attività dell'ente con il limite, però, più volte sottolineato dalla stessa giurisprudenza anglosassone, di non poter stravolgere il contenuto dell'atto costitutivo, dello statuto e di eventuali accordi intercorsi tra i membri dell'organizzazione.

Ne consegue che l'intervento giurisdizionale dovrà limitarsi a riempire le lacune contenute nei vari accordi contrattuali che generano o regolamentano la vita sociale senza poter modificare quanto essi dispongono.

Un'ultima importante precisazione è quella secondo la quale per aversi condotta ingiustificatamente pregiudizievole degli interessi di uno o più membri dell'organizzazione non è necessario che gli amministratori abbiano tenuto comportamenti illegali o illeciti, anche una condotta pienamente lecita potrà essere ingiustificatamente pregiudizievole degli interessi di uno o più membri.

A questo punto potrebbe, però, rilevarsi che le considerazioni sin qui compiute relativamente al particolare contenuto dei doveri fiduciari degli amministratori e alle tecniche di implementazione non appaiono esclusive del settore non profit. Anche i componenti degli organi di gestione degli enti lucrativi sono, infatti, tenuti ad operare in conformità dei vincoli statutari (loyalty), a gestire accuratamente le risorse (care) e ad eseguire le decisioni di coloro che detengono la proprietà dell'ente (obedience). Inoltre, l'implementazione dei doveri di amministrazione viene molto spesso compiuta nei sistemi societari proprio attraverso la previsione di un generale obbligo di diligenza e correttezza.

Anche sotto questo aspetto, allora, le esigenze di corporate governance proprie degli enti lucrativi non sembrano estranee all'analisi dell'impresa sociale.

Vi è, comunque, chi ha individuato un modello di governance realmente alternativo ed esclusivo del settore non profit nella previsione di una forma di regolamentazione del settore affidata all'istituzione di un'autorità pubblica che vigili sull'adempimento dei doveri fiduciari degli amministratori.

La giustificazione in termini politici dell'istituzione di un'autorità di vigilanza appare ravvisabile nella sussistenza di un concreto interesse pubblico ad un'efficiente funzionamento del terzo settore

5. Le problematiche del sistema dei controlli nelle imprese sociali

Il controllo rappresenta oltre che uno dei tre aspetti che compongono il modello tripartito soprattutto un concetto di carattere generale che pervade di sé l'intera struttura dell'ente non profit.

Il sistema dei controlli è volto a garantire l'effettivo perseguimento degli scopi istituzionali dell'ente e, pertanto, ad assicurare il soddisfacimento degli interessi degli stakeholders.

Ne consegue che l'organo di controllo sarà tenuto a verificare la conformità dell'operato degli organi di gestione ai doveri fiduciari ai quali essi sono tenuti.

La separazione tra i decisori e i beneficiari che, come si è più volte sottolineato, costituisce una caratteristica peculiare delle organizzazioni non lucrative provoca che l'effettiva capacità di verifica da

parte dell'organo di controllo dipende non soltanto dalla competenza dei suoi componenti ma anche da un agevole accesso alle informazioni.

L'obbligo di trasparenza costituisce, infatti, un'importante deterrente alla violazione del non distribution constraint e del vincolo di eterodestinazione e rappresenta, quindi, un rilevante strumento di coercizione indiretta degli amministratori dell'ente.

La trasparenza attiene sia al rapporto tra gli organi di gestione e i beneficiari sia a quello interno tra gli organi.

Relativamente a questo secondo profilo appare opportuno instaurare un duplice flusso di informazioni tra l'organo di controllo e quello di gestione.

Un primo flusso informativo, infatti, potrebbe discendere dal dovere dei membri dell'organo di controllo di partecipare alle riunioni degli organi di amministrazione e dal suo diritto di richiedere informazioni; un secondo flusso informativo, invece, potrebbe derivare dall'obbligo degli organi decidenti di fornire particolari dati relativi, ad esempio, ad operazioni particolarmente delicate e decisive per la vita dell'ente.

Ulteriore requisito che presenta una particolare importanza nell'assicurare l'effettiva capacità di controllo da parte dell'organo a ciò destinato risulta essere quello dell'indipendenza.

In particolare ci si intende riferire all'indipendenza rispetto all'organo di gestione che costituisce indubbiamente l'immediato destinatario del controllo.

Suddetta esigenza di autonomia rende preferibile quella regola di composizione dell'organo di controllo che attribuisce il potere di nomina all'organo di indirizzo, ma prevede il mandato irrevocabile e non reiterabile (CAFAGGI - IAMICELI, *Modelli di governo e regole di responsabilità: analisi degli statuti e prospettive di regolamentazione*, in CAFAGGI, BORZAGA (a cura di), *Le fondazioni bancarie*, cit, 50).

Spostando, a questo punto, l'analisi dal profilo strutturale attinente alla composizione dell'organo di controllo a quello funzionale occorre chiedersi quali siano in concreto i poteri dei quali esso dovrebbe disporre al fine di poter compiere un'idonea verifica sull'andamento della gestione.

In particolare, sembra che al fine di mantenere in capo all'organo di controllo una reale capacità compulsiva i poteri in concreto ad esso attribuiti dovrebbero operare su due piani: quello delle regole di validità delle decisioni prese dall'organo amministrativo e quello della regole di responsabilità dei membri componenti l'organo decidente.

Rispetto al profilo delle regole di validità il controllo dovrebbe attenere alla verifica della conformità delle delibere prese sia dall'organo di gestione che dall'organo di indirizzo alle disposizioni legali e statutarie.

L'interesse protetto in tal caso sarebbe quello alla buona amministrazione dell'ente soprattutto sotto il profilo del rispetto del divieto di non distribuzione degli utili e del vincolo di eterodestinazione.

Sul piano della responsabilità, invece, si tratta principalmente di ammettere la legittimazione dell'organo di controllo ad agire in giudizio contro i comportamenti degli amministratori integranti una concreta violazione dei loro doveri fiduciari.

Passando, ora, ad esaminare il secondo volto dell'obbligo di trasparenza e cioè quello esterno, appare opportuno chiedersi se i terzi abbiano o meno un potere di controllo sugli organi dell'ente.

In senso contrario rispetto all'opportunità di riconoscere in capo ai terzi un effettivo potere di controllo esterno si adducono principalmente due argomenti.

In primo luogo si segnalano gli alti costi di informazione che tali soggetti terzi dovrebbero sostenere al fine di poter effettivamente verificare l'operato degli organi di gestione.

In secondo luogo si sottolinea il rischio di eccesso di litigiosità che potrebbe essere insito nel riconoscere in capo ai terzi beneficiari un potere di reazione individuale nei confronti delle decisioni prese dall'organo amministrativo che finirebbe col nuocere alla effettiva capacità dell'ente di esercitare la sua attività, con conseguente pregiudizio anche degli interessi dei beneficiari.

Entrambe suddette argomentazioni addotte contro l'opportunità di un controllo esterno da parte dei beneficiari sull'attività degli organi di gestione, comunque, potrebbero, forse, essere superate.

Per quanto attiene agli alti costi di informazione che i terzi dovrebbero sostenere al fine di controllare l'operato degli organi di gestione sembra si possa replicare che un adeguato livello di trasparenza esterna dovrebbe comunque essere garantito al fine di permettere il mantenimento della relazione fiduciaria tra l'ente e i beneficiari che costituisce, come si è già sottolineato, uno dei tratti peculiari delle organizzazioni no profit.

Vi è, infatti, accordo sulla necessità di dover riconoscere in capo a quei soggetti terzi che vantino nei confronti dell'ente un interesse qualificato (c.d. stakeholders) un vero e proprio diritto di accesso alle informazioni.

In questa prospettiva appare meritevole di attenzione l'opinione di chi propone di estendere a tutto il settore non profit la regola contenuta nell'art. 11 della l. 266/91 la quale prevede l'applicazione alle organizzazioni di volontariato, iscritte nei registri di cui all'art. 6, delle disposizioni di cui al capo V della l. 241/90 [cfr. CAFAGGI - IAMICELI, *Modelli di governo e regole di responsabilità: profili teorici*, cit., 58].

Per quanto riguarda, invece, la seconda delle obiezioni sopra riportate si potrebbe sostenere che un soddisfacente contenimento del rischio di eccesso di litigiosità potrebbe ottenersi ponendo dei limiti precisi sul versante della legittimazione ad agire ad esempio escludendo la legittimazione individuale dei singoli stakeholders e attribuendola esclusivamente alle associazioni di categoria; evitando, però, che ciò si traduca in un ingiustificata lesione del pluralismo e nella insorgenza di situazioni di infondato privilegio.

Al controllo interno ed esterno, inteso il primo come il controllo affidato ad un apposito organo dell'ente e il secondo come la sintesi delle azioni che possono essere proposte da parte dei terzi che vantano un interesse qualificato ad una corretta amministrazione, si potrebbe aggiungere quello eventualmente svolto da un'autorità pubblica di vigilanza sul terzo settore diretta a garantire il rispetto delle norme di legge e dello statuto comprese anche le norme organizzative.

6. Brevi considerazioni in merito alla difficoltà di monitorare l'efficienza delle organizzazioni non lucrative attraverso l'utilizzazione degli indicatori economici tradizionali

In conseguenza delle specifiche logiche di funzionamento delle organizzazioni non profit, le quali solitamente si confrontano esclusivamente con il proprio utente e con i bisogni da quest'ultimo dimostrati, è estremamente difficile trasportare nel Terzo settore gli indicatori utilizzati dalla dottrina economica al fine di misurare il grado di raggiungimento delle finalità aziendali nelle imprese for profit.

Mentre, infatti, per le imprese for profit il reddito costituisce il principale parametro con cui misurare il grado di raggiungimento degli obiettivi aziendali, nel caso delle organizzazioni prive di scopo lucrativo, invece, che, come tali, tendono a massimizzare la soddisfazione dei propri utenti e il consenso sociale, il grado di soddisfacimento dei fini aziendali potrà essere rilevato soprattutto in termini di quantità e qualità dei servizi erogati.

Tale circostanza accompagnata dalla frequente immaterialità e dall'accentuata personalizzazione del servizio erogato provoca l'esigenza di verificare la qualità del servizio attraverso la misurazione dell'utilità soggettiva percepita dall'utente in termini di soddisfacimento del suo bisogno.

La predisposizione di adeguati indici di misurazione della qualità percepita dal cliente e dell'effetto prodotto dall'attività sociale degli enti non lucrativi sull'appagamento dei bisogni della collettività di riferimento rappresenta la principale problematica dei sistemi di controllo e rendicontazione del terzo settore.

Più in particolare, la difficoltà di misurazione e di rendicontazione dell'efficienza dell'attività svolta dagli enti non lucrativi discende da fatto che essa si esprime in termini di consenso socio-economico piuttosto che in termini di quantità prodotta o di qualità che oggettivamente presenta.

Tutto ciò avrà dei concreti risvolti nell'ambito delle tecniche di rendicontazione utilizzabili al fine di rendere trasparente l'operato degli enti non lucrativi.

La particolare natura dei servizi offerti dalle organizzazioni del terzo settore caratterizzati, spesso, dall'immaterialità fa insorgere la necessità di individuare alcune variabili che siano rappresentative delle quantità di output immateriali.

Tali variabili si distinguono in:

- indicatori di risultato: che esprimono l'obiettivo raggiunto dall'azienda attraverso quantità che lo rappresentano in modo realistico

- indicatori dell'impatto sociale: rappresentano l'influenza dell'attività di erogazione del servizio sulla collettività sociale di riferimento

Le modalità con le quali è possibile raccogliere dati sul maggiore o minore consenso dei beneficiari e della collettività sono molteplici.

La più diffusa è il questionario da sottoporre agli utenti e ai membri della collettività.

Nel caso in cui tale modalità non può essere utilizzata si può ricorrere all'elaborazione di statistiche in cui si verificano le movimentazioni (nuovi utenti, abbandoni) subite da un campione rappresentativo di beneficiari: è utile registrare il tasso di abbandono rappresentato dalla percentuale di utenti che in un dato periodo di tempo rinuncia ad usufruire di alcune prestazioni, nonché della velocità di rotazione degli utenti, cioè del tempo medio con cui un certo gruppo di beneficiari si rinnova a causa dell'uscita di alcuni e dell'entrata di altri.

Un ulteriore modalità di valutazione dell'attività esercitata dall'organizzazione non profit in termini di efficienza potrebbe consistere nella ricerca di standard di qualità, i quali, ad esempio, possono essere desunti dall'esperienza passata dell'azienda stessa o dall'osservazione di aziende aventi il medesimo ambito operativo.

Da quanto rilevato circa la il peculiare metodo di misurazione del livello di efficienza raggiunto dalle organizzazioni non profit ne consegue che in sede di adempimento degli obblighi di rendicontazione e trasparenza non potranno essere utilizzate le tecniche di formazione del bilancio proprie degli enti lucrativi ma si dovrà, piuttosto, procedere all'introduzione di nuovi strumenti contabili idonei ad esternare l'effettivo grado di raggiungimento delle finalità istituzionali dell'ente soprattutto in termini di consenso acquisito e di impatto sociale esercitato.

Bibliografia

BARBETTA, *La definizione statunitense di non profit sector: qualche suggerimento per l'Italia*, in *Non profit*, 199.

BORZAGA - CAFAGGI a cura di, *Le fondazioni bancarie*, Catanzaro, 1999

FISHMAN, *The development of non profit corporation law and an agenda for reform*, in *Emory law journal*

HANSMANN, *The role of non profit enterprise*, in *The Yale law journal*, 1980, vol. 89, 5, 835 7

KRASHINSKY, *Stakeholder theories of the non profit sector: One cut at the economy literature*, in *Voluntas*, 8, 1997

IAMICELI, *Prime riflessioni sul governo degli enti non profit negli Stati Uniti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1999, 2, 3934).

PRENTICE, *The theory of the firm: minority shareholder oppression: section 459-461 of the Companies Act*, in *Oxford Journal of legal studies*, 8 (1988), 79ss

RILEY, *Contracting out of company law: section 459 of the Companies Act 1985 and the role of the Courts*, in *Modern Law review*, 55 (1992), 793 ss

ROSE-ACKERMAN *Altruismo, enti non profit e teoria economica*, in *Il Risparmio*, 1997, 59

SALOMON, *Defining the non profit sector* 1997

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

PARTE QUINTA

La tutela degli *stakeholders*

CAPITOLO VII

La tutela dei beneficiari

Sommario:

1. *Le motivazioni di efficienza ed equità che inducono ad una disciplina della posizione dei beneficiari.*
2. *Dal controllo pubblico all'autoregolamentazione.*
3. *Forme di controllo esterne all'impresa sociale: il potere di azione dei beneficiari.*
 - 3.1. *Il modello americano.*
 - 3.2. *L'elaborazione nel sistema italiano attraverso il modello dell'interesse legittimo di diritto privato.*
 - 3.3. *La possibilità di affidare la tutela alle Class actions: il giusto rimedio?*
4. *Il (possibile) ruolo dell'Authority.*
5. *Il controllo interno: la governance dell'impresa sociale.*

1. Le motivazioni di efficienza ed equità che inducono ad una disciplina della posizione dei beneficiari.

Il problema della tutela dei beneficiari rappresenta una delle esigenze più pressanti nel variegato mondo del *non-profit*, specie a fronte del moltiplicarsi di iniziative *lato sensu* benefiche, che si rivolgono al pubblico sollecitando contribuzioni per gli scopi più svariati e, assai frequentemente, scarsamente verificabili dagli oblatori.

Diverse sono le strade percorribili per realizzare un controllo efficace, ma indubbia è la necessità che questo si svolga in modo attento e, al contempo, rispettoso dell'autonomia degli enti: per questo si propone, quale esito di una panoramica sulle possibili modalità di attuazione della tutela, un *sistema articolato* di controlli, sì da contemperare le diverse esigenze senza produrre un inestricabile groviglio di "lacci e laccioli" che impedisca, piuttosto che agevolare, la crescita del terzo settore.

Importante è comunque notare, già in via preliminare, che alcune delle ragioni fondanti del bisogno di una accresciuta tutela dei destinatari (e, per altri versi, dei promotori-finanziatori: in una parola, dei *patrons*) dell'attività delle *Non Profit Organizations* emergono direttamente da un'analisi tesa a saggiare le motivazioni ultime del ruolo imponente che gli enti senza scopo di lucro svolgono nelle società avanzate, nonché a verificarne l'efficienza dal punto di vista economico.

L'emersione del fenomeno viene infatti addebitata:

a) a ragioni di *government failure* [è la nota posizione di B. WEISBROD, *Nonprofit Economy*, Cambridge (MA), 1988, il quale sostiene che l'intervento statale è modellato sui bisogni della maggioranza dei cittadini, mentre l'intervento dei privati assolve all'essenziale funzione di tutela delle esigenze delle minoranze];

b) alla non infrequente inadeguatezza del mercato a soddisfare gli interessi dell'utente-finanziatore attraverso il tradizionale strumento contrattuale (c.d. *contract failure*), in virtù dell'asimmetria informativa che inficia numerose relazioni economiche, impedendo una corretta valutazione comparativa delle offerte e delle modalità di adempimento delle prestazioni concordate.

Ciò accade, come sostiene autorevole dottrina [H. HANSMANN, *The Role of Nonprofit Enterprise*, 89 *Yale L. J.*, 835 (1980)]:

1) nel caso in cui chi acquista la prestazione (*id est*, l'oblatore) sia persona diversa dall'utente e non sia quindi in grado di apprezzare la qualità dei servizi resi (è il tipico caso delle istituzioni di beneficenza);

2) quando il rapporto abbia ad oggetto un c.d. *public good*, ossia un bene a fruizione collettiva (si potrebbe fare l'esempio di contribuzioni volontarie ad una trasmissione radiofonica o televisiva), ove è naturalmente difficile valutare l'incremento marginale di valore del servizio a seguito della singola oblazione.

In questi ed altri casi in cui si pone un problema di *quality monitoring* o di *marginal impact monitoring* [questa terminologia è usata da I. ELLMAN, *Another Theory of Nonprofit Corporations*, 80 *Mich. L. Rev.*, 999 (1982)] si realizza il fallimento dello strumento contrattuale e il privato tende ad affidarsi per la realizzazione dei suoi interessi ad enti senza scopo di lucro, nei quali il *non distribution constraint* fornisce minori incentivi a condotte opportunistiche del *management*, altrimenti posto in condizione di approfittare del difetto di informazione, fornendo servizi di bassa qualità.

Poiché quindi la ragione ultima dell'esistenza (e del proliferare) del *non profit* è ritrovata nella protezione fornita all'utente-oblatore, il controllo sulla gestione dei fondi appare necessario:

i) per una esigenza di *tutela della pubblica fede* (ma tale prospettiva, pur importante, ne limita la necessità ai c.d. *donative non profit*);

ii) per la verifica dell'*efficienza* di una soluzione comunque eccentrica rispetto alla logica di mercato, all'interno della quale è giustificata finché (e nella misura in cui) il valore di quella protezione superi le inefficienze intrinseche ai modelli non lucrativi.

Se infatti al limitato accesso al capitale di rischio e agli scarsi incentivi all'abbattimento dei costi (che rappresentano il naturale portato del *non distribution constraint*) venisse ad aggiungersi la presenza di condotte opportunistiche, essa andrebbe ad incidere su entrambi i termini dell'equazione "*sicurezza > inefficienza*" (che rappresenta, nello schema appena visto, la ragione stessa della permanenza degli enti non lucrativi nelle economie avanzate), inficiando al contempo:

a) la fiducia del pubblico nella corretta gestione dei fondi;

b) la quantità e/o la qualità dei servizi resi.

Una volta accertata (*rectius*, confermata) la necessità del controllo sull'attività degli enti non lucrativi si pone però il problema delle forme nelle quali tale vigilanza sulla gestione debba essere attuata. Si possono in merito prospettare diverse soluzioni, comunque incentrate sull'alternativa tra:

i) controllo *esterno*, nella forma del controllo pubblico, del potere d'azione concesso ai beneficiari ovvero in quella, più attenuata, degli obblighi d'informazione;

ii) controllo *interno*, attraverso la partecipazione di beneficiari o loro rappresentanti all'organo amministrativo o a quello di controllo.

La peculiarità dei problemi che ciascuna delle possibili scelte presenta ne suggerisce quindi una trattazione analitica, non senza aver premesso che, al di là dalle soluzioni adottate, un efficace sistema di controlli non può prescindere da un'adeguata configurazione dell'organizzazione interna degli enti in esame, condizione necessaria perché i controlli esterni (siano essi operati da un'*Authority* o dai privati) non abbiano a porsi in termini di contrapposizione con l'autonomia degli enti, bensì quale ausilio per un corretto dispiegarsi di questa.

Risulta quindi quantomai pressante una ridefinizione del sistema di *governance*, poiché la tutela dei beneficiari passa anche (se non soprattutto) per una gestione efficace ed efficiente dell'attività, che può realizzarsi solo ove gli amministratori non perseguano (anche di fatto) obiettivi diversi da quelli istituzionali. A tal fine non appare sufficiente una qualche forma di controllo da parte dei *beneficiari* (avvenga questa dall'interno, in forma di partecipazione agli organi dell'ente, o meno), ma essa dovrà essere accompagnata:

a) da precise e vincolanti regole di *trasparenza*;

b) da nuove modalità di controllo *pubblico*, sicuramente differente per intensità e (teorica) capillarità di quello (inutilmente pervasivo) disegnato dal legislatore del 1942;

c) da forme di *autoregolamentazione* auspicabilmente sempre più diffuse.

2. Dal controllo pubblico all'autoregolamentazione.

Costituiscono dati ormai acquisiti della riflessione sulle organizzazioni senza scopo di lucro:

a) la *despecializzazione* degli enti del I libro del codice civile e la connessa *neutralità delle forme*, che creano problemi di non poco momento all'atto del confronto pratico delle tipologie non lucrative con discipline e statuti (*in primis* quello dell'imprenditore commerciale) concepiti in origine

quali normative di settore, disegnate in conformità ad organizzazioni *for profit* (di carattere individuale o societario) ed ora (quasi) pacificamente applicabili ad associazioni e fondazioni;

b) la difficoltà, in ordine a queste ultime, di individuare una caratterizzazione tipologica costante che consenta di identificare dati strutturali ricorrenti ed assumerli quali parametri tipici, tanto da far addirittura negare che la disciplina dell'istituto rifletta un coerente modello organizzativo, limitandosi invece a delineare un "programma funzionale, ossia la coerenza attuativa, nella dinamica delle vicende dell'ente, del vincolo impresso all'attività per il conseguimento dello scopo" [così ZOPPINI, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, Napoli 1995, 132];

c) la trasformazione indotta nell'ambito delle associazioni dal libero dispiegarsi dell'autonomia privata, che si è spinta fino all'acquisizione di un'autonoma dignità tipologica da parte delle strutture associative caratterizzate dall'*eterodestinazione* dei risultati, con una conseguente scissione tra membri dell'ente e destinatari dell'attività che contrasta in modo evidente con il paradigma tradizionale, secondo il quale l'associazione "si costituisce per realizzare l'interesse ... dei propri membri, ed allorché indica una pubblica sottoscrizione, essa si colloca nella posizione di chi sollecita per sé, per la realizzazione di un proprio interesse, la liberalità del pubblico" [F. GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, in *Commentario del codice civile a cura di A. Scialoja e G. Branca*, Bologna e Roma, 1967, 263].

È lecito quindi dubitare che a questa *destrutturazione* emergente nella prassi sociale sia opportuno rispondere, in sede di riforma del settore, con una nuova tipizzazione legislativa, che andrebbe ad aggiungersi a quella introdotta dagli interventi settoriali degli ultimi anni. Si è avuta infatti in meno di un decennio, a non voler considerare gli interventi in materia di *fondazioni bancarie*, la creazione :

- 1) delle *organizzazioni di volontariato* con la legge 266/1991;
- 2) delle *cooperative sociali* con la legge 381/1991;
- 3) delle *fondazioni-enti lirici* con il d.lgs. 367/1996;
- 4) delle *Onlus* con il d.lgs. 460/1997.

Di questi interventi, caratterizzati dall'introduzione di regimi fiscali agevolativi e dalla predisposizione di vincoli positivi riguardanti le tipologie di attività esercitabili o la destinazione dei risultati, è stata data da alcuni studiosi un'interpretazione che, pur autorevole, appare scarsamente condivisibile: si è infatti sostenuto [R. COSTI, *La riforma delle fondazioni bancarie*, in *Banca, Impresa e Società*, 1997, 508-517] che le recenti riforme (non ultima, quella delle fondazioni bancarie) abbiano disegnato un importante cambiamento nel rapporto tra controllo pubblico e autonomia privata, totalmente innovativo rispetto al modello codicistico e, in potenza, candidato a divenire modello generale per tutti gli enti del I libro, perché a fronte di un sistema (quello del codice) contrassegnato da un livello (almeno astrattamente) rilevante di controlli, cui però si accompagnava una maggiore liberalità in tema di tipizzazione (consentendosi di procedere alla creazione di nuovi tipi in misura maggiore rispetto ad altri settori), nelle nuove normative il controllo pubblico subirebbe una rilevante *riduzione* (anche attraverso l'attribuzione di funzioni ad un'autorità indipendente), bilanciata però da un incremento di previsioni volte alla *tipizzazione* degli enti in prevalente funzione di tutela dei terzi.

Ora, è indubbio che la tipizzazione, assieme all'inderogabilità delle norme, rappresenti una forma di controllo ordinamentale alternativa o complementare al controllo amministrativo, ma, come è stato giustamente sottolineato [F. CAFAGGI, *Alla ricerca di un'identità: le fondazioni di origine bancaria e l'evoluzione degli enti non-profit*, in AA.VV., *Le fondazioni bancarie. Un patrimonio alla ricerca di uno scopo*, a cura di F. CAFAGGI e L. BARCA, Roma 1999], più che di una *riduzione* del controllo bisognerebbe parlare di *diversa distribuzione* del sistema di controlli tra le autorità pubbliche: la tipizzazione, infatti, aumenta la necessità di controllo *giurisdizionale*, dal momento che le eventuali deviazioni dal tipo e la violazione delle norme inderogabili sono vagliate attraverso controlli *ex post*, basati essenzialmente sulle tecniche di invalidazione.

In presenza di un contesto socio-economico così variegato quanto a risorse e sviluppo, nonché di modelli organizzativi così differenziati, non sembra quindi opportuno procedere alla creazione di ulteriori tipologie, che per i motivi appena visti determinerebbero quale effetto primario un enorme *sovraccarico* giurisdizionale senza reali benefici per la tutela dei terzi: ben diverse sono invece le prospettive offerte da un incremento dell'*autodisciplina*, attraverso l'adesione delle organizzazioni del settore a codici di autoregolamentazione.

A questo proposito, un esempio di particolare importanza è fornito dalla "Carta della donazione", il primo codice etico italiano per l'autoregolamentazione della raccolta dei fondi nell'ambito del *non profit*, che affronta i punti nodali del rapporto tra donatori e organizzatori:

- a) la trasparenza finanziaria e la qualità dei messaggi;
- b) le campagne di raccolta;
- c) la valutazione dell'efficacia degli interventi e la loro gestione economica;
- d) i diritti degli oblatori e quelli dei beneficiari, che vengono elencati in modo dettagliato;
- e) le regole per la raccolta dei fondi e i sistemi di rendicontazione.

E' fin troppo facile notare come la più grave lacuna di questo, come di altri codici di autoregolamentazione sia rappresentata dalla mancata previsione di *coercibilità* delle norme, ovvero dall'assenza di un organo (giuri di disciplina o simili) deputato ad accertare e sanzionare l'eventuale violazione delle regole così fissate: tuttavia, senza considerare che nella Carta v'è comunque l'impegno degli aderenti a prevederlo successivamente, anche in mancanza di tale organo le statuizioni di un codice siffatto (specie ove siano volte alla diretta tutela dei beneficiari) non appaiono prive di giuridicità, alla luce del possibile inquadramento (v. *infra*) dell'attività erogativa svolta dagli enti *non profit* nello schema della promessa al pubblico.

Aderendo alla ricostruzione in oggetto [A. ZOPPINI, *op. cit.*, 182 ss.] si può infatti notare che se il requisito strutturale previsto dall'art. 1989 c.c. (la sussistenza di una dichiarazione dotata di rilevanza quantomeno collettiva) già viene soddisfatto dal precetto statutario (in quanto, pur esprimendo nel suo nucleo essenziale un momento dell'organizzazione, questo tuttavia individua il nesso consequenziale tra l'impegnatività sociale di un testo e la condotta diretta alla sua utilizzazione), esso può tranquillamente essere riscontrato anche nell'adesione alla Carta, la quale, anzi, per definizione si rivolge al pubblico (appunto, i beneficiari dell'attività).

Nella Carta ricevono una particolare attenzione, nell'ottica della relazione fiduciaria che intercorre tra l'ente senza scopo di lucro, i potenziali beneficiari e i donatori, le norme che disciplinano la *trasparenza* e gli obblighi di *informazione*: organizzazioni siffatte abbisognano di un'elevata reputazione sociale, per acquisire e mantenere la quale non è sufficiente la mera imposizione di vincoli di non distribuzione ed eterodestinazione, bensì il loro effettivo rispetto, dal quale in larga misura dipende la fiducia dei soggetti coinvolti.

La trasparenza nella gestione ottenuta attraverso l'imposizione di obblighi di informazione, infatti, viene a costituire un importante strumento di coercizione indiretta nei confronti degli amministratori, fungendo *ex post* da strumento di controllo delle decisioni attuate. Per alcuni, però [F. CAFAGGI e P. IAMICELI, *Modelli di governo e regole di responsabilità: profili teorici*, in AA.VV., *Le fondazioni bancarie, cit.*], risulta ancora insufficiente ove si limiti ad una trasparenza di tipo esterno, realizzata attraverso la pubblicità dei bilanci preventivi e consuntivi o delle singole erogazioni: si è quindi suggerito (in relazione alle fondazioni bancarie, ma lo spunto può tranquillamente essere allargato a tutto il settore del *non-profit*) di verificare la possibilità di una generale applicazione della previsione normativa della legge 266/1991, che prevede il *diritto all'informazione e all'accesso ai documenti* delle organizzazioni di volontariato estendendo la disciplina prevista nel capo V della legge 241/1990 in tema di procedimento amministrativo, sì da consentire ai beneficiari (attuali e potenziali) e a terzi qualificati di intervenire nei processi decisionali, al fine di evitare processi di discriminazione o, comunque, di gestione contraria ai fini istituzionali.

In realtà tale intervento, ove non sia limitato ad una formale (e quindi inutile) consultazione, potrebbe prestarsi ad indebite *ingerenze* nell'amministrazione dell'attività (con il non trascurabile corollario dei conflitti di interesse che si verrebbero a creare) se assumesse i caratteri di una vera e propria concertazione delle scelte distributive operate dall'ente, viepiù appesantite nei tempi e nelle modalità di erogazione: ben diversa è invece l'inevitabile esigenza di garantire un livello di *trasparenza* esterna effettiva, strumento necessario ai terzi per la verifica della relazione fiduciaria con l'organizzazione non lucrativa ed utile a questa per le conseguenze positive in tema di reputazione che potrebbe alimentare.

Al terzo titolare di un interesse qualificato dovrebbe quindi essere riconosciuto un diritto ad ottenere *informazioni* sulla vita dell'ente che vadano oltre quelle che dovrebbero essere comunque accessibili al pubblico (riguardanti, ad es., la composizione del patrimonio, le erogazioni, i progetti, il bilancio, l'assetto organizzativo): le proposte [F. CAFAGGI e P. IAMICELI, *Modelli di governo e regole di responsabilità: analisi degli statuti e prospettive di regolamentazione*, in AA.VV., *Le fondazioni bancarie, cit.*] favorevoli all'attivazione del controllo direttamente da parte dei terzi sono però destinate a